



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# FIDEICOMISO BANCARIO Y TRUST ANGLOSAJÓN: ¿UNA ACERTADA CONJUNCIÓN? IMPLICANCIAS EN EL DERECHO FAMILIAR Y SUCESORIO PERUANO

Rosario de la Fuente-Hontañón

Lima, setiembre del 2014

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Privado, Área de Derecho romano y Derecho civil

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.



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución-  
NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

**FIDEICOMISO BANCARIO Y TRUST ANGLOSAJÓN, ¿UNA ACERTADA  
CONJUNCIÓN? IMPLICANCIAS EN EL DERECHO FAMILIAR Y SUCESORIO  
PERUANO**

Rosario de la Fuente y Hontañón <sup>1</sup>

Sumario: 1. Introducción.- 2.-El fideicomiso bancario, la sustitución fideicomisaria y el *trust* anglosajón-3.- Conclusiones

**INTRODUCCIÓN**

La lectura y análisis de la Resolución n°1139-2013-SUNARP-TR-L, referida a la inscripción de unos poderes otorgados por personas naturales en calidad de beneficiarias de un fideicomiso -en realidad de un *trust*- constituido de conformidad con las leyes del Estado de California, por la familia Newman (The Newman Family Trust), y la de la Casación n° 24-2006-Ucayali en donde ante un supuesto de división y partición de la herencia, la Corte Suprema confirma – a propósito de la colación- que la naturaleza jurídica del *trust* impide la futura colación de los bienes, ha sido lo que ha motivado que volviera sobre la figura del fideicomiso pero ahora relacionándola con la otra del *trust* anglosajón y es lo que ha llevado a plantearme la pregunta que sirve de título al presente artículo. Volveremos sobre ellas más adelante.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad de Cantabria (España). Profesora Ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Área de Derecho Romano y Derecho civil.



Como he repetido en otras ocasiones (de la Fuente y Hontañón (coord.), 2012: 39), el fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias son instituciones poco conocidas en el Perú, con escasos estudios de conjunto sobre la materia, si bien en estos últimos años la figura del fideicomiso bancario<sup>2</sup>, bajo el amparo de la Ley 26702, ha cobrado una gran fuerza e interés concentrándose en operaciones comerciales y dentro de éstas fundamentalmente en operaciones de infraestructura. Se utiliza cada vez más para el sector inmobiliario, para financiamiento de proyectos, para apoyo a la construcción, utilizando con frecuencia el fideicomiso de garantía y el de Titulación de activos, regulado en el título XI de la Ley del Mercado de Valores (LMV). Ahora bien, hemos visto en nuestro país la utilidad de la figura fideicomisaria se ha utilizado en el desarrollo de la minería; en la experiencia con el gas de Camisea; en la gestión de Antamina; en el proyecto Olmos; en la carretera Interoceánica; en el Puerto del Callao; en el Proyecto Red vial 6 Pucusana-Ica, donde el concesionario de la carretera (CASA) adquiere el derecho del cobro del peaje y la obligación de construir la carretera a Ica, y en fin, el fondo para la Estabilización de los precios de los combustibles; o por último, el Proyecto de agua potable y alcantarillado en el distrito de Kishuara, en Andahuaylas, Apurímac.

En el presente trabajo me fijaré de manera especial en las figuras del fideicomiso bancario, regulado en la Ley 26702, para verificar la afirmación que es común en la doctrina de que la figura anglosajona del *trust* ha sido exportada en los países latinoamericanos con el nombre de *fideicomiso*. Del mismo, analizaré la figura de las sustituciones fideicomisarias (no reguladas en nuestro Código civil) –como una especie del fideicomiso-, que aunque son poco utilizadas en nuestro país (en la praxis testamentaria las encontramos), de ellas se pueden obtener muchos beneficios, en vistas sobre todo a proteger el patrimonio del causante que en aras de su autonomía privada quiera disponer del mismo en beneficio de la familia, o de determinadas personas para el supuesto de que no haya herederos forzosos, o en tantos otros que puedan presentarse. Además se

