



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**El Fideicomiso Testamentario como una herramienta útil  
en la planificación sucesoria de las personas y su rol en el  
fortalecimiento de la cultura testamentaria en el Perú**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Diamela Crescencia Mnemosine Domenack Takamura  
Andreina Távora Pantaleón**

**Asesor(es):  
Dra. Claudia Cecilia Morán Morales De Vicenzi**

**Piura, enero de 2023**

NOMBRE DEL TRABAJO

**Tesis Final-fideicomiso testamentario-con escudo[44].docx**

AUTOR

**Diamela Andreina Domenack Távara**

RECUENTO DE PALABRAS

**44560 Words**

RECUENTO DE CARACTERES

**241555 Characters**

RECUENTO DE PÁGINAS

**143 Pages**

TAMAÑO DEL ARCHIVO

**1000.8KB**

FECHA DE ENTREGA

**Dec 5, 2022 9:11 AM GMT-5**

FECHA DEL INFORME

**Dec 5, 2022 9:15 AM GMT-5****● 28% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 24% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 17% Base de datos de trabajos entregados
- 8% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

**● Excluir del Reporte de Similitud**

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 8 palabras)

## **Aprobación**

La tesis titulada “El Fideicomiso Testamentario como herramienta útil en la planificación sucesoria de las personas y su rol en el fortalecimiento de la cultura testamentaria en el Perú” presentada por las bachilleres Diamela Crescencia Mnemosine Domenack Takamura y Andreina Távara Pantaleón en cumplimiento con los requisitos para obtener el título profesional de Abogadas, fue aprobada por la directora de Tesis Dra. Claudia Cecilia Morán Morales De Vicenzi.



---

Dra. Claudia Cecilia Morán Morales De Vicenzi

Directora de Tesis



### **Dedicatoria**

A Dios, por allanarme el camino y poner a las personas adecuadas para poder culminar con éxito este tema de investigación.

A mis padres, Gloria y Gilberto, quienes me brindaron su apoyo incondicional en todo momento, permitiéndome cimentar unas buenas bases como profesional y poderlo hacer en una prestigiosa casa de estudios, sin ellos nada de esto hubiese sido posible.

A mi abuelita, mi mamá Panchita, quien desde el cielo sabe que sus consejos y actitud influyeron a que sea una persona recta, justa, racional y bondadosa.

Diamela Domenack Takamura

A mis padres, por brindarme siempre su apoyo incondicional e impulsarme a alcanzar cada una de mis metas y objetivos.

A mi pareja, Luis Jesús, por sus consejos y compañía, a lo largo de estos últimos años.

A mi pequeña Princesa, quien, con su energía y entusiasmo, me motivaba a seguir adelante.

Andreina Távora Pantaleón



### **Agradecimientos**

A la Dra. Claudia Cecilia Morán Morales De Vicenzi, por aceptar desde un primer momento ser nuestra asesora en la presente investigación y brindarnos su apoyo para la elaboración de la misma. Siendo un ejemplo como persona, profesional, hija, madre y esposa.

A la Universidad de Piura, por habernos formado con una actitud crítica en el Derecho e inculcado el lema: “Mejores personas, mejores profesionales”.





## Resumen

Se vive en una comunidad que está en constante crecimiento, que cuenta con grandes oportunidades de progreso y de creación de riqueza, pero también donde existen mayores riesgos a la seguridad, las personas entonces, no solo se tienen que preocupar por hacerse de bienes materiales en vida, sino que deberán velar por el porvenir de sus seres queridos y futuros sucesores, en su calidad de destinatarios finales del patrimonio que a título de herencia o legado dichas personas les decidan dejar, especialmente cuando se trata de personas vulnerables a ser víctimas de estafas o de mala administración del patrimonio, asegurando que no vean menguado su porvenir a causa de acciones directas de quienes queden a su cargo. Es ahí, donde entra a tallar el fideicomiso testamentario, como una herramienta más en la planificación hereditaria de las personas, haciendo de este, un instrumento adecuado, para proteger a quienes serían los beneficiarios finales del mismo, especialmente tratándose de herederos menores de edad, mayores de edad con capacidad de ejercicio restringida, personas con discapacidad o destinatarios que no tienen la capacidad técnica necesaria para poder administrar de forma idónea dicho patrimonio, dando tiempo, para que este pueda adquirir los conocimientos adecuados para poder hacerse cargo de este, llegado el momento. Mientras tanto, el patrimonio fideicometido, que se erigirá como un patrimonio separado, protegido de los riesgos externos que pudieran presentarse, quedará a cargo de un tercero denominado fiduciario, que en el caso del Perú es siempre una entidad financiera, quien se encargará de administrarlo y conservarlo, durante el tiempo que dure el fideicomiso. Pero para poder acceder a estos beneficios, primero habría que procurar el correcto desarrollo de la figura en la legislación peruana, que brinde las garantías necesarias para su uso. En este contexto, se han podido identificar tres problemas claves en torno a su regulación, que va desde una cuestión más general como es el escaso estudio que se ha hecho sobre la institución, pasando por los cuestionamientos que se le hacen por el supuesto choque con el principio de intangibilidad de la legítima en determinados supuestos puntuales, hasta temas más específicos como los costos de su constitución. A lo largo de la investigación, se han ido planteando alternativas de solución frente a estas cuestiones, tomando como referencia otros modelos latinoamericanos, con sistemas fiduciarios menos restrictivos que el nuestro. Encontrando en el ordenamiento uruguayo un buen punto de partida para la realización de nuestra propuesta.



## Tabla de contenido

<b>Introducción .....</b>	<b>15</b>
<b>Capítulo 1 El Fideicomiso .....</b>	<b>19</b>
1.1. Bases constitucionales del fideicomiso testamentario .....	19
1.1.1. La relación del fideicomiso testamentario con el derecho a la herencia.....	19
1.2. Fideicomiso: su contexto histórico y los factores que han influido en su regulación en el ordenamiento peruano.....	22
1.2.1. El origen del fideicomiso en el Derecho Romano.....	23
1.2.2. La institución fiduciaria en el Derecho Germánico.....	26
1.2.3. El aporte del Derecho Anglosajón en materia fideicomisaria.....	27
1.2.4. El fideicomiso en el Derecho Peruano .....	30
1.2.5. Figuras afines al fideicomiso: el trust y la sustitución fideicomisaria.....	33
1.3. Definición de fideicomiso .....	35
1.4. Sujetos de la relación jurídica del fideicomiso.....	36
1.4.1. El fideicomitente como constituyente del acto fideicometido .....	36
1.4.2. El fiduciario como administrador del patrimonio fideicometido .....	37
1.4.3. El fideicomisario como beneficiario y destinatario final del fideicomiso.....	40
1.5. Discusión doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del fideicomiso.....	41
1.5.1. El fideicomiso entendido como un mandato irrevocable .....	42
1.5.2. El fideicomiso visto como patrimonio de afectación .....	43
1.5.3. El fideicomiso como contrato .....	45
1.5.4. Naturaleza sui generis del fideicomiso .....	47
1.6. Características del fideicomiso.....	49
1.7. Forma del fideicomiso .....	50
1.8. Tipos de fideicomiso .....	51
1.8.1. Fideicomiso bancario.....	51

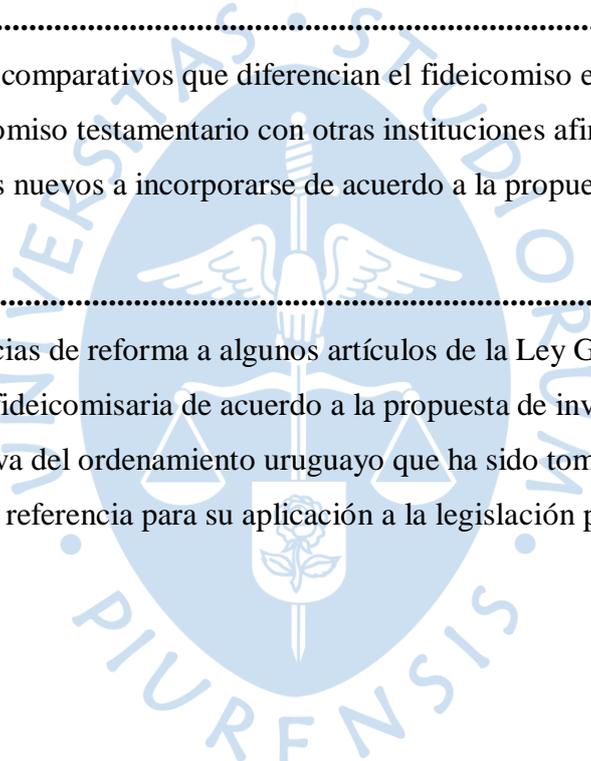
1.8.2.	Fideicomiso de administración .....	53
1.8.3.	Fideicomiso de garantía .....	54
1.8.4.	Fideicomiso de inversión .....	55
1.8.5.	Fideicomiso de titulización .....	56
1.8.6.	Fideicomiso testamentario .....	58
1.9.	Causales de nulidad del fideicomiso .....	59
1.10.	Término del fideicomiso .....	60
<b>Capítulo 2 El Fideicomiso Testamentario.....</b>		<b>63</b>
2.1.	Bases conceptuales del fideicomiso testamentario .....	63
2.1.1.	Definición .....	63
2.1.2.	Sujetos intervinientes.....	64
2.1.3.	Forma testamentaria .....	74
2.1.4.	Contenido fideicometido.....	77
2.1.5.	Ejecución .....	78
2.2.	Implicancias del fideicomiso testamentario en las normas de Derecho Civil.....	79
2.2.1.	El fideicomiso testamentario en la codificación peruana: un acercamiento histórico .....	80
2.2.2.	La discusión en torno a la legítima.....	81
2.3.	Frecuencia en la aplicación práctica del fideicomiso testamentario en la actualidad.....	83
2.3.1.	Perspectivas respecto a su utilización.....	84
2.4.	El fideicomiso testamentario desde la perspectiva del Derecho Comparado.....	85
2.4.1.	Respecto a las personas que pueden ser considerados como sujetos fiduciarios.....	85
2.4.2.	El rol del fiduciario en los sistemas mixtos y abiertos y los estándares de actuación que deberá adoptar este en el desempeño de sus funciones .....	88

2.4.3.	Formas de control de la actuación fiduciaria: Los registros fiduciarios .....	91
2.4.4.	La aceptación del cargo fiduciario y la posibilidad del nombramiento de un sustituto fiduciario .....	97
2.4.5.	La relevancia que ha tenido el fideicomiso testamentario en el derecho comparado y como armonizarlo a la realidad peruana .....	98

### **Capítulo 3 El fideicomiso testamentario en el Perú: Problemáticas y sugerencias de**

	<b>reforma en base a un sistema mixto .....</b>	<b>101</b>
3.1.	Problemas que suelen desincentivar el uso práctico del fideicomiso testamentario en la planificación sucesoria.....	101
3.2.	Análisis de los sistemas fiduciarios latinoamericanos: Cerrado, abierto y mixto. La seguridad jurídica que ofrecen.....	105
3.3.	Formulación de propuestas de enmienda en la legislación peruana en torno al fideicomiso testamentario .....	107
3.3.1.	Precisiones en la regulación conceptual del fideicomiso y fideicomiso testamentario en la Ley General y Código Civil peruano .....	108
3.3.2.	Los fiduciarios financieros y generales como criterio de clasificación en la determinación de quienes pueden desempeñarse como fiduciarios dentro de la relación fideicomisaria.....	111
3.3.3.	Requisitos que deberá cumplir toda persona natural para poder desempeñarse como fiduciario general en la normativa peruana.....	112
3.3.4.	Incorporación de registros fiduciarios como medio para garantizar la seguridad jurídica en los fideicomisos tomando como referencia el modelo uruguayo .....	114
3.3.5.	Implementar la existencia obligatoria de sustitutos para el fiduciario en casos de fideicomiso testamentario.....	116

<b>Conclusiones .....</b>	<b>119</b>
<b>Recomendaciones.....</b>	<b>123</b>
<b>Lista de abreviaturas.....</b>	<b>125</b>
<b>Lista de referencias.....</b>	<b>127</b>
<b>Documentos legales.....</b>	<b>131</b>
<b>Apéndices .....</b>	<b>133</b>
Apéndice A. Cuadros comparativos que diferencian el fideicomiso en general y el fideicomiso testamentario con otras instituciones afines.....	135
Apéndice B. Artículos nuevos a incorporarse de acuerdo a la propuesta de tesis .....	136
<b>Anexos.....</b>	<b>139</b>
Anexo A. Sugerencias de reforma a algunos artículos de la Ley General en materia fideicomisaria de acuerdo a la propuesta de investigación.....	141
Anexo B. Normativa del ordenamiento uruguayo que ha sido tomado como punto de referencia para su aplicación a la legislación peruana .....	145



## Introducción

En el Perú, no existe una cultura testamentaria muy arraigada, apenas tres mil testamentos son inscritos al año en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), según informes emitidos por la misma entidad. Tan solo por mencionar unas cifras concretas hasta el primer semestre de 2016, se habían inscrito en los Registros Públicos 53.458 testamentos frente a las 517.521 sucesiones intestadas tramitadas por los herederos de una persona fallecida que no había dejado un testamento. Es decir, el otorgamiento de testamentos representaba apenas el 9,36% de todos los trámites por sucesión o herencia inscritos en SUNARP.

Las causas de este fenómeno se podrían atribuir a varias razones específicas, como aquellas ligadas con el régimen de sucesiones que se regula en el mismo ordenamiento, el cual es muy estricto, existiendo figuras como las de los herederos forzosos a los que necesariamente la persona va tener que dejarle parte de su patrimonio, por lo que preparar un testamento cuando no tienes mucho rasgo de discreción sobre qué puedes hacer con tu dinero genera un gran desincentivo al momento de elaborarlo y otras razones un poco más personales, que tienen que ver con lo que implica para una persona sentarse a redactar o idear su última voluntad, sabiendo que puede estar cercano el día de su fallecimiento, convirtiéndose en un tema muy incómodo de sobrellevar.

Sin embargo, si hubiera un mayor fomento en la utilización del testamento en la vida diaria de las personas, resaltando los grandes beneficios que podría significar tanto para el testador como para sus herederos el evitar los largos y costosos juicios a los que se ven sometidos estos últimos con respecto a la distribución de la masa hereditaria, aunado a la disminución de la carga procesal en materia sucesoria, otra sería la realidad.

Apuntando a cambiar dicha situación, es que se busca impulsar el uso del mismo a través del desarrollo y promoción del fideicomiso testamentario, un tipo de fideicomiso constituido por testamento, mediante el cual una persona (causante, testador o fideicomitente) transfiere la parte de su herencia que es de libre disposición a un tercero especializado (fiduciario), para que luego de la muerte del primero, el fiduciario administre y conserve dicho patrimonio en favor de sus herederos (fideicomisarios), hasta que cumplido el plazo establecido por el mismo fideicomitente, en su testamento o al término del periodo señalado por ley, este se encargue de efectuar el reparto ordenado del patrimonio fideicometido a favor de las personas beneficiarias designadas en el mismo testamento (fideicomisarios).

Las personas buscan hacerse de un buen patrimonio en vida que les permita satisfacer sus necesidades y la de sus seres queridos, pero también son conscientes de que el tiempo es

pasajero. Padres, abuelos y bisabuelos, saben que no estarán siempre ahí para sus hijos, nietos y bisnietos, les preocupa el bienestar y porvenir que tendrán cuando ellos ya no estén y más cuando saben que sus sucesores no se encuentran en las condiciones como para afrontar la carga que supone hacerse cargo de un patrimonio, principalmente en aquellos supuestos en los que los herederos son menores de edad, tienen alguna limitación en su capacidad de ejercicio o simplemente no cuenta con la experiencia técnica necesaria para administrar el patrimonio de la manera más adecuada. La solución a ello, sería la constitución de un fideicomiso testamentario que ofrezca la garantía de que el patrimonio que sea dado en fideicomiso será resguardado por un fiduciario capacitado hasta que llegado el momento pueda hacerse efectiva la entrega a su destinatario final, asegurando el porvenir del heredero con la conservación del patrimonio en su propio beneficio, en pro de la protección del interés familiar.

Pero, para hacer uso de esta herramienta, el testador primero debe conocer de su existencia, el modo y su forma de constitución. La única forma de instituir un fideicomiso testamentario es por medio de testamento, de ahí que se haya previsto su aplicabilidad como una manera de impulsar el uso del mismo, con todas las ventajas que la realización de un testamento trae consigo: para el testador, el poder decidir si repartir sus bienes en igual o en distinta medida –pero dentro de la legalidad– entre sus herederos, decidir instituir herederos a personas que de otro modo no lo serían, el poder de desheredar (si hay causa), legar bienes concretos (incluso los de valor sentimental, joyas, cuadro, etc.), constituir usufructos sobre bienes para proteger a una persona en vida sin que luego ese bien pase a los herederos de esta. Y para los herederos, especialmente en el supuesto de que el causante haya constituido testamento por escritura pública, ahorrarse todo el trámite judicial de apertura y comprobación para confirmar la identidad del testador y la verificación de la autenticidad del documento.

El gran problema con la figura en estudio, es la baja o nula aplicabilidad que tiene en el ordenamiento peruano, en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, apenas se hace mención de ella. El motivo de esta situación obedece a varias razones como la escasa referencia legislativa y doctrinaria que se ha hecho en torno a la institución, el temor que existe por posibles supuestos de invalidez que podrían presentarse en aquellos casos en el que el patrimonio fideicometido perjudique la cuota de legítima de los herederos forzosos y por los altos costos que implica realizarlo.

Si se parte del hecho de que el fideicomiso testamentario va ser un medio para cumplir una disposición testamentaria, con los beneficios que representa realizarlo, habría que preguntarse: ¿Por qué sólo regularlo desde el ámbito bancario?, ¿Cuáles son las verdaderas

razones que motivaron al legislador a hacerlo de esa manera?, ¿Se podría trasladar dicha figura al ámbito civil-sucesorio teniendo en cuenta que se constituye mediante testamento?, ¿Es posible adaptar al ordenamiento peruano ciertos rasgos característicos de otras legislaciones en torno al fideicomiso testamentario?

Para dar respuesta a estas cuestiones, se profundizará en lo que se ha escrito en el país sobre el tema; qué dice la Ley N° 26702 sobre el fideicomiso testamentario y el por qué se regula sólo en el ámbito bancario, observando al detalle qué han dicho las normas civiles al respecto y, cómo introducir la figura al Derecho Sucesorio, tomando como referencia el tratamiento que se le ha dado en otros ordenamientos.

La estructura contemplada para la presente investigación es la siguiente. En el primer capítulo, se dará un alcance general de las bases constitucionales del Derecho a la Herencia para luego abordar la figura del fideicomiso, sus antecedentes, definición, sujetos que lo componen, naturaleza jurídica, entre otros aspectos. En el segundo capítulo, se estudiará la institución del fideicomiso testamentario como tal, partiendo de cómo se encuentra regulado actualmente en el ordenamiento peruano, qué se ha dicho al respecto, haciendo uso del derecho comparado, tomándolo como referencia para tener un mejor panorama de la figura. Y finalmente en el tercer capítulo, se expondrán las alternativas de solución a la problemática planteada, dando lugar a la propuesta que apunte a convertir al fideicomiso testamentario en una figura atractiva y de frecuente uso, poniendo de manifiesto los grandes beneficios que ello implicaría.

Cabe recalcar, que la presente tesis no pretende ser un Proyecto de Ley sino un aporte que podría ser tomado en cuenta para una futura reforma del Derecho Sucesorio en materia fideicomisaria.



## **Capítulo 1**

### **El Fideicomiso**

#### **1.1. Bases constitucionales del fideicomiso testamentario**

Para poder comprender una institución jurídica es necesario empezar por conocer sus bases constitucionales, más aún si lo que se pretende es plantear una propuesta modificatoria en torno a la misma. En este sentido y como primera fuente del derecho, habrá que acudir a la constitución y examinar objetivamente si la tesis planteada se ajusta a los parámetros establecidos en ella, para luego, en caso el resultado sea positivo, poder realizar las reformas correspondientes en la norma correspondiente.

La constitución política, reconoce un compendio de derechos que le son reconocidos a los individuos dentro de una sociedad, en esa línea, la institución del fideicomiso testamentario estará estrechamente ligado al derecho constitucional a la herencia, el cual se abordará y desarrollará a continuación.

##### **1.1.1. La relación del fideicomiso testamentario con el derecho a la herencia**

Para Rubio (1999)<sup>1</sup> los derechos humanos y constitucionales son dos tipos de derechos que tienen en común el ser constitutivos de la vida individual y social del ser humano. No hay derechos si no es en sociedad. Ahora bien, no todos compartirán el mismo carácter, unos serán personalísimos como el derecho a la vida, mientras que otros necesitarán de la puesta en relación de dos o más titulares para hacerse efectivos, como el caso del derecho a la herencia, el cual, consiste en transmitir el patrimonio del causante<sup>2</sup>, ya sea, porque son sus herederos forzosos según ley o este ha querido dejar voluntariamente parte de sus bienes a título universal o por legado a determinadas personas y dentro de los límites establecidos en la norma (pp. 107, 108 y 368).

Concretamente, el derecho a la herencia está reconocido en el inciso 16 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y se encuentra desarrollado en el libro IV del Código Civil, dedicado al Derecho de Sucesiones. Además de ello, existen otras normas de carácter infraconstitucional, vinculadas a la materia, como la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley N° 26702 (en

---

<sup>1</sup> Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp 107, 108 y 368.

<sup>2</sup> El patrimonio del causante o también denominado herencia comprende todos los bienes de este, derechos y obligaciones. Sin embargo, los derechos personalísimos del causante no son susceptibles de transmisión a sus sucesores, ya que, al ser inherentes de la persona que ha fallecido, se extinguen con él. Del mismo modo, determinados derechos reales como, por ejemplo, el usufructo, el uso o habitación se extinguen con el fallecimiento del beneficiario.

adelante Ley General) en lo referido al fideicomiso testamentario, este último, materia central de la presente investigación, al cual le serán aplicables tanto las normas de la Ley General como las propias del ámbito sucesorio, en lo que corresponda.

El fideicomiso testamentario nace estrechamente ligado al derecho a la herencia porque los bienes que designa el causante para la constitución de este fideicomiso forman parte de su herencia, puntualmente la parte que corresponde a la porción de libre disposición. De ahí, la necesidad de dar una mirada a las bases sustantivas del derecho en mención, así como, analizar los dos lados del fenómeno sucesorio patrimonial al que da lugar su ejercicio para poder tener una mejor comprensión de la figura en estudio.

A lo largo de este apartado, se brindará un breve alcance acerca de las nociones generales del derecho a la herencia, sus principales implicancias y las bases sobre las cuales asienta sus fundamentos.

**1.1.1.1. Bases sustantivas del derecho a la herencia.** Según Lohmann (2018)<sup>3</sup>, “el derecho a la herencia es consustancial a todo sujeto, de modo que no puede ser recortado en sus elementos sustantivos” (p. 9). Dando a entender que en su precepto constitucional no podría ser modificado mientras; en su contenido legal, sí, siempre y cuando no choque con la Constitución. Según el mismo autor<sup>4</sup>, las bases sustantivas del derecho a la herencia son tres: la persona, la familia y, por último, la relación constitucional entre propiedad y herencia (p. 12).

Con respecto a la primera base sustantiva, la persona, el artículo 1 de la Carta Magna establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Todo el ordenamiento jurídico peruano sigue este precepto.

Uno de los derechos inherentes a la persona es el derecho a la herencia en el doble sentido de poder transmitirla y poder recibirla. No es posible herencia sin sujeto que la cause ni tampoco sin sujeto que la reciba.

La sucesión -y la herencia como contenido patrimonial- es, en suma, un derecho fundamental de la persona porque activa y pasivamente es una manera de comportamiento en el mundo; es una forma de realización de la personalidad y de actuación sobre derechos y deberes respecto de los cuales la Constitución reconoce poderes al respectivo titular.

En relación con el segundo elemento sustantivo del derecho a la herencia, la familia, conforme al inciso 3 del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “La familia es el elemento natural y fundamental de una sociedad y tiene derecho a la protección de

---

<sup>3</sup> Lohmann Luca de Tena, J (2018). *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Gaceta Jurídica. p.9

<sup>4</sup> Lohmann Luca de Tena, J (2018). *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Gaceta Jurídica. p.12

la sociedad y del Estado”. Tal lineamiento se ve reflejado de igual manera en el artículo 4 de la Constitución, enunciando que la comunidad y el Estado protegen a la familia, además, de reconocerla como instituto natural y fundamental de la sociedad.

Por eso, es común escuchar que la familia es la célula básica de la sociedad y ámbito natural del hombre. El fundamento de ello reside en que la familia es la primera sociedad a la que ingresa todo hombre y; debido a ella, este desarrolla su personalidad. Aquello reafirma la idea del por qué en el ámbito sucesorio, la familia recibe una serie de privilegios como la legítima, siendo esta una forma de proteger el núcleo familiar.

Así, el Código Civil, en su Libro IV Derecho de Sucesiones, desarrolla en su Sección Segunda del Título III, lo concerniente a la cuota de la legítima, la cual tiene presente el principio de proximidad de grado y; la porción disponible. Incluso, tratándose de una sucesión intestada, se establece el orden sucesorio a seguir, de acuerdo artículo 816 del código antes mencionado, priorizando siempre a la familia. Aunque también, puede haber casos de exclusión, pese a esa relación jurídica familiar, como la indignidad o la desheredación.

Finalmente, la tercera base sustantiva hace referencia a la relación constitucional existente entre propiedad y herencia. El inciso 16 del artículo 2 de la Constitución Política, reconoce el derecho de toda persona a la propiedad y a la herencia. A simple vista, pareciera que estuviesen intrínsecamente relacionados, ya que, uno de los modos de transmitir la propiedad es mediante la sucesión *mortis causa* y que el derecho a disponer *post mortem* de los bienes propios es considerada una de las manifestaciones inherentes al derecho de propiedad privada. Sin embargo, para Lohmann (2018)<sup>5</sup>, emparentar la herencia con la propiedad es inexacto porque la herencia no es en sí un derecho sino contenido de la sucesión, puede haber herencia sin derechos de propiedad sobre los bienes que la integran. Además, la propiedad no se transmite por herencia sino a causa de la muerte del titular que la deja (pp. 15-16).

**1.1.1.2. Dos lados del fenómeno sucesorio patrimonial.** Son, por un lado, la transmisión de la herencia y, por otro, el derecho a recibir herencia, mismo que serán analizados en el presente apartado.

Con respecto a la transmisión de la herencia, solo las personas físicas pueden transmitir herencia. En el caso de las personas jurídicas o morales, únicamente reciben herencias y legados, más no pueden causarlos.

---

<sup>5</sup> Lohmann, además, ejemplifica que puede haber herencia sin bienes *sensu stricto* (artículo 679 Código Civil) y un régimen sucesorio no patrimonial, (último párrafo del artículo 686 Código Civil). Para más detalle revisar Lohmann Luca de Tena, J (2018). *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Gaceta Jurídica. pp. 15-16.

La transmisión puede darse por testamento, como instrumento de autonomía privada en el que el propio sujeto es quien ordena su propia sucesión dentro de los límites de ley y con las formalidades que esta señala, o mediante sucesión intestada o legal, supuesto en los que no se ha dejado testamento o existiendo resulte nulo, caduco o revocado, debiéndose respetar el orden prelatorio para suceder.

Lo que se busca con ello, es evitar tanto que los bienes carezcan de titular como que sean objeto de apropiación de cualquiera, asimismo impedir la extinción de las obligaciones con la muerte del testador para que no perjudique a los acreedores.

En relación al segundo fenómeno sucesorio patrimonial, esto es, el derecho a recibir herencia. Hay que diferenciar entre el derecho a suceder y el derecho de suceder. La primera, también denominada vocación, es una posibilidad abstracta de ser llamado por ley o por testamento, es un derecho estrictamente irrenunciable y sobre el cual no cabe pacto válido alguno, según lo dispuesto en los artículos 678 y 1405 del Código Civil. La segunda, el derecho de suceder, también concebido como delación, es el derecho a la sucesión ya abierta y, por lo tanto, derecho sucesorio concreto que, por efecto de la aceptación de la herencia o legado, confiere título para adquirir la herencia como *universitas*, o aquello individual que la compone<sup>6</sup>.

La aceptación de la herencia en el derecho de suceder, supone la aceptación implícita de los derechos y obligaciones<sup>7</sup> del causante y se presume si es que, vencido el plazo previsto por ley, el heredero no ha manifestado lo contrario<sup>8</sup>. La renuncia a la herencia por parte del heredero supone el rechazo de los bienes y derechos transmitidos en sucesión, deslindándose con ello, de cualquier responsabilidad que gire en torno a esta.

## **1.2. Fideicomiso: su contexto histórico y los factores que han influido en su regulación en el ordenamiento peruano**

A continuación, se tratará el contexto histórico del fideicomiso desde sus orígenes en Roma hasta su llegada al Perú. El presente apartado no busca plasmar una recopilación exhaustiva sino, en rasgos generales, comprender cómo fue evolucionando la figura de acuerdo

<sup>6</sup> Lohmann Luca de Tena, J (2018). *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Gaceta Jurídica. p. 10.

<sup>7</sup> La aceptación de la herencia es indivisible, ya que, el llamado a heredar no puede aceptar el activo y renunciar al pasivo. Hay una excepción a la indivisibilidad de la aceptación, cuando una misma persona ha sido instituida heredera y legataria en una misma sucesión, al tratarse de dos títulos diferentes, el instituido podría aceptar la herencia como heredero y rechazarla como legatario o viceversa.

<sup>8</sup> Conforme el artículo 673 del Código Civil, se presume que la herencia ha sido aceptada si en el periodo de tres meses, el heredero está en el territorio peruano, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiese renunciado a ella.

con las necesidades de cada época y qué factores influyeron en dicha evolución hasta llegar al ordenamiento peruano tal y como se conoce hoy en día.

El recorrido será de la siguiente manera: Derecho Romano, Derecho Germánico, Derecho Inglés y Derecho Peruano, para finalmente concluir cuál de los primeros tres ordenamientos jurídicos ha tenido influencia en el fideicomiso peruano.

### **1.2.1. El origen del fideicomiso en el Derecho Romano**

Todos los estudios ubican al fideicomiso a fines de la República y comienzos del Imperio Romano. Su origen estuvo delimitado por los actos sucesorios, teniendo un carácter personal; más tarde con Justiniano, adquiriría la naturaleza de Derecho Real. Posteriormente se extendería a los actos bilaterales y concretamente, a la contratación<sup>9</sup>.

Siendo dos los antecedentes del fideicomiso actual. El primero es el *Fideicommissum* y el segundo es el *Pactum Fiduciae*.

Con respecto al primero, el *Fideicommissum*, proviene del latín *Fides Commissus*, *Fides* significa fe y; *Commissus*, comisión o encargo, por ende, un encargo de confianza o una comisión basada en la fe que merece una persona<sup>10</sup>. Al ser utilizado desde un ámbito sucesorio, plasmado en testamento o en codicilo, de evidente naturaleza unilateral; en palabras de Petit (1999)<sup>11</sup>, el testador buscaba favorecer a una persona que no tenía la *testamenti factio*, no habiendo más recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz un objeto particular o la sucesión en todo o parte (p. 579).

Así, el fideicomiso romano emerge por la necesidad del testador de favorecer a personas a las que no era posible dejar herencia o legados, debido a las estrictas leyes de la época.

Los términos más usados por el testador eran *rogo* o *fideicomitto*. Los sujetos eran tres: el fideicomitente (el testador quien creaba, ordenaba y disponía del fideicomiso), fiduciario (el heredero gravado y quien restituía la herencia o parte de ella) y fideicomisario (al que se le transmitían los bienes).

Esta figura comenzó siendo extralegal, careciendo de respaldo en el *ius civile*, debido a la rigidez<sup>12</sup> de las normas de la época. Por eso, había múltiples incapacidades en el Derecho

<sup>9</sup> Arias-Schreiber Pezet, M. (1999). *Los contratos modernos*. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. p. 177.

<sup>10</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 24

<sup>11</sup> Petit, E. (1999). *Tratado elemental de Derecho romano*. Ed. Porrúa. p. 579.

<sup>12</sup> Esta rigidez consistía en que ningún *alieni juris* podía ser heredero; entendiéndose por *alieni juris* a las mujeres, hijos menores, esclavos y extranjeros. Véase en Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p. 22. Además de las limitantes leyes de la época como la *Lex Furia Testamentaria*, *Lex Voconia*, *Lex Cornelia*, *Lex Junia*, *Lex Julia* y *Lex Pappia Poppaea*. Véase en Domingo Aznar, A. (1999). *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*. Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. p. 20.

Romano, tanto para testar, como para heredar, y la necesidad de los testadores de eludir estas incapacidades para imponer su última voluntad<sup>13</sup>. Entonces al basarse meramente en la confianza y buena fe, se podía prestar a incumplimientos por parte del heredero fiduciario, ya que, la única sanción era la opinión pública.

El fideicomiso evolucionó con los distintos emperadores de la época para darle a la figura un efectivo cumplimiento. Empezando con Augusto, quien fue el primer emperador en otorgarle un reconocimiento jurídico al fideicomiso y, además, ordenó la intervención de los cónsules. Con Claudio se crearon dos pretores fideicomisarios. Y más tarde, Adriano da una serie de senadoconsultos<sup>14</sup>. Siguiendo con los senadoconsultos, en la época de Nerón, se encuentra el senadoconsulta Trebeliano y, más adelante, el senadoconsulta Pegasiano con Vespasiano<sup>15</sup>.

En Roma, se conocieron dos clases de fideicomisos, los universales o herencias fideicomisarias y los singulares. Los primeros abarcaban la totalidad de la herencia o parte cuotativa de ella; y los segundos, objetos determinados o particulares<sup>16</sup>. Petit (1999)<sup>17</sup> señala, por un lado, que existieron fideicomisos universales, puros y simples que no representaron ningún inconveniente de carácter moral, económico o jurídico y, por otro, los fideicomisos particulares los cuales, en términos de las instituciones justinianeas, se fueron transformando en graduales, conservatorios, familiares, sucesivos, perpetuos, etc., dando origen a las sustituciones fideicomisarias.

<sup>13</sup> Los incapacitados para heredar eran: los peregrinus (extranjeros ciudadanos de otra ciudad, pero residentes en Roma), los caelibes (solteros, viudos o divorciados no vueltos a casar), los orbe (casados sin hijos legítimos vivos o concebidos). Como consecuencia de ello, dichos incapaces para heredar carecían de la testamenti factio pasiva (capacidad para poder ser considerado heredero) o del ius capiendi (derecho para poder beneficiarse aceptando una herencia o legado). Véase en De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 34.

<sup>14</sup> El senadoconsulta de Adriano fue promulgado con la finalidad de que los peregrini no adquieran los fideicomisos y se los apropie el fisco. La razón era que este necesitaba recursos y el emperador Adriano encontró una veta hacia dónde dirigir su potestas, adueñándose de estos nuevos bienes que no puedan alcanzar las manos de los peregrini. Para más detalle revisar De la Fuente y Hontañón, R. (2012). *La herencia fideicomisaria desde Roma hasta el Derecho peruano*. Palestra Editores. p. 87 en adelante.

<sup>15</sup> Con el senadoconsulta Trebeliano, el fideicomisario queda asimilado a un heredero y para poder obtener su beneficio necesita que el fiduciario acepte la herencia. En el caso del senadoconsulta Pegasiano, frente al peligro de que el fiduciario no haga adición de la herencia y el fideicomiso resulte ineficaz, mediante este senadoconsulta se ofrece al fiduciario los beneficios de la Lex Falcidia, esto es, así como se le obliga aceptar la herencia, se le permite retener para sí un cuarto de esta, frente a cualquier fideicomisario. Para más detalle revisar De la Fuente y Hontañón, R. (2012). *La herencia fideicomisaria desde Roma hasta el Derecho peruano*. Palestra Editores. p. 100 en adelante.

<sup>16</sup> Domingo Aznar, A. (1999). *El fideicomiso y la Sustitución fideicomisaria*. Marcial Pons, Ediciones y Sociales, S.A. p. 23.

<sup>17</sup> Petit, E. (1999). *Tratado elemental de Derecho romano*. Ed. Porrúa.

El fideicomiso se desprestigió por confundirse con la sustitución fideicomisaria, a pesar de ser figuras distintas. La razón de ello, los fideicomisos puros devinieron en inútiles porque las limitaciones, impedimentos o incapacidades para suceder del Derecho Romano desaparecieron, generando un gran interés en las sustituciones fideicomisarias<sup>18</sup>, llegando a tener un auge sorprendente. En la sustitución fideicomisaria, el fideicomitente originario determinaba con antelación al fideicomisario del fideicomisario. Se utilizaba para que los bienes se mantuviesen vinculados a una sola familia por generaciones. La figura fue limitada, en la época de Justiniano, a cuatro generaciones<sup>19</sup>. Después, los mayorazgos, los privilegios religiosos y otras instituciones, deformaron la institución fideicomisaria, llegando a desaparecer al finalizar el siglo XVIII, con la abolición de los privilegios que postuló la Revolución Francesa<sup>20</sup>. El Código de Napoleón las prohibió porque congelaban la riqueza en líneas sucesorias y ello era contrario a los principios de igualdad y libertad<sup>21</sup>.

Con respecto al segundo mecanismo, el *Pactum Fiduciae*, este pacto o acuerdo fiduciario como negocio entre vivos se basaba en que a una persona se le transfería un bien, por acto entre vivos, luego este adquirente tendría la obligación de retransmitir tal bien en determinadas circunstancias<sup>22</sup>, al propio *tradens* o a una tercera persona. En este pacto intervenían dos sujetos: el instituyente (*tradens*) y el receptor de la confianza (*accipiens*). Existieron dos clases de fiducia: la *fiduciae cum creditore* y la *fiduciae cum amico*.

En la *fiduciae cum creditore*, se transmitía el bien a un acreedor, con la obligación de retransmitirlo una vez satisfecha la deuda. En otras palabras, garantizaba el cumplimiento de determinadas obligaciones y protegía los intereses del fiduciario. Si el deudor no cumplía su obligación entonces dicha propiedad se consolidaba en el acreedor aun cuando su valor excediera la obligación principal sumado a que el acreedor no quedaba obligado a devolver diferencia alguna al deudor. Posteriormente, aparecieron medidas de protección para las partes<sup>23</sup>. En cambio, en la *fiduciae cum amico*, al constituirse en interés del fiduciante, se

<sup>18</sup> Para más detalle en Stewart Balbuena, A. (1996). *El fideicomiso como negocio fiduciario*. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. p. 131-133.

<sup>19</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 37.

<sup>20</sup> Rebas, O. (1982). *El derecho angloamericano: estudio expositivo y comparado del Common Law*. Fondo de Cultura Económica. pp. 264-266.

<sup>21</sup> Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p. 21.

<sup>22</sup> Gheri, C. (2007). *Fideicomiso*. Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L. p. 10.

<sup>23</sup> Medidas de protección para las partes como la *Actio fiducie* (se presentaba cuando se producía la enajenación del bien por parte del acreedor, ya sea, antes de que venza el plazo de la obligación principal o una vez vencido el plazo sin haberse incumplido la obligación. Lo que se buscaba en ambos casos era la indemnización o devolución de los valores recibidos por el acreedor) y la acción

transmitían los bienes con la obligación del receptor de administrarlos y retransmitirlos según las instrucciones del dador de los mismos; además, el *accipiens* podía usar y disfrutar gratuitamente el bien y en su propio provecho hasta antes de retransmitirlos al *tradens*.

En la última etapa del Derecho romano, la fiducia se terminó sustituyendo por otros contratos reales, que, adoptaron formas más perfeccionadas, como el comodato y la prenda o hipoteca<sup>24</sup>. En esta última etapa la fiducia cayó en desuso.

### 1.2.2. *La institución fiduciaria en el Derecho Germánico*

En este nuevo contexto, siglo XIX, la fiducia germánica era muy similar a la fiducia romana, diferenciándose en los siguientes aspectos, en palabras De la Flor Matos (1999)<sup>25</sup>, en la fiducia romana el fiduciario recibía la titularidad plena y definitiva desde el punto de vista real, sólo limitado por el *pactum fiduciae* de efectos personales; en la fiducia germánica, el fiduciario recibía un derecho real limitado, al estar condicionado al uso determinado por el otorgante de la fiducia. Si el fiduciario se apartaba de lo establecido por el fiduciante, suponía la ineficacia real del acto, pudiendo realizar la reivindicación del bien, aunque existiese la posibilidad de algún perjuicio a terceros (p. 37).

Lo que aconteció fue que un conjunto de autores alemanes desarrolló la concepción del negocio fiduciario, lo hicieron partiendo del análisis del Derecho Romano para poder adaptar el fideicomiso a las circunstancias económico-sociales de la segunda mitad del siglo XIX, todo ello influyó en la promulgación del Código Civil germano<sup>26</sup>.

En el fideicomiso germano se destacan tres figuras que son antecedentes del fideicomiso: la prenda inmobiliaria, el *manusfidelis* y el *salman o treuhand*.

La primera de ellas, la prenda inmobiliaria, es semejante a la *fiducia cum creditore* y la diferencia se basa en dos únicos aspectos. Por un lado, el bien garante se limita al rubro de los bienes inmuebles y, por otro, se utiliza doble documentación: la *carta venditionis* y la contracarta, en lugar del *pactum fiduciae*. De esta manera, mediante la *carta venditionis*, el deudor transmitía un inmueble a su acreedor, para fines de garantía, así tal inmueble era la

---

en favor del deudor (se exigía la devolución de la diferencia entre la venta del bien realizada por el acreedor para satisfacer la obligación principal y el monto de esta obligación). Si bien esta figura tuvo una apreciable importancia antes de la aparición de los contratos de garantía real, tuvo dos desventajas. Para más detalle revisar De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 32.

<sup>24</sup> Villagordoa Lozano, J. (1998). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa. p. 3.

<sup>25</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 37.

<sup>26</sup> Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p. 23.

garantía de fiel cumplimiento. Mientras que la contracarta era firmada por el acreedor en la que se comprometía a devolver el inmueble una vez cancelada la deuda.

En cambio, en el *manusfidelis*, este tipo de fideicomiso se empleaba para quebrantar las prohibiciones o limitaciones entorno a la determinación de la calidad de los herederos legítimos, esta manera de operar coadyuvó al desarrollo del derecho sucesorio germánico<sup>27</sup>.

La figura jurídica del *manusfidelis*, podía ser *inter vivos* o *mortis causa* y se efectuaba cuando una persona (el donante) traspasaba el bien a un fiduciario llamado *manusfidelis* empleando como documento la *carta venditionis*. Con respecto al bien, este se transfería inmediatamente al beneficiario designado según contrato, pero el donante reservaría un derecho de goce vitalicio sobre el bien donado. Este mecanismo se usaba para eludir la limitante normativa con respecto a la calidad de heredero legítimo del beneficiario. La *carta venditionis* concedía facultades casi absolutas al beneficiario. Por otro lado, quien desempeñara el *manusfidelis* debía pertenecer al clero, por la garantía y confianza que representaba<sup>28</sup>.

Y, por último, el *salman* o *treuhand*, el *salman* es la persona intermediaria, es decir, el fiduciario, que realiza la transmisión de un bien inmueble, del propietario original al adquirente definitivo. Estas funciones en parte coinciden y en parte se diferencian de aquellas que son propias del *manusfidelis*.

Hay diferencias entre el *salman* del antiguo derecho del *salman* del nuevo derecho germánico. En el derecho antiguo, lo típico era que el *salman* sea fiduciario del enajenante, recibiendo de este todas sus facultades, para transmitir los bienes al tercero destinatario de los mismos. En el derecho moderno, es típico que el *salman* sea fiduciario del adquirente y no del enajenante, por lo que de aquél recibe sus poderes jurídicos. Los demás elementos de la relación no sufrieron alteración alguna y su principal función está orientada para reforzar el derecho del adquirente definitivo<sup>29</sup>.

### **1.2.3. El aporte del Derecho Anglosajón en materia fideicomisaria**

Como los romanos invadieron las islas inglesas evidentemente el fideicomiso se aplicó casi de inmediato, pero con matices muy propios de la mentalidad de independencia de los anglosajones. Es así como crearon sus propios mecanismos, a través de tribunales especiales denominados *equity*. Se formó un derecho de propiedad desdoblado: de un lado el propietario del bien, y del otro lado el beneficiario del mismo. Con el paso de los años se concibe el *trust*,

<sup>27</sup> Villagordoa Lozano, J. (1998). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa. p. 5.

<sup>28</sup> Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning. Argentina. p. 23.

<sup>29</sup> Villagordoa Lozano, J. (1998). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa. p. 6.

el cual pasó a las colonias inglesas en América y que más tarde cobró gran desarrollo en los Estados Unidos de América y en Canadá<sup>30</sup>.

En Inglaterra ha existido por siglos un doble sistema de jurisprudencia para la administración de justicia a través del reino. Las dos partes de este sistema fueron llamados Equidad (*Equity*) y Derecho Común (*Common Law*). Hasta la actualidad el continente europeo continua bajo la influencia del Derecho Romano a excepción de Inglaterra que se inclinó por un sistema peculiar en la evolución de su propio régimen jurídico llamado Derecho común (*Common Law*)<sup>31</sup>.

En el derecho anglosajón existieron dos figuras jurídicas, la primera fue el *use* y luego de su extinción surgió el *trust*. Este último, además de Inglaterra, se sigue aplicando en otros países como Estados Unidos de América, Canadá, México, Panamá, Chile, Ecuador y Colombia.

El *use* consistía en que una persona, el propietario, conocido como *feoffor to use* o *settlor*, transfería la propiedad de uno o más bienes, trasladando el dominio de los mismos, a favor de un tercero denominado *feoffe to use*, pactando entre ellos que, aunque para efectos legales el propietario del bien era este último, el derecho de goce y disfrute pertenecieran a un beneficiario llamado *cestui que use*.<sup>32</sup> Sin embargo, Rebasea<sup>33</sup> menciona que no era substancial la intervención de una tercera persona.

<sup>30</sup> Arias-Schreiber Pezet, M. (1999). *Los contratos modernos*. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. p. 177.

<sup>31</sup> Como dato curioso, la Equidad y la Ley, como sistemas separados de jurisprudencia no tuvieron su origen en Inglaterra. Las causas de su existencia separada y su distinción se discutieron entre los griegos y romanos y en los tiempos modernos ha sido reconocida por los grandes tratadistas de la Europa continental. Siglos antes de la era cristiana, Aristóteles definió la Equidad como “la corrección de la Ley, en lo que es deficiente por razón de su universalidad”. Véase en Villagordoa Lozano, J. (1998). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa. p. 6.

<sup>32</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 41-42.

<sup>33</sup> Porque el *use* se podía constituir cuando el settlor o feoffor to use, declaraba por sí que empezaba a poseer determinado bien de su exclusiva propiedad en beneficio -to use- de otra persona. También era frecuente que el settlor transmitiera determinado bien al feoffee to use, ad opus suum, esto en su propio provecho; en este caso, el feoffor to use coincidía con el cestui que use. En ambos casos apuntados, únicamente intervenían dos personas. Véase en Rebasea, O. (1984). *El derecho angloamericano: estudio expositivo y comparado del Common Law*. Fondo de Cultura Económica. p. 270 en adelante.

El *use*, antecedente del *trust*, surgió de la necesidad de responder antes las cargas feudales<sup>34</sup> en la época de las cruzadas (siglo XII y XIII), evadir las leyes de las manos muertas<sup>35</sup> (1217) y las confiscaciones en la guerra de las Dos Rosas<sup>36</sup> (1455 y 1485). A partir de 1217 es donde dicha figura adquiere mayor fuerza, aunque eso no fue impedimento para ser utilizado por algunos en transacciones testamentarias prohibidas de ese entonces y en fraude de acreedores<sup>37</sup>.

Además, apareció la nueva jurisdicción del canciller<sup>38</sup>. Desde entonces, el cumplimiento del *use* ya no quedaba exclusivamente a la buena fe del *feoffee to use*, y en caso de incumplimiento de su parte, el canciller, como los tribunales de Derecho común, estaba autorizado a exigir el cumplimiento de la obligación y pedir la restitución de cualquier

---

<sup>34</sup> En Inglaterra, época de las cruzadas, la propiedad de la tierra se basaba en el sistema feudal. Cuando el terrateniente iba a las cruzadas, necesitaba dejar sus propiedades en manos de otra persona durante su ausencia, esencialmente para cumplir con los pagos y administración del feudo. El encargo se solía dar a un amigo, pero se comenzaron a dar casos en que al volver de la cruzada después de muchos años, el dueño tenía problemas para recuperar sus tierras, y según el derecho inglés cuando las tierras pasaban a manos del fiduciario, éste no tenía la obligación de devolverlas, por lo que el dueño no tenía el derecho legal para reclamarlas. Esto hacía que los terratenientes reclamasen al rey, y las cortes diesen la razón al dueño original. Con el paso del tiempo, el *use of land* (uso de la tierra) fue legislado y utilizado como concepto de fideicomiso. Hudson, A. (2003). *Equity and Trust*. Ed. Routledge.

<sup>35</sup> En Inglaterra, siglo XII, la Iglesia llegó a tener grandes extensiones de tierra recibidas para la realización de fines benéficos; entonces un grupo sectario del Parlamento declaró que dichos bienes se encontraban fuera de comercio, originando un acaparamiento de riquezas en la Iglesia, sin atender a los fines del beneficio social a que estaban destinados. Esta lucha concluyó cuando el Parlamento dictó Ley de manos muertas de 1217. Esta ley, al impedir el establecimiento de obras piadosas de trascendencia social encomendadas a la Iglesia, las personas acudían al empleo del *use*, por medio del cual el *feoffee to use*, recibía los bienes destinados a las obras piadosas de la Iglesia, a quien se designaba *cestui que use*, a fin de que gozara de los beneficios de dichos bienes conforme a los fines señalados por el *feoffor to use* o *settlor*. Véase en Villagordoa Lozano, J. (1998). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa. p. 15.

<sup>36</sup> Durante la Guerra de las Dos Rosas, los bienes de los vencidos estaban expuestos a ser confiscados por los vencedores, como pena por el delito de alta traición que se les imputaba. Para prevenir estas confiscaciones, los que participaban en estas contiendas transmitían sus bienes a una persona, quedando el cesionario en posesión de los mismos, para uso exclusivo del otorgante o de sus herederos. En este caso, cuando el cedente caía en manos de sus enemigos y era condenado por delito de alta traición, ya no había bienes que le pudieran ser confiscados, pues el cesionario tenía la legal ownership de los mismos y, además, era ajeno al delito cometido. Pero en todo caso el cesionario estaba obligado, por su honor, a permitir al cedente y a sus herederos el uso y disfrute de los bienes, por tenerlos confiados a su buena fe (*in trust*). Véase en Villagordoa Lozano, J. (1998). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa. p. 15.

<sup>37</sup> Al emplear el *use* para defraudar a los acreedores, ocasionando una aparente insolvencia del deudor quien transmitía sus bienes a un fiduciario, a fin de que éste los poseyera en su propio beneficio. En el reinado de Eduardo III (1327-1377) se restringió el *use* fraudulento, declarándolo embargable, para que se pudiera hacer pago a los acreedores. Véase en Villagordoa Lozano, J. (1998). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa. p. 15.

<sup>38</sup> Rebas, O. (1982). *El derecho angloamericano: estudio expositivo y comparado del "Common Law"*. Fondo de Cultura Económica. p. 277.

propiedad por medio de los mandamientos llamados *writ of injuction* y *writ of sub peona*, cuyo incumplimiento estaba sancionado con la pena de prisión, hasta que el rebelde los obedeciera<sup>39</sup>.

Con el tiempo, el *use* se convirtió en un derecho consuetudinario, ello provocó que el rey y los grandes terratenientes del país se vieran privados de sus cuantiosos privilegios y prerrogativas durante el régimen feudal, el Parlamento Inglés expidió durante el reinado de Enrique VIII, la Ley de usos del año 1534, disponiendo que quien gozaba de un *use* sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho. A dicha consecuencia se le conoció como ejecutar el uso, es decir, darle efectos reales de plena propiedad. Durante algún tiempo se impidió la existencia de los dos propietarios, legal y equitativo, respecto de una misma cosa, que caracterizaba a dicha institución<sup>40</sup>.

Esta ley no logro su objetivo ya que vino a vigorizar la práctica del *use*, pero con un nuevo nombre: surgió el *trust* con la inesperada fuerza que le dio el derecho de equidad<sup>41</sup>. El *trust* puede constituirse en testamento o en vida.

Los actores intervinientes son tres: el *settlor*, el *trustee* y el *cestui que trust*. El constituyente o *settlor*, creador del *trust*, cumple una función transitoria porque al separarse de un derecho que forma parte de su patrimonio y destinarlo a una finalidad determinada, su razón de ser desaparece, siendo la transferencia de sus derechos, definitiva e irrevocable. El fiduciario o *trustee*, es el protagonista de la figura porque mediante el traspaso obtiene sobre los derechos el título legal para realizar el *trust*. Pueden coincidir en una misma persona el *settlor* y el *trustee*, es decir, no habrá una verdadera transmisión de bienes sino una separación de tales del patrimonio. Y, por último, el beneficiario o *cestui que trust*, persona natural o jurídica, en cuyo provecho se ha constituido el *trust*<sup>42</sup>.

#### **1.2.4. El fideicomiso en el Derecho Peruano**

La Gran Depresión, también conocida como el Crack de 1929, provocada por la caída de la Bolsa de Valores de Nueva York en 1929, considerada la más catastrófica caída del mercado de valores en la historia de la bolsa de Estados Unidos<sup>43</sup>, tuvo un gran impacto en las

<sup>39</sup> Villagordoa Lozano, J. (1998). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa. p. 17.

<sup>40</sup> Rebas, O. (1982). *El derecho angloamericano: estudio expositivo y comparado del Common Law*. Fondo de Cultura Económica. p. 282.

<sup>41</sup> Rebas, O. (1982). *El derecho angloamericano: estudio expositivo y comparado del Common Law*. Fondo de Cultura Económica. p. 283.

<sup>42</sup> Para más detalle revisar Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p. 25-26.

<sup>43</sup> Las grandes crisis de la economía mundial han significado para las economías pequeñas y abiertas, la disminución de su comercio exterior y el cese de las inversiones y préstamos desde el mundo desarrollado. Mientras más dependiente de estos flujos haya sido la economía de un determinado país en el periodo anterior a la crisis, más grande ha de ser el impacto en esta, con la caída del

economías del mundo entre ellas las de América Latina, llevando al establecimiento de reformas financieras y nuevas regulaciones que permitieran hacerle frente a la crisis.

En el Perú, la misión Kemmerer<sup>44</sup>, liderada por el economista norteamericano Edwin Walter Kemmerer, contribuyó a hacerle frente a ese clima inestable, a través de la institución de las comisiones de confianza, regulado por primera vez en la Ley de Bancos promulgada mediante Decreto Ley N° 7159 del año 1931, en la que se les encargaba a los bancos el ejercicio de las funciones de depositario, apoderado o administrador de bienes ajenos, previamente autorizado por la Superintendencia de Bancos y Seguros (en adelante SBS), para que responda por el cumplimiento de los deberes que la ley les confería a dichos bancos, recogiendo además, los supuestos en los que estas entidades podían desempeñar comisiones de confianza, entre las que se encontraba ser ejecutor de fideicomisos de cualquier carácter, cuando la ley así lo permitiese.

Es importante recalcar que Kemmerer acercó a la legislación latinoamericana y, específicamente, a la peruana, la exitosa institución del *trust*, la cual tuvo graves dificultades de adaptación a los sistemas romanísticos como en el peruano. En la exposición de motivos del proyecto de Kemmerer, se sustentó la conveniencia de crear las comisiones de confianza, que, si bien significaban una noción nueva en el Perú, ya era aceptada ampliamente en Estados Unidos e Inglaterra. Para que ello fuera posible, incluyó las modificaciones de las leyes existentes que eran indispensables<sup>45</sup>. Proyecto que se vio concretado en la primera Ley de Bancos.

De La Fuente y Hontañón (2012)<sup>46</sup> considera que quizás la razón de que las comisiones de confianza, introducidas por el Decreto Ley antes mencionado se creasen como una función de los bancos bajo control del Estado, excluyendo a las personas naturales, fue que los bancos siempre tendrán más fortaleza y más medios para superar las crisis monetarias tanto internas como internacionales (p. 200). Luego, el Decreto Legislativo 637, Ley General de Instituciones

---

primero. Véase en Contreras, C. (2009). La Crisis Mundial de 1929 y la Economía Peruana. *Crisis Internacional: Impactos y respuestas de política económica en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. pp. 1-30.

<sup>44</sup> La misión Kemmerer consistió en una serie de propuestas de remodelación de los sistemas monetarios, bancarios y fiscales, que luego se convirtieron en leyes, algunas vigentes al día de hoy y que se implementaron principalmente en Latinoamérica, por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú, con el fin de consolidar la estabilidad monetaria y que fueron liderados por el economista estadounidense Edwin Walter Kemmerer, entre 1919 y 1931. Véase en: Gozzi, E. y Tappatá, R. (2010). La misión Kemmerer. *Fit & Proper*. Costa Rica. pp. 1-2.

<sup>45</sup> Stewart Balbuena, A. (1996). *El fideicomiso como negocio fiduciario*. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. p. 179-180.

<sup>46</sup> De la Fuente y Hontañón, R. (2012). *La herencia fideicomisaria desde Roma hasta el Derecho peruano*. Palestra Editores. p. 200.

Bancarias, Financieras y de Seguros- promulgada el 24 de abril de 1991, vino a derogar la anterior ley, pero como sus errores fueron numerosos, no tuvo mayor trascendencia.

Después se promulga el Decreto Legislativo 770 en 1993 que posiciona al fideicomiso dentro de las comisiones de confianza. Y finalmente, en diciembre de 1996, se promulga la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, en la cual hay un mayor detalle y desarrollo de la figura del fideicomiso.

De todo lo que se ha expuesto en el contexto histórico, llegamos a la conclusión de que el fideicomiso en el Perú, a pesar de ser una figura *sui generis*, ha tenido influencia del *Fideicommissum* y *Pactum Fiduciae* del Derecho Romano, de la fiducia del Derecho Germánico y del *trust* del Derecho Inglés, que se explicarán a continuación.

Desglosando cada una de estas tres influencias, en el Derecho Romano, por un lado, el aporte del *Fideicommissum* fue el haber tenido su origen en los actos sucesorios al convertirse en un encargo de confianza; por otro lado, el *Pactum Fiduciae* podía cumplir la función de garantizar el cumplimiento de obligaciones o la correspondiente función de administración. Con respecto a la influencia de la fiducia del Derecho Germánico, los alemanes tomaron como referente a la fiducia romana y la adaptaron a sus circunstancias, evolucionando esta figura, utilizando a la fiducia germana de tres formas: como prenda inmobiliaria, para el ámbito sucesorio o para la transmisión de un bien inmueble por medio de una persona intermediaria. Y último, en el *trust* del Derecho Inglés, a pesar de haber incorporado el fideicomiso romano con sus propios matices anglosajones, el aporte de los ingleses fue la propiedad desdoblada, de un lado el propietario del bien y de otro el beneficiario del mismo, pudiéndose constituir mediante testamento o en vida.

Todo esto, convirtió al fideicomiso en una figura *sui generis*; girando en torno a un encargo o comisión de confianza basada en la fe que merece una persona; siendo objeto de administración o garantía; regulada con todos los medios legales para garantizar la seguridad de la figura; pudiendo ser vista desde diversas áreas del derecho como el ámbito sucesorio, inmobiliario, bancario, entre otras; pero no se puede hablar de una propiedad desdoblada sino de un dominio fiduciario que se explicará más adelante.

De esta manera, se justifica un tratamiento del fideicomiso en el marco del Derecho Bancario, al tener como uno de los actores de la relación jurídica a los Bancos, contemplando dentro del ámbito privado del Derecho Bancario. El fideicomiso está dentro de las operaciones neutras que realiza el Banco con sus clientes, atendiendo a ello, el Banco fiduciario deberá circunscribir su actuar a la finalidad establecida en el acto constitutivo, se le transferirá el

patrimonio fideicometido, con cargo a devolverlos al fideicomitente o fideicomisario, cuando así se haya establecido, recibiendo a cambio sus respectivos honorarios, por cumplir el encargo establecido, aspecto típico de los servicios financieros que brindan las instituciones bancarias<sup>47</sup>.

Pero, el hecho de que el fideicomiso esté regulado en las normas bancarias no quiere decir que esas sean las únicas normas que se le deban aplicar. Siguiendo a Batiza (1985)<sup>48</sup>, el fideicomiso es un acto de comercio, pero no un acto absolutamente mercantil, esta última es más una categoría doctrinaria que legal y, aun así, dicho carácter sería insuficiente para transmutar su naturaleza jurídica. La práctica bancaria demuestra que con frecuencia el fideicomiso constituye un acto mixto, civil para el fideicomitente y mercantil para el fiduciario, en virtud de su calidad de institución bancaria. Tal acto mixto es susceptible inclusive de ser administrativo (fideicomisos públicos), laboral (el que se constituyera por un sindicato) y, posiblemente, hasta agrario (pp. 44-45), y ni que decir sucesorio, cuando estamos ante la presencia de un fideicomiso testamentario.

En concordancia con lo antes mencionado, De la Flor Matos (1999)<sup>49</sup> señala que analizar el fideicomiso implica el desarrollo de diversas áreas del Derecho que se complementan entre sí como el Derecho Bancario, a partir de las innovaciones que ha venido implementando; el Derecho Mercantil, a partir de los usos y costumbres impuestas por los operadores de la figura; y el Derecho Civil, mediante el análisis de instituciones básicas como son los actos jurídicos, los contratos y las obligaciones (pp. 18-19).

### **1.2.5. Figuras afines al fideicomiso: el trust y la sustitución fideicomisaria**

Como se ha puesto en evidencia, a lo largo de la historia fideicomisaria, han surgido una serie de figuras afines a la institución, que comparten junto a esta, una serie de similitudes, que ha llevado muchas veces a confundirlas, a pesar de la existencia de elementos diferenciadores que les distinguen.

En este apartado, se desarrollarán, en primer lugar, las semejanzas y diferencias que existen entre el fideicomiso y el *trust*; para luego analizar las semejanzas y diferencias que tiene el fideicomiso en relación a la sustitución fideicomisaria.

Con respecto, a la primera figura afín, se suele equiparar el fideicomiso con la figura del *trust* diciendo que aquel es la traducción de este al español. Si bien es cierto, hay semejanzas,

<sup>47</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 67-68.

<sup>48</sup> Batiza, R. (1985). *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*. Segunda Edición. Ed. Porrúa, S.A. p 44-45.

<sup>49</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 18-19.

como el ser figuras basadas en la confianza, constituir un patrimonio separado y que el *trustee* (fiduciario) deberá rendir cuentas por la administración del patrimonio de los bienes fideicometidos. Será necesario tener presente las diferencias de ambas instituciones (revisar Apéndice A-1), las cuales serán aplicables a cualquier tipo de fideicomiso y de *trust*, incluso tratándose de los testamentarios.

En el *trust* se habla del desdoblamiento de la propiedad, es decir, existirán dos titulares del bien fideicometido, el fiduciario (*trustee*), como titular jurídico, y el fideicomisario (*cestui que trust*), como titular económico; en otras palabras, ambos sujetos se convertirían en dos propietarios del mismo bien. Mientras, en el fideicomiso estará presente el dominio fiduciario, es decir, el derecho de carácter temporal que tiene el fiduciario para poder administrar el patrimonio fideicometido, de acuerdo con el acto constitutivo, que inicia desde la transferencia de tales bienes hasta el término del fideicomiso, el fiduciario nunca será propietario del patrimonio en mención.

Por otro lado, los sistemas al que pertenecen ambas instituciones son totalmente diferentes. El *trust* corresponde al sistema anglosajón, caracterizado por tener como fuente principal a la jurisprudencia, el cual, cuenta con el *Common Law* y el *Equity Law*, por lo que, en el caso concreto del desdoblamiento de la titularidad, la propiedad del fiduciario será protegida por el *Common Law* mientras que el derecho de propiedad del beneficiario (*cestui que trust*) estará amparado por el *Equity Law*, se trata de dos jurisdicciones paralelas pero complementarias entre sí. En cambio, el fideicomiso pertenece al sistema romanístico, es decir, su principal fuente se centrará en la ley, por ende, sus normas se encontrarán en cuerpos codificados, formando parte de un mismo sistema unificado, de esta manera, el derecho de propiedad no podrá recaer en dos personas distintas, sino que este derecho le otorgará a su titular un poder unitario sobre sus bienes, el cual tendrá un carácter perpetuo.

En relación con la siguiente figura afín, la sustitución fideicomisaria tiene muchas similitudes con el fideicomiso testamentario, generando confusiones o, riesgos de asimilar ambas figuras como si se tratasen una sola. Dentro de dichas semejanzas, la primera, ambos son realizados mediante testamento. Segundo, en las dos figuras, tres son los sujetos intervinientes que son fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

De ahí, la importancia de establecer las diferencias entre estas dos figuras afines (revisar Apéndice A-2). La primera de ellas, la sustitución fideicomisaria, es una modalidad de sustitución, también denominada sustitución indirecta, en cambio, el fideicomiso testamentario, no es una modalidad de sustitución sino un tipo de fideicomiso.

La segunda diferencia, gira en torno a la rama del derecho en la que está regulada, la sustitución fideicomisaria, es una figura propiamente sucesoria, a pesar de esto, el Código Civil peruano guarda silencio al respecto<sup>50</sup>, ya que, únicamente está regulada la sustitución directa o también denominada vulgar. En cambio, el fideicomiso testamentario se encuentra regulado en el ámbito bancario, tanto en la Ley General como en el Reglamento del Fideicomiso, en lo que corresponda; sin embargo, al tratarse de un acto mixto, a este tipo de fideicomiso también se le aplicarán las normas sucesorias, en lo que concerniese, por esa misma razón, concluimos que si se regulase esta clase de fideicomiso en el Derecho Sucesorio no cambiaría en nada por tratarse de un acto mixto.

Tercero, en el tipo de sustitución en mención hay un doble llamamiento de disfrute sucesivo, es decir, el fiduciario disfruta los bienes primero y luego serán disfrutados por el beneficiario. Mientras, en el fideicomiso testamentario, hay un solo llamamiento, ya que, los bienes solo serán disfrutados por el fideicomisario.

Cuarto, el fiduciario en la sustitución fideicomisaria es una persona natural. Se habla de dos herederos, el primero será el fiduciario, quien debe conservar y en su momento restituir los bienes fideicometidos al fideicomisario, y el segundo será el beneficiario, ambos suceden al causante, en un orden establecido. Por otro lado, en el fideicomiso testamentario, el fiduciario es una entidad financiera, en ningún caso hereda, sólo administra el patrimonio fideicometido, por eso, cobra por sus servicios fiduciarios.

### 1.3. Definición de fideicomiso

Siempre al estudiar una figura jurídica, lo primero que se hace es acudir a su definición y en específico, a su etimología.

De esta manera, el *Fideicommissum*, proviene del latín *Fides Commissus*, *Fides* significa fe y; *Commissus*, comisión o encargo, por ende, un encargo de confianza o una comisión basada en la fe que merece una persona<sup>51</sup>.

El artículo 241 de la Ley General conceptúa a esta institución como una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de

<sup>50</sup> Tal silencio se podría entender como prohibición de la sustitución fideicomisaria o, de lo contrario, que si no está prohibido está permitido. La Dra. Rosario de la Fuente y Hontañón menciona que en la actualidad sí se realizan sustituciones fideicomisarias, las cuales, los jueces la disfrazan como sustituciones directas o vulgares. Para más información véase De la Fuente y Hontañón, R. (2014). Fideicomiso bancario y trust anglosajón: ¿Una acertada conjunción? Implicancias en el derecho familiar y sucesorio peruano. Gaceta civil & procesal civil, (15), 192-206.

<sup>51</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 24

este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

De la definición extraemos los siguientes elementos<sup>52</sup>: Primero, comporta una relación jurídica y se expresa unilateralmente (testamento) o bilateralmente (contrato). Segundo, el fideicomitente es el propietario de un bien o bienes que transfiere su propiedad a favor de otro sujeto (fiduciario). Tercero, esta transferencia no tiene todos los atributos de la propiedad (no funciona el *ius abutendi* y no es perpetua sino temporal) y surge condicionada a que el fiduciario utilice dichos bienes en el destino previsto en el instrumento constitutivo. Cuarto, la utilización puede ser a favor del fideicomitente o de un tercero, que es el fideicomisario. Quinto, el patrimonio fideicometido es distinto al de fideicomitente, del fideicomisario y en su caso del destinatario de los bienes remanentes. Cabe recalcar que todos estos elementos serán desarrollados más adelante.

Siempre la definición de una institución jurídica va muy ligada a su naturaleza, lo mencionado no es uniforme en toda Latinoamérica debido a las innumerables teorías acerca de la naturaleza del fideicomiso, se verá y analizará más adelante. Por eso, la definición que adopte cada país va a depender mucho de la teoría que acoja. Para efectos prácticos del presente trabajo, hemos optado por plasmar la definición que otorga la Ley General al fideicomiso.

Por otro lado, será interesante saber si la regulación de la definición del fideicomiso en la Ley General es correcta o no, se tratará en los próximos capítulos. Ya que, toda modificación parte de lo existente en la norma para, así, dar paso a las propuestas que se verán en la presente tesis.

#### **1.4. Sujetos de la relación jurídica del fideicomiso**

Son tres los sujetos que menciona el artículo 241 de la Ley N° 26702; ellos son el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, que se desarrollan a continuación.

##### **1.4.1. *El fideicomitente como constituyente del acto fideicometido***

El fideicomitente, conforme al artículo 241 de la Ley N° 26702, es la persona, natural o jurídica, que constituye el fideicomiso, el cual, puede plasmarse mediante contrato o a través de testamento.

Además, es el propietario de los bienes y/o derechos que serán transmitidos al fiduciario para el cumplimiento de un fin lícito y determinado, en beneficio del propio fideicomitente<sup>53</sup> o

<sup>52</sup> Arias-Schreiber Pezet, M. (1999). Los contratos modernos. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. p. 180.

<sup>53</sup> Cuando fideicomitente y fideicomisario coinciden en una misma persona funciona de la siguiente manera. El fideicomitente transfiere una parte de sus activos a una persona autónoma (fiduciario) para que los administre según lo estipulado en el contrato y que la rentabilidad generada por dichos

de un tercero. El fideicomitente deberá tener capacidad jurídica<sup>54</sup> para poder disponer de los bienes.

Dentro de sus obligaciones, el fideicomitente o sus causahabientes integran en el patrimonio del fideicomiso los bienes y derechos señalados en el instrumento constitutivo<sup>55</sup>. Además de ejercer las medidas de protección del patrimonio fideicometido en virtud de las facultades delegadas por el fiduciario<sup>56</sup>. Los herederos forzosos del fideicomitente pueden exigir la devolución de los bienes fideicometidos por su causante, en la parte que hubiesen perjudicado sus legítimas<sup>57</sup>. Se le devuelven los bienes fideicometidos al propio fideicomitente o a sus causahabientes si al término del fideicomiso no haya indicación, en el acto constitutivo, de quien deba ser el fideicomisario<sup>58</sup>.

Dentro de sus derechos y facultades está la de exigir el cumplimiento del fin que figura en el acto constitutivo. Facultado a coadyuvar en la defensa del patrimonio fideicometido<sup>59</sup>. En caso de liquidación del fiduciario, el fideicomitente podrá identificar y rescatar los bienes y derechos existentes que pertenezcan a dicho patrimonio, en cualquier estado del proceso<sup>60</sup>. El fideicomitente puede ser a la vez fideicomisario<sup>61</sup>. Tiene también lugar por voluntad unilateral del fideicomitente, expresada en testamento<sup>62</sup>. Por último, el fideicomitente puede ceder sus derechos a terceras personas<sup>63</sup>.

#### **1.4.2. El fiduciario como administrador del patrimonio fideicometido**

Es aquella persona jurídica, designada por el fideicomitente, encargada de la administración de los bienes y/o derechos dejados en fideicomiso. Para ello, el fiduciario deberá tener el dominio fiduciario de dichos bienes y/o derechos para poder usar, administrar y hasta enajenar, de ser el caso; y de esa manera cumplir con la finalidad estipulada en el acto constitutivo. Jamás podrá coincidir en una misma persona la posición de fiduciario y fideicomisario, salvo se trate de un fideicomiso de titulación.

---

activos sea devuelta al fideicomitente. Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p. 30.

<sup>54</sup> Capacidad plena tanto para la forma testamentaria como la contractual.

<sup>55</sup> Artículo 262 de la Ley General.

<sup>56</sup> Artículo 253 de la Ley General.

<sup>57</sup> Artículo 244 de la Ley General.

<sup>58</sup> Artículo 270 de la Ley General.

<sup>59</sup> Artículo 253 de la Ley General.

<sup>60</sup> Artículo 255 de la Ley General.

<sup>61</sup> Artículo 248 de la Ley General.

<sup>62</sup> Artículo 246 y 247 de la Ley General.

<sup>63</sup> Artículo 264 de la Ley General.

Dentro de las obligaciones del fiduciario se encuentra el cuidar y administrar los bienes y derechos que constituyen el patrimonio del fideicomiso, con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador; proteger dicho patrimonio con pólizas de seguro, según lo pactado en el acto constitutivo; llevar el inventario y la contabilidad de cada fideicomiso, y cumplir con las obligaciones tributarias correspondientes; preparar balances y estados financieros de cada fideicomiso; guardar reserva en relación a las operaciones, actos, contratos, documentos e información con respecto al fideicomiso, con los mismos alcances establecidos para el secreto bancario; rendir cuenta a los fideicomitentes y SBS al término del fideicomiso o de su intervención en él<sup>64</sup>, designar un factor fiduciario<sup>65</sup>, proteger el patrimonio fideicometido<sup>66</sup>.

Con respecto a sus derechos y facultades, cobrar una retribución por sus servicios<sup>67</sup>; renunciar con causa justificada, aceptada por la SBS<sup>68</sup>; solicitar la anulación de los actos de disposición que contravengan lo pactado<sup>69</sup>.

Si el fiduciario incumple sus obligaciones por dolo o culpa grave debe reintegrar al patrimonio del fideicomiso el valor de lo perdido, más una indemnización por los daños y perjuicios irrogados, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere dado lugar<sup>70</sup>.

La Ley General ya establece quienes están autorizados para ser fiduciarios: COFIDE, las empresas bancarias, las empresas financieras, las cajas rurales de ahorro y crédito, las cajas municipales de ahorro y crédito, las cajas municipales de crédito popular, las Entidades de Desarrollo a la Pequeña y Microempresa (EDPYMES), las cooperativas de ahorro y crédito autorizadas a captar recursos del público, las empresas de servicios fiduciarios y las empresas de seguros y reaseguros<sup>71</sup>.

---

<sup>64</sup> Artículo 256 de la Ley General.

<sup>65</sup> Artículo 271 de la Ley General.

<sup>66</sup> Artículo 253 de la Ley General.

<sup>67</sup> Véase en Artículo 261 de la Ley General. Además, según la experiencia Martín Mato como consultor en la estructuración de fideicomisos en el Perú recalca que hay dos costes sobre fideicomiso bancario. El primero, la estructuración del contrato, cuyo coste promedio es de US\$5.000, pero puede haber fiduciarios que cobren como mínimo US\$2.500 y los fiduciarios más caros cobran un mínimo de US\$20.000. Dicho coste dependerá de la complejidad del contrato y del valor monetario del patrimonio fideicometido. Segundo, la comisión de administración que suele ser cobrada mensualmente con un coste no menor de US\$800 y podría llegar hasta US\$ 2.500 o US\$3.000 debido a la complejidad del contrato, responsabilidades y riesgo que asume el fiduciario, número de transacciones, etcétera. Véase en Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p. 43.

<sup>68</sup> Artículo 269 de la Ley General.

<sup>69</sup> Artículo 252 de la Ley General.

<sup>70</sup> Artículo 259 de la Ley General.

<sup>71</sup> Artículo 242 de la Ley General.

En el caso concreto a las Cooperativas de Ahorro y Crédito, se pone en duda la confianza que pudiesen generar, como sucedió con Aelucop<sup>72</sup>, la cual, fue intervenida por la SBS por la pérdida total de su capital y reserva cooperativa, que evidentemente despertó el temor de muchos ahorristas que confiaron sus ahorros en dicha entidad financiera. Si se genera una preocupación con algo tan básico como el ahorro entonces con mayor razón cuando se trate de un fideicomiso. Sumado a que, al 22 de abril del presente año, fueron 20 las Cooperativas de Ahorro y Crédito disueltas por la SBS por no haber remitido sus estados financieros a esta entidad<sup>73</sup>.

En lo que respecta a las empresas bancarias, entre privadas y públicas, son 20 las instituciones financieras de esta naturaleza, las que actualmente se encuentran facultadas por el inciso 39 del artículo 221 de la Ley General a desempeñarse como fiduciarios en fideicomisos: Banco de Comercio, Banco de Crédito del Perú, Banco Interamericano de Finanzas (BanBif), Banco Pichincha, BBVA, Citibank Perú, Interbank, MiBanco, Scotiabank Perú, Banco GNB Perú, Banco Falabella, Banco Ripley, Banco Santander Perú, Alfin Banco, Bank of China, ICBC PERU BANK, Agrobanco, Banco de la Nación, COFIDE, Fondo MiVivienda<sup>74</sup>. Y en el caso de las empresas de servicios fiduciarios: La Fiduciaria, Fiduperu y Corfid<sup>75</sup>.

En otras palabras, la ley menciona una lista taxativa de quienes están autorizadas a ser fiduciarios que básicamente son las entidades del sistema financiero. Más adelante se verá si esta lista cerrada tiene justificación o no, pero sobre todo si es constitucional o no.

Por otro lado, hay dos figuras muy relacionadas con el fiduciario que son el factor fiduciario y las comisiones administradoras.

En el caso del factor fiduciario, es una persona natural que, debe tener la idoneidad técnica y moral necesaria para la administración del fideicomiso<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Para más detalle de la noticia de la Cooperativa de Ahorro y Crédito AELU revisar Vega, É. (25 de agosto 2021). *Cómo puedo saber si una cooperativa, financiera o caja es de confianza*. Gestión. Recuperado el 10 de mayo de 2022 de <https://gestion.pe/tu-dinero/como-puedo-saber-si-una-cooperativa-financiera-o-caja-es-de-confianza-sbs-sistema-financiera-informalidad-financiera-peru-nnda-nnlt-noticia/>

<sup>73</sup> Para más detalle revisar Gestión. (12 de abril 2022). *Estas son las 20 cooperativas de ahorro y crédito disueltas por SBS*. Recuperado el 22 de mayo de 2022 de <https://gestion.pe/economia/sbs-disuelve-20-cooperativas-de-ahorro-y-credito-por-no-remitir-sus-estados-financieros-rmmn-noticia/>

<sup>74</sup> Banco Central de Reserva del Perú. (s.f). *Entidades Financieras*. Recuperado el 16 de noviembre 2021 de <https://www.bcrp.gob.pe/sitios-de-interes/entidades-financieras.html>

<sup>75</sup> Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (s.f). *Empresas de servicios fiduciarios*. Recuperado el 16 de noviembre 2021 de <https://www.sbs.gob.pe/supervisados-y-registros/empresas-supervisadas/directorio-del-sistema-financiero/empresa-de-servicios-fiduciarios>.

<sup>76</sup> Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p. 34.

Para cada fideicomiso que la empresa fiduciaria reciba, se designará un factor fiduciario, quien asumirá personalmente su conducción, así como la responsabilidad por los actos, contratos y operaciones que se relacionen con dicho fideicomiso. La empresa es solidariamente responsable de los actos que, respecto al fideicomiso, practiquen el factor y los trabajadores del fiduciario, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 259 de la Ley General. Una misma persona puede ser factor de varios fideicomisos. La designación del factor debe ser puesta en conocimiento de la Superintendencia, organismo que está facultado para disponer su remoción, en cualquier momento<sup>77</sup>.

Y para las comisiones administradoras, en función de la complejidad que pueda tener un fideicomiso por la clase o el número de operaciones, actos y contratos relativos a los bienes administrados, o requeridos para el cumplimiento de su finalidad que lo justifiquen, la empresa fiduciaria puede designar una comisión administradora del fideicomiso. Esta comisión debe estar compuesta por no menos de tres ni más de siete miembros, y deberá establecerse un reglamento para su funcionamiento, así como las facultades con las que cuenta, siempre con sujeción a las reglas que contenga el instrumento constitutivo del fideicomiso<sup>78</sup>.

En conclusión, en todo fideicomiso, la empresa fiduciaria deberá designar a un factor fiduciario, pero no siempre a una comisión administradora, esta última sólo intervendrá cuando su complejidad así lo requiera.

### **1.4.3. El fideicomisario como beneficiario y destinatario final del fideicomiso**

Es aquella persona, natural o jurídica<sup>79</sup>, que se beneficia una vez cumplida la finalidad del fideicomiso según lo dispuesto en el acto constitutivo, bastando tener la capacidad general o de goce para ser considerado como tal. También se le denomina beneficiario.

Puede haber pluralidad de fideicomisarios<sup>80</sup> e incluso que personas indeterminadas sean nombradas como beneficiarias del fideicomiso<sup>81</sup>. Así mismo, la figura del fideicomisario puede recaer en un tercero o en la misma persona del fideicomitente.