---

<sup>2</sup> CFR. BÉRTOLI BRYCE, N. (2012) “El fideicomiso como herramienta facilitadora de negocios. Apuntes para una mayor utilización”, en Revista ITA IUS ESTO, [www.itaiusesto.com](http://www.itaiusesto.com); cfr. ESCOBAR ROZAS, Freddy, (2004), “Breve ensayo sobre el dominio fiduciario en el sistema jurídico peruano” en *Revista Themis* 48, Lima y “Tradiciones, transplantes (sic) e ineficiencias: el caso del “fideicomiso peruano”, en *Ius et Veritas*, 32 (2006) pp. 105-138, donde el autor señala que la Ley de Bancos, Ley 26702, y la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo 861, introdujeron en el Perú la versión latinoamericana del *trust*, el así denominado “fideicomiso”; Cfr. PIZARRO ARANGUREN, L. (2001), “Acercamiento a los negocios fiduciarios: tratamiento legal del Fideicomiso en la legislación peruana”, en Anibal Alterini (coord.), *Instituciones de Derecho Privado. Contratación contemporánea*, Lima, Bogotá: Pallestra, Temis, pp. 229-246; Cfr. SAAVEDRA VELAZCO, R.E. (2013) “¿Transmisión hereditaria o mecanismo para-sucesorio?: Reflexiones sobre las posibilidades aplicativas del fideicomiso”, en [http://works.bepress.com/renzo\\_saavedra](http://works.bepress.com/renzo_saavedra)

verán las ventajas que puede aportar el fideicomiso testamentario en tutela del interés familiar, teniendo en cuenta los límites generados por los principios de orden público que limitan la autonomía privada en nuestro régimen sucesorio.

## EL FIDEICOMISO BANCARIO, LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y EL TRUST ANGLOSAJÓN

I. El origen romano de la figura del fideicomiso se sitúa en el contexto de las disposiciones *mortis causa*. Cualquiera que no quisiera o pudiera hacer testamento pedía a algún amigo que ejecutara su última voluntad y así, sobre la base de estas peticiones, va a surgir la figura del fideicomiso como un deber moral de realizar la voluntad del causante, como aquellos encargos de confianza, rogados sin una forma especial, dentro o fuera del testamento. La autonomía de la disposición fideicomisaria se manifiesta en la voluntad del fideicomitente o disponente para que tenga efecto, en primer lugar, respecto al fiduciario y sucesivamente en relación al fideicomisario.

El fideicomiso que nos interesa para este trabajo es el llamado universal o de herencia, y tiene su origen cuando el heredero fiduciario recibe la *hereditas*, con el gravamen de restituirla al fideicomisario, en caso de cumplirse una condición o dentro de un determinado plazo. Lo que me importa es resaltar que el fideicomiso universal va a chocar con los principios del Derecho civil romano, en concreto con la regla *semel heres semper heres*, que desconocía cualquier tipo de herencia sucesiva. El Derecho romano pretendía con esta regla evitar aquellas sustituciones en las que se designaba un segundo heredero para suceder al que había sido instituido en primer lugar, después de haber disfrutado éste de la herencia durante un cierto tiempo.

Los fideicomisos reciben reconocimiento jurídico bajo el mandato de Augusto, porque hasta este momento el fideicomisario quedaba desprotegido frente al fiduciario, y podemos decir que entra, por lo tanto, al mundo del Derecho. Con Augusto se encarga a los cónsules el cumplimiento y exigencia de aquellos fideicomisos en los que fuera evidente el fraude del fiduciario, y con Claudio se crean dos pretores fideicomisarios. Es a raíz de su reconocimiento jurídico, que el fideicomiso alcanza un gran desarrollo y difusión, como queda demostrado en la amplia jurisprudencia clásica recogida en las fuentes.



II. Es muy acertada la idea que nos transmite Cuenca Boy [(Prólogo: 16, de la Fuente y Hontañón, R. (2012)], cuando destaca que las instituciones jurídicas nacen y se desarrollan en la historia y en muchos casos se entranan con la vida de las personas, y aunque pueda parecer que languidecen, cosa que sucede por múltiples causas sociales y económicas (nunca sólo por la voluntad del legislador), están prestas a renacer cuando se las necesita. Es evidente, que las instituciones jurídicas se imponen por su utilidad y trascendencia, por ello veremos que pese a la prohibición por el Código Civil de 1852, de que se “instituyan herederos fideicomisarios”, en la actualidad, la herencia fideicomisaria se asoma por el art. 740 del Código en vigencia.