En el supuesto en que fideicomisario y fideicomitente coincidan, es porque este tiene el objetivo de ceder en fideicomiso la titularidad de sus bienes y derechos en forma temporal, por

<sup>77</sup> Artículo 271 de la Ley General.

<sup>78</sup> Artículo 272 de la Ley General.

<sup>79</sup> Puede ser un familiar, un amigo, un acreedor, una institución benéfica, etcétera. Bien puede suceder que no exista fideicomisario determinado. Véase en Bauche Garciadiego, M. (1978). *Operaciones bancarias: activas, pasivas y complementarias*. Ed. Porrúa S.A. p. 360.

<sup>80</sup> Artículo 249 y 267 de la Ley General.

<sup>81</sup> Artículo 248 de la Ley General.

eso, es muy común que él mismo sea el fideicomisario<sup>82</sup>. En cambio, cuando el fideicomisario es una tercera persona. Este usualmente no interviene como parte en el contrato de fideicomiso<sup>83</sup> salvo adquiriera a título propio los derechos que en él se establezcan en su favor, los cuales no podrán ser alterados sin su consentimiento, incluso si los causahabientes del fideicomitente requiriesen modificar o resolver el mencionado contrato, deberán hacerlo conforme a la aceptación unánime de los fideicomisarios<sup>84</sup>.

De esta manera, los fideicomisarios pueden clasificarse, de dos modos, en función a su participación en el acto constitutivo. La primera clasificación corresponde a los fideicomisarios *senior* o principales, es decir, aquellos que intervienen en el acto constitutivo y, evidentemente, firman el contrato de fideicomiso y por lo general son quienes financian directamente al fideicomitente. Mientras que la segunda clase de fideicomisarios corresponde a los subordinados o secundarios, en otras palabras, aquellos que no intervienen en la constitución del fideicomiso<sup>85</sup>.

Por otro lado, el fideicomisario tiene derecho a exigir a la empresa fiduciaria los beneficios que se generen del patrimonio fideicometido o del capital del mismo<sup>86</sup>. Además, y si así lo desea, puede ceder sus derechos a terceras personas<sup>87</sup>.

### **1.5. Discusión doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del fideicomiso**

Hay un sinnúmero de teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso; ya sea, basándose en figuras preexistentes, acudiendo al Derecho Comparado y/o haciendo construcciones artificiosas. En las siguientes líneas se tratarán las teorías más importantes, estas son: teoría del mandato irrevocable, teoría del patrimonio de afectación y teoría del contrato, se explicará si son afines o no a la esencia de esta institución. Ese recorrido llevará a replantear cuál es la verdadera naturaleza del fideicomiso.

<sup>82</sup> Véase en Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p. 32.

<sup>83</sup> En un contrato de fideicomiso, por su bilateralidad, las partes involucradas son el fideicomitente y el fiduciario. Sin embargo, se habla únicamente de una relación contractual, ya que, por ningún motivo sería posible la intervención del fideicomisario como parte en un fideicomiso testamentario, por su naturaleza unilateral.

<sup>84</sup> Artículo 250 de la Ley General.

<sup>85</sup> Un claro ejemplo es el fideicomiso inmobiliario en el que existirán dos tipos de fideicomisarios; por un lado, la institución que financió directamente al constructor y quiere ser beneficiario del capital e intereses que prestó (fideicomisario principal) y, por otro lado, los futuros adquirentes de la propiedad (fideicomisarios subordinados). Véase en Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p. 34.

<sup>86</sup> Artículo 263 de la Ley General.

<sup>87</sup> Artículo 264 de la Ley General.

### 1.5.1. *El fideicomiso entendido como un mandato irrevocable*

Esta teoría fue defendida por el panameño Ricardo J. Alfaro. El pionero en ver la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación latinoamericana, una institución civil nueva, semejante al *trust* del derecho inglés, dicha institución era el fideicomiso<sup>88</sup>. De esta manera compara el fideicomiso romano con el *trust* anglosajón y se da cuenta que el fiduciario o *trustee* es una persona que cumple un encargo dado por otra a beneficio de un tercero.

Por eso Alfaro (1971)<sup>89</sup> partiendo de la definición del contrato de mandato, concluye que el fideicomiso es en sustancia un mandato, en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante. Pero no bastaría por sí sólo el concepto de mandato, pues este tiene un carácter revocable y el fideicomiso tiene que ser irrevocable. El autor concluye exponiendo que el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se verifica una transmisión de bienes (pp. 47-48).

La irrevocabilidad del encargo una vez aceptado supuso un acercamiento del concepto de fideicomiso al *trust* inglés.

A partir de lo expuesto, es necesario acudir a lo más básico, el concepto de mandato. Según el artículo 1790 del Código Civil, el mandato es aquel contrato mediante el cual “el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante”. La gran interrogante es si se puede incorporar la teoría del mandato irrevocable al fideicomiso. Entonces hay que apreciar lo siguiente:

Lo primero y más evidente, la naturaleza del mandato es la revocabilidad mientras que en el fideicomiso es la irrevocabilidad.

Segundo, el mandatario actúa en nombre del mandante mientras que, según De La Flor Matos (1999)<sup>90</sup>, “el fiduciario no actúa en nombre del fideicomitente sino en función del patrimonio que él administra actuando frente a terceros como propietario de los mismos” (pp. 79-80).

<sup>88</sup> Alfaro tuvo dos etapas en su pensamiento. En 1922 dijo que el fideicomiso era un mandato irrevocable. Ya en 1948, desistió de dicha forma de pensar. Para más información revisar Alfaro, R. (1971). *El Fideicomiso en Panamá: compilación de escritos por Ricardo J. Alfaro y otros juristas*. Ed. Panamá. pp. 31 y sgtes/pp. 71 y sgtes. Por otro lado, Villagordoa critica ambas etapas de Alfaro. Revisar Villagordoa Lozano, J. (1998). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa. pp. 101-105.

<sup>89</sup> Alfaro, R. (1971). *El Fideicomiso en Panamá: compilación de escritos por Ricardo J. Alfaro y otros juristas*. Ed. Panamá. pp. 47-48.

<sup>90</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. pp. 79-80.

Tercero, De Arespacochaga (2000)<sup>91</sup> aclara, “en el mandato no se produce una transferencia de propiedad, el mandatario no sigue las instrucciones del mandante, sino que posee discrecionalidad; en el *trust*, en cambio, sí se produce una transferencia de propiedad a favor del *trustee* y éste ejecuta las instrucciones del *settlor* (constituyente)” (p. 35).

En conclusión, la teoría del mandato irrevocable no acoge la naturaleza del fideicomiso. Este último y el *trust* son dos figuras diferentes, a pesar de tener semejanzas, pertenecen a dos sistemas jurídicos distintos (Derecho Romano y Derecho Anglosajón, respectivamente) y, por ende, dos formas de operar diferenciadas.

El hecho de que un fideicomiso sea irrevocable, al igual que el *trust*, y que Alfaro en su intento de equiparar el fideicomiso al mandato agregue el adjetivo irrevocable, lo único que hace es generar una gran confusión entre conceptos jurídicos, algo inconcebible en el mundo del derecho porque cada figura funciona de determinada forma y con características propias. Es más, no tiene sentido que se hable de un mandato irrevocable cuando lo intrínseco de todo mandato es la revocabilidad.

### **1.5.2. El fideicomiso visto como patrimonio de afectación**

Teoría defendida por el francés Lepaulle, la cual, también busca desarrollar la figura del *trust* manifestando que lo intrínseco y permanente de esta es la subsistencia de un patrimonio destinado a un fin determinado. De esta forma, el *trust* es considerado como un patrimonio autónomo, el mismo que existe independientemente de sujeto alguno, encontrándose este patrimonio afectado a una determinada finalidad que esté dentro del marco de la ley.

En otras palabras, esta tesis llega a afirmar la premisa de que las partes constitutivas del *trust* no son necesarias ni constantes, ya que las variantes que muestra la figura permiten ver que puede existir ausencia de alguna de ellas al momento de realizarse el acuerdo<sup>92</sup>.

Según Lepaulle (1932)<sup>93</sup>, “hay numerosos casos en los que no existe un *settlor*, sino que son impuestos los *trusts* por disposición expresa de la ley... En primer término, para que exista un *trust* basta que haya bienes afectos al mismo y además una afectación prevista. El único ser esencial para el funcionamiento del *trust* es el *trustee*... ya que, una afectación no se realiza por sí sola, el medio práctico para llevarlo a cabo es el *trustee*, único sujeto de derecho necesario pero suficiente para el funcionamiento del *trust*. Puede no haber ni *settlor* ni *cestui*... pero debe haber un *trustee*. La afectación debe realizarse por medio de un sujeto de derecho”.

<sup>91</sup> Revisar para mayor detalle en De Arespacochaga, J. (2000). *El trust, la fiducia y figuras afines*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. p. 35.

<sup>92</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 80.

<sup>93</sup> Lepaulle, P. (1932). La naturaleza del trust: *Revista General de Derecho*. p. 115.

La teoría del patrimonio de afectación ha sido duramente criticada por las siguientes razones: La primera de ellas, la construcción artificiosa de desdeñar la existencia de las partes porque siempre va a existir una persona vinculada en el acuerdo, a pesar de que no esté presente alguna de ellas en alguna de sus modalidades<sup>94</sup>.

Segundo motivo, para Villagordoa (1998)<sup>95</sup>, el *trustee* no es un simple medio para conseguir la afectación de los bienes que se realiza en el *trust*, sino que él es el mismo titular de esos derechos en virtud del cual busca alcanzar los fines propios de esta operación (p. 112). Consolidando esta crítica, señala García (1999)<sup>96</sup> se observa que todo derecho es facultad jurídica de alguien y toda obligación supone un obligado. No hay derechos sin titular. La noción del deber está estrechamente ligada al concepto de persona (p. 283).

Tercer argumento, el término afectación para graficar que el patrimonio esté sujeto a determinada finalidad; lo que sucede es que dicho término no tiene un significado propio en la legislación peruana, por ende, no se le puede atribuir los alcances que se le da en esta teoría<sup>97</sup>. Reforzando esta idea, Batiza (1985)<sup>98</sup> comenta que el concepto de afectación patrimonial es insuficiente, porque más que en construcciones doctrinarias, el fideicomiso debe encuadrarse dentro de las categorías reconocidas por el derecho positivo, en este sentido, la ley sustantiva revela claramente que la constitución del fideicomiso resulta en un vínculo, en una relación legal que liga a las partes entre sí y de la cual derivan deberes y derechos recíprocos (p. 39).

A pesar de todas las objeciones, sí es un gran aporte, el dejar ver que los bienes que constituyen el fideicomiso forman una unidad patrimonial jurídico-económica que está separada de los bienes del fiduciario y que está libre de cualquier problema económico que pudieran tener el fideicomitente, el fiduciario o el fideicomisario<sup>99</sup>.

En consecuencia, la teoría del patrimonio de afectación no cobija del todo la naturaleza del fideicomiso porque si bien por un lado es un acierto el hablar de un patrimonio autónomo, por otro lado, es un desacierto el mencionar que dicho patrimonio sea carente de titular.

<sup>94</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 80.

<sup>95</sup> Villagordoa Lozano, J. (1998). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa. p. 112.

<sup>96</sup> García Máñez, E. (1999). *Introducción al estudio del derecho*. Ed. Porrúa. p. 283.

<sup>97</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 80.

<sup>98</sup> Batiza, R. (1985). *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*. Segunda Edición. Ed. Porrúa, S.A. p. 39.

<sup>99</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. pp. 80-81.

### 1.5.3. *El fideicomiso como contrato*

Rodolfo Batiza sostiene esta teoría, para él la naturaleza del fideicomiso es contractual, por lo tanto, el fideicomiso es un contrato<sup>100</sup>. Y como toda teoría, esta también tiene sus críticas, que se verán a continuación.

Primero, falta la estipulación a favor de tercero. Para Villagordoa (1998)<sup>101</sup>, si Batiza cataloga al fideicomiso dentro de los contratos entonces debería ser evidente que concluya que se trata de un contrato a favor de tercero, pero no lo hace; quedando inconclusa la idea pues está considerando recíprocas las relaciones entre fideicomitente y fiduciario, quedando el fideicomisario, quien es el tercero beneficiario del fideicomiso, fuera de la relación contractual (p. 124).

Ante dicha crítica, Batiza (1985)<sup>102</sup> recalca el no confundir al fideicomiso con la estipulación a favor de tercero. Si bien el punto de contacto entre ambos está en que el beneficiario podrá ser una persona que no intervino en la creación de la obligación original, salvo que fideicomitente y fideicomisario sean la misma persona. Fuera de eso, hay diferencias: el fideicomiso es una relación jurídica autónoma, no surge incidentalmente dentro de un contrato; la revocación del fideicomitente no está condicionada a la aceptación del beneficiario. Por último, la estipulación a favor de tercero supone la existencia de este, en tanto que el fideicomiso puede constituirse a favor de los no nacidos y aun para finalidades del todo ajenas a las personas (pp. 106-107).

Segundo, que se constituya mediante contrato no quiere decir que su naturaleza sea contractual. A este resultado llega Avendaño (1994)<sup>103</sup>, ya que, si la Ley N° 26702 define el fideicomiso como una relación jurídica. Esto hace que se pueda distinguir el fideicomiso del acto mediante el cual se constituye. El fideicomiso puede constituirse a través de un contrato o mediante testamento, pero no debe confundirse como el contrato que le da nacimiento, su naturaleza jurídica no es contractual (p. 353).

Tercero, la aceptación del fiduciario. En el caso del fideicomiso testamentario, se podría pensar que, si el fideicomiso se extingue por no ser aceptado el encargo por ninguna empresa

<sup>100</sup> Para más detalle revisar Batiza, R. (1985). *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*. Segunda Edición. Ed. Porrúa, S.A. pp. 39-46.

<sup>101</sup> Para más detalle revisar Villagordoa Lozano, J. (1998). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa. p. 124.

<sup>102</sup> Batiza, R. (1985). *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*. Segunda Edición. Ed. Porrúa, S.A. pp. 106-107. Además, para quienes quieran revisar, en la legislación peruana, lo concerniente a los contratos a favor de tercero, revisar los artículos 1457 y siguientes del Código Civil.

<sup>103</sup> Avendaño Arana, F. (1994). El fideicomiso. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. p. 353.

fiduciaria, según lo dispuesto en el artículo 247 de la Ley General, entonces estamos en presencia de un contrato donde la oferta estaría constituida por la disposición testamentaria. Avendaño (1994)<sup>104</sup> discrepa con lo anterior porque “para la validez de la oferta es necesario que esta sea recepticia... si la disposición testamentaria fuese una oferta, esta no sería recepticia, ya que, podría terminar aceptando el fideicomiso alguna empresa que no fue designada en el testamento” (p. 354).

Según lo expuesto, la naturaleza del fideicomiso no es contractual. Teniendo en cuenta este panorama surge la posibilidad de que su naturaleza pueda ser unilateral como lo afirma Raúl Cervantes Ahumada<sup>105</sup> o que se trate de un negocio jurídico complejo compuesto de dos fases (unilateral en su fase constitutiva y contractual en su ejecución) según lo manifiesta Jorge Alfredo Domínguez Martínez<sup>106</sup>.

Lo cierto es que el fideicomiso se puede constituir contractual o unilateralmente. De ahí, ya se desvirtúan las teorías de contractualidad o unilateralidad. Si se constituye de manera contractual, los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes<sup>107</sup>; es decir entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria de acuerdo a lo establecido en el artículo 246 de la Ley General; cabe recalcar, el fideicomisario únicamente interviene en el contrato cuando coincide en la misma persona del fideicomitente o cuando ha financiado directamente al fideicomitente<sup>108</sup>.

Por otro lado, si se habla del fideicomiso testamentario, este tendrá lugar por voluntad unilateral del fideicomitente, expresado en testamento, el cual se tendrá constituido desde la apertura de la sucesión, evidentemente, para su validez no será necesaria la aceptación de la empresa fiduciaria designada ni la de los fideicomisarios, según lo dispuesto en los artículos 246 y 247 de la Ley General.

Por lo tanto, que el acto constitutivo del fideicomiso sea vía contrato o mediante testamento, dependiendo del tipo de fideicomiso, no condiciona su naturaleza. Es importante precisar que el único fideicomiso que se puede realizar mediante testamento es el fideicomiso testamentario.

---

<sup>104</sup> Avendaño Arana, F. (1994). El fideicomiso. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. p. 354.

<sup>105</sup> Para más detalle revisar Castillo Lara, E. (2011). *El fideicomiso, el fideicomiso de garantía y su ejecución*. Primera Edición. Editorial Limusa, S.A. de C.V. Grupo Noriega Editores. p. 36.

<sup>106</sup> Para más detalle revisar Castillo Lara, E. (2011). *El fideicomiso, el fideicomiso de garantía y su ejecución*. Primera Edición. Editorial Limusa, S.A. de C.V. Grupo Noriega Editores. pp. 35-36.

<sup>107</sup> Artículo 1352 del Código Civil.

<sup>108</sup> Un ejemplo es el fideicomiso inmobiliario en el que el fideicomisario interviene en el acto constitutivo porque ha financiado al fideicomitente. Para más detalle revisar Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. pp. 33-34.

#### 1.5.4. *Naturaleza sui generis del fideicomiso*

Hay un sin fin de teorías, que intentan explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso asimilándola a instituciones ya existentes, acudiendo al Derecho Comparado y/o haciendo construcciones artificiosas con la finalidad de que su comprensión sea sencilla pese a que se trata de una figura caracterizada por su complejidad, así como, aclarar ciertos aspectos que según la doctrina no están del todo especificados en la legislación y/o son trascendentales al abordar este tema.

En nuestra opinión, ninguna teoría acierta del todo al tratar de explicar la naturaleza del fideicomiso. La primera razón, ya mencionada, el desacierto de equiparar el fideicomiso con figuras jurídicas ya existentes porque el fideicomiso es una institución *sui generis*. Segundo, olvidarse del derecho positivo, ya que, no es lo mismo *Fideicommissum* (tradicción romanística) que *trust* (sistema inglés); y más allá de que el fideicomiso en Latinoamérica no esté regulado de igual manera, porque en ciertos países se encontrará más desarrollado que en otros, hay que tener en cuenta la confluencia de matices de ambos sistemas en los diferentes ordenamientos latinoamericanos dando como resultado al fideicomiso tal como se conoce en la actualidad.

En conclusión, la naturaleza jurídica del fideicomiso consiste en ser una figura *sui generis* que cuenta con un patrimonio autónomo y está sujeto a un dominio fiduciario. Se explicarán cada uno de estos tres puntos a continuación.

Primero, es una figura *sui generis*, eso significa que es una institución con características propias, es decir, no puede encuadrarse, ni asemejarse, a cualquier otra figura jurídica ya existente.

Segundo, el patrimonio autónomo. En un fideicomiso, los bienes y/o derechos que forman parte de este constituyen un patrimonio independiente, es decir, el patrimonio fideicometido<sup>109</sup> es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario, según lo dispuesto en el artículo 241 de la Ley General. Es más, dicho patrimonio es inembargable, característica que hace al fideicomiso una figura aún más atractiva.

Tercero, el dominio fiduciario, es un derecho de carácter temporal que ejerce el fiduciario sobre el patrimonio fideicometido, tal dominio le confiere potestades de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes fideicometidos para que se pueda cumplir la finalidad del fideicomiso<sup>110</sup>. Dicho dominio, es temporal porque se ejerce

<sup>109</sup> El patrimonio fideicometido lo conforman los bienes y/o derechos que forman parte de un fideicomiso.

<sup>110</sup> Artículo 252 de la Ley General.

desde la transferencia de los bienes fideicometidos, salvo el instrumento constitutivo manifieste lo contrario, hasta el término del fideicomiso<sup>111</sup>.

Haciendo un paréntesis, hay que dejar claros dos puntos. El primero, el derecho que recibe el fiduciario no es el de propiedad, sino que se trata de un dominio fiduciario<sup>112</sup>, por eso, va ser necesario recalcar la diferencia entre ambos derechos. Segundo, los términos propiedad fiduciaria y dominio fiduciario hacen referencia a lo mismo, pero en la presente tesis se optará por utilizar este último para evitar confusiones.

Entonces, siguiendo con la distinción va a ser necesario recalcar la diferencia entre el derecho de propiedad y el dominio fiduciario. Según el artículo 923 del Código Civil “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”.

Para Rubio (1999)<sup>113</sup>, en virtud del artículo anterior, la propiedad es un poder que permite cuatro efectos: el primero, usar, es decir, servirse del bien directamente. Segundo, disfrutar, esto es, percibir sus frutos y productos. El tercero es disponer, consistente en, dar destino al bien, ya sea, donándolo, darlo en comodato, alquilarlo a terceros, etcétera. Y cuarto, reivindicar, que implica recuperar el bien de quienes lo tienen sin derecho, para ello se utiliza la acción reivindicatoria (pp. 365-367).

En cambio, en el fideicomiso, el fideicomitente transfiere la propiedad del bien al fiduciario, así, este último se convierte en el nuevo propietario del bien, pero su accionar con respecto a los bienes estará limitada por el acuerdo que dio origen al fideicomiso. El fiduciario no tiene el señorío total sobre el bien porque nunca tendrá el derecho de goce, por lo que no podrá beneficiarse de los frutos del bien; a pesar de tener los derechos de uso y disposición, estos siempre obedecerán los límites del acto constitutivo para la consecución del fin previsto; y con respecto al derecho de reivindicación, lo tendrá de manera plena para poder realizar, dentro de lo posible, el fin previsto. Si bien es cierto, los bienes fideicometidos ingresan al patrimonio del fiduciario, lo hacen como una masa económica separada del resto de sus bienes. El nuevo propietario (el fiduciario) tiene su derecho limitado, pues no está en capacidad de

---

<sup>111</sup> Artículo 4 del Reglamento del Fideicomiso.

<sup>112</sup> Así lo señala el 273 de la Ley General “la empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo”.

<sup>113</sup> Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 365-367.

ejercer sobre el bien la totalidad de facultades posibles ni de ejercerlas de manera exclusiva y unitaria, de lo que sí dispone quien posee el señorío total sobre algún bien<sup>114</sup>.

En resumen, en el momento en que el fideicomitente transfiere sus bienes en fideicomiso, deja de ser propietario de los mismos. El fiduciario recibe el patrimonio fideicometido, sobre el cual, en ningún caso será dueño de los mismos, pero sí ejercerá una propiedad limitada, de manera temporal, que deberá ajustarse al acto constitutivo y los fines previstos en este, a esto se le denomina dominio fiduciario. El fideicomisario tendrá la titularidad plena al término del fideicomiso, es decir, tendrá el poder unitario de los bienes, con todas las facultades que ello implica y no estará sujeto a un límite en el tiempo, sino que tendrá carácter perpetuo.

Por esta razón, la Ley General y el Reglamento del Fideicomiso hablan de dominio fiduciario y no de propiedad fiduciaria, para evitar posibles errores conceptuales. Llama la atención que el Código Civil no regule el dominio fiduciario, sería conveniente que lo hiciera para así evitar que la doctrina acuda a un sinnúmero de teorías que lo único que hacen es confundir aún más la naturaleza jurídica del fideicomiso.

#### **1.6. Características del fideicomiso**

El fideicomiso tiene los siguientes caracteres jurídicos<sup>115</sup>. Es típico, es decir, está enmarcado dentro de la Ley General. Es autónomo, porque tiene vida propia y no depende de otros contratos, en ciertos casos está vinculado a otras figuras contractuales y cuando es testamentaria se relaciona directamente con el Derecho Sucesorio. También es complejo, ya que, su flexibilidad puede dar origen a diferentes formas de carácter obligacional. Así mismo, es constitutivo, esto es, el fideicomiso da lugar a la creación de figuras jurídicas diferentes, dentro del mecanismo de administración que está a cargo del fiduciario.

Por otro lado, es conmutativo, es decir, se puede prever sus beneficios y sacrificios, a diferencia de lo que sucede con los actos aleatorios. También es oneroso, pues, el fiduciario recibe una retribución en tanto que el fiduciante se desprende del bien o bienes que entrega en fideicomiso. Además, es de tracto sucesivo porque su ejecución, a través de actos de administración, está diferida en el tiempo. De igual manera, es de prestaciones recíprocas, ya que, cuando surge de un acto bilateral, cada una de las partes está sujeta al juego de la prestación y contraprestación. Así como, la característica de ser formal que de acuerdo con el artículo 246 de la Ley General, se exige se formalice por instrumento privado o protocolizado notarialmente.

---

<sup>114</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. pp. 105-107.

<sup>115</sup> Arias-Schreiber Pezet, M. (1999). *Los contratos modernos*. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. pp. 183-184.

Otras características a tener en cuenta para una mejor comprensión de la figura del fideicomiso serán la irrevocabilidad, que, impide cambios de instrucciones posteriores en contra del objetivo del fideicomiso. La inembargabilidad, que implica que el patrimonio fideicometido no puede ser objeto de embargo salvo pacto en contrario. La indelegabilidad, consistente en el hecho de que las instrucciones contractuales deben ser cumplidas por el fiduciario, al ser instrucciones basadas en la confianza del fideicomitente. Y finalmente, la temporalidad, cuya vigencia tiene una extensión limitada en el tiempo salvo excepciones plasmadas en los artículos 251 y 268 de la Ley General.

El hecho de haber explicado las características nos permite observar claramente su importancia, su esencia y sus atributos inherentes. Evidentemente, al tener presente esta información, se convierte el fideicomiso en una institución de interés o, dicho de otro modo, en una figura altamente atractiva.

### **1.7. Forma del fideicomiso**

Según Vidal (2007)<sup>116</sup> “la forma es la manera en la que se exterioriza la voluntad interna con miras a la celebración de un acto jurídico” (p. 132), sin forma la declaración de voluntad no podría emitirse.

Ahora bien, el artículo 144 del Código Civil, reconoce dos tipos de forma del acto jurídico. La forma solemne y la forma probatoria. Mientras que la primera, sí es un requisito de validez del acto jurídico, dirigida a dotar de eficacia constitutiva al negocio, siendo que la misma ley establece que su inobservancia puede dar lugar a la nulidad del acto. La segunda, en cambio, no constituye un requisito determinante para la validez del mismo, pudiéndose prescindir de ella, sin sanción de nulidad, teniendo una función más procesal que sustantiva, a diferencia de la primera.

Para determinar el tipo de forma que adopta el fideicomiso, habría que analizar que dice su regulación respecto a la validez del acto jurídico y su forma de constitución. En esa línea, el artículo 243 de la Ley General, establece que validez del acto constitutivo va depender de la facultad de disposición que tenga el fideicomitente respecto de los bienes y derechos que transmita, además de los requisitos que establece la norma para la validez del acto jurídico, esto es, que se trate de un agente capaz, que tenga un objeto físico y jurídicamente posible, que persiga un fin lícito y que se realice con observancia de las formas prescritas por ley. Siendo que el artículo 265 de la misma ley, señala que la contravención a los requisitos en el previstos en el artículo 243, antes mencionado, dan lugar a nulidad del mismo.

---

<sup>116</sup> Vidal Ramírez, F. (2007). *El Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica. p.132.

Tomando ello en consideración, el artículo 246 de la Ley General, indica que, el fideicomiso se puede efectuar y perfeccionar por contrato, entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente, o por voluntad unilateral del fideicomitente, expresada mediante testamento. En la medida, que la ley exija que para la validez del acto este se constituya por medio de una escritura privada o pública, entonces se puede señalar, que, en el caso del fideicomiso, la forma viene determinada por ley, por lo que tendría un carácter *ad solemnitatem*.

Debiendo precisar, que la forma va depender de algunos criterios, tales como, la naturaleza de los bienes a transferirse, la necesidad de proceder a la inscripción registral o no del fideicomiso, la modalidad del fideicomiso de la que se trate, entre otros.

El artículo 246 de la Ley General, establece, además, que, tratándose de transferencia fiduciaria de activos mobiliarios, deberán ser inscrito en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Banca y Seguros, según lo considere el fideicomitente y en caso de tratarse de otra clase de bienes, de carácter no registrables, las transferencias se perfeccionarán por tradición, endoso u otro requisito exigido por ley.

### **1.8. Tipos de fideicomiso**

Hay una gran diversidad en lo concerniente a la clasificación de los fideicomisos. Si es por el acto jurídico que le da origen, puede ser *inter vivos* (mediante contrato) o constituido por acto unilateral (por testamento). Desde el punto de vista de los sujetos que los realizan, puede ser fideicomiso público o fideicomiso privado. Y teniendo en cuenta, la modalidad operativa, puede ser fideicomiso de administración, de inversión, de garantía, inmobiliario, testamentario, de titulación, de seguros, testamentario, entre otras clases.

Hacer una lista taxativa de todos ellos sería imposible, ya que, al ser una figura flexible, solo va a depender de cómo quieran constituirlo las partes, el tipo de sujetos, qué finalidad se quiere conseguir, entre otros; y dependiendo de ello, ese tipo de fideicomiso recibirá un nombre, pudiendo incluso crearse nuevos tipos de fideicomiso siempre que tengan una finalidad lícita. Para efectos prácticos sólo se mencionarán los siguientes fideicomisos: fideicomiso bancario, fideicomiso de administración, fideicomiso de garantía, fideicomiso de inversión, fideicomiso de titulación y fideicomiso testamentario.

#### **1.8.1. Fideicomiso bancario**

Las normas fideicomisarias no brindan una definición del fideicomiso bancario, lo que hacen es conceptualizar la institución fideicomisaria de manera general, aplicando dicha regulación a los demás tipos de fideicomisos.

Se entiende, que el fideicomiso bancario es el previsto en el artículo 241 de la Ley General<sup>117</sup>, referido al fideicomiso en general. Esto se debe a tres razones en específico. La primera, obedece a razones de carácter histórico, siendo que, la introducción del fideicomiso en Perú, se dio gracias a la misión Kemmerer, previamente explicada, incorporando la figura del fideicomiso a través de las comisiones de confianza, como uno de los remedios previstos para hacer frente a la crisis económica de 1931, siendo los bancos los únicos quienes podían actuar como fiduciarios. La segunda razón, se encuentra ligada al ámbito de regulación del fideicomiso, esto es, una ley de naturaleza bancaria. Y, por último, en la actualidad, los únicos a desempeñarse como fiduciarios son las entidades financieras según ley.

En otras palabras, el fideicomiso bancario es un término, no usado por la legislación, pero sí por la doctrina, fundamentado en razones históricas por ser, básicamente, el fiduciario un banco. De esta manera, el fideicomiso bancario, se puede definir como aquella institución en la cual el fideicomitente acude al fiduciario bancario destinándole determinados bienes y/o derechos para el cumplimiento de un fin específico en beneficio del fideicomisario. Habría que analizar si es posible o no incluir a otros tipos de fiduciarios, a parte, de los ya existentes como los financieros, que se verá más adelante.

Los fideicomisos bancarios se pueden clasificar en dos grandes grupos: de administración o de garantía. Si es de administración quiere decir que el objetivo es administrar el patrimonio fideicometido y si es de garantía entonces la finalidad será garantizar el cumplimiento de obligaciones.

Un ejemplo de este tipo de fideicomisos es el denominado Fideicomiso Aporte Social Proyecto Las Bambas, también conocido como caso Las Bambas<sup>118</sup>. El Estado Peruano, incluyó en el contrato de concesión minera la exigencia de la creación de un fideicomiso, de tal manera que, el dinero por tal concesión ya no se destinaría al tesoro público sino a un patrimonio autónomo cuya administración estaría a cargo de un fiduciario (La Fiduciaria S.A) quien recibiría los recursos bajo dominio fiduciario, según lo previsto en el contrato de fideicomiso, para el desarrollo sostenible y la lucha contra la pobreza extrema de las localidades de la zona (provincia de Grau y Cotabambas de la región Apurímac). Este fideicomiso busca la realización

---

<sup>117</sup> El artículo 241 de la Ley General brinda un concepto de fideicomiso: El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

<sup>118</sup> Para más información véase en Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p.90-91.

de proyectos productivos (agricultura, artesanía, industria y ganadería) y sociales (educación, energía, salud e infraestructura).

### **1.8.2. Fideicomiso de administración**

El fideicomitente transmite determinados bienes al fiduciario para que este administre dicho patrimonio fideicometido en provecho del fideicomisario. Un caso clásico sería aquel en el que una persona transfiera un inmueble en dominio fiduciario a un banco con la finalidad de que este lo arriende, pague impuestos y entregue la renta neta a una persona determinada que puede ser el mismo fideicomitente o un tercero.

El fiduciario podrá administrar bienes muebles, inmuebles, valores, fondos determinados a cierto sector de la economía, patrimonios de empresas que estén en proceso de crecimiento o liquidación, bienes con destino específico (familiares o de solidaridad social), entre otras.

Las razones por las cuales una persona decide instituir un fideicomiso de administración, son múltiples. Entre ellas, porque su salud o edad les impide administrar dicho patrimonio, no tienen experiencia en los negocios, falta de tiempo por estar sobrecargados con otros proyectos, desconocimiento en la materia, pero quizá su principal motivo sea el interés que pueden llegar a tener en separar aquellos bienes que destinará en fideicomiso del resto de su patrimonio.

Como ejemplo se presenta el caso Fideicomiso de Lima Airport Partners, contrato suscrito en el 2001, un fideicomiso de administración de carácter no discrecional y de garantía irrevocable. Esta empresa suscribió, con el Estado Peruano, en 14 de febrero del 2001, un contrato de concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. En agosto 2001, dicha compañía, suscribió cartas de compromiso para obtener financiamiento de hasta US\$125 millones a través de dos entidades financieras, Overseas Private Investment Corporation y Kreditanstalt Für Wiederaufbau, para la primera fase de mejoras en el aeropuerto. El 30 de setiembre del 2001, Lima Airport Partners S.R.L (fideicomitente) firma el contrato de fideicomiso, en el cual *Citibank* del Perú S.A. (fiduciario) administrará el patrimonio fideicometido<sup>119</sup> para lograr el cumplimiento de la primera fase de mejoras del aeropuerto y garantizar el pago del préstamo con las dos entidades financieras (fideicomisarios)<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> El patrimonio fideicometido estaba conformado por todos los ingresos de Lima Airport Partners S.R.L, los derechos que esta pueda tener sobre los contratos presentes y futuros, sus bienes inmuebles, sus bienes muebles con un valor mayor a US\$5000, propiedad intelectual de la compañía y reembolso de seguros.

<sup>120</sup> Para más información del caso Fideicomiso de Lima Airport Partners véase en Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p. 95-98.

Si Lima Airport Partners no hubiese acudido a un fideicomiso entonces tendría dos puntos en su contra: el incumplimiento de sus obligaciones emanadas del contrato de concesión y una gran deuda financiera, que muy probablemente, hubiese llevado a la compañía a la quiebra.

Como se puede apreciar, en el caso concreto, con la realización de un fideicomiso todos se ven beneficiados desde el fideicomitente logrando crecer como empresa y obteniendo más financiamientos a futuro, generando un buen historial crediticio, hasta los fideicomisarios con el efectivo cumplimiento del préstamo otorgado.

### **1.8.3. Fideicomiso de garantía**

El fideicomiso de garantía se encuentra regulado en el artículo 274 de la Ley General<sup>121</sup>, su objetivo es garantizar el pago de obligaciones. Y como en toda obligación, siempre habrá un deudor y un acreedor; sumado a que, al tratarse de un fideicomiso, intervendrá además una institución financiera como fiduciario. En palabras de Arias-Schreiber (1999)<sup>122</sup> funciona como garantía hipotecaria (p. 197).

En este tipo de fideicomisos, el fideicomitente (deudor) para garantizar el pago de una obligación va a transferir un bien (mueble o inmueble) al fiduciario para que este, asuma la función de garantía de dicho bien fideicometido, con instrucciones de que si no se paga la obligación a su vencimiento, el fiduciario pueda sacar en remate el bien y con el dinero de la venta o con los flujos que generen dichos activos se saldará la obligación que se mantiene pendiente con el fideicomisario (acreedor).

Bauche (1978)<sup>123</sup> ejemplifica esta figura: Si un industrial o un particular quiebra, entonces sus bienes no alcanzarían a pagar a todos sus acreedores en caso se vendiese en un proceso judicial, ya sea por el síndico de la quiebra o bien por remate. Pero, si destina tales bienes en fideicomiso, la institución de crédito los administrará y los venderá a mejores precios

---

<sup>121</sup> Artículo 274 de la Ley General.- Fideicomiso en garantía: La empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicometido cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso a la Superintendencia. Son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor.

<sup>122</sup> Arias-Schreiber Pezet, M. (1999). *Los contratos modernos*. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. p. 197. Para más información, para quienes quieran profundizar, también podría revisarse Avendaño Arana, F. (1994). El fideicomiso. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. pp. 363-365.

<sup>123</sup> Bauche Garciadiego, M. (1978). *Operaciones bancarias: activas, pasivas y complementarias*. Ed. Porrúa. p. 361.

que en la almoneda judicial, de esta manera, se pagarán a todos los acreedores y, muy probablemente, el deudor recupere algo para sí. (p. 361).

Es mejor hacer un fideicomiso de garantía que tener una hipoteca como garantía. Las razones saltan a la vista: evitar someterse a procesos judiciales para el remate de los bienes, estos al formar un patrimonio autónomo estarán libres de cualquier incidente que pueda tener el deudor, el bien se venderá al valor del mercado y no por un valor inferior a este. Asimismo, se puede tener como fuente de ingresos los frutos que produzcan los bienes fideicometidos (para ello la entidad fiduciaria producirá rentas o administrará recursos sobre dichos bienes) para que dichos ingresos sean parte de pago de la obligación o incluso completar la obligación de pago del deudor evitando la venta del bien.

#### **1.8.4. Fideicomiso de inversión**

En un fideicomiso de inversión, se busca promover la inversión de capitales. Los fideicomitentes (constituyentes) transfieren a un patrimonio autónomo una determinada cantidad de dinero o de activos (créditos, valores, inmuebles) con el propósito de que el fiduciario realice determinadas inversiones en función de las instrucciones o reglamento establecido por los constituyentes para beneficio propio o de un tercero (fideicomisario).

Hay autores que consideran al fideicomiso de inversión una variante del fideicomiso de administración, Avendaño<sup>124</sup> es uno de ellos. Rodríguez (1990)<sup>125</sup> considera además que en el fideicomiso de inversión “más allá de la simple administración y manejo de bienes, el fideicomitente busca destinarlos a ciertas actividades de los cuales puedan derivar rendimientos interesantes” (p. 665). Por otro lado, Fernández (1981)<sup>126</sup> señala que el fideicomiso de inversión “tiene por finalidad no sólo la conservación de los bienes en cuestión sino la búsqueda de rentabilidad, a través de la colocación o adquisición que efectúa el fiduciario”.

Usualmente esta clase de fideicomisos se usa para: fondos mutuos, fondos de pensiones voluntarios, fondos de empleados, inversión en un proyecto de construcción, entre otros.

Un ejemplo son los Fideicomisos de Infraestructura en Bienes Raíces, también denominados FIBRAs. Antes de explicar este punto, es importante aclarar que esta figura no

---

<sup>124</sup> Avendaño Arana, F. (1994). El fideicomiso. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. p. 361.

<sup>125</sup> Rodríguez Azuero, S. (1990). *Contratos bancarios: su significación en América Latina*. Ed. Legis. p. 665.

<sup>126</sup> Buey Fernández, A. (1981). *El Fideicomiso Público y el Fideicomiso Privado. Antecedentes, Desarrollo y Proyección*. Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo, Montevideo.

sólo implica un fideicomiso de inversión sino también uno de titulización, pero este tema sólo será explicado desde el punto de vista de la inversión.

FIBRA PRIME es el primer FIBRA en el Perú que pretende contar con un portafolio diversificado en activos inmobiliarios (industriales, comerciales, oficinas, hoteleros, etcétera), el cual coloca certificados de hasta US\$ 500 millones que son trasladados a la Bolsa de Valores de Lima. Cuenta con el BBVA como estructurador y colocador. Estos fideicomisos de inversión funcionan en más de 45 países. Son vehículos que generan flujos constantes que buscan obtener ganancias vía dividendos, con la obligación de repercutir entre el 90 a 95% de utilidades anuales, en otras palabras, son un motor para la economía. Son instrumentos de inversión inmobiliaria listados en la Bolsa de Valores de Lima, cuyos fondos están destinados a financiar la adquisición y/o construcción de inmuebles que generan rendimiento por sus flujos de arrendamiento u otra forma onerosa de cesión en uso.

Además, la protección a los inversionistas no solo es generarles retornos a través de dividendos, también protegerlos de la inflación y de las variaciones en el tipo de cambio, entre otros. Los FIBRAs buscan aligerar los balances de las empresas que acuden a este tipo de fideicomisos, dándoles una alternativa financiera adicional a la tradicional (bancos), siendo la Bolsa de Valores un instrumento de financiamiento en los cuales vehículos como estos están cumpliendo sus propósitos, es decir, generar financiamiento a través del mercado de valores<sup>127</sup>.

### **1.8.5. Fideicomiso de titulización**

En todo fideicomiso de titulización, el originador (fideicomitente) busca liquidez porque todos o algunos de sus activos no pueden ser convertidos en dinero fácilmente. Entonces va a transmitir sus bienes a una sociedad titulizadora (fiduciario) con el fin de que los administre y emita valores mobiliarios (acciones, bonos, papeles comerciales) con cargo al patrimonio autónomo con el fin de ser colocados a terceros inversionistas (fideicomisarios) y estos pagarán dinero en efectivo al originador y su retribución o retorno será mediante el pago del capital más intereses provenientes del patrimonio autónomo. Este tipo de fideicomiso es el único en que el mismo fiduciario puede ser fideicomisario, inciso 3 artículo 265 de la Ley General.

---

<sup>127</sup> Véase en Canal UNIVERSIDAD DE LIMA. (29 de octubre de 2020). *ULIMA – Webinar: `Boom` de emisiones primarias de FIBRA en la bolsa peruana durante la pandemia*. [Archivo de vídeo]. Youtube.  
[https://www.youtube.com/watch?v=uhilCEXT8wo&list=PL3\\_mJTvQH0R509rip0vdzcxV0cMXQqely&index=7](https://www.youtube.com/watch?v=uhilCEXT8wo&list=PL3_mJTvQH0R509rip0vdzcxV0cMXQqely&index=7). Así, como, FIBRA Prime <https://fibraprime.pe/>

La titulización de activos permite transformar activos ilíquidos o de lenta rotación<sup>128</sup> en efectivo, ya sea, para cumplir obligaciones o desarrollar nuevos proyectos dependiendo de las necesidades de la empresa, por ejemplo. La titulización de activos es una alternativa de financiamiento que permite a las empresas convertir o transformar los flujos futuros de sus activos de poca liquidez o lenta rotación en valores mobiliarios, los cuales, podrán ser adquiridos por inversionistas mediante oferta pública o privada con la garantía que ofrecen estos activos transferidos en dominio fiduciario al patrimonio fideicometido tanto los activos como los flujos futuros.

Una sociedad titulizadora, es una sociedad anónima de plazo indefinido cuyo único propósito es desempeñarse como fiduciario en procesos de titulización, debiendo incluir en su denominación social el nombre de sociedad titulizadora. Esta sociedad designa a un factor fiduciario y si es necesario también nombrará a una comisión administradora. Este tipo de sociedades no están supervisadas por la SBS sino por la CONASEV.

Un caso de fideicomiso de titulización es del Grupo Graña y Montero (G&M), el cual, en el 2003 llevó a cabo la primera emisión de bonos de titulización por US\$50 millones. El objetivo de esta emisión era mejorar el calce de la deuda financiera, diversificar las fuentes de fondeo, reducir el costo financiero y asegurar el financiamiento de inversiones futuras. Entonces lo que se hizo fue titular las ventas futuras o en algunos casos el *stock* de cuentas por cobrar.

De esta manera, los originadores (Grupo G&M) ceden los flujos futuros y cuentas por cobrar sobre las ventas futuras, formando un patrimonio autónomo, a Intertítulos (sociedad titulizadora). A petición de los originadores, el fiduciario emite bonos a cambio de dinero de los inversores (por US\$50 millones). Este monto es trasladado a los originadores con el fin de solventar su deuda financiera, diversificar las fuentes de fondeo, reducir el costo financiero y asegurar el financiamiento de inversiones futuras. Los originadores entregarán oportunamente los flujos titulizados para el pago de amortizaciones e intereses, y constituir con el remanente los fondos de reserva. Si luego de realizar este proceso cascada existe un saldo excedente, entonces se envía de regreso a los originadores. Se entiende finalizado el proceso de titulización cuando se realiza el pago final del principal e intereses provenientes del patrimonio fideicometido a los bonistas<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Aquellos activos ilíquidos o de lenta rotación normalmente son las cuentas por cobrar, cuentas futuras por cobrar, ventas futuras, royalties, cobro de alquileres, títulos valores, entre otros.

<sup>129</sup> Para más información del fideicomiso de titulización de Graña y Montero véase en Martín Mato, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p. 133-136.

### 1.8.6. *Fideicomiso testamentario*

El fideicomiso testamentario es un tipo de fideicomiso de administración que se caracteriza por constituirse mediante testamento, el fideicomitente (causante) destina parte o todos sus bienes, según las reglas de libre disposición y legítima reguladas por el derecho sucesorio, a una finalidad determinada, transfiriendo dicho patrimonio fideicometido a una entidad fiduciaria en beneficio de los fideicomisarios (heredero forzoso y/o legatario).

Según De la Flor Matos (1999)<sup>130</sup>, refiriéndose a este tipo de fideicomiso, “el destino de los bienes es múltiple. En la práctica, el fideicomitente podría establecer como fideicomisario a algún pariente, ya sea, para solventar sus gastos de manutención, para costear sus gastos de educación o enfermedad. O podría destinarlo para fines científicos o culturales” (p. 175).

Cabe recalcar que no hay mucha información concerniente al fideicomiso testamentario ni, mucho menos, casos conocidos de esta figura. Sin embargo, se procederá a presentar el siguiente ejemplo hipotético, que se puede presentar comúnmente en la realidad:

Javier es un padre de familia que dirige la empresa familiar y determinados bienes que generan renta. Él piensa que ya es momento de que su esposa e hijos menores de edad asuman sus funciones empresariales porque ya se acerca el momento de su muerte. El problema es que la esposa no tiene idea del desempeño de la compañía de su esposo ni los hijos. Entonces, para evitar la extinción del patrimonio que a Javier le costó tanto trabajo construir y consolidar, ya sea, por mala administración, venta de los mismos o, peor aún, ser objeto de embargo por deudas. Lo que debe hacer este *pater familias* es, mediante testamento, constituir un fideicomiso testamentario, designando a un fiduciario (entidad bancaria de su elección conforme al artículo 242 de la Ley General) para que pueda administrar su patrimonio en beneficio de su familia (fideicomisarios: esposa e hijos menores de edad).

De esta manera, Javier logrará los siguientes beneficios: que su patrimonio siga siendo la fuente de ingresos de su familia por un periodo de tiempo; la constitución de un patrimonio autónomo que es inembargable, lo cual, genera la tranquilidad de un patrimonio familiar protegido; que en el lapso de duración del fideicomiso y según lo estipulado por el fideicomitente, los fideicomisarios aprendan la forma más eficiente de administrar el patrimonio, como que también los hijos menores alcancen la mayoría de edad<sup>131</sup>, para que una

<sup>130</sup> De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 175.

<sup>131</sup> Incluso el fideicomitente podría consignar que recién sus hijos podrán tomar las riendas de la empresa, una vez finalizados los correspondientes estudios superiores.

vez cumplido ese periodo de tiempo, no solo tengan la capacidad de hacerse cargo del mismo sino cuente con los conocimientos necesarios para administrarlo de la mejor manera.

### **1.9. Causales de nulidad del fideicomiso**

El acto constitutivo del fideicomiso debe ajustarse a la voluntad de quien(es) suscriba(n) el testamento (unilateral) o contrato (bilateral), a las normas fideicomisarias, pero sobre todo evitar incurrir en algunos de los supuestos de nulidad, ya que, de cumplirse esto último, se estaría ante la presencia de un acto insubsanable dando lugar a que no se pueda ejecutar la voluntad de las partes. Por eso, la gran importancia de realizar cuidadosamente el mencionado acto constitutivo junto a una persona concedora de la materia. A continuación, se desarrollarán los cinco supuestos de nulidad del fideicomiso, artículo 265 de la Ley General.

Inciso 1 “que contravenga el requisito establecido en el artículo 243”: según el cual, para la validez del acto generador del fideicomiso se le exige al fideicomitente tener la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico.

Con respecto a dicha facultad exigida por ley, Stewart (1996)<sup>132</sup> refiere que es innato al derecho de propiedad, por lo que, bastó con haber regulado que el fideicomitente es el propietario y que, como tal posee la libre disposición de sus bienes, pudiéndolos tener gravados o, en alguna forma, limitado su dominio. Esa libre disposición puede ejercitarse por contrato o testamento (p. 191).

Y siguiendo la idea de los requisitos que se establecen para el acto jurídico. Según Arias-Schreiber (1999)<sup>133</sup> también serán nulos los casos previstos en el artículo 219 del Código Civil, independientemente si se trata de un acto jurídico unilateral (testamento) o bilateral (contrato). Además, serán aplicables las normas sobre anulabilidad del acto jurídico, artículo 221 del Código Civil. Y finalmente, serán asimismo susceptibles de aplicación las demás reglas sobre acto jurídico contempladas en el Código Civil (p. 196).

Inciso 2 “si su objeto fuese ilícito o imposible”.

Inciso 3 “si se designa como fideicomisario a la propia empresa, salvo en los casos de fideicomiso de titulización”.

Inciso 4 “si todos los fideicomisarios son personas legalmente impedidas de recibir los beneficios del fideicomiso”: si el impedimento sólo recae sobre parte de los fideicomisarios, el fideicomiso es válido respecto de los restantes.

---

<sup>132</sup> Stewart Balbuena, A. (1996). *El fideicomiso como negocio fiduciario*. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. p. 191.

<sup>133</sup> Arias-Schreiber Pezet, M. (1999). *Los contratos modernos*. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. p. 196.

Inciso 5 “si todos los bienes que lo deben integrar están fuera del comercio”: si dicha condición no afecta a todos los bienes fideicometidos, el fideicomiso es válido y subsiste con los bienes remanentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 266 de la Ley General.

#### **1.10. Término del fideicomiso**

De acuerdo con el artículo 269 de la Ley General, el fideicomiso termina por:

Inciso 1 “renuncia de la empresa, con causa justificada, aceptada por la Superintendencia... Esta causal opera si en el término de seis (6) meses no se encuentra otra empresa que asuma el cargo”: importante recalcar, en el caso del fideicomiso testamentario, en caso la empresa fiduciaria declinaré la designación, deberá proponer a quien la reemplace y si ninguna otra aceptare el encargo, el fideicomiso se extingue, según lo dispuesto en el artículo 247 de la Ley General.

Inciso 2 “liquidación de la empresa fiduciaria. Esta causal opera si en el término de seis (6) meses no se encuentra otra empresa que asuma el cargo”: en este supuesto, cualquiera quien tuviera legítimo interés tendrán el derecho a identificar y rescatar los bienes y derechos existentes que pertenezcan al patrimonio fideicometido, por no formar parte de la masa, en cualquier estado del proceso, en concordancia con lo señalado en el artículo 255 de la Ley General.

Inciso 3 “remoción de la empresa fiduciaria. Esta causal opera si en el término de seis (6) meses no se encuentra otra empresa que asuma el cargo”.

Inciso 4 “renuncia expresa de todos los fideicomisarios a los beneficios que les concede el fideicomiso”.

Inciso 5 “pérdida de los bienes que lo integran o de parte sustancial de ellos a juicio de la empresa fiduciaria”.

Inciso 6 “haberse cumplido la finalidad para la cual fue constituido”.

Inciso 7 “haber devenido imposible la realización de su objeto”.

Inciso 8 “resolución convenida entre el fideicomitente y el fiduciario, con aprobación de los fideicomisarios en el caso del primer párrafo del artículo 250”.

Inciso 9 “revocación por parte del fideicomitente, antes de la entrega de los bienes a la empresa fiduciaria, o previo cumplimiento de los requisitos legales, salvo lo previsto en el primer párrafo del artículo 250”: si dicha revocación fuese parcial, subsiste el fideicomiso con los bienes que se integren en el patrimonio.

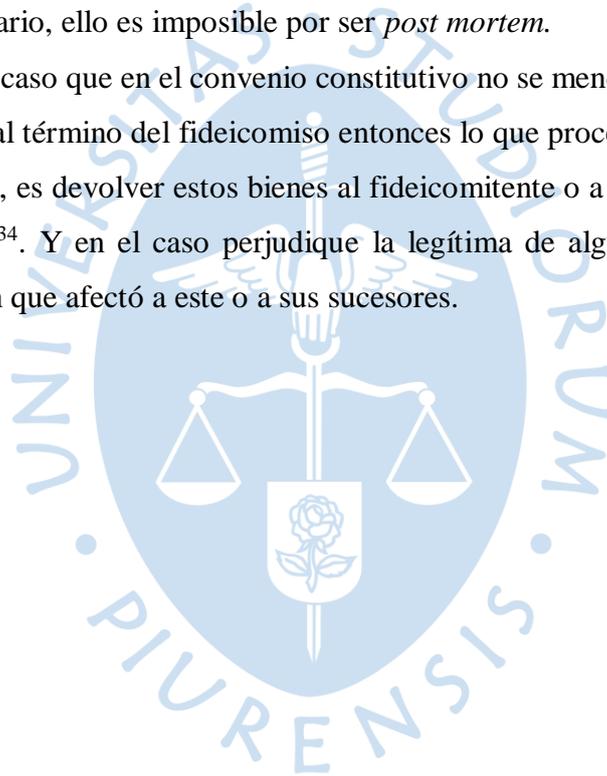
Inciso 10 “vencimiento del plazo”: según los artículos 251 y 268 de la Ley General, un fideicomiso tiene una duración máxima de 30 años, pero si se establece por un plazo superior entonces el exceso se tiene por no puesto. La excepción a la regla son los fideicomiso vitalicios,

culturales, filantrópicos o cuando necesariamente deba ser extendido más allá del límite legal máximo. Otra salvedad es cuando al vencer el plazo máximo, el fideicomiso causa perjuicios a terceros entonces la Superintendencia autorizará la extensión del plazo por un periodo estrictamente necesario, el tercero no puede ser el fideicomisario, según el artículo 8 del Reglamento de Fideicomisos.

Con el término del fideicomiso, los bienes fideicometidos pasarán a ser propiedad de quien se haya designado como fideicomisario, quien podrá ser el mismo fideicomitente o un tercero.

Cabe recalcar, en todos los tipos de fideicomiso menos el fideicomiso testamentario, puede darse que coincida en una misma persona fideicomitente y fideicomisario; en el caso del fideicomiso testamentario, ello es imposible por ser *post mortem*.

Puede darse el caso que en el convenio constitutivo no se mencione a qué persona se le entregarán los bienes al término del fideicomiso entonces lo que procede, conforme al artículo 270 de la Ley General, es devolver estos bienes al fideicomitente o a sus causahabientes y, en su defecto, al Fondo<sup>134</sup>. Y en el caso perjudique la legítima de algún heredero entonces se entregan en la parte en que afectó a este o a sus sucesores.



---

<sup>134</sup> Manuel de la Flor Matos comenta que la Ley General debería esclarecer a qué tipo de Fondo se está refiriendo, ya que no queda claro lo que ha querido disponer al respecto. La Ley anterior indicaba que en defecto de lo señalado la Sociedad Pública de Beneficencia del lugar recibirá los bienes que fueron objeto del fideicomiso. Véase en De la Flor Matos, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú. p. 232.



## Capítulo 2

### El Fideicomiso Testamentario

#### 2.1. Bases conceptuales del fideicomiso testamentario

Es un hecho que las nuevas configuraciones son una respuesta a las necesidades vividas en la práctica y requeridas por la utilidad social. Así, el fideicomiso, tal como se ha podido estudiar en el primer capítulo, ha ido adecuándose como la mayor parte de las instituciones jurídicas, a la realidad, circunstancias y necesidades propias de cada país y ordenamiento.

En el caso concreto del fideicomiso testamentario, materia de análisis en el presente capítulo, tendría su antecedente más remoto en el Derecho Romano con un carácter eminentemente sucesorio. A partir de ahí, la figura ha ido evolucionando con características específicas y buscando subsanar ciertos vacíos que se fueron presentando en su aplicación.

A comparación de otros países de Latinoamérica, en el Perú es una figura que ha sido poco desarrollada y que, sin embargo, bien instituida ofrecería importantes beneficios en la salvaguardia de los patrimonios personales otorgados mediante testamento, garantizando su correcta administración a la muerte del causante, especialmente en aquellos casos en que los herederos carecen en su momento de la idoneidad u experiencia necesaria para administrar dicho patrimonio, ya sea porque se tratan de menores de edad o siendo mayores edad se encuentran limitados temporalmente en cuanto a su capacidad de ejercicio para hacerse cargo del mismo de forma inmediata, permitiéndoles con ello, planificar un futuro con mejores expectativas. Además, el hecho de que se constituya por medio de testamento la convierte en una herramienta útil para fomentar el uso del mismo en la vida diaria de las personas.

A continuación, se abordará las principales nociones en torno a dicha institución, resaltando sus principales características, los límites que le vienen impuestos por las normas sucesorias a las que está estrechamente ligado y el impacto que ha tenido su uso en otras legislaciones.

##### 2.1.1. Definición

El fideicomiso testamentario es una declaración de voluntad de carácter unilateral, sujeto a formas propias, mediante el cual, el testador, en calidad de fideicomitente, dispone en su testamento la transferencia de la propiedad fiduciaria, de una parte de los bienes que conforman su patrimonio, a un tercero especializado llamado fiduciario, para que a la muerte del primero, este ejerza la propiedad objeto de fideicomiso por un periodo de tiempo determinado, hasta hacer efectivo el reparto ordenado de esos bienes y sus acrecimientos a las personas designadas como beneficiarias en el testamento, a las que se les denomina fideicomisarios. Por su propia

naturaleza, este tipo de fideicomiso de administración deberá constar siempre en testamento y surtirá efectos evidentemente después de la muerte de su autor y precisamente por causa de ella. De ahí, su estrecha vinculación con las normas de derecho común en materia sucesoria.

En el Perú, su regulación viene establecida en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y la Resolución SBS N° 1010-99, Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios, por su parte el Código Civil actual, opta por mantener un silencio legislativo en torno a la figura, la misma que podría interpretarse en dos sentidos: el de la no admisibilidad de la misma, como lo sostuvo expresamente el primer Código Civil de 1852 o la de su implícita recepción, respetando, claro está, las normas impuestas por la legítima.

Dicho esto, habrá que resaltar que no se debe confundir la figura del fideicomiso testamentario con el fideicomiso con fines testamentarios, este último se constituye por contrato, en cuyas cláusulas el fideicomitente manifiesta su voluntad sucesoria, que será cumplida por el fiduciario sin necesidad de iniciar diligencias de sucesión, legítima o trámite testamentario, tampoco se requerirá la intervención del órgano jurisdiccional<sup>135</sup>.

### **2.1.2. Sujetos intervinientes**

En el primer capítulo se ha presentado de modo general a los sujetos que intervienen en el fideicomiso, así como el rol y las obligaciones a las que estas personas deberán ceñirse para poder llevarlo a cabo y asegurar con ello el cumplimiento de su finalidad.

Al ser el fideicomiso testamentario un tipo de fideicomiso, los sujetos que intervendrán para su constitución serán los mismos que participan de un fideicomiso común, siéndoles de aplicación lo que la Ley General ha previsto para ellos, especialmente en cuando al fiduciario se refiere, él cual al tratarse siempre de una entidad financiera estará sujeta a las normas de la Ley General y a su respectivo reglamento. Pero el panorama adquiere ciertos matices cuando se trata del fideicomitente y fideicomisario, donde la figura adoptará las particularidades propias de la materia a la que está directamente vinculada, como lo es el Derecho Sucesorio, en ese sentido, los roles que desempeñen dichos sujetos no van a recaer sobre cualquier persona natural, sino en aquellas que cumplan con los requisitos para actuar como tales. Es ahí donde radica una de las principales diferencias con respecto al fideicomiso en general.

A continuación, se abordará cuáles son esas cualidades únicas que identifican a los sujetos del fideicomiso testamentario y que lo distinguen de otro de tipo de fideicomiso.

---

<sup>135</sup> Kiper, C y Lisoprawski, S. (2003). *Tratado de Fideicomiso*. Ed. LexisNexis Depalma. Argentina

**2.1.2.1. Fideicomitente o testador.** Es la persona natural que, teniendo plena capacidad para disponer de su patrimonio, haciendo ejercicio de su libertad para testar, en virtud de su autonomía privada<sup>136</sup> decide voluntariamente, mediante testamento transmitir unos determinados bienes en fideicomiso a una entidad financiera, sujeto a las normas que se erigen en el orden público en las materias que le corresponden, bajo las condiciones establecidas en el acto de disposición previsto. Dicha entidad se encargará de la administración, guarda o conservación de ese patrimonio, hasta que cumplido el plazo señalado por el fideicomitente o el establecido por ley, dichos bienes sean entregados a su destinatario final, el fideicomisario.

En la medida que, para disponer del patrimonio fideicometido, el fideicomitente ha de tener la titularidad de los bienes y derechos dados en fideicomiso en virtud de lo dispuesto en el artículo 243 de la Ley General, así también este ha de tener la *testamentifactio activa*, o capacidad para disponer libremente por testamento, conforme a las normas sucesorias que le sean aplicables<sup>137</sup>. En el caso peruano, dicha capacidad, está fundada en el principio de disposición previsto en el artículo 686 del Código Civil. Así también, se prevén supuestos en los que las personas no podrían otorgar dicho documento, a los que se hace mención el artículo 687 del mismo código, tales como: 1) Los menores de edad, salvo que se encuentre comprendido dentro del supuesto de capacidad adquirida por matrimonio o título oficial, al que se hace referencia en el primer párrafo del artículo 46 del mismo cuerpo normativo<sup>138</sup>, 2) los ebrios habituales y los toxicómanos, 3) las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubieren designado un apoyo con anterioridad<sup>139</sup>, en consecuencia no podrían ser fideicomitentes.

Asimismo, la libertad para testar, como principio fundamental no solo implica el poder otorgar testamento sino también la convicción de la voluntad libre e individual del testador para delimitar el contenido del mismo, pero siempre de acuerdo con los límites dispuestos por ley.

<sup>136</sup> Entendido como: “Aquel poder complejo reconocido para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social” Véase en: De Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio Jurídico*. Ed. Civitas S.A. Argentina. p.12.

<sup>137</sup> Según Ordoqui, quien carece de capacidad para testar no puede constituir Fideicomiso Testamentario. La capacidad para testar se contempla en el momento en que se redacta el testamento, sin importar si existe o no en el momento de su muerte. Véase en: Ordoqui, G. (2004). “*El Fideicomiso*”. Ediciones del Foro. Uruguay.

<sup>138</sup> El primer párrafo del artículo 46° del Código Civil señala: “La incapacidad de las personas mayores de (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer su propia profesión u oficio”.

<sup>139</sup> Esto último ha sido resultado de la última modificación en el Código Civil, mediante el Decreto Legislativo 1384, con el que se pretende reconocer y regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, fundado en una política de apoyos.

En este sentido, habrá que tener en cuenta los márgenes impuestos por la legítima. El legislador ha decidido mediante el derecho sucesorio establecer normas que permitan un pequeño margen de libertad para que el causante en uso del principio de la autonomía de la voluntad, pueda disponer de su propiedad de forma posterior a su muerte, es sobre esa porción de libre disposición, que el testador/fideicomitente podrá instaurar fideicomiso, si vulnerara esos lineamientos, se deberá devolver esos bienes que afecten la legítima a sus herederos forzosos, pues estaría transgrediendo las restricciones de orden público impuestas por la legislación civil. La cuestión entre fideicomiso testamentario y legítima ha sido tema de discusión para los doctrinarios, quienes consideran que puede llegar a existir una contradicción real entre dichas figuras, pero no es del todo así, tal como se demostrará más adelante. Ahora bien, ya en el caso concreto del fideicomiso habría que dilucidar el margen de libertad existente, si se toma en consideración que el testador solo puede elegir a la persona del fiduciario, dentro de una lista taxativa de empresas financieras, con las cuales puede no tener ningún vínculo de confianza y que no necesariamente ofrezcan la seguridad jurídica necesaria que permita saber si efectivamente van a cumplir con el encargo encomendado, como en el caso de las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Ya ha sido explicado que la razón de que los fiduciarios sean solo entidades financieras obedece a razones históricas, pero el derecho no constituye una realidad estática, sino dinámica, los cambios operados en el ámbito humano habrán de repercutir necesariamente en la ley, en este sentido los motivos que se tuvieron en cuenta para dictar esa medida bien podrían extenderse a personas naturales bien preparadas, como lo es en otros países de Latinoamérica, a los que se hará referencia en apartados posteriores, de tal manera que el margen de elección del fiduciario por parte del testador/fideicomitente ya no se vea limitada.

Por el momento, se debe tener claro que, desde el punto de vista del testador, la constitución de un fideicomiso le va permitir de antemano organizar la administración de los bienes durante el tiempo que demande la ejecución de sus disposiciones, contribuyendo a la conservación y aprovechamiento de ese patrimonio específico en beneficio de las personas que se quiere favorecer y evitar con ello los conflictos o controversias que pudieran surgir en el marco de un juicio sucesorio. Así también, señalar que mientras viva el testador, este podrá revocar el testamento en cualquier momento al igual que modificar la designación del fiduciario, si así lo quisiese.

**2.1.2.2 Institución fiduciaria.** Es aquel designado por el fideicomitente/testador para encargarse de la administración del patrimonio fideicometido dado en testamento, ejerciendo sobre este un dominio fiduciario, hasta que, cumplido el plazo o condición resolutoria,

impuestos por el mismo testador, los bienes sean traspasados al fideicomisario designado para ser el destinatario final del mismo.

En el Perú, el fiduciario, siempre es una persona jurídica, concretamente una empresa financiera, por el entendido de que dichas entidades cuentan con la capacidad operativa y solvencia patrimonial necesaria para poder brindar estos servicios, lo que le convierte en un sistema cerrado. Pero esta característica difiere con la regulación de otros países de Latinoamérica, como Argentina o Uruguay que optan por un sistema mixto, mientras que Costa Rica y Panamá optan por un sistema abierto, ambos sistemas basados en el principio general de que cualquier persona natural o jurídica puede ser fiduciario, con la distinción en que para los del primer grupo la condición de fiduciario estaría ligada a la profesionalidad y habitualidad del desempeño de su labor y sujeto a una supervisión y control, mientras que para los del segundo grupo basta la capacidad para adquirir la propiedad fiduciaria. Ese margen de libertad existente respecto de quienes pueden ostentar el título de fiduciarios en otros países ha generado la discusión en la doctrina peruana acerca de si es justificada o no mantener aún la restricción existente en ese aspecto en el país.

Por otro lado, habrá que distinguir la figura del fiduciario con la del heredero o legatario del testador, si bien se transmite un patrimonio de afectación a favor del fiduciario, la titularidad que ejerce sobre este se limita a la finalidad para el cual ha sido instituido el fideicomiso y esté sujeto a las restricciones impuestas por la ley. El fiduciario no es ni heredero y ni legatario, de ahí su diferencia con la sustitución fideicomisaria. Antes bien, fungirá como una especie de mediador entre el fideicomitente y el fideicomisario pudiéndose entender como una sucesión *interpósita persona*<sup>140</sup>.

Hay que tener en cuenta que el fiduciario adquiere un patrimonio de afectación previa liquidación de las deudas del causante y de la herencia, sin perjuicio de las acciones revocatorias que pueden ejercer los acreedores en caso logren demostrar que la constitución del fideicomiso defrauda sus derechos crediticios. En caso no haber inconvenientes, el fiduciario adquiere el activo líquido, cuyo destino esencial será la administración y conservación del patrimonio fideicometido el cual estará a cargo de un factor fiduciario, nombrado por la misma Entidad financiera.

Se le exigirá actuar bajo un doble criterio, como un ordenado comerciante y un leal administrador. Respecto al primero, se discute si debería considerársele como tal teniendo en

---

<sup>140</sup> Dícese de la persona que interviene en un acto o contrato por encargo y en provecho de otro, pero aparentando obrar en nombre y por cuenta propia. Diccionario Jurídico Elemental [en línea] [fecha de consulta: 27 enero de 2022] Disponible en: <https://leyderecho.org/diccionario-juridico-elemental/>

cuenta que más que generar utilidades del patrimonio fideicometido, el fiduciario debe asegurarse de cumplir el fin para el cual se ha constituido, lo que supone la defensa y conservación del mismo. Siendo el segundo criterio el que mejor se ajusta a las funciones fiduciarias, fundado en la razonabilidad de su actuación.

En cuanto a los derechos y obligaciones a los que están sujetos, son los mismos que le son aplicables en el fideicomiso en general.

Para Ordoqui (2004)<sup>141</sup> “El fiduciario es el verdadero protagonista del fideicomiso ya que en él se deposita la confianza para realizar una determinada función que le ha sido asignada y es de quien depende el éxito del emprendimiento a realizar”.

**2.1.2.3. Fideicomisario o heredero.** Es el adjudicatario definitivo de los bienes del fideicomiso, sucesor *mortis causa* del testador o fideicomitente, quien recibirá los frutos civiles que producirán los bienes fideicometidos durante la vigencia del fideicomiso, así como las rentas y ganancias que se hayan obtenido por la administración de los mismos<sup>142</sup>.

Para ser considerado como tal, no solo bastará que el fideicomisario posea la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas<sup>143</sup>, el instituido, además debe tener la capacidad de recibir bienes por testamento, *testamentifactio pasiva*, que requiere a su vez que la persona sea capaz de suceder, con todo lo que ello implica, existir, coexistir y sobrevivir al causante, no haber sido excluido de la herencia por alguna causal establecida por ley y respetar el orden sucesorio preferencial. Debiendo destacar que, el requisito de la existencia física del sujeto no debe ser impedimento para que un testador decida hacer un fideicomiso en favor de un concebido aun no nacido, el artículo 2 de la Constitución Política establece que el concebido también es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, si bien sus efectos patrimoniales están condicionados a su nacimiento vivo, su derecho existe desde el momento de la concepción. Siendo así, una vez que ese niño o niña que en su calidad de fideicomisarios haya nacido vivo y sobrevivido al causante, pasarían a convertirse en destinatario final del patrimonio fideicometido, una vez cumplido el plazo establecido por este en vida, para ejecutar el mismo.

Asimismo, el inciso 4 del artículo 265 de la Ley General, sanciona con nulidad aquellos supuestos en los que el fideicomisario estuviera legalmente impedido de recibir los beneficios del fideicomiso, pero no se detiene a señalarlos, por lo que bien podrían interpretarse vinculados a la capacidad o no. En este contexto, se ha de tener en cuenta el Decreto Legislativo N° 1384

---

<sup>141</sup> Véase en Ordoqui, G. (2004). *El Fideicomiso*. Ediciones del Foro. Uruguay.

<sup>142</sup> En el Perú se suele identificar al fideicomisario con el beneficiario del fideicomiso, pero no en todos los ordenamientos jurídicos se establece esa relación sinonimia.

<sup>143</sup> Se hace alusión a la capacidad de goce, la cual junto a la capacidad de ejercicio componen las dos manifestaciones de la capacidad jurídica.

que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y que ha traído consigo una serie de incorporaciones, derogaciones y modificaciones en la normativa jurídico civil sobre todo en lo referido a la capacidad jurídica, curatela, interdicción, apoyos y salvaguardias, buscando adoptar las directrices previstas por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención), aprobada y ratificada por el Perú en el 2007. Cambios que a la fecha de promulgación de la Ley General aún no estaban contemplados, por lo que valdría la pena hacer una precisión conceptual en la materia, que vaya acompañado de una relectura del articulado de la ley en mención, en lo referido al sujeto fideicomisario, especialmente cuando este se trata de un heredero menor o incapaz, según lo previsto en el segundo párrafo del artículo 244 de la Ley General, por el que se faculta al fideicomitente a poder constituir fideicomiso sobre los bienes que toquen la legítima de los antes mencionados mientras subsista esa condición y sea dado en su propio beneficio. La razón de ellos obedece, a los recientes cuestionamientos al término incapacidad jurídica y a la institución de la curatela e interdicción, partiendo de la premisa de que con ellas se está sustituyendo la voluntad de los sujetos, lo cual no se corresponde con la adopción del modelo social de discapacidad, introducido por la Convención, que plantea que la discapacidad no responde a un aspecto inherente de la persona, sino a la interacción entre la deficiencia de la misma y las barreras sociales que impone la sociedad, por lo que sugiere la incorporación de instituciones de asistencia como apoyos<sup>144</sup> y salvaguardias<sup>145</sup>, para que las personas con discapacidad puedan expresar su fiel voluntad, con base en criterios de inclusión e igualdad, partiendo del reconocimiento de la autonomía de la persona y su derecho a tomar sus propias decisiones, así como su derecho a equivocarse. Siendo ello así, habría que precisar, de acuerdo a los nuevos ajustes a qué personas haría referencia la Ley

---

<sup>144</sup> Los apoyos, conforme lo establece el artículo 659-B del Código Civil, son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quienes requieren el apoyo. El apoyo no tiene facultades de representación pues se entiende, e que la persona con discapacidad tiene plena capacidad de ejercicio, por lo que no resulta pertinente que actúe por ella, salvo en casos excepcionales previstos por ley, en los que aún facultado con potestades de representación deberá decidir tomando en cuenta la opinión, voluntad y preferencia de las personas con discapacidad.

<sup>145</sup> Las salvaguardias, conforme lo establece el artículo 659-G del Código Civil, son aquellas medidas que debe de adoptar el Estado con la finalidad de proteger la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, libre de conflicto de interés o influencia indebida. Las salvaguardias deben ser coherentes con el nivel en que dichas medidas afecten derechos e intereses de la persona con discapacidad, en la toma de decisiones.

General cuando menciona a los incapaces, por lo que es necesario revisar cuáles son esas modificaciones.

Con respecto a la capacidad jurídica, regulada en el artículo 3 del Código Civil, ya no solo está vinculada a la capacidad de goce, sino también a la capacidad ejercicio, en un sentido amplio e inclusivo. Ambas, capacidad de goce y ejercicio terminan siendo manifestaciones de la capacidad jurídica, la diferencia es que mientras la primera es inherente al hombre y no admite restricciones, la segunda, referida a la facultad para producir efectos jurídicos válidos para sí y para otros, sí puede ser limitada en ciertos supuestos establecidos por ley, la denominada incapacidad de ejercicio, antes dividida en absoluta y relativa y que a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1384 pasa a clasificarse en incapacidad absoluta y capacidad de ejercicio restringida, como consecuencia de la adopción del nuevo sistema social, el cual, no pretende negar la capacidad sino solo restringirla en ciertos supuestos específicos o al menos ese ha sido el objetivo del legislador. Aunque en la práctica, la incapacidad no se ha eliminado como tal, solo se ha reducido, así pues, conforme al artículo 43 del Código Civil, todavía serán considerados incapaces absolutos<sup>146</sup> los menores de dieciséis años salvo para aquellos actos determinados por ley, por lo que se podría señalar que el ordenamiento peruano no responde plenamente a la Convención, sino que establece un régimen mixto en el que los sistemas de apoyos y salvaguardias van a convivir todavía con la figura del incapaz y el interdicto, así como las medidas de patria potestad, tutela y curatela que correspondan según sea el caso. Debiendo tener en claro para ello, la determinación conceptual de incapacidad y discapacidad, ya que son términos distintos. En ese sentido, no siempre una persona con discapacidad va ser incapaz, puede haber casos de personas con discapacidad que sean capaces de ejercer plenamente su capacidad jurídica con todo lo que ello implica, como habrá otros que no, por su parte, habrá incapaces que a la vez sean personas con discapacidad y otros que no necesariamente presente dicha condición. La incapacidad va estar relacionada directamente a la falta de capacidad de entendimiento de la persona que le va impedir realizar válidamente ciertos actos, mientras que la discapacidad<sup>147</sup>, supone una disminución de su

---

<sup>146</sup> Para Sessarego (2016) no es correcto la categoría jurídica de persona incapaz, porque nadie puede ser incapaz en forma absoluta, aun careciendo de capacidad de ejercicio, siempre conservará su capacidad de goce (dimensión estática de la capacidad) y que es inherente a la persona. Desde este punto los concebidos y los que han perdido su capacidad de razonar son jurídicamente capaces. Véase en: Fernández Sessarego, C. (2016). *Derecho de las personas: Análisis de cada artículo del libro primero del Código Civil peruano de 1984* (Decimotercera edición, actualizadas y ampliada). Instituto Pacífico.

<sup>147</sup> Señala Varsi-Rospigliosi (2019), lo primero que hace el Código Civil es diferenciar entre discapacidad e incapacidad, pasando de lo peyorativo a lo meramente descriptivo, para luego, equipara a las personas con discapacidad con las personas que hasta antes de la modificación eran

capacidad, pero no la falta de ella, ocasionada por el entorpecimiento o disminución de sus funciones intelectuales o físicas que le impide realizar sus actividades cotidianas<sup>148</sup> y que va estar interrelacionada con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva, según lo establece la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. De acuerdo a ello, se le impondrá una medida de protección.

Así, los menores de 16 años que antes de la modificación eran considerados incapaces absolutos, sujetos a patria potestad y curatela, conforme al artículo 45 y 502 del Código Civil, seguirán siendo considerados como tales y estando sujetos a las mismas medidas, salvo excepciones prevista por ley. En términos fideicomisarios, ellos sí entrarían dentro del supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 244 de la Ley General. Como también lo estarían, los menores de 18 años, pero mayores de 16 años, ahora considerados con capacidad de ejercicio restringida, sujetos patria potestad o tutela, conforme a los artículos 45-A y 502 del Código Civil, así como los pródigos<sup>149</sup>, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos, limitados también en cuanto a su capacidad de ejercicio, sujetos a curatela con previa interdicción, al igual que los penados con interdicción civil, sujetos a curatela sin interdicción y los sujetos en estado de coma, supuesto recientemente incorporado con las modificaciones del Decreto Legislativo 1384, considerado sujeto con capacidad de ejercicio restringida, cuya medida de protección será el de apoyo y salvaguardia, previamente designado por él mismo, en virtud del artículo 45-B numeral 4 o ser designado judicialmente en caso no lo haya hecho antes de caer en estado de coma.

Por otro lado, los herederos que tengan alguna incapacidad en la medida que no se encuentren en alguno de los supuestos antes mencionados, no estarían comprendidos dentro de los supuestos previstos en el segundo párrafo del artículo 244 de la ley antes mencionada, pues se entienden que tendrían capacidad de ejercicio plena para actuar, como las personas con discapacidad como el caso de los privados de discernimientos, retardados mentales o quienes

---

consideradas capaces, dentro de un marco de inclusión, protección e integración social. Véase en: Varsi-Rospigliosi. E. (2019). El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano. *Acta Bioethica*, (2), 199-213. [Chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/9576/Varsi\\_Rospigliosi-Torres\\_maldonado.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/9576/Varsi_Rospigliosi-Torres_maldonado.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

<sup>148</sup> Santillán, R. (2014). La Capacidad de ejercicio de los ciegosordos, sordomudos y ciegomudos. Discapacitados, pero no incapacitados. *Gaceta jurídica*.

<sup>149</sup> Es de resaltar que, en el caso de los pródigos, el fideicomiso dura hasta cinco años después del fallecimiento del causante, salvo que el presunto pródigo acredite ante el juez especializado estar capacitado para administrar sus bienes, según lo previsto en el último párrafo del artículo 244 de la Ley General.

sufren de deterioro mental, antes categorizados como incapaces y ahora dotados con capacidad de ejercicio plena, pudiendo nombrar apoyos y salvaguardias que coadyuven a su desenvolvimiento<sup>150</sup>. Aunque, el hecho de que no estén incluidos dentro de esos supuestos, no quiere decir que no puedan actuar como fideicomisarios sí así lo estableciera el fideicomitente, siempre y cuando lo sean de la parte del patrimonio que es de su libre disposición.

Respecto a estos últimos supuestos, habría que precisar, que la decisión del legislador por dotar a los sujetos antes mencionados, de capacidad de ejercicio plena, no ha estado exento de críticas por parte de los doctrinarios, quienes consideran que la capacidad de ejercicio de estos sujetos va estar determinado en cierta medida por el nivel de discapacidad, retardo o deficiencia mental que presenten. Dependiendo del caso concreto, pueda que además de los apoyos y salvaguardias requieren también de un tercero que les representen. En esa línea, el legislador podría contemplar también, incluir dentro de los supuestos previstos en el segundo párrafo del artículo 244 de la Ley General, a las personas con discapacidad<sup>151</sup>, ello a modo de recomendación.

La regulación actual del artículo 244 de la Ley General, lo que pretende es solo limitar la posibilidad de que el fideicomitente pueda tocar la legítima de sus herederos forzosos a ciertos supuestos excepcionales, cuando sean menores de edad o siendo mayores edad se encuentran limitados temporalmente en cuanto a su capacidad de ejercicio para hacerse cargo del mismo de forma inmediata, siempre que sea en beneficio de ellos mismos y mientras subsista dicha condición.