Si bien, el Código Civil peruano de 1852 – por la fuerte influencia del *Code* napoleónico – prohíbe a los testadores "instituir herederos fideicomisarios" (art. 703, 2), el de 1936 no regula la sustitución fideicomisaria, es decir, guarda silencio sobre ella pese a que no anduvo muy lejos de admitirla a semejanza de Códigos como el chileno (art. 1164), el suizo (art. 488, 1) o el brasileño de 1916 (art. 1733). El jurista Emilio Valverde fue el único gran defensor de la introducción de la sustitución fideicomisaria en el Código civil de 1936, y opinaba que la crítica que pudiera hacerse a la institución, de que con ella se inmovilizaba la propiedad, se desvanecía con el argumento de que al morir el instituido, toda la herencia era devuelta al sustituto, y de este modo, automáticamente cesaba la condición de vinculación sobre el patrimonio del instituido, objeto de la sustitución. En mi opinión, hubiera sido un acierto su incorporación, porque en la vida práctica, los testadores han constituido fideicomisos y establecido sustituciones fideicomisarias, al haber sido admitidas las figuras por los notarios y Tribunales de Justicia (de la Fuente y Hontañón, R. (2012): 211-230). El vigente Código de 1984 tampoco regula esta figura y alguna doctrina interpreta ese silencio como una especie de prohibición tácita, donde no cabe su admisión (Lohmann Luca de Tena: 1997, pp.43-49). El actual Código civil de 1984, solamente regula la sustitución directa o vulgar en la institución de herederos o legatarios. Ni la fideicomisaria, ni la pupilar y ejemplar han sido contempladas por el nuevo Código, aunque es cierto que no han sido expresamente prohibidas.

Ahora bien, si la sustitución fideicomisaria no está regulada en el vigente Código civil, la pregunta que nos hacemos es ¿significa esto que tampoco existe en el derecho efectivamente vivido y practicado? He podido comprobar que el testador, sobre la base de la autonomía privada, introduce determinadas cláusulas con condiciones y plazos, suspensivas o resolutorias, y tanto los

jueces como los fiscales han disfrazado a las sustituciones fideicomisarias como sustituciones vulgares.

Como prueba de ello presento algunos testimonios, como el de un testamento otorgado en noviembre de 1900 que incluye la cláusula *si sine liberis decesserit* (“si falleciese sin hijos”) (en *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia*, (1912) Tomo VII, Lima : pp. 398 a 408); otro otorgado, en 1922, que acoge esta misma condición e impone a los herederos la prohibición expresa de vender la herencia (El testamento es del año 1922, de D. Juan Alvarado Sánchez Carrión, y los juicios se inician en el año 1944; de acuerdo con el art. 1830 del Código civil de 1936, los derechos a la herencia del que hubiere fallecido antes de hallarse en vigor el nuevo Código civil, deben regirse por las leyes anteriores a ese Código, por lo que se aplica para este caso lo dispuesto en el Código civil de 1852). En este caso, la condición impuesta por el testador supone, por lo tanto, una restitución de la herencia después de la muerte del heredero fallecido sin hijos. En la voluntad del testador se encuentra la idea de no querer que esos bienes se dispersen en favor de parientes más lejanos, o quizás que llegue a manos extrañas (de la Fuente (2012): 218-226)

En tiempos más recientes, un testamento de 1981 (Resolución Registral N° 434-97-ORLC/TR, Lima 16 de octubre de 1997; Testamento de Lenka Klokoc Savinovic de Revoredo, en Registro de Testamentos, Partida 23024942, pp.1 y 2, Ficha 8908, Lima 9 de julio de 1981) . A mi juicio, la disposición de la testadora de que “al fallecimiento de su esposo los bienes que deja pasen a sus nietos”, sin imponer obligación alguna de conservarlos, ni prohibición alguna de enajenar, tiene los rasgos de un fideicomiso de residuo, entendido como una especie de sustitución fideicomisaria de residuo, donde el fiduciario puede, gastar, consumir y disponer de los bienes fideicomitidos en su personal y exclusivo interés y beneficio, y hace suyos los frutos. La finalidad que buscaba la testadora con esa disposición era clara: en primer lugar, quería beneficiar al marido, pero con la condición de que a su muerte “los bienes que deja” pasaran expresamente a favor de su nieto Mirko Gonzalo Revoredo de Rutte y los hermanos de éste sin determinación de los nombres y apellidos. Si bien, la testadora nombró solamente a un nieto, fue su voluntad que se beneficiara también “a los hermanos en línea paterna de aquél nieto”, y ésta disposición incierta e indeterminada es la que observa el Registrador de la propiedad inmueble de Lima.