Ahora bien, desde cierto punto de vista, si dichos fideicomisarios herederos ya van contar con un representante legal, así como con apoyos y salvaguardias que le asistan y garanticen sus derechos, comprometer parte de su legítima en fideicomiso podría ser visto como innecesario, aun así, se trata de proteger a la familia y de garantizar su seguridad y porvenir especialmente en aquellos casos en que los herederos carecen en su momento de la idoneidad

---

<sup>150</sup> No deja de causar incertidumbre, la derogación del inciso 2 y 3 del artículo 43 del Código Civil que hacía referencia a los privados de discernimiento y a los discapacitados que no podían expresar indubitablemente su voluntad, como incapaces absolutos, así como la derogación del inciso 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil que hacía referencia a los retardados mentales y quienes sufren de deterioro mental, como incapaces relativos (hasta antes de la modificación). Pues puestos en el supuesto en que la condición del sujeto sea grave al punto de no ser posible conocer su voluntad, hace parecer en principio que la medida más idónea hubiera sido mantener la interdicción, sin embargo, ello ya no es posible. Véase en Tantaléan Odar, R. A. (2019). *La discapacidad. Anotaciones al Decreto Legislativo 1384. Derecho y Cambio Social*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6967934.pdf>

<sup>151</sup> El artículo 2 de la Ley 29973 Ley General de la Persona con Discapacidad, reconoce 3 tipos de discapacidad: las físicas, sensoriales, mentales o intelectuales, caracterizadas por tener un carácter permanente.

u experiencia necesaria para la administración del mismo, por lo que solo en esos supuestos estaría justificado tocar la misma.

Se trata de concebir al fideicomiso testamentario como un refuerzo, incluso en la concurrencia de figuras como la tutela o curatela en la función de proteger a la persona y su patrimonio.<sup>152</sup> Supuestos como el planteado por Orlandi (1999)<sup>153</sup>, en el que un causante deseara beneficiar a un menor de edad, pero teme que los padres de este en calidad de tutores no administren adecuadamente el patrimonio o pongan en peligro el capital de los menores, en donde una fórmula atinada sería la constitución de un fideicomiso para que el fiduciario conserve los bienes y los entregue a los menores de edad cuando estos cumplan la mayoría de edad.

Los fideicomisarios menores e incapaces terminarán heredando una vez que alcancen la mayoría de edad, o hasta que se supere la causa de incapacidad, según sea el caso, según lo establecido en el segundo párrafo del artículo 244 de la Ley General. Es ahí, donde la institución del fideicomiso testamentario, se torna especialmente útil, en la medida que se constituye como un mecanismo adecuado para garantizar la correcta administración de dicho patrimonio a la muerte del causante, que quedará a cargo de un fiduciario capacitado que velará por su cuidado, hasta que los destinatarios finales se encuentren en la capacidad de hacerse cargo del mismo.

En relación a sus derechos como beneficiario, Melich Orsini (2004)<sup>154</sup> señala que, estos nacen por el solo hecho de la constitución del fideicomiso a su favor, sin necesidad que manifieste su aceptación, no siendo requisito su existencia a la muerte del fideicomitente. Lo que sí es necesario es que exista al momento de la entrega del patrimonio que le corresponde, desde este punto de vista, su derecho es de naturaleza condicional, en la medida que depende del cumplimiento de la condición impuesta en fideicomiso. Pero también puede suceder que, cumplida la condición, el fideicomisario se negare expresamente a aceptar el fideicomiso, en ese caso su renuncia debe ser explícita, y con ello se dará por termino al fideicomiso<sup>155</sup>.

Cabe recalcar que, al igual que en los fideicomisarios, la aceptación de la empresa fiduciaria no es requisito de validez para el fideicomiso testamentario, tal como lo señala el

---

<sup>152</sup> De la Fuente, R. (2014). Fideicomiso bancario y trust anglosajón: ¿Una acertada conjunción? Implicancias en el derecho familiar y sucesorio peruano. *Gaceta Civil & procesal civil* (15), 192-206.

<sup>153</sup> Orlandi, O. (1999). El interés familiar en el fideicomiso testamentario. *Lexis*.

<sup>154</sup> Melich Orsini, J. (2004). El Fideicomiso en Venezuela: El Derecho venezolano a finales del siglo XX: ponencias venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol-Inglaterra. *Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N° 142.

<sup>155</sup> Artículo 269 inciso 4 de la Ley General.

artículo 247 de la Ley General, ello es así porque la misma declaración de voluntad del fideicomitente ya crea relaciones jurídicas.

### **2.1.3. Forma testamentaria**

El tercer párrafo del artículo 246 de la Ley General señala que este tipo de fideicomiso tendrá lugar por voluntad unilateral del fideicomitente, mediante testamento. Seguidamente establece como requisito para la transmisión de bienes y derechos inscribibles al fiduciario, que estos sean anotados en Registros Públicos<sup>156</sup>, ello con el objeto de oponer el acto frente a terceros<sup>157</sup>, de ahí la importancia que se formalice por instrumento privado o protocolizado notarialmente. Subraya, además que, tratándose de la transferencia fiduciaria de bienes muebles, estos podrán ser inscritos por el mismo fideicomitente en la Central de Riesgo de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 247 de la misma ley, indica el momento en que el fideicomiso testamentario habrá de entenderse constituido, esto es, desde la apertura de la sucesión, a la muerte del causante, en concordancia con el artículo 660 del Código Civil y que le será aplicable en la medida que el acto que lo constituye es un testamento, de ahí también su carácter personalísimo, unilateral, revocable y solemne.

Ahora bien, en el ordenamiento peruano se regulan varias clases de testamentos. En primer lugar, el testamento por escritura pública, también llamado auténtico, público o abierto, el cual se va caracterizar por la reunión en un solo acto del testador, notario y dos testigos hábiles, donde el testador dictará su voluntad testamentaria, la misma que será escuchada por los testigos y el notario, procediendo este último a transcribir esa voluntad en su Registro de Escrituras Públicas, el testamento deberá ser leído y firmado al término de la reunión<sup>158</sup>. Para Aguilar (2014)<sup>159</sup> “la idea es que se lleve a cabo el acto desde principio a fin con la presencia de estas personas, evitándose que existan paralizaciones o interrupciones que dificulten el otorgamiento” (p. 333), en caso no pudieran estar presentes se suspende la redacción del mismo hasta que lo estén, supuesto previsto en el artículo 698 del mismo código. La ventaja principal

---

<sup>156</sup> Esto se complementa con lo señalado en el artículo 8° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Testamentos aprobado mediante Resolución 156-2012-SUNARP/SN del 19 de junio del 2019, en el que enumera los actos inscribibles ante el registro de testamento, considerando entre ellos al Fideicomiso Testamentario.

<sup>157</sup> Referido a la oponibilidad registral, cuyo objeto principal es evitar que alguien que haya adquirido un derecho y emplace su titularidad en el registro pueda ver defraudado su derecho por consecuencia de actos no publicitados.

<sup>158</sup> Artículo 696° del Código Civil.

<sup>159</sup> Aguilar Llanos, B. (2014). *Manuel de Derecho de Sucesiones*. Pacífico Editores S.A.C. Lima. p. 333

de este tipo de testamento es que tiene valor de Escritura Pública, por lo que, salvo el registro previo<sup>160</sup>, no se requerirá de un trámite adicional para proceder a ejecutar el testamento.

En segundo lugar, el testamento cerrado, que, a diferencia del testamento por escritura pública, será elaborado por el mismo testador, sin la presencia testigos o notario, una vez terminado y firmado será colocado en un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, con el fin de evitar que su contenido, pueda ser extraído con facilidad. Luego de ello, el mismo testador en presencia de dos testigos hábiles, se encargará de hacer la entrega personal del documento al notario, dándole a conocer que se trata de un testamento. El notario levantará un acta en la portada del sobre, y lo guardará hasta que, producido el deceso del causante, sea solicitado por el juez o notario a quienes debe entregarles el sobre aludido<sup>161</sup>. Salvo que, en vida el mismo testador le solicite la restitución del testamento, con lo que se entenderá revocado el mismo, supuesto previsto en el artículo 700 del Código Civil. La ventaja de este tipo de testamento es que solo el testador conoce de su contenido hasta su futura lectura y ello le puede dar cierta tranquilidad al testador. Los problemas surgirán al momento de ejecutar dicha voluntad, pues tendrá que seguir el proceso judicial o notarial previsto para este tipo de testamento, con todos los inconvenientes que puede significar este para la parte interesada, quien para solicitar el orden de presentación al juez<sup>162</sup> no solo deberá acreditar el deceso del causante sino también la existencia del testamento. Más allá de ello, vencido el plazo sin haberse solicitado la presentación estaríamos antes un supuesto de sucesión legal.

En tercer lugar, el testamento ológrafo, caracterizado por ser escrito, redactado, fechado y firmado por propia mano del testador, sin presencia de autoridad o testigos, tal como lo establece el artículo 707 del Código Civil<sup>163</sup>. Su elaboración puede agotarse en un solo acto o en varios momentos y verse plasmado en un papel o superficie cualquiera, si es que hubiera alguna enmienda o corrección lo puede realizar al margen o entre líneas, dichas modificaciones

---

<sup>160</sup> Según lo dispuesto en los artículos 10 y 21 del Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestada, respectivamente, la inscripción del Testamento por Escritura Pública tendría dos etapas. La primera, que se da una vez terminado el acto testamentario en el que notario lo único que hará es comunicar este hecho al Registro señalando en el parte la fecha de su otorgamiento, las fojas del registro notarial donde corre extendido, el nombre del notario, del testador y de los testigos y la segunda, que ocurre al deceso del causante, con la partida de defunción respectiva y la transcripción íntegra del testamento para su conocimiento en el registro.

<sup>161</sup> Artículo 699° del Código Civil.

<sup>162</sup> Artículo 701 del Código Civil.

<sup>163</sup> Mediante la Ley N° 29973 Ley General de las Personas con discapacidad, se adiciona un párrafo al artículo 707 del Código Civil, en el cual se posibilita que los discapacitados con deficiencia visual puedan testar vía ológrafo haciendo uso del sistema Braille o cualquier otro medio alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio del documento con la impresión de su huella dactilar y firma.

también deben ser fechadas<sup>164</sup> y firmadas porque suponen un nuevo testamento. La comprobación de la autenticidad del manuscrito se dará a la muerte del testador mediante un peritaje calígrafo. Ahora bien, para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador el cual puede verse mermado, si dado el supuesto previsto en el artículo 708 del mismo código, el tercero a quien se le haya encargado la misión de guardarlo y presentarlo a la muerte del testador, se termine enterando del deceso al finalizar el plazo de protocolización, lo que supondría la caducidad del testamento. Se trata de un testamento que no garantiza realmente una auténtica y libre voluntad testamentaria, el causante podría ser víctima de la sugestión, captación de su voluntad, e incluso falsificaciones, debido a la ausencia de testigos o una autoridad que lo avalen.

Por último, tenemos los testamentos especiales dentro los cuales se encuentra el militar, marítimo, aéreo y aquel otorgado por personas extranjeras, que se caracterizan por ser más flexibles en cuanto a las formas exigidas para su constitución en comparación a un testamento ordinario, por las mismas situaciones excepcionales a los que deben su origen, ya sea conflicto armados, durante travesías acuáticas, aéreas o por encontrarse en un lugar distinto al de su país de origen respectivamente.

Si tuviéramos que establecer una cosa en común entre todos los tipos de testamentos aquí expuestos, es que, a excepción del testamento por escritura pública, todos los demás (trátase del testamento cerrado, ológrafo o testamentos especiales) requieren de un procedimiento judicial y notarial<sup>165</sup> para que puedan ser ejecutados. Los plazos de actuación están determinados por ley, pero pueden variar según sea el caso.

Pero según Villagordoa (1982)<sup>166</sup> si se tuviera que elegir un tipo de testamento para constituir fideicomiso testamentario, el testamento por escritura pública es el que mejor se adapta a esta clase de fideicomiso, por tener mayor facilidad de realización y un menor número

---

<sup>164</sup> La fecha según Echeopar, tiene una doble finalidad, por un lado, nos da un referente temporal sobre la capacidad o no del testador cuando lo otorgó y por otro permite establecer ante la eventualidad de la existencia de dos testamentos, cuál de ellos es el último. Véase en Echeopar García, L. (1965). *Derecho de Sucesiones*. Ed. Garcilaso. Lima.

<sup>165</sup> El Procedimiento Judicial busca comprobar la autenticidad del testamento como primer paso, y el Procedimiento Notarial se da a la tarea de la protocolización con intervención del notario público, para su culminación con la inscripción en el Registro Público de Testamentos, como señalan los artículos 749° (inciso 8) y 817° a 825° del Código Procesal Civil, la Ley del Notario (Decreto Legislativo N° 1049) y el artículo 2039° del Código Civil. Véase en Fernández Arce, C. (2014). *Derecho de Sucesiones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. pp. 198-200.

<sup>166</sup> Villagordoa Lozano, J. (1982). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa S.A. México. p. 238.

de formalidades con relación a las otras formas testamentarias (p. 238). Además de brindar mayor seguridad jurídica en la protección de la auténtica voluntad del testador. Postura con la cual se coincide y que será tomada como criterio denominador en la presente investigación cuando se haga referencia al testamento.

#### **2.1.4. Contenido fideicometido**

Después de que el fideicomitente designe a quien será el fiduciario y fideicomisario de sus bienes, tendrá que determinar qué bienes serán los que formen parte del patrimonio fideicometido y la finalidad para al cual están destinados. El fideicomitente únicamente puede constituir fideicomiso de la masa hereditaria que forman parte de la cuota de libre disposición, que es la porción que queda disponible luego de restarle lo correspondiente a la legítima, y que podrá ser dispuesta como mejor le parezca al testador. Dicha cuota puede variar según sea el caso, así el artículo 725 del Código Civil señala que: “El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes” a los que se habrá de agregar el sobreviviente de la unión de hecho o concubinato, según la última modificación realizada por la Ley N° 30007, por otro lado, el artículo 726 del mismo código indica que: “El que tiene solo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes”, esto en el supuesto de que el causante no tenga cónyuge o concubino, ni descendiente hábil para heredarlo, caso contrario los ascendientes quedarían excluidos de la herencia. Por último, solo en los casos en los que al causante no le sobreviva ningún heredero forzoso o sucesor legitimario, nos encontraríamos en el supuesto de que todo el patrimonio hereditario es de libre disposición, pudiendo el testador disponer de este con total libertad e instituir a su muerte, vía testamentaria, fideicomiso, si así lo quisiese, sobre la totalidad de los bienes, pero estos son casos poco usuales.

Lo más común, señala Rodríguez (2009)<sup>167</sup> es que el fideicomitente tenga herederos forzosos, por lo que los bienes que se transfieran en fideicomiso deberán ser destinados exclusivamente a aquellos y los bienes transferidos a terceros no deberán exceder del tercio o medio de libre disposición respectivamente.

Ahora bien, en aquellos casos en los que los bienes transferidos en fideicomiso vulneren la legítima, el artículo 244 de la Ley General plantea que: “Los herederos forzosos del fideicomitente pueden exigir la devolución de los bienes fideicometidos por su causante a título de fideicomiso gratuito, en la parte que hubiera perjudicado sus legítimas” correspondiendo a la empresa fiduciaria elegir los bienes objetos de devolución. Pero al parecer esta regla no es

---

<sup>167</sup> Rodríguez Riva, A. (2009). Fideicomiso Testamentario: Boletín Fiduciario. *Revista La Fiduciaria*.

absoluta, ya que, como se mencionó líneas arriba, en ese mismo artículo también se establece a modo de excepción que los bienes dados en fideicomiso pueden tocar la legítima de herederos forzosos cuando estos sean menores e incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoría o incapacidad.

Asimismo, también se plantea la posibilidad de que el fideicomitente califique a uno o más de sus herederos como pródigos<sup>168</sup> y designar a un fiduciario para que maneje dichos bienes. Bajo esta premisa, el fideicomiso estaría vigente hasta cinco años después del fallecimiento del causante, salvo que el presunto pródigo acredite ante la autoridad competente estar capacitado para administrar esos bienes.

Se puede observar hasta el momento la tendencia del fideicomiso testamentario de proteger los intereses de las personas más vulnerables, cuando de velar por su futuro patrimonio se trata.

### **2.1.5. Ejecución**

A la muerte del causante, el fiduciario es el encargado de administrar el patrimonio fideicometido, sobre el cual ejercerá un dominio fiduciario.

Respecto al proceso de aceptación de la encomienda, el artículo 17 del Reglamento del Fideicomiso, señala: “La designación del fiduciario realizada por el testador podrá serle notificada a solicitud de parte o de oficio, por el Juez al que le corresponde conocer de la sucesión o, de ser el caso, por el Notario encargado de la comprobación del testamento, dándosele un plazo prudencial para su aceptación”. En caso de no aceptar el encargo, como ya se ha mencionado, deberá de proponer a quien lo reemplace<sup>169</sup> y si ninguna otra empresa se comprometiere con la tarea, el fideicomiso se extinguirá<sup>170</sup>.

A la empresa que se desempeñe como fiduciario, se le concederán facultades de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido<sup>171</sup>. Este último tiene un carácter autónomo, pues la masa de bienes que lo conforman están separados del patrimonio de su titular, lo que permite que estos queden fuera del alcance de los acreedores que el fideicomitente pueda tener, así también, en la medida que

<sup>168</sup> Dicho de una persona: Que desperdicia y consume su hacienda en gastos inútiles, sin medida ni razón. Disponible en Real Academia Española. (s.f). Pródigo. En *Diccionario de la Lengua española*. Recuperado el 5 de febrero de 2021, de <https://dle.rae.es/pr%C3%B3digo>

<sup>169</sup> La doctrina y algunas legislaciones señalan al órgano supervisor de los fideicomisos como la entidad encargada de indicar a la empresa fiduciaria reemplazante, pero ello no ha sido tomado en cuenta en nuestra legislación. Véase en Flor Matos, M. (1999). *El Fideicomiso. Modalidades y Tratamiento Legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. p.208

<sup>170</sup> Artículo 247° de la Ley General.

<sup>171</sup> Artículo 252° de la Ley General.

esta afecto a una finalidad determinada, la empresa fiduciaria solo puede disponer de esos bienes con arreglo a las estipulaciones contenidas en ese instrumento constitutivo, por lo que los bienes del fiduciario constituirán un activo distinto de los bienes que administra. En ese sentido, el patrimonio fideicometido no se usará para responder por las obligaciones del fiduciario o del fideicomitente ni de sus causahabientes<sup>172</sup> más sí lo hará, cuando se trate de pagos que resulten de las obligaciones y responsabilidades que la empresa fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario por los actos que efectúe con el objetivo de cumplir la finalidad que se le ha encomendado<sup>173</sup>.

Durante el periodo de tiempo, en el que el fiduciario tenga bajo su dominio el patrimonio fideicometido tendrá que cuidar de él de la mejor manera, llevando un inventario y contabilidad de los bienes que lo componen, asegurándose de actuar con la mayor diligencia cuando de invertir esos bienes se trate<sup>174</sup>, defendiéndolo de daños que podrían afectar su integridad, entre otros<sup>175</sup>. A cambio de su labor, se le otorgará una retribución por sus servicios, de acuerdo con lo estipulado en el instrumento constitutivo o, en su defecto, una no mayor al uno por ciento (1%) del valor del mercado de los bienes fideicometidos, además del derecho de resarcimiento por los gastos generados a consecuencia de la administración del mismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 261 de la Ley General.

Luego de cumplido el plazo, concretado el objetivo o desaparecida la finalidad, el fiduciario tendrá que hacer entrega del patrimonio fideicometido y los frutos generados por este al fideicomisario.

## **2.2. Implicancias del fideicomiso testamentario en las normas de Derecho Civil**

En el ordenamiento peruano la figura del fideicomiso testamentario se incorporó en la legislación bancaria desde 1931 y actualmente se encuentra comprendido en los artículos 244, 246 y 247 de la Ley N° 26702 y el artículo 17 del Reglamento del Fideicomiso, a los cuales ya hemos hecho alusión a lo largo de este capítulo, por lo demás será de aplicación las normas previstas para el fideicomiso en general, sin dejar de tomar en cuenta los límites impuestos por el derecho sucesorio.

---

<sup>172</sup> Artículo 253° de la Ley General.

<sup>173</sup> Artículo 254° de la Ley General.

<sup>174</sup> En caso de los beneficios generados por inversión o algún otro acto de negocio que haya recaído sobre el fideicomiso, los fideicomisarios tendrán el derecho de exigir a la empresa fiduciaria el otorgamiento de los mismos, según se estipule en el instrumento constitutivo y figure en el certificado de participación, según el artículo 263° de la Ley General.

<sup>175</sup> Artículo 256° de la Ley General.

Se puede apreciar que más allá de eso, es poca la regulación que se tiene al respecto, si a esto se le suma el poco conocimiento que se tiene sobre la misma, resulta evidente el bajo porcentaje en su aplicación.

Contrario al panorama que se percibe en el ámbito financiero, el Código Civil actual ha preferido mantener una posición neutral respecto de su regulación, optando por guardar silencio en la materia, habría que analizar las razones que tuvo el legislador para adoptar esa posición.

En el presente apartado, se analizará algunos aspectos históricos y doctrinales que pudieron haber motivado dicha situación, así como la viabilidad de una propuesta de inclusión su regulación en el ámbito civil sucesorio.

### **2.2.1. *El fideicomiso testamentario en la codificación peruana: un acercamiento histórico***

Se podría asumir que, el hecho que el fiduciario este representado por una entidad bancaria sea razón suficiente como para catalogarlo dentro de un bloque de leyes distinto, buscando formular remedios frente a situaciones potenciales como la oposición del heredero forzoso cuando vea perjudicada su legítima o la necesidad de aceptación por parte del fiduciario en el fideicomiso dado en encargo. Pero se debate si esa es razón suficiente para la exclusión de su regulación en el Código Civil.

No se duda de la practicidad de la institución para establecer las condiciones necesarias en el mantenimiento del patrimonio del testador luego de su muerte, lo que limita su regulación en el Código Civil, obedece a otros factores relacionados principalmente al proceso evolutivo de codificación en el Perú y las fuentes de donde se inspiraron.

Desde Roma, el fideicomiso fue adaptado a la legislación española y de ahí llegó al Perú, cuando aún regían las leyes de Castilla, en donde la buena fe del heredero era lo único que garantizaba la voluntad prevista en testamento, siendo que este bien podía abusar de la confianza en él depositada y retener para sí la herencia que debía entregar a otro.

Luego de la independencia, proclamada el 28 de julio de 1821, iniciaron los esfuerzos para una codificación peruana. Un primer proyecto de Código Civil es elaborado por Lorenzo de Vidaurre en 1836, en el que se omitirá todo lo relacionado con los fideicomisos a la par del Código Francés, pero dicha idea no se llegó a concretar. Ese mismo año sería aprobado el Código Civil de Santa Cruz, cuyas fuentes fueron el Code Civil Francés, el Derecho castellano de las Siete Partidas, las Leyes del Toro y la Nueva y Novísima Recopilación, que seguiría la misma línea que el anterior, prohibiendo las herencias fideicomisarias y fideicomisos. Para 1852 se promulgó un nuevo cuerpo normativo, inspirado en el ideario francés, español y romano, que buscó principalmente proteger la propiedad y el fácil movimiento de la misma, nuevamente se prohibió a los testadores instituir herederos fideicomisarios. En paralelo países

como Chile, Argentina, Brasil, Suiza y Alemania incorporaban la figura a su ordenamiento, su derecho sería fuente de consulta para la elaboración del Código Civil de 1936, en la Comisión solo se planteó la posibilidad de admitir la sustitución fideicomisaria en primer grado<sup>176</sup>, pero no hizo ninguna referencia al fideicomiso, finalmente no se introdujo ninguna de las dos figuras. El silencio legislativo se mantiene en el Código Civil de 1984, que es el que nos rige actualmente<sup>177</sup>, pudiéndose interpretar como la procedencia o no de la institución, en todo caso, se deja una puerta abierta a su utilización.

De La Fuente y Hontañón (2012)<sup>178</sup> considera que los últimos planteamientos de reforma al Código Civil han abierto un camino para que en virtud de la autonomía privada se pueda introducir por la vía testamentaria fideicomisos con un límite temporal sujeto a condiciones suspensivas como resolutorias. Así también, plantea a modo de sugerencia introducir la figura del fideicomiso testamentario a dicho cuerpo normativo, con apoyo en el Acta de Arequipa suscrita por las Comisiones Reformadoras de los Códigos civiles de Perú, Argentina, Bolivia y Puerto Rico en 1999, a semejanza de la propuesta planteada por la Comisión reformadora de Argentina (pp. 230-237). Cabe señalar, que esta última ya vio concretada su iniciativa en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina promulgado mediante Decreto N° 1795 del año 2014, que regula la figura del fideicomiso testamentario en el artículo 1699 del mismo, la relevancia que adquirido dicha figura en este país será analizada más adelante. Por último, la jurista remarca la conveniencia de que el fiduciario pueda serlo también una persona natural y no solo una jurídica, lo cual con la debida regulación sería posible, pues es un sistema que ya se ha implementado con éxito en otros países.

Pero aún regulada en el Código Civil habría que realizar ciertas especificaciones en torno al fideicomiso testamentario, recordando que se erige como una figura autónoma sujeta a sus propias características y que pueden aparentemente chocar con otras normas ya existentes como las relacionadas con esa parte intangible de la herencia, que en principio no podría ser dada en fideicomiso.

### **2.2.2. La discusión en torno a la legítima**

Así, para algunos doctrinarios, otra de las razones que impedirían la configuración de este tipo de fideicomisos es la sola regulación de la intangibilidad de la legítima, ligada directamente a la parte de la cuota hereditaria que por ley le corresponde a los herederos

---

<sup>176</sup> Calle. J (1928). Código Civil 1852. Lima.

<sup>177</sup> El Código Civil actual solo admite la sustitución vulgar y hace mención al fideicomisario en el artículo 1108° del mismo código, en lo referido a la constitución de hipoteca.

<sup>178</sup> De La Fuente y Hontañón, R. (2012). *La Herencia fideicomisaria, desde Roma hasta el Derecho Peruano*. Ed. Palestra. Lima. pp. 230-237.

forzosos<sup>179</sup> y sobre la que el testador no va poder disponer libremente, de acuerdo a lo señalado en el artículo 724 del Código Civil, no pudiéndoseles privar de la parte que les corresponde u otorgarles menos de lo establecido por ley (intangibilidad cuantitativa), ni imponer sobre ellos gravámenes, modalidad o sustitución alguna (intangibilidad cualitativa), según lo previsto en el artículo 733 del mismo código.

Basados en estos parámetros, el campo de acción de los fideicomisos testamentarios según la normativa vigente está circunscrito a la hipótesis de que testador no tenga herederos forzosos con el fin de que pueda disponer libremente de su patrimonio, pero como usualmente sí tiene familiares dentro de los primeros órdenes sucesorios, que llegan a comprender a los legitimarios, el testador tendrá que limitar sus facultades de disposición, al momento de establecer un fideicomiso de esta naturaleza, si quiere que este sea válido y sin perjuicio de las acciones que pueden tomar esos herederos en caso no se respete su legítima.

La cuestión surge, en el supuesto previsto en el párrafo dos del artículo 244 de la Ley General que permite instituir fideicomiso sobre los bienes que toquen la legítima de herederos menores e incapaces<sup>180</sup>, en la parte que les corresponde y en beneficio de ellos mismos. Ya que, de la lectura literal de dicho apartado se entiende que el testador sí podría disponer de la legítima de sus herederos forzosos y usarlo para instituir fideicomiso, que si bien se da dentro de supuestos específicos no deja de ser una limitación a la regla general de intangibilidad de la legítima, específicamente en su aspecto cualitativo. Pero lo cierto es, que nunca ha estado en la mente del autor de la nueva ley bancaria privar de la legítima a estas personas, sino protegerlos a ellos y su patrimonio mientras subsista la minoría o incapacidad, por lo que dicha norma estaría fundamentada en un fin superior, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, especialmente tratándose de personas que no pueden ejercer plenamente su capacidad jurídica y que por ley deben estar sujetas a un régimen especial de protección, atención y seguridad. Se trata de proteger a la familia, los integrantes de la misma y su porvenir. Todo ello, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1, 4 y 7 de la Constitución Política. El hecho de que se pueda tutelar sus derechos mediante este tipo de fideicomiso, es una de las mayores utilidades que ofrece dicha figura.

En ese sentido, las restricciones previstas en los artículos 723 y 733 del Código Civil, no deben entenderse como una prohibición a la constitución del fideicomiso testamentario sino

---

<sup>179</sup> Según el artículo 724° del Código Civil (modificado por la Ley N° 3007) “son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho”.

<sup>180</sup> Ya se ha hecho referencias líneas arriba a la forma correcta de interpretar el término incapacidad bajo el amparo de las nuevas modificaciones incorporadas por el Decreto Legislativo 1384.

como una restricción que debe ser considerada al momento de redactar y estructurar el fideicomiso, separando claramente el patrimonio fideicometido del porcentaje de legítima que será repartido entre los herederos forzosos, evitando que ambas instituciones se contrapongan una sobre la otra. Siendo que en caso de existir conflicto se deberá resolver aplicando el principio de especialidad normativa<sup>181</sup> por el que precepto de contenido especial, esto es, lo dispuesto en la legislación sobre fideicomiso, prime sobre el de mero criterio general previsto en el Código Civil.

Hay que recordar que el Derecho es una herramienta institucional y para ser efectivo debe ajustarse a la realidad, buscando asegurar con ello no solo la legitimidad de su aplicación sino la idoneidad de su resultado. La codificación como vehículo de manifestación de ese derecho, deberá conducirse con ese mismo dinamismo, revisando, actualizando y adecuando las instituciones jurídicas a los nuevos contextos.

En esa línea y siguiendo a Lohmann<sup>182</sup> la modernización normativa en materia de sucesiones no solo supone la reforma o el replanteamiento de las figuras ya existente, sino también las incorporaciones de nuevas instituciones advirtiendo entre ellas al fideicomiso sucesorio o testamentario previsto en la Ley del Sistema Financiero. Habiendo demostrado que no existe tal impedimento para su exclusión.

### **2.3. Frecuencia en la aplicación práctica del fideicomiso testamentario en la actualidad**

El fideicomiso testamentario, por su propia naturaleza tiene la gran cualidad de crear un patrimonio autónomo e inembargable, separado del resto de la masa hereditaria, que lo hace intocable, mientras en el plazo previsto para su duración aún se encuentre vigente, quedando a salvo de cualquier pretensión crediticia que se quisiese cobrar con dichos bienes. Formando en torno a él, una especie de blindaje, que le protege de los riesgos externos, que pudieran existir, distintos al riesgo propio exclusivo del fideicomiso, que obedece en su mayoría a acciones de terceros, más que a los lineamientos de la institución misma. Configurándose ello, como una de los principales beneficios de su constitución.

Sin embargo, debido a que, ni el fiduciario ni los fideicomisarios tendrán conocimiento de la constitución del fideicomiso sino hasta después de la muerte del testador, en el que tendrá lugar la apertura de la sucesión y la correspondiente lectura del testamento por parte del notario

<sup>181</sup> De La Fuente y Hontañón, R. (2012). *La Herencia fideicomisaria, desde Roma hasta el Derecho Peruano*. Ed. Palestra. Lima. p. 209.

<sup>182</sup> Acevedo Mercado, J., & Pezo Arévalo, E. E. (1997). Reforma del Código Civil: a propósito del Libro IV Derecho de Sucesiones. Entrevista al Dr. Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena. *Derecho & Sociedad*, (12), 86-90. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16670>

público, con todas las cláusulas que se hayan impuesto incluyendo las referidas al fideicomiso, es que se desconoce el número exacto de fideicomisos testamentarios que pueden haber sido llevados a cabo hasta la fecha. Sumado al secretismo y criterios de confidencialidad a los que quedarán sujetos los fiduciarios encargados de ejecutar los mismos, debido a los intereses en juego y el compromiso que han asumido para con el fideicomitente en el cumplimiento de su finalidad, el cual más allá de obedecer a un carácter meramente administrativo, supone la protección y aseguramiento del porvenir de aquellos que serán beneficiados con dicho fideicomiso.<sup>183</sup>

Como no se pueden conocer cifras exactas de su uso o practicidad, resultaría justificable entender por qué son pocos los juristas los que se han preocupado por ahondar en el tema, aunque eso no excluye la posibilidad de que se pueda deber a otras causas.

En esta sección se trata de abordar algunas de las posibles razones que responden a este fenómeno.

### **2.3.1. *Perspectivas respecto a su utilización***

Da la impresión de que el fideicomiso testamentario sea una institución propia de la esfera bancaria o financiera, pero afirmar ello sería restarle eficacia teniendo en cuenta el rol garantista que cumple en la protección del patrimonio de las personas.

En el Perú son pocos los autores que han analizado a profundidad la institución del Fideicomiso Testamentario. De los estudios más resaltantes están los realizados por la Dra. Rosario de la Fuente y Hontañón, cuyos principales aportes ya han sido mencionados en la presente investigación. Otros autores como Manuel de la Flor Matos, Max Arias-Schreiber Pezet o Rafael Corso de la Colina, solo hacen alusión a ella de manera sucinta describiéndola como una de las tantas modalidades de fideicomisos existentes y remitiéndose a señalar los caracteres generales que le identifican y que están previsto en la legislación que la regula, pero sin profundizar en ello.

Las razones que obedecen a este fenómeno pueden ser muchas, pero principalmente habría que resaltar la escasa referencia que se hace de la materia en la legislación, los casos de invalidez que podrían configurarla como una figura poco atractiva, en aquellos casos en el que el patrimonio fideicometido haya incidido en parte de la cuota correspondiente a la legítima, pudiendo el heredero forzoso exigir la devolución de la misma, lo que supondría la realización de trámites adicionales que probablemente resten efectividad a los fines originalmente previstos

---

<sup>183</sup> De lo investigando, solo se ha podido tomar conocimiento de un fideicomiso testamentario que ha sido constituido en el Banco de Crédito, pero que no ha sido publicado por las razones antes expuesta.

para ese fideicomiso, también están los costos de este tipo de contratos que comprenden los honorarios del fiduciario, gravámenes por administración y ejecución de bienes así como asuntos de formalización, sin contar los gastos que se podrían generar por la asesoría de un abogado especializado en fideicomisos que pueda orientar al testador para la configuración del mismo. Respecto a esto último, habría que preguntarse si abrir el campo de acción de los fiduciarios a personas naturales capacitadas ayudaría a mitigar dichos costos y en caso fuera así cómo se debería implementar o qué modelos de otras legislaciones se podrían tomar en cuenta para la adopción de ese nuevo sistema.

#### **2.4. El fideicomiso testamentario desde la perspectiva del Derecho Comparado**

Los nuevos avances tecnológicos y comerciales en esta parte del mundo, plantearon la necesidad de afectar el patrimonio de una forma distinta a la ya conocida, con el fin de que se ajustase al nuevo esquema jurídico que se venía gestando, dando lugar a la figura del fideicomiso en Latinoamérica.

Panamá y México fueron los primeros países en legislarlo, a partir de ahí, otros ordenamientos lo han ido incorporando a sus filas, pero con sus propios matices, características y diferentes alcances, ya sea en materia civil o financiera, así como los sujetos que lo componen y quienes pueden ser considerados fiduciarios.

En este apartado se analizará concretamente la forma en cómo está regulado el fideicomiso testamentario en algunas de las legislaciones latinoamericanas, concretamente en los países de Argentina, Uruguay y Costa Rica, resaltando los elementos comunes y diferencias que existen en su forma de regular la figura, con especial hincapié en lo que ellos consideran sujetos fiduciarios, así como los criterios en los que se han basado para su designación y el rol que cumplen estos en la relación fiduciaria, de acuerdo con el sistema que han ido adoptando en su ordenamiento jurídico. Todo ello, con el objeto de tener un panorama más amplio de su uso y forma de aplicación en otros territorios y a fin de que puedan ser tomados como referencia en la legislación peruana.

##### **2.4.1. *Respecto a las personas que pueden ser considerados como sujetos fiduciarios***

La determinación de quienes pueden ser considerados como sujetos fiduciarios está estrechamente ligado al sistema fiduciario que acoge cada ordenamiento. En este sentido, habría que precisar que, en Latinoamérica, convergen un total de tres sistemas fiduciarios.

Del primero de ellos, el sistema cerrado, ya se ha hecho alusión en apartados anteriores, por lo aquí, solo corresponderá hacer referencia a los sistemas mixto y abierto, ambos caracterizados porque admiten que el cargo de fiduciario pueda ser desempeñado tanto por una persona natural como jurídica, pero cada uno bajo ciertos parámetros, adaptándose a las

condiciones propias de los ordenamientos que los regulan. En este sentido, se les deberá analizar desde las perspectivas de cada país.

Así, para entender el sistema mixto, se puede tomar como referencia la legislación argentina y uruguaya, en la que el factor determinante para obtener la condición de fiduciario estaría ligada a la profesionalidad y habitualidad del desempeño de la labor de este, pero en los que habría que precisar, que aun perteneciendo a un mismo sistema guardan entre ellos ciertas diferencias, como se evidenciará a continuación.

En Argentina, el fideicomiso testamentario, se encuentra actualmente regulado en su Código Civil y Comercial, promulgado en el 2014, el cual, ha manteniendo como referencia el bosquejo inicial que introdujo la Ley N° 24.441, Ley del Financiamiento de la Vivienda y la Construcción de 1995, donde se encontraba previsto antes de su derogación. Dicha ley, marcó un hito en la dación de la normativa fideicomisaria en este país, modificando y aclarando ciertos vacíos que el Código de Vélez Sarfield, código anterior al que les rige actualmente, había dejado sin resolver, como la condición de fiduciario que si bien podía ser una persona física o jurídica, no estaba sujeto a limitación o restricción alguna, cambiando, con la entrada en vigencia de la ley, cuyo principal fin fue el fomento del mercado inmobiliario y la securitización (titulación) dando lugar a la incorporación de una nueva especie de fideicomiso conocido como fideicomiso financiero, que en principio solo puede ser realizado profesionalmente en el ámbito bancario y en el que el rol fiduciario se restringe a la entidad financiera o sociedad autorizada por la Comisión Nacional de Valores, siendo los únicos a los que se les está permitido brindar sus servicios en forma pública. Por otro lado, están los fideicomisos ordinarios abocados a otro tipo de situaciones jurídicas dentro de los que se encuentran los fideicomisos constituidos por testamento o por un negocio individual, en el que el rol fiduciario puede recaer indistintamente sobre cualquier persona física<sup>184</sup> o jurídica, con la limitación de que este tipo de fiduciarios no puede ofrecer sus servicios al público reservando su actuación a un cierto grupo de clientes y teniendo que publicitar su capacitación de persona a persona. Coincidiendo con lo regulado en el artículo 1673 de su Código Civil y Comercial vigente y con lo que se pone en evidencia la apertura con la que cuenta el fideicomitente en el ordenamiento argentino al momento de designar al fiduciario, propio del sistema mixto que le caracteriza.

---

<sup>184</sup> Cuando la ley se refiere a persona física, implícitamente exige, que atendiendo a la naturaleza de los actos que de ella se espera cuenten con capacidad plena para contratar según las normas del Código Civil. Véase en Giraldi, M. (1998). *Fideicomiso (Ley 24.441)*. Ed. Depalma. Buenos Aires. p. 69.

Si bien la limitación publicitaria de la actividad fiduciaria para cierto grupo de personas ha sido objeto de críticas, para Miguel Araya (1995)<sup>185</sup>, la diferenciación que se ha establecido en los tipos de fiduciarios es adecuada sobre todo los vinculados a la administración de bienes de incapaces, en el que los padres, buscarán en la persona del fiduciario no solo alguien en quien confiar la administración de sus bienes económicos o la atención de un negocio sino también que tenga una especial preocupación personal en el caso concreto, algo que evidentemente la entidad financiera no puede brindar.

Por su parte, en el ordenamiento uruguayo, el fideicomiso testamentario, está comprendido en la Ley N° 17.703, Ley del Fideicomiso, en concordancia con las normas del libro III título IV de su código civil, referido a la sucesión testamentaria. Podrá realizarse por testamento abierto o cerrado y recaer sobre toda la herencia o una cuota o parte de la misma, así como, sobre bienes, derechos, universalidades de bienes, y demás relaciones jurídicas activas que compongan el patrimonio sucesorio. Su constitución deberá constar en el certificado sucesorio correspondiente, debiéndose inscribir en los casos que así lo disponga la Ley N° 16871, Ley Orgánica Registral.<sup>186</sup> Lo mismo para los bienes y derechos fideicometidos que integren la propiedad fiduciaria, los cuales deberán individualizarse e inscribirse en el mismo registro. Cabe señalar, que el servicio de registros al que se hace mención, no es otro que el Servicio de Registros Públicos de Uruguay, cuyo ente rector es la Dirección General de Registros y que depende directamente del Ministerio de Educación y Cultura. Dicho servicio se encuentra compuesto por tres registros: El Registro de Propiedad, el Registro Nacional de Comercio y el Registro Nacional de Actos Personales, compuesto a su vez de cinco secciones, siendo el rubro universalidades donde se inscribirán todos los documentos concernientes a la constitución, modificación y cancelación de fideicomisos, sin perjuicio de la inscripción que se deberá hacer del fiduciario y los valores que emita en el Registro de Mercado de Valores del Banco Central de Uruguay (en adelante BCU), el cual se abordará más adelante.

La actuación del fiduciario en esta legislación, estará sujeto al tipo de fiduciario del cual se trate, dividiéndose en dos grandes grupos: los fideicomisos generales y los financieros.

Utilizan el término fideicomisos generales y no el de ordinarios, como lo hace Argentina, para aludir al grupo de fideicomisos comunes que suponen en esencia el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria, al cual hace referencia directa el concepto previsto en el artículo 1 de la Ley N° 17.703, los cuales conforman el primer grupo

---

<sup>185</sup> ARAYA, M. Ley 24.441 Fideicomiso. [Archivo PDF]  
<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1040/923>.

<sup>186</sup> Véase en el inciso cuarto del artículo 2° y artículo 5° de la Ley N° 17.703.

de fideicomisos. Por otro lado, se encuentran los fideicomisos financieros<sup>187</sup>, aquellos fideicomisos cuyos beneficiarios son titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario, de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes que integran el fideicomiso, o de títulos mixtos que otorguen derechos de crédito y derechos de participación sobre el remanente, en esencia títulos valores, según lo señalado en el artículo 25 de la ley antes mencionada.

Dependiendo de la clase de fideicomiso en el que el fiduciario intervenga es que recibirá su denominación. Los fiduciarios que participan en fideicomisos generales se denominarán fiduciarios generales, y los que lo hacen en el rubro financiero, se identificarán como fiduciarios financieros.

Por su parte, para poder entender el sistema abierto, se puede tomar como referencia Costa Rica. En este país, al igual que en Argentina y Uruguay, el fiduciario también puede ser cualquier persona física o jurídica, lo que le diferencia y convierte en un sistema abierto, es que no exige mayor requisito para ser considerado como tal, que el de ser capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones y en el caso de tratarse de personas jurídicas, su escritura constitutiva debe expresamente capacitarlas para recibir por contrato la propiedad fiduciaria.

Costa Rica, regula la figura del fideicomiso testamentario en el artículo 635 del Capítulo XII, de su Código de Comercio, la materialización o ejecución del patrimonio autónomo se dará a partir de la muerte de fideicomitente.

#### ***2.4.2. El rol del fiduciario en los sistemas mixtos y abiertos y los estándares de actuación que deberá adoptar este en el desempeño de sus funciones***

El rol que cumple el fiduciario en la estructuración y administración del fideicomiso constituye la pieza central de la relación fiduciaria, de ahí que se le exija actuar conforme a un determinado estándar de conducta que permita medir más adelante el grado de responsabilidad que le corresponde por los daños que pueda sufrir el patrimonio fideicometido durante el periodo de encargo.

En Argentina, el criterio para valorar dicha diligencia es la del fiduciario concebido como un “buen hombre de negocios”. Para Hayzus (2004)<sup>188</sup> “dicho concepto evoca la imagen de una persona que está atenta a los acontecimientos, que entiende las exigencias de su posición y procura responder a las expectativas puestas en su desempeño con independencia, lealtad y buena fe” (p.165), pero el estándar legal no es absoluto, sino comparativo, para Kiper y

<sup>187</sup> El fideicomiso financiero uruguayo guarda semejanza con el fideicomiso de titulización del ordenamiento peruano.

<sup>188</sup> Hayzus, J. (2004). *Fideicomiso*. Ed. Astrea. Buenos Aires. p. 165.

Lisoprawski (2004)<sup>189</sup> la exigencia va depender mucho de las condiciones particulares del elegido fiduciario, así cuando el cargo sea desempeñado por entidades financieras o sociedades especialmente autorizadas por la Comisión Nacional de Valores la diligencia exigida será mayor a la de un hombre medio, debido a su carácter profesional y habitualidad, distinto es el caso de los fiduciarios no profesionales supuestos en los que el encargo puede recaer en un amigo o familiar de los que se espera actúen con la misma probidad y diligencia que las ha hecho merecedoras de la confianza del fideicomitente, pero no con la especial habilidad de quien se dedica habitualmente a dicha actividad, en este tipo de casos el fiduciario podrá acudir a un profesional para que lo asesore y pueda desempeñarse mejor en la labor encomendada. Para Lascala (2005)<sup>190</sup> “el testador podría incluso designar a un albacea para actuar como fiduciario, en atención a la confianza depositada en este sujeto, supuesto en que la *causa fiduciae* coincidiría totalmente” (p. 241). Así pues, se puede señalar que, existen dos rasgos distintivos en la calificación del fiduciario, el primero consiste en el conjunto de cualidades que el candidato presenta para el desempeño del cargo, a juicio del fiduciante (fideicomitente), y en ciertos casos de los beneficiarios y el segundo referido al sentimiento de mutua confianza que induce a las partes a relacionarse entre sí con motivo del encargo.

En Uruguay, habrá que resaltar, el carácter profesional que puede ostentar el fiduciario, y más en el caso específico de los fiduciarios generales. Donde es posible observar otra distinción con respecto al ordenamiento argentino en el cual, solo los fiduciarios financieros y las personas jurídicas autorizadas por el organismo de contralor del mercado de valores, pueden desempeñarse profesionalmente como tales, siendo los únicos que tienen la opción de inscribirse en el registro de la Comisión Nacional de Valores y publicitar sus servicios al público, mientras que en Uruguay se da un panorama distinto, más flexible en cuanto a la obtención del carácter profesional y por ende de la publicidad del servicio. En el caso de los fiduciarios generales, se considera que existe profesionalidad cuando se verifique su participación en cinco o más negocios de Fideicomisos en cualquier año calendario, de acuerdo con lo establecido por el artículo 3<sup>191</sup> del Decreto N.º 516/003 de 11 de diciembre de 2003 o el fiduciario sea una institución de intermediación financiera, las que sólo podrán actuar como

---

<sup>189</sup> Kiper, C y Lisoprawski. (2004). *Tratado de Fideicomiso*. Ed. Depalma. Buenos Aires. pp. 311-313.

<sup>190</sup> Lascala, J. (2005). *Práctica del Fideicomiso*. Ed. Astrea De Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires. p. 241

<sup>191</sup> Artículo 3 del Decreto N.º 516/003 - Reglamentación de la Ley N.º 17.703 que señala: Tratándose de fiduciarios profesionales, en todos los casos se deberá presentar la constancia de su inscripción en la Sección Fiduciarios del Registro del Mercado de Valores del Banco Central del Uruguay. A esos efectos, se considera que existe profesionalidad cuando una persona física o jurídica participa en calidad de fiduciario en cinco o más negocios de fideicomisos en cualquier año calendario.

fiduciarios en forma habitual y profesional, en función de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N.º 17.703. Habiendo cumplido con dicho requisito el Ministerio de Educación y Cultura comunicará al BCU la nómina de los fiduciarios que se encuentren en la situación antes descrita dentro de los 15 días subsiguientes a que se haya cumplido el supuesto referido. Como se puede advertir, la condición de profesionalidad hace mandatorio el registro del Fiduciario en el Registro Público de Fiduciarios Profesionales, que es en esencia el Registro del Mercado de Valores al que se ha hecho alusión líneas arriba. No obstante, aquellos Fiduciarios que no cumplan con la condición de profesionalidad mencionada, podrán igualmente registrarse voluntariamente en dicho Registro y publicitar su servicio como tales. De lo que se desprende que en Uruguay la publicidad del servicio no está condicionada a la profesionalidad o no del fiduciario.

En lo que respecta, a los fiduciarios financieros se considerarán profesionales desde el momento en que se propongan a desarrollar el primer fideicomiso. Para la admisión de las solicitudes de inscripción, el registrador controlará la constancia de la presentación previa ante el BCU, su registro como tal se deberá hacer en el Registro de Fideicomisos Financieros, debiendo cumplir con los requisitos previstos en el artículo 107<sup>192</sup> y siguientes de la Recopilación de normas del Mercado de Valores de Uruguay.

En Costa Rica, por su parte, el criterio para medir la diligencia de la actuación del fiduciario, será la de un buen padre de familia, que se corresponde con un modelo abstracto no profesional de conducta y que tiene sus orígenes en Roma. Debiendo señalar que dicho criterio ha sido objeto críticas por parte de la doctrina, porque entienden que querer asemejar la actuación de un fiduciario a la del obrar de un buen padre de familia podría traer consigo que se le atribuyan responsabilidades que no le correspondan, justamente porque se tratan de instituciones distintas. De ahí, que este modelo este cayendo en desuso y que sean unos cuantos

---

<sup>192</sup> Artículo 107 (PRESENTACIÓN DE FIDEICOMISOS FINANCIEROS) de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores del Banco Central de Uruguay – Última circular N° 2406 del 01 de agosto de 2022, que señala: A efectos de determinar si los valores representativos de participaciones o de derechos de crédito se ofrecerán públicamente o en forma privada, los fiduciarios financieros deberán presentar el original y una copia de los documentos constitutivos de los fideicomisos financieros, debidamente firmados. En la copia se acusará recibo de los originales, los que quedarán en el Banco Central del Uruguay. Dichos originales serán entregados al interesado al finalizar el trámite iniciado con la constancia establecida en el artículo 108 de esta Recopilación a los efectos de su inscripción en el Ministerio de Educación y Cultura. En el caso de que los valores representativos de participaciones o derechos de crédito en los fideicomisos financieros se ofrezcan exclusivamente en forma privada, se deberá asentar la referida circunstancia en el citado documento, así como que los mismos no están inscriptos en el Banco Central del Uruguay. Cuando los valores representativos de participaciones o derechos de crédito en los fideicomisos financieros se ofrezcan en forma pública, se asentará dicho extremo en el citado documento, debiendo inscribirse los valores correspondientes en el Registro del Mercado de Valores, de conformidad con la normativa vigente.

países los que aún se ajusten a este parámetro de actuación. Sin embargo, se ha decidido tomarlo en consideración, con el fin de tener una visión general de los tres sistemas existentes y para resaltar que independientemente del sistema del que se trate, la institución del fideicomiso testamentario perseguirá el mismo objetivo, la protección del interés familiar.

### **2.4.3. Formas de control de la actuación fiduciaria: Los registros fiduciarios**

Tomando en cuenta, que el margen de elección fiduciaria es amplia en los sistemas estudiados, se hace necesario que existan medidas que permitan llevar al menos un control de su actuación, un espacio físico o virtual donde las personas interesadas en desempeñarse como fiduciarios puedan informarse acerca de los requisitos necesarios para ser considerados como tal, así como inscribirse en estos, con el fin de que terceras personas y las autoridades competentes sepan que verdaderamente están autorizadas para realizar dicha función, a ello, están orientados los registros fiduciarios. Aunque su denominación, regulación y finalidad puede llegar a variar dependiendo del ordenamiento del que se trate.

La legislación argentina define en términos muy amplios la capacidad legal requerida para ejercer la función fiduciaria, pero ofreciendo a su vez las garantías necesarias para evitar malos manejos en la administración estipulando vía reglamentaria los requisitos necesarios a los que deberán sujetar los fiduciarios ordinarios públicos y fiduciarios financieros para su inscripción en los registros respectivos así como supuestos de prohibición de constitución de fideicomiso unilateral y de reunión de la condición de fiduciario y beneficiario en una sola persona, todo ello previsto en el libro 3, capítulo XV de la Resolución General N° 368/2001 de la Comisión Nacional de Valores de Argentina, adoptada en el marco de una determinada coyuntura económica, y que se ha ido modificando con el tiempo. En lo que aquí respecta, habrá que resaltar, los artículos 5 y 9 del capítulo XV de dicha resolución, modificados mediante Resolución N° 567/2010, en lo que se refiere a quienes pueden actuar como fiduciarios y el contenido de la solicitud de inscripción. Respecto del inciso e) del artículo 5 hasta antes de la modificación se habilitaba a las personas físicas o sociedades de personas domiciliadas en el país, para actuar como Fiduciarios Ordinarios Públicos pero el legislador se dio cuenta que ello excedía el límite impuesto por el artículo 5° de la Ley N.º 24.441 que, si bien, preveía que tanto personas naturales como jurídicas podían desempeñar el rol fiduciario, solo facultaba a las entidades financieras autorizadas a ofrecer sus servicios al público, de ahí que decide eliminar lo referido a personas física y en su lugar solo considera a las sociedades anónimas constituidas en el país para actuar como tales. Además, con el objeto de armonizar la norma, también se modifica el inciso c) del artículo 9 de dicha resolución, requería como parte de los requisitos de la solicitud de inscripción que cuando el solicitante fuese una persona física, la solicitud de

inscripción en el registro debía contener datos y antecedentes personales, en su lugar, ese apartado ahora solo exige copia del texto ordenado vigente del estatuto o del contrato social con constancia de su inscripción en el Registro Público de Comercio u otra autoridad competente. Por su parte, los requisitos exigidos a los sujetos para la inscripción en sus respectivos registros también han sido modificados mediante Resolución N° 495/2006<sup>193</sup>.

A diferencia de Argentina, en Uruguay, el sistema de registro está mejor estructurado. Se había señalado, que, en Uruguay, dependiendo de la clase de fideicomiso, los fiduciarios se podían clasificar en fiduciarios generales y financieros. Respecto a su inscripción esta se hará constar en el Registro del Mercado de Valores del BCU (este es su primer registro) en la sección fiduciarios, subcategorías de Fiduciarios Generales y Fiduciarios Financieros respectivamente<sup>194</sup>, siendo que los fiduciarios que hayan realizado su inscripción como fiduciarios financieros, quedarán igualmente habilitados para desempeñarse como fiduciarios generales, más no en viceversa.

---

<sup>193</sup> Dependiendo de a donde se quieran registrar se les exigirá: a) Si se solicita la inscripción en el registro de fiduciarios ordinarios públicos, se debe tener un patrimonio neto no inferior a pesos quinientos mil (\$ 500.000) que deberá incrementarse en pesos veinticinco mil (\$ 25.000.-), a partir del primer contrato de fideicomiso en vigencia y —en lo sucesivo— por cada nuevo contrato de fideicomiso que entre en vigencia y en el que el autorizado actúe como fiduciario. este incremento deberá estar exclusivamente constituido con activos líquidos, a cuyos efectos sólo podrán considerarse los rubros del activo corriente disponibilidades e inversiones cuyo plazo de realización no supere los treinta (30) días, netos de provisiones. b) Si se solicita la inscripción en el registro de fiduciarios financieros, un patrimonio neto no inferior a pesos tres millones (\$ 3.000.000.-). para su integración se deberán seguir las siguientes pautas: b.1) Como mínimo el cincuenta por ciento (50%) del patrimonio neto mínimo deberá estar exclusivamente constituido con activos líquidos, a cuyos efectos sólo podrán considerarse los rubros del activo corriente disponibilidades e inversiones cuyo plazo de realización no supere los treinta (30) días, netos de provisiones, b.2) La contrapartida en activos líquidos podrá constituirse o reemplazarse presentando una fianza bancaria, con cláusula de principal pagador por tiempo determinado de tipo permanente, de manera que ampare a terceros por todas las obligaciones que se deriven para el fiduciario por el ejercicio de la actividad específica, que deberá efectivizarse a quien la comisión indique. el monto garantizado por esta fianza debe presentar la cantidad necesaria para completar el valor total de la contrapartida reemplazada. el texto de la fianza debe ser aprobado por la comisión, antes de su constitución definitiva. la entidad financiera que la otorgue deberá ser alguna de las incluidas por el banco central de la república argentina como banco comercial, b.3) Hasta el cincuenta por ciento (50%) del patrimonio neto mínimo podrá estar constituido por inmuebles. en este caso, se tomará en cuenta el precio de adquisición que surja de la respectiva escritura pública o valuación fiscal actual. los inmuebles no deberán registrar embargos, hipotecas u otros derechos reales. para el caso que luego de la inscripción en el registro, el o los inmuebles ofrecidos en garantía, fueran afectados por alguna medida de carácter judicial, ésta deberá ser levantada en el plazo de treinta (30) días corridos, o bien, se deberá ofrecer otra garantía en reemplazo. también deberá sustituirse la garantía, en forma simultánea, en caso que el inmueble ofrecido sea enajenado, hipotecado o gravado con algún derecho real. c) Prever en su objeto social la actuación como fiduciario en la república argentina. d) Organización administrativa propia y adecuada para prestar el servicio ofrecido.

<sup>194</sup> Artículo 98° de la Recopilación de normas del Mercado de Valores del Banco Central de Uruguay.

Respecto a los fiduciarios generales, si bien no requieren una autorización previa para funcionar sí requieren obligatoriamente estar inscritos en el Registro del Mercado de Valores de Uruguay, dentro de este grupo se pueden encontrar tanto personas físicas como jurídicas. Siendo que la documentación e información que se le solicite variará dependiendo de su naturaleza. Así, tratándose de personas físicas, les será requerida, en primer lugar, la información prevista en el artículo 101.2<sup>195</sup>, de la Recopilación de normas del Mercado de Valores, así como el número de inscripción en el Registro Único Tributario de la Dirección General Impositiva y en el organismo de seguridad social correspondiente, la documentación que respalde la existencia de seguros de responsabilidad civil por los eventuales perjuicios de su actividad profesional o mecanismos de cobertura o garantías por su desempeño profesional, el número de inscripción en el Registro Único Tributario de la Dirección General Impositiva y

---

<sup>195</sup> Artículo 101.2 (ANTECEDENTES PERSONALES Y PROFESIONALES) de la Recopilación de normas del Mercado de Valores del Banco Central de Uruguay– Última circular N° 2406 del 01 de agosto de 2022: La solicitud de inscripción de los fiduciarios generales deberá acompañarse con los datos identificatorios (nombre completo, fecha de nacimiento, domicilio particular, dirección de correo electrónico, teléfono, fax y documentación probatoria de la identidad emitida por el país del cual es ciudadano natural y por el país del cual es residente, en caso de existir) y cargo a desempeñar de cada una de los integrantes del personal superior adjuntando, además, la siguiente información y documentación: a. Curriculum vitae, que deberá incluir un detalle del nivel de educación, cursos de capacitación y experiencia laboral. Se deberá incluir, asimismo, la información necesaria para poder verificar los antecedentes proporcionados. b. Declaración jurada sobre su situación patrimonial, con indicación de bienes, derechos y deudas bancarias y no bancarias y la existencia de gravámenes que recaigan sobre aquéllos. La fecha de la declaración jurada no podrá tener una antigüedad mayor a 3 (tres) meses. Dicha declaración deberá estar acompañada de certificación notarial de la firma del titular. c. Declaración jurada con certificación notarial de la firma del titular, detallando: i. La denominación, sede social y giro comercial de las empresas a las que ha estado o está vinculado, en forma rentada u honoraria, como socio o accionista, director, directivo, síndico, fiscal o en cargos superiores de dirección, gerencia o asesoría, sea esta situación directa o indirecta, a través de personas físicas o jurídicas de cualquier naturaleza. En particular, se deberá consignar si alguna de las empresas a las que ha estado vinculado ha quebrado, incluso si se produjo dentro del año posterior a su desvinculación. ii. Si ha sido condenado a pagar indemnizaciones en juicios civiles iniciados en su contra, como consecuencia de su actividad laboral y profesional y si tiene procesos pendientes en esta materia. iii. Si ha sido sancionado o si está siendo objeto de investigación o procedimientos disciplinarios por organismos supervisores y/o de regulación o autorregulación financiera. iv. En caso de ser profesional universitario, si está o estuvo afiliado a algún colegio o asociación de profesionales, indicando el nombre de la institución y el período de afiliación. Asimismo, deberá declarar que no le ha sido retirado el título habilitante para ejercer su profesión, así como si ha recibido sanciones por parte de autoridad competente por contravenir normas o códigos de ética de asociaciones profesionales. v. Si está sujeto a algún proceso judicial penal o ha recibido alguna condena en sede penal. vi. No encontrarse comprendido en las causales de inhabilitación mencionadas en el artículo 23 del Decreto Ley N° 15.322 de 17 de setiembre de 1982, en la redacción dada por el artículo 2° de la Ley N° 16.327 de 11 de noviembre de 1992. d. Certificado de Antecedentes Judiciales expedido por el Ministerio del Interior. En el caso de personas físicas que residen o hayan residido en el extranjero, deberán presentarse los certificados de carácter equivalente que extienda la autoridad competente del país donde reside y de aquéllos donde ha residido en los últimos 5 (cinco) años. En caso de juzgarlo necesario, la Superintendencia de Servicios Financieros podrá solicitar información adicional a la señalada precedentemente.

en el organismo de seguridad social correspondiente y la documentación que respalde la existencia de seguros de responsabilidad civil por los eventuales perjuicios de su actividad profesional o mecanismos de cobertura o garantías por su desempeño profesional, en caso de corresponder.<sup>196</sup> (Revisar Anexo B-1) Por otro lado, cuando se trate de personas jurídicas, se les exige cumplan con presentar la información referida a la denominación de la empresa, indicando nombre de fantasía en caso que corresponda, domicilio real y constituido, número de inscripción en el Registro Único Tributario de la Dirección General Impositiva y en el organismo de seguridad social correspondiente, teléfono, fax, dirección de correo electrónico y sitio web, testimonio notarial del contrato social o del estatuto. Las sociedades anónimas deberán consagrar en sus estatutos que las acciones serán necesariamente nominativas (físicas o escriturales), datos identificatorios de los representantes legales de la sociedad (nombre completo, nacionalidad, documento de identidad y domicilio), nómina de socios o accionistas, capital a aportar y porcentaje de participación, acompañada de la información solicitada en el artículo 101.1<sup>197</sup>, nómina de personal superior, acompañada de información referida a sus antecedentes personales y profesionales bajo los parámetros establecidos en el artículo 101.2 antes mencionado, así como la nómina de los integrantes del conjunto económico al que pertenece el fiduciario, incluyendo descripción de las actividades desarrolladas por los mismos,

---

<sup>196</sup> Véase en el inciso 1) del artículo 101 de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores del Banco Central de Uruguay.

<sup>197</sup> Artículo 101.1 (INFORMACIÓN SOBRE SOCIOS O ACCIONISTAS) de la Recopilación del Normas del Mercado de Valores del Banco Central de Uruguay– Última circular N° 2406 del 01 de agosto de 2022. En oportunidad de solicitar la inscripción en el Registro los fiduciarios generales organizados como persona jurídica, que no sean instituciones de intermediación financiera ni sociedades administradoras de fondos de inversión, deberán informar el nombre de sus socios o accionistas directos y de las personas que ejercen el efectivo control, adjuntando la siguiente información y documentación: I. Personas físicas: la información requerida por el artículo 101.2. II. Personas jurídicas: a. Testimonio notarial del contrato social o del estatuto. b. Cuando se trate de instituciones extranjeras: b.1 Declaración jurada de la institución extranjera, con certificación notarial de firma y representación, explicitando los organismos de control y supervisión del país de origen que tienen competencia sobre la sociedad accionista. b.2 Certificado expedido por la autoridad competente del país de origen o certificado notarial que acredite que la sociedad accionista se encuentra legalmente constituida y que, de conformidad con la legislación de dicho país, no existen restricciones o prohibiciones para que dichas sociedades participen como socias, fundadoras o accionistas de otras sociedades constituidas o a constituirse en el país o en el extranjero. c. Memoria y estados contables correspondientes al último ejercicio económico cerrado, con dictamen de auditor externo, debidamente firmados y con los timbres profesionales correspondientes. d. Calificación de riesgo otorgada por empresa calificadora, si la tuviere. e. Declaración jurada del accionista detallando la cadena de accionistas hasta identificar el sujeto de derecho que ejerce el efectivo control del grupo. No se admitirá que en esa cadena haya sociedades cuyas acciones sean al portador. Dicha declaración deberá contar con certificación notarial de firma y certificado notarial de representación de la persona jurídica. En caso de juzgarlo necesario, la Superintendencia de Servicios Financieros podrá solicitar información adicional a la señalada precedentemente.

vinculaciones operativas y comerciales con el fiduciario, detalle de los sitios web de los mismos, de existir, estados contables correspondientes al último ejercicio cerrado, formulado de acuerdo con normas contables adecuadas en Uruguay, con dictamen de un auditor externo, debidamente firmados y con los timbres profesionales correspondientes, testimonio notarial del acta del órgano competente de la sociedad que dispuso la actuación de la misma en calidad de Fiduciario profesional y por último documentación respaldante de la existencia de seguros de responsabilidad civil por los eventuales perjuicios de su actividad. (Revisar Anexo B-2)

Tratándose de fiduciarios financieros, solo podrán actuar como tales, las entidades de intermediación financiera regidas por el Decreto Ley N° 15.322, con las modificaciones de la Ley N° 16.327, y las sociedades administradoras de fondos de inversión reguladas por la Ley N° 16.774. Los cuales a diferencia de los fiduciarios generales sí requerirán de una autorización directa para funcionar. Los requisitos para su inscripción en Registro de Mercado de Valores están previstos en el artículo 104 de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores de Uruguay, que requiere en líneas generales, testimonios notariales del acta del órgano competente de la sociedad que dispuso la actuación de la misma en calidad de fiduciario profesional, una forma permanente de patrimonio no inferior a una cierta cantidad de dinero, así como garantías que aseguren el cumplimiento de su obligación, entre otros exigencias.<sup>198</sup>

La información contemplada en el Registro Público de Fiduciarios Profesionales será de libre acceso para cualquier interesado, según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 17.703. Los fiduciarios inscritos son los únicos autorizados para actuar como tales, dicha autorización implica además la inclusión en el Registro de Instituciones Supervisadas perteneciente a la Superintendencia de Servicios Financieros (en adelante SSF) dependiente también del BCU, cuya función principal es la supervisión y fiscalización de las empresas que operan en el mercado financiero, asegurándose que cumplan con todas las leyes y reglamentos que les correspondan. Pero habría que realizar una salvedad, si bien en muchos casos las entidades e individuos sólo pueden realizar actividades reguladas por la SSF si son autorizados por ella, existen algunas entidades que sólo requieren registrarse. En este sentido, estar en el Registro de Instituciones Supervisadas no implica en todos los casos estar sujeta a una supervisión proactiva (supervisión sistemática y periódica) por parte de la SSF, como a la que sí están sujetas los bancos y cajas administradoras de fondos de inversión, en su calidad de fiduciarios financieros. Es así, que empresas ubicadas en la categoría de fiduciarios generales

---

<sup>198</sup> Para mayor información, véase el artículo 104 de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores de Uruguay.

que solo requieren ser registradas, tienen menos requisitos de información para presentar a la SSF, con lo cual la regulación y supervisión en estos casos se orienta a: Inclusión de estas empresas en registros de acceso público, promover la defensa de los usuarios del sistema, promover la transparencia de la información y promover conductas éticas y un adecuado funcionamiento del mercado, en general, estas empresas estarán sometidas a un enfoque de supervisión reactiva, en base a alertas de supervisión.<sup>199</sup>

Ahora bien, en caso de incumplimiento serán pasibles de sanción, sin perjuicio de la denuncia penal si correspondiera, de las siguientes medidas: 1) Observación, 2) Apercibimiento, 3) Multas de hasta el 50%, (cincuenta por ciento), de la responsabilidad patrimonial neta mínima establecida para el funcionamiento de los Bancos, 4) Intervención, la que podrá ir acompañada de la sustitución total o parcial de las autoridades, 5) Suspensión total o parcial de actividades con fijación expresa de plazo, 6) Revocación temporal o definitiva de la habilitación de las empresas Financieras, 7) Revocación de la autorización para funcionar. Las medidas previstas en los numerales 1) a 6) serán aplicadas por el Banco Central del Uruguay. Las medidas establecidas en los numerales 4º) y 5º) así como las demás respecto de la señalada en el numeral 3) serán acumulables. Por otro lado, la revocación de la autorización para funcionar será resuelta por el Poder Ejecutivo y deberá contar además en forma concurrente con expreso consentimiento, en tal sentido, del Banco Central del Uruguay. Ello sin perjuicio de la facultad de este último órgano público de proponer dicha revocación al Poder Ejecutivo por razones de legalidad o de interés público. El Banco Central del Uruguay pondrá en conocimiento del Poder Ejecutivo las infracciones a las leyes y decretos que rijan la intermediación financiera o a las normas generales e instrucciones particulares que hubiera dictado, cometidas por instituciones estatales, a fin de que considere la adopción de rectificaciones sobre la gestión o los actos de la institución infractora, o de correctivos sobre los miembros de su Directorio, entre otras medidas.

En Costa Rica, por su parte, no hay un sistema de registro que contenga las pautas a las que el fiduciario deba regir su actuación, el único existente es el previsto para la inscripción de los bienes fideicometidos, tampoco hay una autoridad específica que supervise sus funciones, en el artículo 645 de su código de comercio solo señala que el criterio sobre el cual deben regir su actuación es el del cuidado que podría darle un buen padre de familia al cargo desempeñado, con los riesgos que el uso de ese criterio implica en la determinación de la labor fiduciaria. Por

---

<sup>199</sup> Para mayor información véase en BCU (s.f). Fiduciarios Financieros y Profesionales. <https://www.bcu.gub.uy/Servicios-Financieros-SSF/Paginas/Fiduciarios.aspx>

lo demás, se le aplicará las normas impuestas por la legislación común. Están prohibidos los fideicomisos en los que a los fiduciarios se les asigne ganancias, comisiones, premios o alguna otra ventaja económica fuera de los honorarios que hayan sido señalados en el acto constitutivo. Su remoción estará a cargo del Juez competente a solicitud del fideicomitente o de cualquier interesado, por los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria.

#### ***2.4.4. La aceptación del cargo fiduciario y la posibilidad del nombramiento de un sustituto fiduciario***

Una particularidad del sistema mixto y abierto es que plantea la posibilidad de que el fideicomitente pueda nombrar a otro fiduciario en el mismo testamento, en el que ha instituido fideicomiso, con la finalidad de asegurar que, en caso el primer fiduciario previsto para desempeñar tales funciones no aceptase el encargo, el segundo nombrado pueda desempeñarse como tal, en cumplimiento de su última voluntad. Lo que establece una diferencia más con el sistema cerrado, en el que no solo se reduce la posibilidad de elegir fiduciario a una lista taxativa de entidades financieras, sino que además establece que, en el supuesto de no aceptación del fiduciario, este mismo deberá ser quien elija a quien lo reemplace, durante el plazo previsto por ley, siendo que, si concluido ese plazo, no nombra a alguien más, el fideicomiso se extingue. Lo cual, hasta cierto punto genera un riesgo para el fideicomitente-testador, quien finalmente puede ver su última voluntad truncada.

Otra característica, del sistema mixto y abierto, es la participación de la autoridad jurisdiccional en que caso no hubiera segundo fiduciario o este tampoco aceptase.

En el caso de Argentina, el juez o tribunal designará para actuar en calidad de tal, a una de las entidades autorizadas por la Comisión Nacional de Valores<sup>200</sup>, la intervención judicial solo será prescindible en los casos de muerte del fiduciario, supuesto en el que los mismos intervinientes deberán otorgar los actos necesarios para la transferencia de bienes. Por último, a pedido de parte el juez podrá designar un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio si hay peligro en la demora a causa de incapacidad, disolución o quiebra del mismo, sujeto a comprobación previa, todo ello de acuerdo a lo previsto en el artículo 1679 de su código civil y comercial.

Se debate si con la intervención de la comisión en la designación del fiduciario, el legislador argentino ha pretendido brindar mayor relevancia a la profesionalidad del fiduciario,

---

<sup>200</sup> A diferencia del sistema argentino, el ordenamiento peruano no prevé la designación de sustitutos, el mismo fiduciario que ha declinado en su designación será el encargado de proponer a quien lo reemplace y si ninguna otra empresa aceptará, el fideicomiso se extinguirá.

siendo que para autores como Neirotti<sup>201</sup> deberían escucharse al menos a las otras partes involucradas como beneficiarios o fideicomisarios, pues ante todo se trata de respetar la voluntad auténtica del testador.

En el caso de Uruguay, la aceptación del cargo de fiduciario, puede ser expresa o tácita, desde el momento en que el fiduciario empiece a ejercer sus funciones o cuando reclame de los herederos la entrega de los bienes y derechos que constituyan el objeto de fideicomiso.<sup>202</sup> Por otro lado, también se prevé la posibilidad de que el fideicomitente nombre un sustituto que reemplace al fiduciario en caso de que este no acepte o cese en sus funciones.<sup>203</sup>

En cuanto a su actuación, deberá desarrollar sus cometidos y cumplir las obligaciones impuestas por ley, con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 de la ley en mención, sujeto a las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento o mala gestión.

Cumplido el plazo deberá hacer entrega del patrimonio fideicometido al beneficiario designado, dando por concluido su encargo.

En cuanto a Costa Rica, el nombramiento del sustituto fiduciario será hecho por el fideicomitente y en defecto de este por el Juez civil de su jurisdicción a solicitud de la parte interesada. Así también, se plantea la posibilidad de que el fideicomitente pueda designar a varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que deben sustituirse. Cabe señalar que en caso de ordenarse una actuación conjunta la toma de decisiones variará dependiendo del número de fiduciarios actuantes, en caso de tratarse de solo dos fiduciarios las decisiones deberán tomarse en forma conjunta, ante la falta de acuerdo este será resuelto por el juez competente y en el supuesto de ser más fiduciarios las decisiones serán tomadas por la mayoría y en caso de empate la cuestión será resuelta por el nombrado en primer lugar.

#### **2.4.5. *La relevancia que ha tenido el fideicomiso testamentario en el derecho comparado y como armonizarlo a la realidad peruana***

El fideicomiso testamentario ha sido recepcionado en buena parte de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos ya sea en normas especiales o por conducto de códigos civiles y mercantiles. Concibiéndole como una alternativa más en la planificación hereditaria de las personas y una vía justa para la protección del patrimonio dado en herencia.

<sup>201</sup> Véase en Neirotti, J. (2006). *Manual Práctico de Fideicomiso*. Ed. Jurídica Nova Tesis. Montevideo. p. 83

<sup>202</sup> Véase en el inciso quinto del artículo 2° de la Ley N° 17.703.

<sup>203</sup> Véase en Artículo 14° de la Ley 17.703.

Por un lado, está el caso de aquellas personas que en razón de su capacidad de ejercicio limitada o minoría de edad no pueden administrar el patrimonio de manera óptima, en donde el fideicomiso testamentario actuaría como un refuerzo a las figuras de tutela, curatela o interdicción, como el supuesto de padres con divorcios conflictivos y que tiene hijos menores en común y no quieren que al producirse el fallecimiento el padre sobreviviente ejerza la administración y goce del usufructo de los bienes que conformarán la herencia del menor, por temor a que no lo haga de manera adecuada. Y por otro, están los supuestos en los que los beneficiarios del causante, siendo mayores de edad no tienen la capacidad técnica suficiente para administrar el patrimonio con diligencia, como el caso de una esposa inexperta, señalado por Melich Orsini (1924)<sup>204</sup>, que bien pudiera llegar a contraer nuevas nupcias con un nuevo marido, que ponga en riesgo el patrimonio familiar, con la dilapidación del mismo, en donde el fideicomiso testamentario actuaría como una herramienta de prevención frente a posibles actos maliciosos.

La constitución del fideicomiso testamentario coloca los bienes en cabeza de un fiduciario, que el causante considera idóneo y en quien confía para que lleva adelante la gestión respectiva. Con la certeza de que ese patrimonio dado en fideicomiso se conserve, evitando que sea agredido por terceros y con la seguridad de que en su debida oportunidad el dominio fiduciario del mismo va ser transferido a sus destinatarios finales.

Ya sea de que la responsabilidad fiduciaria recaiga sobre una persona física o jurídica, la función será la misma, encargarse de la conservación y administración de los bienes por el tiempo que se haya establecido, su participación evita que el patrimonio vaya a parar directamente a herederos que no se encuentre en la capacidad para administrar los bienes dejados por el fideicomitente. Lo que convierte al fideicomiso testamentario en una herramienta ideal en el resguardo y manejo de bienes de quienes por determinadas condiciones precisan de un tercero que los auxilie. A la vez que refuerza la eficacia de las disposiciones testamentarias, proyectando en el tiempo los efectos que estas han de tener hasta su pleno cumplimiento.<sup>205</sup>

Si bien, cada país adopta su propio sistema en relación al rol fiduciario, con ciertos matices específicos, desarrollan la figura y le dan el valor que se merece en el campo sucesorio, guardando elementos comunes en cuanto a su constitución, forma y finalidad. Por lo que, bien podrían ser tomados como marco de referencia para futuras actualizaciones en el ordenamiento

---

<sup>204</sup> Melich Orsini, J. (2004). El Fideicomiso en Venezuela: El Derecho venezolano a finales del siglo XX: ponencias venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol-Inglaterra. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 142.

<sup>205</sup> Véase en Alterwain Brück, A (2004). Fideicomiso Testamentario en Uruguay. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, pp. 127-153.

peruano. En este contexto, habría que resaltar el papel que cumple la persona natural como fiduciario en los sistemas antes expuestos y ver en qué medida la adopción de dichos modelos contribuiría a resolver las principales problemáticas que giran en torno al fideicomiso testamentario en este país, a fin de fortalecer la estructura orgánica de dicha institución en nuestro ordenamiento que permita convertirla en una herramienta verdaderamente atractiva en materia sucesoria, y que a la par sirva de fomento para el uso más frecuente del testamento en la vida diaria de las personas. En el siguiente capítulo se trazará el camino para ello.



## Capítulo 3

### **El fideicomiso testamentario en el Perú: Problemáticas y sugerencias de reforma en base a un sistema mixto**

A través de un recorrido histórico, normativo y doctrinal, se ha pretendido brindar mayor información con relación al fideicomiso testamentario. Presentándole como una alternativa más en la planificación sucesoria de las personas y una herramienta de fomento para uso del testamento, resaltando los beneficios que tiene en la protección del patrimonio familiar, así como en quienes serán destinatarios finales del mismo.

Para ello, se ha tratado de explicar los diferentes aspectos y características que identifican a la figura, desde un visión que ha ido de lo general a lo particular, permitiendo con ello, no solo dar un alcance más completo acerca de la materia en estudio sino también hacer un análisis de su situación actual visto desde diferentes realidades y panoramas que no solo involucran el ámbito nacional sino también el internacional, a nivel de región latinoamericana, pudiendo observar similitudes y diferencias entre los ordenamientos jurídicos vigentes de cada país, que han ido adoptando un determinado sistema fiduciario (cerrado, mixto y abierto) de acuerdo a sus necesidades propias y procesos de reforma, que han obedecido a factores históricos y culturales.

A lo largo de este capítulo se tratará de conjugar el derecho comparado con el nacional, buscando adaptar de la manera más objetiva posible los lineamientos que mejor se ajusten al ordenamiento jurídico peruano basado en las necesidades que evidencia la legislación en torno a la materia de estudio, tomando en cuenta los beneficios que supondría a futuro un cambio en la regulación.

#### **3.1. Problemas que suelen desincentivar el uso práctico del fideicomiso testamentario en la planificación sucesoria**

Son tres los principales cuestionamientos que giran en torno a la institución del fideicomiso testamentario. El primero, referido al escaso desarrollo que se le ha dado a la figura en la legislación peruana, siendo limitada la regulación que se tiene al respecto y pocos los estudios doctrinarios relacionados a la materia. El segundo, que contempla los supuestos casos de invalidez que se podrían configurar en aquellos casos excepcionales en los que el patrimonio fideicometido comprenda la legítima de herederos forzosos menores de edad y personas con capacidad de ejercicio restringida, dando la impresión que existiera un choque entre ambas figuras y lo que algunos doctrinarios consideran la razón principal por la que esta institución no ha sido introducida aún en el Código Civil pero que en la práctica se ha demostrado que no debe ser motivo de mayor discusión, pues se trataría de casos específicos, claramente

justificados y que serán resueltos aplicando el principio de especialidad normativa, lo dispuesto en la Ley General primaria sobre el mero criterio general previsto en el Código Civil en lo comprendido en sus artículos 723 y 733 referidos a la legítima.<sup>206</sup>

Y como tercera cuestión, los costos que puede generar su utilización teniendo en cuenta los honorarios que deben recibir los fiduciarios, gravámenes de administración, ejecución de bienes y formalización, así como, los adicionales que se podrían generar en caso se requiera de la asesoría de un abogado, y es que hay que tener en cuenta que el ordenamiento peruano se caracteriza por tener un sistema cerrado en materia fideicomisaria, por lo que el campo de elección del fiduciario se reduce a una lista taxativa de sujetos, esto es, entidades financieras cuyas tasas de retribución exigidas por sus servicios pueden llegar a ser altos. Lo que a su vez da lugar a otros puntos de discusión.

Por un lado, la razón de la adopción de un sistema cerrado obedece principalmente a razones históricas, como el gran peso que tuvo la misión Kemmerer y la introducción de las comisiones de confianza en el país, durante la década de los noventa y que terminaron por asentar la figura del fiduciario únicamente en las entidades financieras, regulada en su propia ley de bancos. Debiendo considerar también, la fuerte influencia que tuvo el Código Napoleónico en el ordenamiento peruano y que llevo consigo a que un primer momento se excluyera totalmente de la regulación en materia civil a la institución fideicomisaria, en su momento, erróneamente confundida con la sustitución fideicomisaria, dando lugar al debate que se mantiene al día hoy acerca de la inclusión o no de la figura en el código civil, siendo que en la actualidad se ha optado por mantener un silencio legislativo en la materia.

Ahora bien, es indudable el factor de identidad cultural que vincula a los países de América Latina, por su pertenencia a la familia romano-germánica, por lo que la idea de armonizar sus técnicas legislativas en los sectores más relevantes del derecho privado, sí sería posible, siempre y cuando se tenga en cuenta los particularismos de cada sociedad y se haga

---

<sup>206</sup> Habría señalar que la excepción a la intangibilidad de la legítima que se hace presente en el artículo 244 de la Ley General, no es el único supuesto contemplado en el ordenamiento. Así pues, el Código Civil, regula otras figuras que limitan la legítima de los herederos forzosos, como el derecho de habitación vitalicia del cónyuge superviviente, previsto en el artículo 731 del mismo código. La norma, busca evitar que el bien que fue casa conyugal, en donde se formó y desarrolló la familia, salga a la venta, perdiendo el cónyuge sobreviviente la posibilidad de seguir viviendo en dicho inmueble. Concediéndosele al cónyuge sobreviviente, ante la eventualidad de no poder adjudicarse la casa, la posibilidad de seguir viviendo en ella en forma vitalicia y gratuita, lo que implica que los otros sucesores que concurren con este, vean suspendidos su derecho de partición hasta que se extinga el derecho de habitación del cónyuge superviviente. Véase en Aguilar Llanos, B. (2015). Una mirada desde el Derecho de Familia y Sucesorio, a propósito del derecho de habitación del cónyuge superviviente o si fuera el caso del sobreviviente de la unión de hecho. *Revista IUS ET VERITAS* (51), 3-4. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15654>

sobre la base de principios fundamentales con lo que se facilite la integración regional mediante la adecuación de la legislación interna de cada Estado a la eventual pertenencia a dichas comunidades integradas, procurando la protección de los derechos de las personas, especialmente de los más vulnerables, así como, el respeto de su autonomía de la voluntad, fortalecimiento de la familia y el reconocimiento de las nuevas formas de propiedad, tal como se dejó plasmado en el Acta de Arequipa suscrita en 1999, en el Congreso llevado a cabo, en la misma ciudad de Arequipa, por las Comisiones Reformadoras de los Códigos Civiles de Argentina, Puerto Rico, Bolivia y Perú. Desde esta perspectiva, resultaría factible introducir ciertas mejoras en la regulación del fideicomiso testamentario peruano, ligado al ámbito civil en lo que respecta a la materia sucesoria, inspirándose en otras legislaciones, en lo que más se ajuste al ordenamiento, en este caso, tomando como referencia los postulados argentinos, uruguayos y costarricenses a los que se ha hecho alusión en el capítulo anterior. Por lo que el debate, respecto a la regulación o no de la institución en el Código Civil podría ser resuelto de esa manera.

Pero también se podría voltear a mirar el derecho comparado, con el objeto de resolver otras cuestiones que surgen a partir de las limitaciones que traen consigo un sistema cerrado como el que existe en el país. Así pues, el hecho de que se reduzca el margen de elección fiduciaria, supone, por una parte, un limitante a la autonomía de voluntad del testador comprometiendo su libertad para testar. Ya que, si el testador quisiese que quien administre su patrimonio fideicometido sea una persona natural de su confianza, no podría hacerlo. Por su parte, aun habiendo optado por una determinada empresa fiduciaria para que sea quién se haga cargo del fideicomiso y esta decida no aceptar por las circunstancias del caso ya no tendrá opción a elegir a otro encargado, siendo que, será la misma empresa fiduciaria que se negó en un primer momento a aceptar la que tendrá la potestad de elegir a quien le reemplace, pudiendo extinguirse el fideicomiso si ninguna empresa aceptase, así lo prevé la Ley General.

De alguna manera, esa limitación, también impacta en el principio de libre iniciativa privada<sup>207</sup> previsto en el artículo 58 de la Constitución Política, por parte de quienes deseen desempeñarse como fiduciarios quienes no van a poder desempeñarse como tales por no tratarse de entidades financieras. Lo que se puede comprobar aplicando el respectivo test de

---

<sup>207</sup> El principio de libre iniciativa privada implica que cualquier privado, persona natural o jurídica, pueda realizar actividad económica, como la ser fiduciario en fideicomisos, por ejemplo, formando parte de la oferta en un mercado. Este es un principio general del régimen económico de la Constitución Política del Perú de 1993 basada en un modelo de libre mercado y, en consecuencia, sólo la oferta y la demanda determinan el precio del mercado, trayendo grandes beneficios como mejor precio y calidad del servicio.

proporcionalidad, integrado por tres principios. Primero, el fin válido e idoneidad, el cual implica verificar que la medida examinada es adecuada para lograr un fin de relevancia constitucional. Llevándolo al caso concreto, se toma una presunción, como lo es, que solo las entidades financieras están en la capacidad de administrar el patrimonio fideicometido con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador y se le convierte en regla general. Pero en la práctica, habría que señalar que, si bien una organización con una estructura jerárquica adecuada y con solvencia económica que le respalde y que ofrece hasta cierto punto seguridad jurídica, va cumplir a largo plazo con las expectativas de sus clientes, siempre existe una probabilidad de que no sea así. En este sentido, no se podría descartar que cualquier privado, incluido personas naturales, con las cualidades y profesionalismo adecuados, bien podría desempeñarse como fiduciario, bajo las condiciones adecuadas y de acuerdo a parámetros que la misma norma le imponga como lo es en otros países.

En segundo lugar, la necesidad de la medida, bajo este presupuesto, se evalúa si no existen medidas alternativas igualmente eficaces o que sean menos gravosas que se dirijan a obtener el mismo fin. Con lo cual, habría que plantearse si verdaderamente no existen otros medios, u otros sujetos que puedan cumplir la misma función que las entidades financieras, y con los mismos resultados, yendo al caso concreto, claro está. Por lo que, volviendo al argumento planteado líneas arriba, nada obsta a que se descarte la idea de que cualquier privado, incluido personas naturales puedan desempeñarse en dicho cargo. Bajo el parámetro que la confianza que tanto se atribuye a las entidades financieras, no se presume, solo se demuestra, cualquier agente económico podría actuar en su lugar.

En tercer lugar, referido al principio de proporcionalidad en sentido estricto, por el cual, habrá que ponderar si el fin constitucional justifica la intensidad de la intervención. Habría que señalar que el hecho que la Ley General limite la posibilidad de ser fiduciarios a un cierto grupo de entidades, por considerar que estos son los únicos que se encuentran en la condición de desempeñar eficazmente esa labor, con todas las garantías, no debería ser concebido como un criterio determinante para su designación. Siendo que la confianza no se presume, solo se demuestra<sup>208</sup>, por lo que cualquier agente económico podría actuar en su lugar, pudiendo

---

<sup>208</sup> Un claro ejemplo de ello, sería el caso de las Cooperativas de Ahorro y Crédito no son del todo confiables como sucedió con el caso Aelucop, ya mencionado líneas arriba, la cual, fue intervenida por la SBS por la pérdida total de su capital y reserva cooperativa, este hecho va en contra de la idea del fuerte respaldo económico, de igual modo, con las 20 Cooperativas de Ahorro y Crédito disueltas por la SBS. Así, se ha propuesto que se elimine la autorización de ser fiduciarios a las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, a las EDPYME, a las Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar recursos del público y a la Caja Rural de Ahorro y Crédito, la razón es que el capital exigido a dicha empresas es inferior al mínimo exigido a las especializadas en servicios

desempeñarse como tales, incluso las personas naturales siempre que el ordenamiento ofrezca el sistema jurídico adecuado para que puedan hacerlo, ofreciendo la seguridad jurídica del caso.

Como se puede observar la norma presenta deficiencias y deja dudas sobre algunas cuestiones que terminan restándole efectividad a la figura. Dicho esto, se hace necesario un cambio de panorama que empiece por ampliar ese margen de decisión impuesto en lo que respecta a la elección del fiduciario tal como lo es en otros países. Habrá que recordar que el Derecho tiene esencialmente un carácter dinámico, por lo que será deber de los juristas y doctrinarios adecuarlo para que responda eficazmente a las nuevas realidades sociales, culturales, políticas, económicas y tecnológicas vistas actualmente.

### **3.2. Análisis de los sistemas fiduciarios latinoamericanos: Cerrado, abierto y mixto. La seguridad jurídica que ofrecen**

Existen tres tipos de sistemas fiduciarios: el cerrado, el abierto y el mixto. El primer sistema, exige autorización previa por parte del Estado para poder desempeñarse como fiduciario. El Perú, es uno de los países que acoge este modelo y en el que básicamente la labor fiduciaria está designada a un grupo determinado de sujetos, entidades financieras, previstas por ley. Debiendo remarcar, que el hecho de que se vea limitado el poder de elección del fiduciario, no solo limita el principio de libre iniciativa privada sino también la autonomía de la voluntad del testador, ya analizados anteriormente.

Por otro lado, un sistema abierto, como el de Costa Rica, es aquel en el que cualquier persona natural o jurídica puede ser fiduciario sin necesidad de ninguna autorización previa por parte del Estado, lo cual, si bien tiene como ventaja un campo de actuación más amplio, no genera la confianza suficiente para su utilización, al no existir un ente supervisor que asegure el buen desempeño de la labor fiduciaria.

Mientras que, Argentina y Uruguay se basan en un sistema mixto, es decir, hay dos tipos de fiduciarios, los primeros necesitarán autorización previa para actuar como tales mientras que los segundos no. Clasificación a la que ya se ha hecho alusión en el capítulo anterior.

Ahora bien, en Argentina, en atención a las recientes modificaciones de la Resolución General N°368/2001, las personas naturales en un principio comprendidos dentro de los fiduciarios ordinarios públicos han sido excluidos de dicha lista taxativa y en su lugar sólo han

---

fiduciarios, generando el posible riesgo de no poder hacer frente a las contingencias propias de una fiducia sumado a otros riesgos que son propios de su actividad. Véase en: Vivanco Luyo, F. J. (2017). *El sistema fiduciario en el Perú: propuesta para la adopción de un sistema fiduciario mixto*. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional - Pontificia Universidad Católica del Perú.

sido reconocidos las sociedades anónimas<sup>209</sup>, esto no quiere decir que las personas naturales ya no puedan desempeñarse como fiduciarios sino que podrán hacerlo, en la medida que la labor que realicen se desarrolle dentro de la esfera privada y no la pública. A diferencia de Uruguay, en que las personas naturales no han sido excluidas dentro del concepto de fiduciarios generales, el equivalente de fiduciarios ordinarios públicos en Argentina, no habiendo limitación que impida que estos puedan ofrecer sus servicios al público, previo registro, además de estar sujeto a una supervisión periódica.

De esta manera, al analizar los tres sistemas en materia fideicomisaria: el cerrado, el abierto y el mixto. Nos pareció interesante el sistema mixto de Uruguay porque cuenta con una estructura normativa que ofrece un efectivo método de protección garantizando que su actuación esté adecuadamente orientada a cumplir con la finalidad del fideicomiso, y del que, nos vamos a inspirar para realizar la respectiva transición de un sistema cerrado, modelo acogido actualmente por el ordenamiento peruano, a un sistema mixto.

Uruguay cuenta con dos tipos de fiduciarios, los financieros y los generales. Los primeros, son las entidades de intermediación financiera y las sociedades administradoras de fondos de inversión y que serán los únicos autorizados para actuar en fideicomisos financieros. Dichos fiduciarios, se considerarán profesionales desde el momento en el que se hagan cargo de su primer fideicomiso. Los fiduciarios generales, por otro lado, son aquellas personas físicas y jurídicas, los cuales, siendo profesionales o no, podrán participar en los fideicomisos generales, que si bien, no requerirán una autorización previa para funcionar. sí será necesaria su inscripción en el registro correspondiente. Asimismo, su profesionalidad estará condicionada a su participación en cinco o más negocios fideicomisarios, en cualquier año calendario.

Debiendo resaltar que, en el caso de los fiduciarios financieros, el ser categorizado como tales, no les impide desempeñarse como fiduciarios generales. No pasará lo mismo, tratándose de fiduciarios generales, cuyo campo de acción, está destinado a ciertos negocios, por lo que no podrán desempeñarse como fiduciarios financieros.

Por otro lado, habrá que señalar, los tres registros con los que cuenta el sistema uruguayo. El primero destinado a la inscripción de los actos fideicometidos, ya sea que provengan del respectivo contrato o testamento, así como, sus modificaciones y cancelaciones, los cuales deberán inscribirse en el Registro Nacional de Actos Personales, sección

---

<sup>209</sup> Ello obedece a que el legislador se dio cuenta de que era una contradicción que tanto las personas físicas como jurídicas estén comprendidas dentro de los fiduciarios ordinarios públicos, artículo 5º de la Ley N.º 24.441, si sólo facultaba a las entidades financieras autorizadas a ofrecer sus servicios al público.

Universalidades, del Ministerio de Educación y Cultura, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 Decreto N° 516/003. Dicho registro, se deberá efectuar sobre la base de la indización del fideicomitente y del fiduciario. Evidentemente, para todos estos actos se va a requerir escritura pública, en los casos exigidos por ley, para que puedan ser oponibles a terceros de acuerdo al artículo 17 de la Ley N° 17703.

El segundo registro, hace referencia a la inscripción de los fiduciarios financieros y generales en el Registro de Mercado de Valores, sección fiduciarios, del BCU. Para que los fiduciarios generales puedan inscribirse en este registro, deberán cumplir una serie de requisitos exigidos por la norma, mientras que los fiduciarios financieros sólo necesitarán de una autorización previa para la inscripción en el mismo. Tener en cuenta que, el BCU es un ente autónomo que consagra dos departamentos separados, uno de ellos es el Bancario y el otro es el de Emisión. En cuanto a la regulación del fideicomiso, este se encontrará ligado únicamente al ámbito bancario, de ahí la competencia de dicha institución en esta materia. Debiendo resaltar, que en ese mismo registro se inscribirán tanto los fideicomisos financieros como los generales. En nuestra opinión, el raciocinio de ello, se debe a que el fiduciario realiza la misma actividad de administración independientemente del tipo de fiduciario y/o fideicomiso del que se trate.

Finalmente, el tercer registro está dirigido a la supervisión de los fiduciarios, denominado Registro de Instituciones Supervisadas y que estará a cargo de la SSF, superintendencia dependiente del BCU.

### **3.3. Formulación de propuestas de enmienda en la legislación peruana en torno al fideicomiso testamentario**

Las reformas en materia fideicomisaria pueden ser abordadas y desarrolladas desde diferentes puntos de vista. En esa línea y tomando en consideración que el fideicomiso es un acto mixto, en el que intervendrán tanto normas bancarias como civiles vinculados al fiduciario y al fideicomitente respectivamente, las propuestas de enmienda deberán realizarse en ambas áreas del derecho, con el objeto de guardar coherencia al momento de su aplicación. En el caso del fideicomiso testamentario, tales normas civiles se refieren, en específico, a las sucesorias. Así, la presente investigación, solo se centrará en lo que corresponda del ámbito bancario regulado en la Ley General y lo propio del ámbito sucesorio previsto en el Código Civil.

Respecto al ámbito bancario, las modificaciones se avocarán a ciertos artículos de la Ley General, que si bien, ya regula el tema del fideicomiso, pero tipo testamentario muy escuetamente, dejando mucho espacio libre a la interpretación y dando lugar a varios vacíos legales por resolver. Las reformas se harían tomando como referencia lo que ya está escrito,

haciendo las precisiones, aclaraciones y/o enmiendas correspondientes. En cambio, en el ámbito sucesorio, al no haber ninguna regulación ni mención al respecto, implicará ver la mejor manera de su incorporación.

Antes de continuar con las propuestas de reforma, será necesario aclarar dos puntos. El primero, en un sistema mixto, habrá fiduciarios que necesiten una previa autorización para actuar como tales, mientras que otros fiduciarios no, encontrándose dentro de este último grupo las personas naturales como jurídicas. Pero a efecto de la realización de nuestra propuesta, solo nos avocaremos a las personas naturales más no a las jurídicas, la razón de ello obedece a que, buscamos plasmar un enfoque orientado más al campo sucesorio que al mercantil, que es donde tiene mayor impacto el fideicomiso testamentario.

Segundo, la posibilidad de designación de una persona natural como fiduciario será de aplicación a todos los tipos de fideicomiso, pero en la presente tesis sólo nos centraremos en el impacto que está modificatoria puede tener en el fideicomiso testamentario. Ahora bien, la regla de su aplicación, no obsta a que no se puedan considerar ciertas excepciones, como es el caso del fideicomiso de titulización, cuya regulación, debe quedar intacta, en nuestra opinión, dado que, sólo las sociedades tituladoras tienen el expertis necesario para poder desempeñarse como fiduciarios en este tipo de fideicomisos, sumado a que están sujetos a la Ley del Mercado de Valores y bajo la supervisión de la CONASEV, de ahí que, los planteamientos de reforma, que se verán a continuación, no incluyen a esta clase de fideicomiso, básicamente, por estar sujeto a otras normas y a otra entidad supervisora.

En las siguientes líneas se abordarán y desarrollarán aquellas modificaciones que nos permitirán transicionar de un sistema cerrado a uno mixto, inspirado en el modelo uruguayo. Así como, otras modificaciones adicionales. De acuerdo a ello, se empezará por precisar el concepto de fideicomiso en la Ley General y, en paralelo, trazar el camino para la incorporación del fideicomiso testamentario en el Derecho Sucesorio. Así también, se plantearán propuestas, en torno a la clasificación de los fiduciarios, los requisitos que debe cumplir una persona natural para poder desempeñarse como fiduciario general, los registros fiduciarios y la implementación obligatoria de los sustitutos del fiduciario en los fideicomisos testamentarios. De esta manera, se busca promover el uso práctico de dicha institución en el ordenamiento peruano.

### ***3.3.1. Precisiones en la regulación conceptual del fideicomiso y fideicomiso testamentario en la Ley General y Código Civil peruano***

El planteamiento de regulación del sistema mixto en la legislación fiduciaria peruana, va a ir de la mano con la corrección terminológica usada para definir el fideicomiso en la Ley

General, así como, la introducción de la figura del fideicomiso testamentario en el Derecho Sucesorio.

En la definición del fideicomiso brindada por el primer párrafo del artículo 241 de la Ley General<sup>210</sup>, se puede observar la comisión de dos errores, primero, nos dice que esta institución es una relación jurídica y segundo, usa el término persona para referirse al fiduciario, a continuación, se explicarán en qué consisten tales inexactitudes y cuál sería la regulación correcta (Anexo A-1).

La relación jurídica según Stewart (1996)<sup>211</sup>, es un concepto genérico que comprende un vínculo de derecho entre dos partes, el fideicomitente y el fiduciario, implicando bilateralidad, y el objeto de la relación es la transferencia de bienes del primero (fideicomitente) al segundo (fiduciario), lo que conlleva un acuerdo de sus voluntades en un acto de naturaleza económica, por ende, el significado de relación jurídica limita el fideicomiso a una relación contractual, lo que es inexacto teniendo en cuenta que, se está omitiendo la unilateralidad testamentaria y contradiciendo, en consecuencia, otros alcances de su texto (pp. 188-189). Por lo que, consideramos incorrecto, definir el fideicomiso como una relación jurídica. En ese sentido, proponemos que dicha terminología sea reemplazada por el de acto jurídico, por considerarlo una concepción más adecuada para definir dicha institución, ello, tomando en cuenta que, dicho término implica una manifestación de voluntad, la cual produce efectos jurídicos concebidos por su autor para crear, regular, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Pudiendo tener un carácter unilateral (testamento) como bilateral (contrato), lo cual, refleja realmente las dos formas de constitución del fideicomiso.

La segunda inexactitud, hace referencia a la palabra persona, usada para referirse al fiduciario. Según dicha concepción, cualquier sujeto de derecho es susceptible de ser titular de derechos y de contraer obligaciones. Evidentemente, puede tratarse de cualquier persona natural como jurídica. Lo cual, entra en contradicción con la definición que hace la norma, ello, teniendo en cuenta lo que esta misma señala, al precisar que sólo pueden ser fiduciarios aquellos comprendidos dentro de la lista taxativa de personas jurídicas, refiriéndose concretamente a entidades del sistema financiero. Por lo que, teniendo en cuenta la redacción actual del primer

---

<sup>210</sup> Artículo 241 de la Ley General. - Concepto de fideicomiso: “El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario...”

<sup>211</sup> Stewart Balbuena, A. (1996). *El fideicomiso como negocio fiduciario*. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. p. 188-189.

párrafo del artículo 241 de la Ley General, sí habría que hacer esa precisión. Por otro lado, si tenemos en cuenta la propuesta de la presente tesis, de incorporar un sistema mixto en materia fideicomisaria, en el que, cualquier persona natural o jurídica puede desempeñarse en la función fiduciaria, tal como será detallado y explicado a continuación, el término persona tal como se encuentra regulado actualmente, sí se ajustaría a la definición.

En cambio, al introducir el fideicomiso testamentario en el Código Civil, se asumió el reto de incorporar una figura que no está regulada en el ámbito sucesorio, pese a que se aplican estas normas. Si lo que se busca es una mayor difusión de esta institución entonces, el primer paso es incorporar esta figura al Derecho Sucesorio.

Proponemos modificar el artículo 733 del Código Civil (Anexo A-2), para poder incorporar la regulación del fideicomiso testamentario, aclarando que el testador puede hacer uso de la figura, incluso afectando temporalmente la cuota legítima de sus herederos forzosos y en su beneficio, sólo si estos tienen la minoría de edad, son mayores de edad con capacidad de ejercicio restringida y/o son personas con discapacidad.

Cabe recalcar que, si bien es cierto, el segundo párrafo del artículo 244 de la Ley General, hace referencia a los incapaces, se debe hacer la precisión que este en principio solo comprendería a los menores de edad y personas con capacidad de ejercicio restringida, en atención a las últimas modificatorias establecidas por el Decreto Legislativo N° 1384 en concordancia con lo dispuesto en la Convención sobre las Personas con Discapacidad ratificada por el Perú en el 2007. Que si bien, bajo estos nuevos lineamientos, las personas con discapacidad, se les reconoce capacidad de ejercicio plena, poniendo a su disposición apoyos y salvaguardias para el desarrollo de sus actividades, consideramos a modo de propuesta que también se les pueda incluir dentro de los presupuestos planteados dentro del segundo párrafo artículo 244 de la Ley General, debiendo ser modificado, cambiando el término de incapaces, por una clasificación más completa que contemple a los menores de edad, mayores de edad con capacidad de ejercicio restringida y personas con discapacidad, teniendo en consideración los criterios ya explicados en el capítulo 2 en lo que respecta a la materia. (Anexo A-3)

Se entiende que los fideicomisarios que son menores de edad o mayores de edad con capacidad de ejercicio restringida, al ser condiciones temporales, solo le serán administrados la cuota de la legítima en su favor, mientras dure la condición. Para el caso de las personas con discapacidad, al ser una circunstancia permanente, la administración de su cuota de legítima vía fideicomiso testamentario se realizará hasta el término de este.

Sin perjuicio de lo anterior, los bienes fideicometidos van a ser administrados por el fiduciario, por el tiempo que dure el fideicomiso de acuerdo a la voluntad del testador, plasmada

en testamento o de acuerdo al periodo previsto por ley, debiendo ser elevado a escritura pública<sup>212</sup> para poder ser oponible a terceros. Se precisa, además, que esta institución normalmente toca la parte de libre disposición, pudiendo tocar la legítima en los supuestos excepcionales, antes señalados, ello en concordancia con la Ley General y el Reglamento del Fideicomiso, en lo que corresponda.

Se ha decidido incorporar la regulación del fideicomiso testamentario, dentro del mencionado artículo, debido a la relación que dicha institución guarda con el tema de la legítima, habiéndose demostrado que no existe una contradicción entre ambos conceptos, no encontrándose, por tanto, ninguna causal de impedimento que lo prohíba.

De esta manera, el fideicomiso testamentario se configura como una herramienta que puede constituirse cuando así lo requiera el fideicomitente, dentro del mismo testamento, bastando solo que este cuente con la capacidad para testar y un patrimonio en base al cual instituirlo.

### ***3.3.2. Los fiduciarios financieros y generales como criterio de clasificación en la determinación de quienes pueden desempeñarse como fiduciarios dentro de la relación fideicomisaria***

Tomando como inspiración el sistema mixto uruguayo en el cual hay dos tipos de fiduciarios. Los primeros, fiduciarios financieros, constituidos por las entidades de intermediación financiera y las sociedades de administración de fondos de inversión, los cuales necesitan autorización para desempeñarse en la actividad fiduciaria. Y el otro grupo, correspondiente a los fiduciarios generales, conformados por cualquier persona física y jurídica, quienes no requieren autorización previa para funcionar, pero sí cumplir con una serie de requisitos establecidos por la norma. Tener presente que en Uruguay los fiduciarios financieros son los encargados de ejecutar los fideicomisos financieros, lo que en Perú se les denomina fideicomisos de titulización, mientras que los fiduciarios generales llevarán a cabo los demás tipos de fideicomisos, considerados como generales. Todo ello, sin perjuicios de que los fiduciarios financieros, también puedan realizar fideicomisos generales, tal como se precisó en su momento.

En el caso concreto peruano, partiendo del modelo antes mencionado, se propone crear dos tipos de fiduciarios, estos serían los financieros y los generales. Y sugerimos colocar dicha

---

<sup>212</sup> Todo testamento por escritura pública requiere la intervención de un notario. Esto es algo muy beneficioso para la realización del acto constitutivo del fideicomiso testamentario porque el testador al acudir al notario va a contar con su asesoría no sólo respecto a las normas sucesorias, evitando posibles casos de invalidez por colisionar con la cuota de legítima, sino también de la legislación fideicomisaria. Recordar que el fideicomiso testamentario es un acto unilateral.

clasificación en el artículo 242 de la Ley General (Anexo A-4). Los primeros harán referencia a la lista taxativa, a la que ya hace mención la norma, únicos autorizados para realizar función fiduciaria, como COFIDE, las empresas bancarias, las empresas financieras, las cajas rurales de ahorro y crédito, las cajas municipales de ahorro y crédito, las cajas municipales de crédito popular, las Entidades de Desarrollo a la Pequeña y Microempresa (EDPYMES), las cooperativas de ahorro y crédito autorizadas a captar recursos del público, las empresas de servicios fiduciarios y las empresas de seguros y reaseguros. En otras palabras, entidades del sistema financiero.

Así también, estarían incluidos dentro de los fiduciarios financieros, las sociedades tituladoras, quienes son las llamadas a desarrollar los fideicomisos de titulización. En nuestra opinión, ubicamos a estas sociedades dentro de esta clasificación de fiduciarios porque según ley aquellas instituciones del sistema financiero que quieran desempeñarse como fiduciarios en fideicomisos de titulización tienen que constituir sociedades tituladoras, por lo que se estaría refiriendo al mismo bloque de instituciones financieras.

Mientras que los fiduciarios generales estarían conformados por cualquier persona física o jurídica, los cuales no necesitan autorización previa para actuar, pero sí cumplir con ciertos requisitos exigidos por la norma, como se verá a continuación, abriendo de esta manera paso al sistema mixto. Quedando a elección del fideicomitente, qué tipo de fiduciario, sean financieros o generales, administre su fideicomiso. Debiendo precisar que, tanto los fiduciarios financieros como los generales podrán administrar cualquier tipo de fideicomiso salvo se trate de fideicomisos de titulización, los cuales serán exclusivos de las sociedades tituladoras.

Con las modificatorias, buscamos dar realce a la persona natural como fiduciario porque queremos enfatizar en la confianza que puede generar para una persona natural, como el testador, que otra persona natural, asuma el rol de fiduciario y administre su patrimonio fideicometido, parecido a cómo funcionaba en sus orígenes dicha institución, en el fideicomiso romano, pero ya con la debida seguridad jurídica y sin tantas restricciones por parte del Derecho Sucesorio, convirtiéndola en una herramienta útil para promover la cultura testamentaria.

A continuación, y en base a nuestra propuesta, se procederá a explicar los requisitos, que deberá cumplir toda persona natural para poder actuar como fiduciario general en el Perú.

### ***3.3.3. Requisitos que deberá cumplir toda persona natural para poder desempeñarse como fiduciario general en la normativa peruana***

Según la legislación uruguaya, no cualquier persona física o jurídica puede desempeñarse como fiduciario general, sino lo será aquella que cumpla con los requisitos

establecidos por la norma, accediendo al registro respectivo. Todo ello, orientado a brindarle a la figura un buen soporte jurídico que genere confianza y seguridad en su aplicación.

En el caso de la persona física, se le solicita presentar su *curriculum vitae* documentado, para así, conocer su nivel de educación, cursos de capacitación y experiencia laboral. Además, se solicita la entrega de una declaración jurada actualizada sobre su situación patrimonial para, de esta manera, poder saber si cuenta o no con deudas bancarias, si sobre sus bienes han recaído gravámenes, determinar si al estar vinculado a una empresa esta haya quebrado o si esto se produjo dentro del año posterior a su desvinculación. Asimismo, se le requerirá, certificado de antecedentes judiciales para verificar si ha sido condenado a pagar indemnizaciones en juicios civiles iniciados en su contra o si tiene procesos pendientes en esta materia, de la misma manera, si ha estado sujeto a algún proceso judicial penal o si ha recibido alguna condena en sede penal, entre otros.

Es sumamente atractivo el nivel de detalle en los requisitos que debe cumplir la persona natural para poder dedicarse a la función fiduciaria. Evidentemente, el fideicomitente al tener conocimiento que el fiduciario para poder desempeñarse como tal, ha tenido que cumplir con todos estos requisitos, le brindará la confianza y seguridad jurídica suficiente para designar a una persona natural como su fiduciario.

Propuesta la clasificación de fiduciarios financieros y generales, el siguiente paso consistirá en incorporar los requisitos que deben cumplir las personas naturales para poder desempeñarse como fiduciarios generales. En este sentido, se sugiere la creación de dos nuevos artículos en la Ley General, el 246-A y el 246-B (Apéndice B-1 y B-2, respectivamente). De acuerdo a esta nueva regulación, las personas físicas que deseen desempeñarse como tales, deberán presentar sus antecedentes personales y profesionales para, de esta manera, poder conocer su perfil, así como, su situación patrimonial, determinar si ha estado vinculado a la quiebra de alguna empresa de la cual haya formado parte, verificar sus antecedentes judiciales. Siendo que se les exigirá también, contar con seguros de responsabilidad patrimonial, entre otros. Además de tributar. En otras palabras, no estará permitido que cualquier persona natural se desempeñe como fiduciario, sino quién cumpla con los requisitos. Podrá serlo, por ejemplo, un albacea testamentario, asesor financiero, contador, abogado de confianza del testador, alguien que ya haya sido factor fiduciario o quién tenga la debida asesoría de un experto en el rubro fideicomisario, etcétera.

### **3.3.4. Incorporación de registros fiduciarios como medio para garantizar la seguridad jurídica en los fideicomisos tomando como referencia el modelo uruguayo**

Es interesante la utilización de los tres registros por parte de Uruguay para brindarle protección al fideicomiso sin importar que quien lo realice sea un fiduciario financiero o general, este último comprenderá a cualquier persona natural como jurídica. Su primer registro hace alusión a la inscripción de los actos fideicometidos que deberán inscribirse en el Registro Nacional de Actos Personales. El segundo, a la inscripción de los fiduciarios en el BCU, los fiduciarios financieros, aquí inscritos, sólo necesitarán previa autorización para indexarse en el mismo, mientras que los fiduciarios generales requerirán cumplir una serie de requisitos adicionales, establecidos por la norma, para formar parte de este. Y finalmente, el tercer registro, está dirigido a la supervisión de los fiduciarios por parte de la SSF, superintendencia dependiente del BCU.

Trasladando esta propuesta a nuestra legislación, aclarar que uno de esos registros ya existe, refiriéndonos al registro para inscribir los actos que constituyen fideicomiso a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Ahora bien, para que sean oponibles a terceros, dicha transferencia deberá ser anotada en el registro público correspondiente. Siendo que, la otra clase de bienes y derechos se perfecciona con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley. Solamente cuando se trate de una transferencia fiduciaria de activos mobiliarios, deberá ser inscrito en la Central de Riesgos de la SBS, pero únicamente tendrá fines informativos, según lo dispuesto en el artículo 246 de la Ley General, concordante con el artículo 6 del Reglamento del Fideicomiso. Cabe recalcar que la inscripción del fideicomiso y todos los actos que le comprendan implican la correspondiente transferencia de los bienes fideicometidos según figure en el acto constitutivo. Por lo que, hasta aquí, no habría ningún inconveniente en caso el fiduciario se tratase de una persona física porque se entiende que se seguirán los mismos lineamientos, ya establecidos en el ordenamiento peruano.

Sumado a esto, se propone que la SBS expida una certificación para los fiduciarios inscritos, o que se pueda renovar dicho título cada cierto tiempo.

En el caso del siguiente registro correspondiente a la inscripción de los fiduciarios, el cual, hay que incorporar, proponemos crear el Registro de Fiduciarios Financieros y Generales a cargo de la SBS. La argumentación de la creación de este registro es que el fideicomitente, al momento de constituir su fideicomiso, pueda acudir a este registro y elegir en concreto a quien quiere como fiduciario y sustitutos de este, en caso el primero no aceptare el encargo, más aún teniendo en cuenta que el fideicomiso testamentario produce efectos *post mortem*, esto último desarrollado a detalle más adelante. Se elige la SBS porque esta superintendencia es la

encargada de la regulación y supervisión del sistema financiero, de seguros, privado de pensiones y cooperativo de ahorro y crédito. Sumado a que su enfoque se basa en riesgos y, por ello, busca tomar buenas prácticas de supervisión guiado por los estándares y buenas prácticas internacionales, adaptados a las circunstancias locales. Siguiendo el mismo razonamiento, a pesar de que el fideicomiso se regula desde un punto de vista bancario, la SBS debe tener en su registro no sólo a los fiduciarios financieros sino también a los generales, ya que, ambos realizan la misma función de administración fiduciaria.

Finalmente, el último registro hará referencia a la supervisión, sugerimos la creación del Registro de Instituciones Fiduciarias Supervisadas por parte de la SBS. Se elige esta institución porque si la misma entidad tiene a su cargo el Registro de Fiduciarios, verificando que cumplan con los requisitos para que puedan formar parte de este Registro, entonces la misma Superintendencia deberá supervisarlos. En este registro, se inscribirán los fiduciarios financieros y generales sujetos a monitoreo. El nivel de supervisión para los financieros será mayor mientras que para los generales será menor.

Las obligaciones del fiduciario de actuar con la diligencia y dedicación de un ordenado y leal comerciante, según lo dispuesto en los artículos 253, 256 y 271 de la Ley General, están muy ligadas con los niveles de supervisión, los cuales, en nuestra opinión deben ser dos. El primer nivel de supervisión está dirigido a los fiduciarios financieros, básicamente es lo que ya existe en la Ley General. Y el segundo nivel, el de los fiduciarios generales, estos estarán sometidos a la realización de las mismas obligaciones del fiduciario financiero salvo las siguientes precisiones. En el caso de la contabilidad, balances y estados financieros, se propone, que la SBS dicte un curso básico de estos, a este tipo de fiduciarios, aplicado a los fideicomisos. Con respecto al secreto bancario, no podrán aplicarlo tal cual, porque no son entidades bancarias, pero sí pueden guardar reserva y los únicos llamados a conocer el contenido del fideicomiso serán el fideicomitente, la SBS y los nombrados como beneficiarios. Finalmente, se debe precisar que ya no sería necesaria la presencia de un factor fiduciario porque ya el mismo fiduciario es una persona natural.

En otras palabras, nuestro ordenamiento solamente necesitaría la incorporación de dos registros en materia fideicomisaria. De esta manera, se propone incorporar el artículo 246-C en la Ley General destinado a regular el Registro de Fiduciarios Financieros y Generales (Apéndice B-3) y el artículo 246-D en la Ley General (Apéndice B-4) el cual, daría lugar al Registro de Instituciones Fiduciarias Supervisadas, ambos a cargo de la SBS. De esta manera, esta Superintendencia va a tener organizada la información en dos registros diferentes, teniendo la potestad de exigir requisitos diferentes con ambas inscripciones.

Por ejemplo, en el primer registro, los fiduciarios generales deberán cumplir una serie de requisitos, mencionado en su momento, para formar parte del mismo y, de esta manera, el fideicomitente al elegir al fiduciario tenga la confianza de que no cualquiera va a administrar su patrimonio fideicometido. Adquiriendo relevancia la incorporación de este registro porque de no ser así, en el caso concreto de los fiduciarios generales, si en la normativa sólo mencionase genéricamente que “cualquier persona física o jurídica puede desempeñarse como fiduciario”, el fideicomitente no podría saber a quién exactamente designar, ya que, puede ser cualquiera, pudiendo prestarse para estafas por la falta de control al no saber qué sujetos la conforman. Por eso, no solo bastará agregar a la norma este simple enunciado genérico, sino que será necesario la creación de este registro para brindar mayor seguridad.

Mientras que, en el segundo registro a incorporar, relativo a la supervisión, el nivel de exigencia requerido durante el tiempo que el fiduciario este administrando el fideicomiso, proporcionará al mismo, un mayor nivel de seguridad jurídica. Además, si se incorpora el sistema mixto en el Perú, estableciéndose con ello, que cualquier persona individual o asociada pueda ser fiduciario, entonces traería consigo beneficios al fideicomitente porque este obtendría mejores precios y calidad del servicio en el mercado. Esto sumado, a que el testador verá en el fideicomiso testamentario una herramienta que genera mucha confianza, no solo porque los fiduciarios, en el caso de las personas naturales, serán personas de conducta intachable, sino que también cuentan con la debida supervisión a cargo de la SBS.

### ***3.3.5. Implementar la existencia obligatoria de sustitutos para el fiduciario en casos de fideicomiso testamentario***

En la regulación actual, cuando el fiduciario no acepta la designación del cargo en un fideicomiso testamentario, la norma menciona que, él mismo debe proponer a quien lo reemplace y si en el lapso de seis meses no se encontró a un sustituto, se entiende que ha terminado el fideicomiso, según lo dispuesto en los artículos 247 y 269 inciso 1 de la Ley General, dejando de esta manera, inconclusa la voluntad del testador. Por otro lado, en los supuestos de dolo o culpa grave del fiduciario, la norma no señala nada al respecto, por lo que poniéndonos en el supuesto que, a través de una interpretación extensiva de la norma, le sea de aplicación, los mismos parámetros establecidos en caso de la declinación del cargo por parte del fiduciario no resultaría tan conveniente que el mismo fiduciario designe a alguien más, teniendo en cuenta lo cuestionable de su conducta. Este problema se pone en evidencia, solo en los casos de fideicomiso testamentario.

Distinto panorama, es el que se observa, en los demás tipos de fideicomisos, ya que, al realizarse mediante contrato, el fiduciario al firmarlo, está manifestando la voluntad de llevar a

cabo el cargo fiduciario, de acuerdo a lo señalado por el fideicomitente en el acto constitutivo. Siendo que, tratándose de casos de dolo o culpa grave por parte del fiduciario, dicha entidad financiera debe ser removida y reemplazada por quien designe el fideicomitente y si no lo hace en el plazo establecido entonces le corresponderá a la SBS hacerlo, conforme los artículos 259 y 242 de la Ley General.

Lo que proponemos, para evitar que el fideicomiso testamentario se extinga por la no aceptación del fiduciario, es la consignación obligatoria de dos sustitutos del fiduciario en caso éste no aceptare, cuyos nombres, el testador debe dejarlos plasmados en su testamento. Si ninguno aceptare el encargo, la SBS deberá proponer un sustituto del fiduciario para la administración de este tipo de fideicomiso. Todo ello, en concordancia con el artículo 247 (Anexo A-5), al cual se le harán modificaciones, y el artículo 269 inciso 1 de la Ley General. Como se puede apreciar, son dos los niveles de nombramiento del fiduciario, en caso éste rechazase el encargo. El primero, le corresponderá al testador que deberá consignarlos en su acto constitutivo, mientras que el segundo a la SBS. La razón de esto, es que el fideicomiso testamentario al tener efectos *post mortem*, deberá tener una correcta regulación que refleje la correspondiente seguridad jurídica, pero sobre todo que se cumpla la voluntad del testador, en la medida de lo posible.

En caso de incumplimiento de las obligaciones del fiduciario por dolo o culpa grave, teniendo en cuenta que este, al tener dicha conducta podrá ser removido de su cargo, en aplicación de la modificación propuesta del artículo 247 de la Ley General, se busca dar solución a dicha problemática, dejando la opción de poder reemplazar al fiduciario por alguno de sus sustitutos, previamente consignados por el causante en su testamento, siendo que, si ninguno estos aceptasen, será la SBS, quien se encargue de asignar un sustituto. En lo demás, será de aplicación lo dispuesto en la Ley General.



## Conclusiones

**Primera.** El fideicomiso testamentario, es un tipo de fideicomiso de administración, que comparte junto a la institución que le da origen, características únicas que la distinguen de otras figuras, como la configuración de un patrimonio autónomo y la creación de un dominio fiduciario distinto al derecho de propiedad previsto en el ámbito civil, el cual, va recaer sobre un tercero denominado fiduciario, quien será el encargado de cumplir con la finalidad que ha motivado su constitución, previamente determinada por un fideicomitente, que en el caso del fideicomiso testamentario, es un testador, quien lo instituirá a través de un testamento elevado a escritura pública.

**Segunda.** No se puede conocer de una figura, sin antes haber estudiado sus antecedentes históricos. Bajo ese presupuesto, se tendría que partir desde los orígenes del fideicomiso en general, que se remontan a la época clásica, con el Derecho Romano bajo las figuras del *Fideicommissum* y el *pactum fiduciae*, que a su vez serviría de influencia en otros derechos como el germánico y el inglés, quienes acogen la institución, adoptándola a su propio contexto y buscando cubrir ciertas necesidades específicas. Por su parte, su incorporación en el Derecho Peruano, obedece a otra situación histórica, la caída de la Bolsa de Valores de Estados Unidos y su impacto en las economías de América Latina y la llegada de la misión Kemmerer al país, que trazaría el camino para la regulación de la primera Ley de Bancos, misma que se iría modificando hasta llegar a la ley vigente actualmente, Ley N° 26702 Ley General del Sistema Financieros y de Sistemas de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, caracterizada por establecer un sistema fiduciario cerrado. Bajo estos parámetros, el fideicomiso testamentario queda regulado dentro de dicha ley, optando el código civil vigente por guardar un silencio en la materia.

**Tercera.** La razón del estudio del fideicomiso testamentario obedece al gran aporte que puede representar su uso en la planificación sucesoria de las personas, independientemente de la cantidad de patrimonio que posean y el impacto positivo que puede tener su promoción en la cultura testamentaria del país. El fideicomitente-testador, va encontrar en la institución una herramienta de protección para sus fideicomisarios, destinatarios finales del fideicomiso, en cuyo beneficio se instituye, especialmente en aquellos supuestos en los que dichos beneficiarios son menores de edad, mayores de edad que tienen alguna limitación en cuanto a su capacidad de ejercicio, personas con discapacidad, así como, en aquellos casos en las que dichos sujetos no posean la capacidad técnica para hacerse cargo del patrimonio en cuestión, en ese momento. El fideicomiso testamentario, durará el tiempo que haya establecido el fideicomitente o hasta cumplir el plazo determinado por ley, concluido el cual, el fiduciario que durante todo este

periodo se ha hecho cargo de la administración y conservación del patrimonio fideicometido deberá hacer entrega del mismo a sus beneficiarios, cumpliendo con la finalidad del mismo.

**Cuarta.** Son tres los problemas que se han podido identificar en cuanto a la regulación del fideicomiso testamentario en nuestro ordenamiento. Como principal problema, la escasa legislación y desarrollo doctrinal que se tiene respecto de la figura, seguido por la idea que se tiene de que dicha institución choca con la intangibilidad de legítima en el supuesto previsto en el artículo 244 de la Ley General, donde permite que se toque parte de ella, cuando se trate de herederos menores de edad y mayores de edad con capacidad de ejercicio restringida y, por último, los altos costos que puede generar su utilización, vinculado directamente con la remuneración, con cargo al fiduciario que en el Perú es siempre una entidad financiera.

**Quinta.** A lo largo de la presente investigación se ha tratado de abordar estas tres problemáticas y sus posibles soluciones. Siendo que respecto a la supuesta vulneración a la intangibilidad de la legítima se ha podido demostrar que esta viene justificada debido a la excepcionalidad de la situación, amparada por la constitución. Por lo que, la presente propuesta ha estado orientada a resolver de manera conjunta las problemáticas relacionadas al escaso desarrollo de la figura y sus altos costos, proponiendo la regulación de un nuevo sistema fiduciario en el que tanto personas naturales como jurídicas puedan desempeñarse en dicha labor, con el objetivo de menguar los gastos, a la vez de que se impulsa la realización de mayor número de testamentos.

**Sexta.** La regulación de un nuevo sistema fiduciario en el Perú, proviene de la necesidad de tener un modelo que no limite la autonomía de la voluntad del testador, quien tenga la opción de elegir dentro de una lista más amplia a quienes puedan ser sus fiduciarios, así como, un mayor número de personas entre naturales y jurídicas que quieran desempeñarse en dichas funciones de administración puedan hacerlo, siempre que sea con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador, con lo cual, no solo se estaría respetando el principio de libre iniciativa privada sino que a mayor oferta, mejores precios y calidad del servicio en el mercado.

**Séptima.** Para la realización de la propuesta se realizó un pequeño estudio del derecho comparado en otros países latinoamericanos con sistemas fiduciarios distintos al nuestro como Argentina y Uruguay que acogen un sistema fiduciario mixto y; Costa Rica, con un sistema fiduciario abierto. Países en donde se le ha dado un mayor desarrollo a la figura del fideicomiso testamentario. Ambos sistemas caracterizados porque tanto personas naturales como jurídicas pueden ser fiduciarios, pero con la distinción de que en el primer modelo la condición del fiduciario estaría ligada a la profesionalidad y habitualidad del desempeño de su

labor mientras que en el segundo bastaría la capacidad para adquirir propiedad fiduciaria para desempeñarse como tales.

**Octava.** Después del análisis realizado a ambos sistemas se concluyó que el sistema que ofrecía mayor seguridad jurídica era el sistema mixto. Pero de los dos países referenciados que apostaban por él, el que nos pareció que ofrecía una estructura jurídica de mayor garantía para la implementación del mismo, fue Uruguay, basado en su sistema de registros y en la exigencia de determinados requisitos para quienes quisiesen desempeñarse como fiduciarios generales, lo que determinó que optáramos por dicho ordenamiento para adoptarlo a nuestra legislación. Incorporando las modificaciones necesarias para hacer eso posible.





## Recomendaciones

**Primero.** Frente a la escasa cultura testamentaria en nuestro país, a pesar de las ventajas que supone la constitución de un testamento en el proceso de sucesión, se necesita que tanto el legislador como doctrinarios trabajen de manera conjunta para el impulso de herramientas innovadoras que contribuyan a que la figura del testamento se vuelva más atractiva. Como es el caso del fideicomiso testamentario y el impacto positivo que puede tener su adecuada implementación en la planificación sucesoria de las personas.

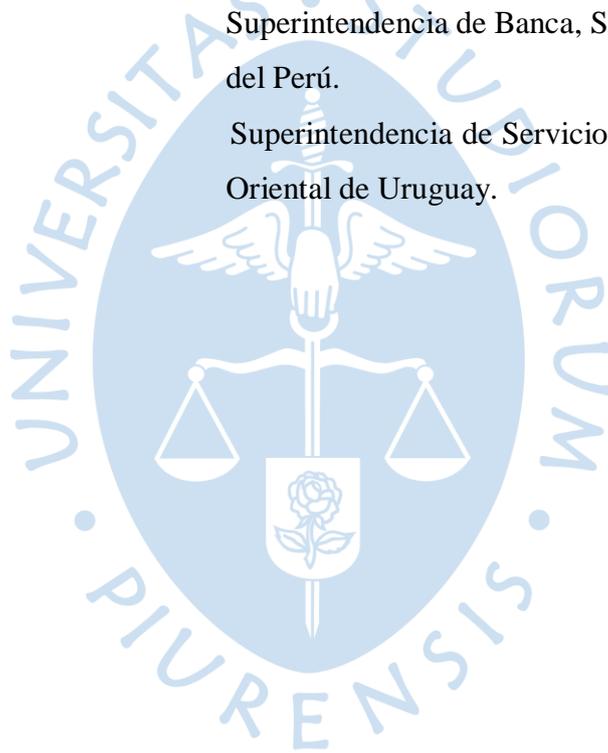
**Segundo.** Que, al ser un acto mixto, el fideicomiso testamentario debería ser regulado no solo en la ley bancaria sino también en el ámbito civil. Siendo que, ha quedado demostrado que no existe una contradicción entre dicha figura y la legítima.

**Tercero.** El legislador podría contemplar también, incluir dentro de los supuestos excepcionales previstos en el segundo párrafo del artículo 244 de la Ley General, además de las menores de edad y mayores de edad que cuentan con capacidad de ejercicio restringida, a las personas con discapacidad, quienes, si bien de acuerdo a la última modificación del Decreto Legislativo N° 1384, tienen capacidad de ejercicio plena, habrá que considerar que en la práctica dependiendo de la condición que presenten, no solo necesitarán de la presencia de apoyos y salvaguardias para llevar a cabo su actuación, sino que se hace imprescindible la participación de un tercero que les representen o en el caso del fideicomiso que ayude a administrar y conservar sus bienes.



### **Lista de abreviaturas**

<b>BCU</b>	Banco Central de Uruguay.
<b>La Convención</b>	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
<b>Ley General o Ley N° 26702</b>	Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
<b>Reglamento del Fideicomiso</b>	Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios RS SBS N°1010-99.
<b>SBS</b>	Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. República del Perú.
<b>SSF</b>	Superintendencia de Servicios Financieros. República Oriental de Uruguay.





## Lista de referencias

- AGUILAR LLANOS, B. (2014). *Manuel de Derecho de Sucesiones*. Pacífico Editores S.A.C. Lima. p. 333.
- ALFARO, R. (1971). *El Fideicomiso en Panamá: compilación de escritos por Ricardo J. Alfaro y otros juristas*. Ed. Panamá.
- ALTERWAIN BRÜCK, A (2004). Fideicomiso Testamentario en Uruguay. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, pp. 127-153.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, M. (1999). *Los contratos modernos*. Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
- ARROCHA, C. (1981). *El fideicomiso en México*. Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento de Desarrollo, Montevideo.
- AVENDAÑO ARANA, F. (1994). El fideicomiso. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*.
- BATIZA, R. (1985). *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*. Segunda Edición. Ed. Porrúa, S.A.
- BAUCHE GARCADIAGO, M. (1978). *Operaciones bancarias: activas, pasivas y complementarias*. Ed. Porrúa.
- BUEY FERNANDEZ, A. (1981). *El Fideicomiso Público y el Fideicomiso Privado. Antecedentes, Desarrollo y Proyección*. Seminario de Fideicomiso Bancario para el Financiamiento del Desarrollo, Montevideo.
- CASTILLO LARA, E. (2011). *El fideicomiso, el fideicomiso de garantía y su ejecución*. Primera Edición. Editorial Limusa, S.A. de C.V. Grupo Noriega Editores.
- CONTRERAS, C. (2009). La Crisis Mundial de 1929 y la Economía Peruana. *Crisis Internacional: Impactos y respuestas de política económica en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- DE ARESPACOHAGA, J. (2000). *El trust, la fiducia y figuras afines*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). El negocio Jurídico. Ed. Civitas S.A. Argentina. p.12.
- DE LA FLOR MATOS, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia del Perú.
- DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, R. (2012). *La herencia fideicomisaria desde Roma hasta el Derecho peruano*. Ed. Palestra. Lima.
- DOMINGO AZNAR, A. (1999). *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*. Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. p. 20.

- ECHECOPAR GARCÍA, L. (1965). Derecho de Sucesiones. Ed. Garcilaso. Lima.
- FERNÁNDEZ ARCE, C. (2014). Derecho de Sucesiones. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. pp. 198-200.
- GARCÍA MÁYNEZ, E. (1999). *Introducción al estudio del derecho*. Ed. Porrúa. p. 361.
- GHERSI, C. (2007). *Fideicomiso*. Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L.
- GIRALDI, M. (1998). Fideicomiso (Ley 24.441). Ed. Depalma. Buenos Aires. p. 69.
- GOZZI, E. Y TAPPATÁ, R. (2010). La misión Kemmerer. *Fit & Proper*. Costa Rica.
- HAYZUS, J. (2004). *Fideicomiso*. Ed. Astrea. Buenos Aires. p. 165.
- KIPER, C Y LISOPRAWSKI, S (2004). Tratado de Fideicomiso. Ed. Depalma. Buenos Aires. pp. 311-313.
- LASCALA, J. (2005). Práctica del Fideicomiso. Ed. Astrea De Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires. p. 241.
- LEPAULLE, P. (1932). La naturaleza del trust: *Revista General de Derecho*. p. 115.
- LOHMANN LUCA DE TENA, J (2018). *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Gaceta Jurídica.
- MARTÍN MATO, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Ed. Cengage Learning Argentina. p. 24.
- MELICH ORSINI, J. (2004). El Fideicomiso en Venezuela: El Derecho venezolano a finales del siglo XX: ponencias venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol-Inglaterra. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 142.
- NEIROTTI, J. (2006). Manual Práctico de Fideicomiso. Ed. Jurídica Nova Tesis. Montevideo.
- ORDOQUI, G. (2004). “El Fideicomiso”. Ediciones del Foro. Uruguay. p. 83.
- PETIT, E. (1999). *Tratado elemental de Derecho romano*. Ed. Porrúa.
- REBASA, O. (1982). *El derecho angloamericano: estudio expositivo y comparado del Common Law*. Fondo de Cultura Económica.
- RODRÍGUEZ RIVA, A. (2009). Fideicomiso Testamentario: Boletín Fiduciario. Revista La Fiduciaria.
- RUBIO CORREA, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- STEWART BALBUENA, A. (1996). *El fideicomiso como negocio fiduciario*. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L.
- VILLAGORDOA LOZANO, J. (1982). *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed. Porrúa S.A. México. p. 238.

### Lista de referencias electrónicas

- ACEVEDO MERCADO, J., & PEZO ARÉVALO, E. (1997). Reforma del Código Civil: a propósito del Libro IV Derecho de Sucesiones. Entrevista al Dr. Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena. *Derecho & Sociedad*, (12), 86-90. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16670>.
- ARAYA, M. Ley 24.441 Fideicomiso. [Archivo PDF] <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1040/923>.
- BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ (s.f). *Entidades Financieras*. Recuperado el 16 de noviembre 2021 de <https://www.bcrp.gob.pe/sitios-de-interes/entidades-financieras.html>.
- CANAL UNIVERIDAD DE LIMA. (29 de octubre de 2020). ULIMA – Webinar: `Boom` de emisiones primarias de FIBRA en la bolsa peruana durante la pandemia. [Archivo de vídeo]. Youtube. [https://www.youtube.com/watch?v=uhilCExT8wo&list=PL3\\_mJTvQH0R509rip0vdzkxV0cMXQqely&index=7](https://www.youtube.com/watch?v=uhilCExT8wo&list=PL3_mJTvQH0R509rip0vdzkxV0cMXQqely&index=7).
- GESTIÓN. (12 de abril 2022). *Estas son las 20 cooperativas de ahorro y crédito disueltas por SBS*. Recuperado el 22 de mayo de 2022 de <https://gestion.pe/economia/sbs-disuelve-20-cooperativas-de-ahorro-y-credito-por-no-remitir-sus-estados-financieros-rmmn-noticia/>.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (s.f). Pródigo. En *Diccionario de la Lengua española*. Recuperado el 5 de febrero de 2021, de <https://dle.rae.es/pr%C3%B3digo>.
- SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. *Empresas de servicios fiduciarios*. Recuperado el 16 de noviembre 2021 de <https://www.sbs.gob.pe/supervisados-y-registros/empresas-supervisadas/directorio-del-sistema-financiero/empresa-de-servicios-fiduciarios>.
- VEGA, E. (25 de agosto 2021). *Cómo puedo saber si una cooperativa, financiera o caja es de confianza*. Gestión. Recuperado el 10 de mayo de 2022 de <https://gestion.pe/tu-dinero/como-puedo-saber-si-una-cooperativa-financiera-o-caja-es-de-confianza-sbs-sistema-financiera-informalidad-financiera-peru-nnda-nnlt-noticia/>.



## **Documentos legales**

### **Normas**

Constitución Política del Perú.

Código Civil Peruano.

Ley N° 26702, La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Decreto Legislativo N° 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (PCD).

### **Resoluciones**

Resolución SBS N° 1010-99, Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios.

### **Normas Internacionales**

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

### **Normas Extranjeras**

Código Civil y Comercial de la nación argentina.

Código de Comercio de Costa Rica.

Recopilación de Normas del Mercado de Valores del Banco Central de Uruguay. (RNMV)

Ley N° 24.441, Ley del Financiamiento de la Vivienda y la Construcción (Argentina).

Ley N° 17.703. Ley del Fideicomiso (Uruguay).



## Apéndices





**Apéndice A. Cuadros comparativos que diferencian el fideicomiso en general y el fideicomiso testamentario con otras instituciones afines.**

**Apéndice A-1: El fideicomiso y el *trust***

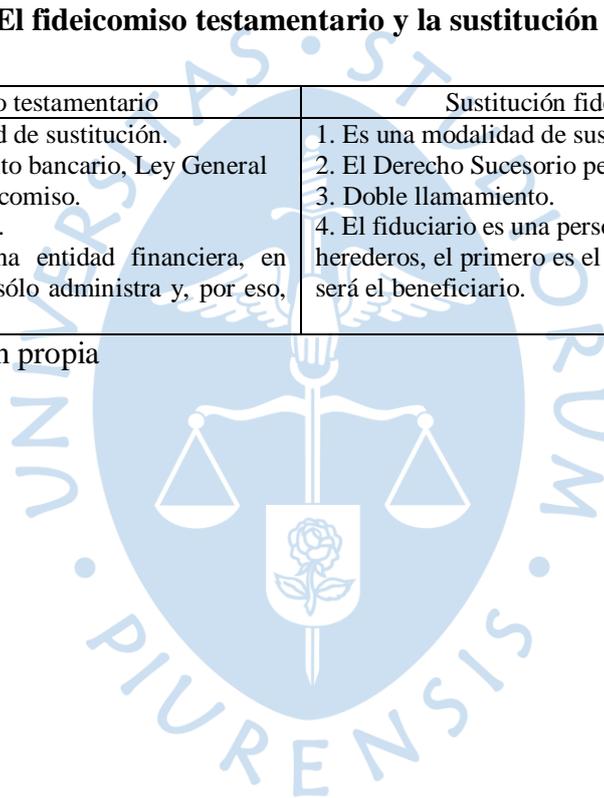
Fideicomiso	<i>Trust</i>
1. Dominio fiduciario: derecho temporal del fiduciario para administrar el patrimonio fideicometido, no es propietario. 2. Sistema romanístico	1. Propiedad desdoblada: dos propietarios para el mismo bien. 2. Sistema anglosajón

Fuente: Elaboración propia

**Apéndice A-2: El fideicomiso testamentario y la sustitución fideicomisaria**

Fideicomiso testamentario	Sustitución fideicomisaria
1. No es una modalidad de sustitución. 2. Regulado en el ámbito bancario, Ley General y Reglamento del Fideicomiso. 3. Un solo llamamiento. 4. El fiduciario es una entidad financiera, en ningún caso heredera, sólo administra y, por eso, cobra por sus servicios.	1. Es una modalidad de sustitución. 2. El Derecho Sucesorio peruano guarda silencio. 3. Doble llamamiento. 4. El fiduciario es una persona natural. Son dos los herederos, el primero es el fiduciario y el segundo será el beneficiario.

Fuente: Elaboración propia



## **Apéndice B: Artículos nuevos a incorporarse de acuerdo a la propuesta de tesis**

### **Apéndice B-1: Incorporación de un nuevo artículo, el 246-A en la Ley General.**

#### **Requisitos de la persona natural para desempeñarse como fiduciario general**

Artículo 246-A.- Requisitos de la persona natural para desempeñarse como fiduciario general: Toda persona natural que solicite su inscripción en el Registro de Fiduciarios Financieros y Generales deberá presentar la siguiente información y documentación:

1. La información requerida del artículo 246-B.
2. Contar con un Registro Único de Contribuyente y formar parte del sistema de pensiones.
3. Documentación que respalde la existencia de seguros de responsabilidad civil por los eventuales perjuicios de su actividad profesional o mecanismos de cobertura o garantías por su desempeño profesional, en caso de corresponder.

Fuente: Elaboración propia.

### **Apéndice B-2: Incorporación de un nuevo artículo, el 246-B en la Ley General.**

#### **Antecedentes personales y profesionales que debe tener la persona natural para desempeñarse como fiduciario general**

Artículo 246-B.- Antecedentes personales y profesionales: Para que una persona natural pueda solicitar su inscripción como fiduciario general deberá adjuntar sus datos identificatorios (nombre completo, fecha de nacimiento, domicilio particular, dirección de correo electrónico, teléfono, y documentación probatoria de la identidad emitida por el país del cual es ciudadano natural y por el país del cual es residente, en caso de existir), además, la siguiente información y documentación:

1. *Curriculum vitae*, que deberá incluir un detalle del nivel de educación, cursos de capacitación y experiencia laboral. Se deberá incluir, asimismo, la información necesaria para poder verificar los antecedentes proporcionados.
2. Declaración jurada sobre su situación patrimonial, con indicación de bienes, derechos y deudas bancarias y no bancarias y la existencia de gravámenes que recaigan sobre aquéllos. La fecha de la declaración jurada no podrá tener una antigüedad mayor a 3 (tres) meses. Dicha declaración deberá estar acompañada de certificación notarial de la firma del titular.
3. Declaración jurada con certificación notarial de la firma del titular, detallando:

1. La denominación, sede social y giro comercial de las empresas a las que ha estado o está vinculado, en forma rentada u honoraria, como socio o accionista, director, directivo, síndico, fiscal o en cargos superiores de dirección, gerencia o asesoría, sea esta situación directa o indirecta, a través de personas físicas o jurídicas de cualquier naturaleza. En particular, se deberá consignar si alguna de las empresas a las que ha estado vinculado ha quebrado, incluso si la misma se produjo dentro del año posterior a su desvinculación.
2. Si ha sido condenado a pagar indemnizaciones en juicios civiles iniciados en su contra, como consecuencia de su actividad laboral y profesional y si tiene procesos pendientes en esta materia.
3. Si ha sido sancionado o si está siendo objeto de investigación o procedimientos disciplinarios por organismos supervisores y/o de regulación o autorregulación financiera.
4. En caso de ser profesional universitario, si está o estuvo afiliado a algún colegio o asociación de profesionales, indicando el nombre de la institución y el período de afiliación. Asimismo, deberá declarar que no le ha sido retirado el título habilitante para ejercer su profesión, así como si ha recibido sanciones por parte de autoridad competente por contravenir normas o códigos de ética de asociaciones profesionales.
5. Si está sujeto a algún proceso judicial penal o ha recibido alguna condena en sede penal.
6. No encontrarse comprendido en los impedimentos del artículo 20 de la Ley N° 26702.

4. Certificado de Antecedentes Judiciales expedido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En el caso de personas físicas que residen o hayan residido en el extranjero, deberán presentarse los certificados de carácter equivalente que extienda la autoridad competente del país donde reside y de aquéllos donde ha residido en los últimos 5 (cinco) años.

En caso de juzgarlo necesario, la Superintendencia podrá solicitar información adicional a la señalada precedentemente.

Fuente: Elaboración propia.

**Apéndice B-3: Incorporación de un nuevo artículo, el 246-C en la Ley General.  
Registro de Fiduciarios Financieros y Generales.**

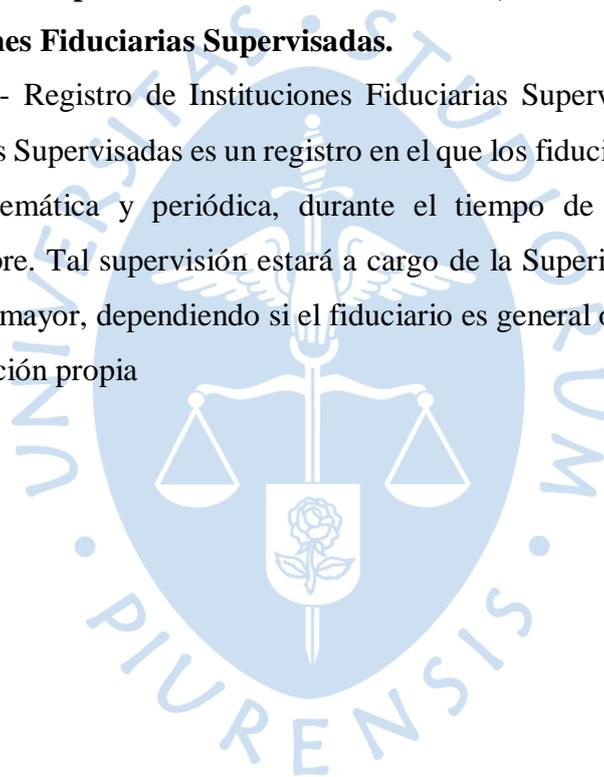
Artículo 246-C.- Registro de Fiduciarios Financieros y Generales: Todo fiduciario debe inscribirse en el Registro de Fiduciarios Financieros y Generales que estará a cargo de la Superintendencia, la cual deberá revisar que estos fiduciarios cumplan los requisitos establecidos para poder formar parte de este registro.

Fuente: Elaboración propia.

**Apéndice B-4: Incorporación de un nuevo artículo, el 246-D en la Ley General.  
Registro de Instituciones Fiduciarias Supervisadas.**

Artículo 246-D.- Registro de Instituciones Fiduciarias Supervisadas: El Registro de Instituciones Fiduciarias Supervisadas es un registro en el que los fiduciarios estarán sometidos a una supervisión sistemática y periódica, durante el tiempo de administración de los fideicomisos a su nombre. Tal supervisión estará a cargo de la Superintendencia, su nivel de exigencia será menor o mayor, dependiendo si el fiduciario es general o financiero.

Fuente: Elaboración propia



**Anexos**





**Anexo A. Sugerencias de reforma a algunos artículos de la Ley General en materia fideicomisaria de acuerdo a la propuesta de investigación.**

**Anexo A-1: Artículo 241 de la Ley General, la regulación actual y la sugerencia de reforma. Concepto de fideicomiso**

Regulación actual	Sugerencia de reforma
<p>Artículo 241.- Concepto de fideicomiso: El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.</p> <p>El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.</p> <p>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.</p> <p>La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no está afecta a encaje.</p> <p>La Superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios.</p>	<p>Artículo 241.- Concepto de fideicomiso: El fideicomiso es un acto jurídico por el cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al demonio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.</p> <p>El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.</p> <p>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 hubiere asignado responsabilidad por mala administración daños y perjuicios.</p> <p>La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no está afecta a encaje.</p> <p>La Superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios.</p>

Fuente: Sistema peruano de información jurídica. Elaboración propia.

**Anexo A-2: Artículo 733 del Código Civil, la regulación actual y la sugerencia de reforma. La intangibilidad de la legítima y el fideicomiso testamentario**

Artículo actual	Sugerencia de reforma
<p>Artículo 733.- Intangibilidad de la legítima: El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquella gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.</p>	<p>Artículo 733.- Intangibilidad de la legítima: El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquella gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.</p>

	<p>Cuando se trate de un fideicomiso testamentario, el testador puede afectar temporalmente la legítima en la cuota que le corresponda a sus herederos forzosos y en su beneficio siempre que estos sean menores de edad, mayores de edad con capacidad de ejercicio restringida y/o personas con discapacidad. Los bienes a tocar por este tipo de fideicomiso son los de libre disposición salvo los supuestos que se acaban de mencionar, en los que además se puede usar la legítima. Acto realizado mediante testamento y elevado por escritura pública. Todo en concordancia con la Ley N° 26702 y RS SBS N°1010-99, en lo que corresponda.</p>
--	---

Fuente: Sistema peruano de información jurídica. Elaboración propia.

### **Anexo A-3: Artículo 244 de la Ley General, la regulación actual y la sugerencia de reforma. Derechos del heredero forzoso perjudicado por el fideicomiso**

Artículo actual	Sugerencia de reforma
<p>Artículo 244.- Derechos del heredero forzoso perjudicado por el fideicomiso: Los herederos forzosos del fideicomitente pueden exigir la devolución de los bienes fideicometidos por su causante a título de fideicomiso gratuito, en la parte que hubiere perjudicado sus legítimas. La empresa fiduciaria tiene la facultad de elegir, entre los bienes fideicometidos, aquéllos que han de ser objeto de la devolución.</p> <p>No obstante, puede el fideicomitente constituir en fideicomiso los bienes que toquen a la legítima de alguno de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad.</p> <p>La prodigalidad se califica por el propio constituyente del fideicomiso. En este caso, el fideicomiso dura hasta cinco (5) años después del fallecimiento del causante, salvo que el presunto pródigo acredite ante el juez especializado estar capacitado para administrar sus bienes.</p> <p>La empresa fiduciaria, en todo caso, debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz, con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso.</p>	<p>Artículo 244.- Derechos del heredero forzoso perjudicado por el fideicomiso:</p> <p>Los herederos forzosos del fideicomitente pueden exigir la devolución de los bienes fideicometidos por su causante a título de fideicomiso gratuito, en la parte que hubiere perjudicado sus legítimas. La empresa fiduciaria tiene la facultad de elegir, entre los bienes fideicometidos, aquéllos que han de ser objeto de la devolución.</p> <p>No obstante, puede el fideicomitente constituir en fideicomiso los bienes que toquen la legítima de alguno de sus herederos menores de edad o mayores de edad con capacidad de ejercicio restringida, mientras subsistan dichas condiciones, así como, de aquellos herederos considerados personas con discapacidad, hasta el término del fideicomiso por tratarse en este supuesto de una condición permanente.</p> <p>La prodigalidad se califica por el propio constituyente del fideicomiso. En este caso, el fideicomiso dura hasta cinco (5) años después del fallecimiento del causante, salvo que el presunto pródigo acredite ante el juez especializado estar capacitado para administrar sus bienes.</p> <p>La empresa fiduciaria, debe atender al mantenimiento del menor, mayor de edad con capacidad de ejercicio restringida o de la persona con discapacidad, con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso.</p>

Fuente: Sistema peruano de información jurídica. Elaboración propia.

**Anexo A-4: Artículo 242 de la Ley General, la regulación actual y la sugerencia de reforma. Personas a desempeñarse como fiduciarios**

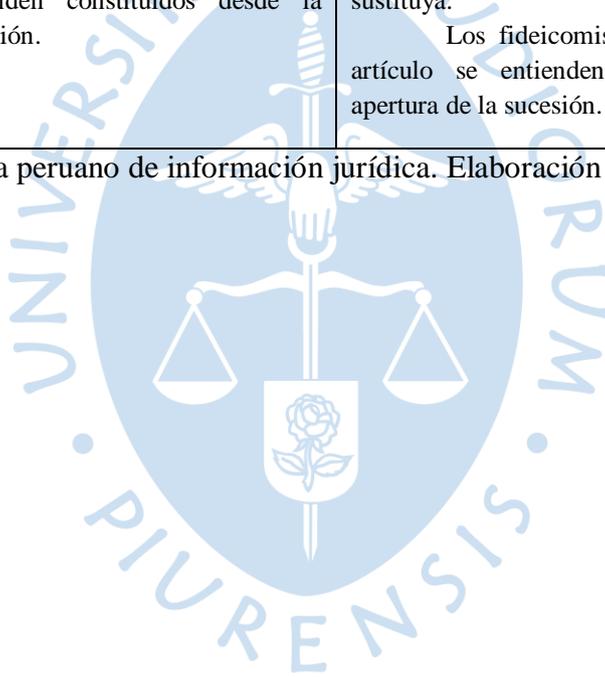
Artículo actual	Sugerencia de reforma
<p>Artículo 242.- Empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios: Están autorizadas a desempeñarse como fiduciarias, COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16, las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso B-5 del artículo mencionado, las empresas del numeral 1 del artículo 318, así como las empresas o instituciones supervisadas por la Superintendencia, cuyo objeto es garantizar, apoyar, promover y asesorar directa o indirectamente a la Micro y Pequeña Empresa (MYPE) de cualquier sector económico. En caso de dolo o culpa grave, la Superintendencia puede disponer la remoción de la empresa o institución fiduciaria y designar a quien ha de sustituirla, si el fideicomitente no lo hiciera dentro del plazo que se señale. Para ejecutar las funciones de fiduciario en fideicomisos de titulización a que se refiere la Ley del Mercado de Valores, las empresas e instituciones del sistema financiero deben constituir sociedades tituladoras.</p>	<p>Artículo 242 Ley General. - Personas a desempeñarse como fiduciarios: Cualquier persona natural o jurídica puede desempeñarse como fiduciario siempre que haya cumplido con los requisitos previstos por la norma, a estos se les denomina fiduciarios generales.</p> <p>La norma puede enumerar una lista taxativa de empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios como COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16, las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso B-5 del artículo mencionado, las empresas del numeral 1 del artículo 318, 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. A este grupo de empresas autorizadas se les asigna el nombre de fiduciarios financieros.</p> <p>En caso de dolo o culpa grave, la Superintendencia puede disponer la remoción de la empresa o institución fiduciaria y designar a quien ha de sustituirla, si el fideicomitente no lo hiciera dentro del plazo que se señale.</p> <p>Para ejecutar las funciones de fiduciario en fideicomisos de titulización a que se refiere la Ley del Mercado de Valores, las empresas e instituciones del sistema financiero deben constituir sociedades tituladoras.</p> <p>Tanto los fiduciarios financieros como generales pueden administrar cualquier tipo de fideicomiso salvo los fideicomisos de titulización, los cuales serán exclusivos de las sociedades tituladoras.</p>

Fuente: Sistema peruano de información jurídica. Elaboración propia.

**Anexo A-5: Artículo 247 de la Ley General, la regulación actual y la sugerencia de reforma. El fideicomiso testamentario no requiere aceptación**

Regulación actual	Sugerencia de reforma
<p data-bbox="280 405 813 465">Artículo 247.- Fideicomiso testamentario no requiere aceptación.</p> <p data-bbox="280 472 813 712">No es requisito para la validez del fideicomiso testamentario la aceptación de la empresa fiduciaria designada ni la de los fideicomisarios. Si aquella declinare la designación, debe proponer a quien la reemplace y si ninguna otra empresa aceptare el encargo, el fideicomiso se extingue.</p> <p data-bbox="280 719 813 817">Los fideicomisos a que se refiere este artículo se entienden constituidos desde la apertura de la sucesión.</p>	<p data-bbox="839 405 1372 465">Artículo 247.- Fideicomiso testamentario no requiere aceptación: No es requisito para la validez del fideicomiso testamentario la aceptación de empresa fiduciaria designada ni la de los fideicomisarios. El testador debe mencionar obligatoriamente en su testamento la existencia de hasta dos sustitutos del fiduciario en caso éste no aceptare el encargo. En caso, ninguno de los presupuestos fiduciarios aceptare, la Superintendencia designará a quien lo sustituya.</p> <p data-bbox="839 790 1372 889">Los fideicomisos a que se refiere este artículo se entienden constituidos desde la apertura de la sucesión.</p>

Fuente: Sistema peruano de información jurídica. Elaboración propia.



**Anexo B: Normativa del ordenamiento uruguayo que ha sido tomado como punto de referencia para su aplicación a la legislación peruana.**

**Anexo B-1: Artículo 101.1 de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores del Banco Central de Uruguay – Última circular N° 2406 del 01 de agosto de 2022. Información sobre socios o accionistas.**

En oportunidad de solicitar la inscripción en el Registro los fiduciarios generales organizados como persona jurídica, que no sean instituciones de intermediación financiera ni sociedades administradoras de fondos de inversión, deberán informar el nombre de sus socios o accionistas directos y de las personas que ejercen el efectivo control, adjuntando la siguiente información y documentación:

- I. Personas físicas: la información requerida por el artículo 101.2.
- II. Personas jurídicas:
  - a. Testimonio notarial del contrato social o del estatuto.
  - b. Cuando se trate de instituciones extranjeras:
    - b.1 Declaración jurada de la institución extranjera, con certificación notarial de firma y representación, explicitando los organismos de control y supervisión del país de origen que tienen competencia sobre la sociedad accionista.
    - b.2 Certificado expedido por la autoridad competente del país de origen o certificado notarial que acredite que la sociedad accionista se encuentra legalmente constituida y que, de conformidad con la legislación de dicho país, no existen restricciones o prohibiciones para que dichas sociedades participen como socias, fundadoras o accionistas de otras sociedades constituidas o a constituirse en el país o en el extranjero.
  - c. Memoria y estados contables correspondientes al último ejercicio económico cerrado, con dictamen de auditor externo, debidamente firmados y con los timbres profesionales correspondientes.
  - d. Calificación de riesgo otorgada por empresa calificadora, si la tuviere.
  - e. Declaración jurada del accionista detallando la cadena de accionistas hasta identificar el sujeto de derecho que ejerce el efectivo control del grupo. No se admitirá que en esa cadena haya sociedades cuyas acciones sean al portador. Dicha declaración deberá contar con certificación notarial de firma y certificado notarial de representación de la persona jurídica.

En caso de juzgarlo necesario, la Superintendencia de Servicios Financieros podrá solicitar información adicional a la señalada precedentemente.

Fuente: IMPO-Centro de Información Oficial de Uruguay.

**Anexo B-2: Artículo 101.2 de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores del Banco Central de Uruguay – Última circular N° 2406 del 01 de agosto de 2022. Antecedentes personales y profesionales.**

La solicitud de inscripción de los fiduciarios generales deberá acompañarse con los datos identificatorios (nombre completo, fecha de nacimiento, domicilio particular, dirección de correo electrónico, teléfono, fax y documentación probatoria de la identidad emitida por el país del cual es ciudadano natural y por el país del cual es residente, en caso de existir) y cargo a desempeñar de cada una de los integrantes del personal superior adjuntando, además, la siguiente información y documentación:

- a. *Curriculum vitae*, que deberá incluir un detalle del nivel de educación, cursos de capacitación y experiencia laboral. Se deberá incluir, asimismo, la información necesaria para poder verificar los antecedentes proporcionados.
- b. Declaración jurada sobre su situación patrimonial, con indicación de bienes, derechos y deudas bancarias y no bancarias y la existencia de gravámenes que recaigan sobre aquéllos. La fecha de la declaración jurada no podrá tener una antigüedad mayor a 3 (tres) meses. Dicha declaración deberá estar acompañada de certificación notarial de la firma del titular.
- c. Declaración jurada con certificación notarial de la firma del titular, detallando:
  - i. La denominación, sede social y giro comercial de las empresas a las que ha estado o está vinculado, en forma rentada u honoraria, como socio o accionista, director, directivo, síndico, fiscal o en cargos superiores de dirección, gerencia o asesoría, sea esta situación directa o indirecta, a través de personas físicas o jurídicas de cualquier naturaleza. En particular, se deberá consignar si alguna de las empresas a las que ha estado vinculado ha dado quiebra, incluso si la misma se produjo dentro del año posterior a su desvinculación.
  - ii. Si ha sido condenado a pagar indemnizaciones en juicios civiles iniciados en su contra, como consecuencia de su actividad laboral y profesional y si tiene procesos pendientes en esta materia.

- iii. Si ha sido sancionado o si está siendo objeto de investigación o procedimientos disciplinarios por organismos supervisores y/o de regulación o autorregulación financiera.
  - iv. En caso de ser profesional universitario, si está o estuvo afiliado a algún colegio o asociación de profesionales, indicando el nombre de la institución y el período de afiliación. Asimismo, deberá declarar que no le ha sido retirado el título habilitante para ejercer su profesión, así como si ha recibido sanciones por parte de autoridad competente por contravenir normas o códigos de ética de asociaciones profesionales.
  - v. Si está sujeto a algún proceso judicial penal o ha recibido alguna condena en sede penal.
  - vi. No encontrarse comprendido en las causales de inhabilitación mencionadas en el artículo 23 del Decreto Ley N° 15.322 de 17 de setiembre de 1982, en la redacción dada por el artículo 2° de la Ley N° 16.327 de 11 de noviembre de 1992.
- d. Certificado de Antecedentes Judiciales expedido por el Ministerio del Interior. En el caso de personas físicas que residen o hayan residido en el extranjero, deberán presentarse los certificados de carácter equivalente que extienda la autoridad competente del país donde reside y de aquéllos donde ha residido en los últimos 5 (cinco) años.

En caso de juzgarlo necesario, la Superintendencia de Servicios Financieros podrá solicitar información adicional a la señalada precedentemente.

Fuente: IMPO-Centro de Información Oficial de Uruguay.