Por último, un testamento de 1996 incluye también otra sustitución fideicomisaria (Diario oficial El Peruano, pág. 266400-02, Lima 9 de abril de 2004), donde Dolores Fuentes Valencia dispuso en la cláusula 5ª “que fueran herederas sus dos hermanas Hortencia y Guillermina “hasta el



fin de sus días”, y que cuando hayan muerto las dos, la herencia será para otras tres personas, respectivamente en un 40%, un 50% y un 10%. A la muerte de la testadora, a las hermanas herederas se les transfiere la masa hereditaria pero bajo el término de “hasta el fin de sus días”. Se trata, por lo tanto, de una herencia dejada a término cierto, la muerte de las herederas fiduciarias. Una vez fallecidas las hermanas, herederas voluntarias, la masa hereditaria deberá pasar a los sustitutos, en el porcentaje dispuesto por la testadora. Su voluntad es clara y no permite otra interpretación que la literal, al querer establecer una sustitución fideicomisaria: las hermanas herederas lo fueron “hasta el fin de sus días”, lo que significa, en principio, que no podían disponer definitivamente de los bienes hereditarios, en particular *mortis causa*. El plazo se identifica con la vida de las instituidas, de manera que la disposición testamentaria se aplica en la forma más adecuada para que produzca efecto cumpliéndose la voluntad de la testadora. En suma, en el supuesto planteado existe una sustitución fideicomisaria a término en que la entrega de los bienes ha de llevarse a cabo cuando llegue el día señalado. La restitución o tránsito de los bienes de las herederas fiduciarias a los herederos fideicomisarios se produce con término *certus an et incertus quando* (la muerte es siempre cierta, lo que no se sabe con exactitud es cuándo llegará).

El análisis realizado líneas arriba me lleva a concluir que la Jurisprudencia peruana ha optado por admitir implícitamente la viabilidad de ambas figuras, la del fideicomiso y la de la sustitución fideicomisaria, únicamente para el caso de los herederos voluntarios y de los legatarios, al poder insertar en los testamentos condiciones, plazos y cargos que no sean contrarios a la ley o las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

III. Pasaré ahora a ocuparme de los países que recibieron las figuras tratadas, porque hubo una recepción del fideicomiso romano entre algunos de los Códigos americanos, como fue el caso de los Códigos civiles de Chile, Argentina y Brasil.

El primero de ellos, entró en vigor en 1857, y trata de las sustituciones en el libro III (“De las sucesiones por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos”), título IV (“De las asignaciones testamentarias”), & 9: arts. 1156 a 1166. Así, la sustitución fideicomisaria, se define en el art. 1164, como “aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria”; añade este precepto que “la sustitución fideicomisaria se regla por lo dispuesto en el título *De la propiedad fiduciaria*”, es decir, en el Libro II (“De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”), título VIII, arts. 732 a 763. Combinando el art. 1164 con los preceptos correspondientes sobre la

propiedad fiduciaria resultan estos elementos de la sustitución fideicomisaria en el Código chileno: a) dos llamadas sucesivas (art. 1164); b) obligación de conservar la integridad y valor de las especies comprendidas en el fideicomiso (art. 758,1); c) obligación de restituir (art. 733,1 y 4, art. 751, art. 754) (Cuenca Boy: 2004, 196-207)

El fiduciario es un propietario bajo condición resolutoria. Sus facultades se extienden a la enajenación entre vivos y la transmisión *mortis causa* de la propiedad fiduciaria en cuanto tal, aunque manteniéndola indivisa y sin perjuicio del gravamen de restitución (art. 751,1). La condición resolutoria del derecho del fiduciario es su propia muerte, producida ésta cesa su derecho y no puede, por lo tanto, transmitirlo a sus herederos. Acerca de las especies objeto de la restitución, el fiduciario tiene los derechos y deberes del usufructuario con algunas importantes excepciones que marcan la diferente naturaleza de las titularidades jurídicas respectivas (art. 754). La principal de ellas consiste en que en principio el fiduciario no está obligado a prestar caución de conservación y restitución, sino sólo en virtud de sentencia judicial que así lo ordene como providencia conservatoria (arts. 755 y 761). En cambio, sí que estaría obligado a hacer inventario al igual que el usufructuario (art. 775: “inventario solemne a su costa”). Por lo demás, puesto que sus derechos son los mismos que los del usufructuario, el fiduciario hace suyos los frutos del fideicomiso, siendo como es su propietario.

El fideicomisario tiene únicamente una *expectativa* de adquisición pendiente del cumplimiento de la condición. Así lo señalan, el art. 733,1:

“Se llama *propiedad fiduciaria* la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición”, y sobre todo el art. 761,1:

“El fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo”. Por lo que el derecho del fideicomisario es siempre de naturaleza condicional, pues incluso en el supuesto de que la restitución esté fijada para el momento de la muerte del fiduciario es incierto que vaya a cumplirse el requisito exigido por el art. 738,1: que el fideicomisario exista a la época de la restitución: “El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario, o su sustituto, a la época de la restitución”. “A esta condición de existencia pueden agregarse otras copulativa o disyuntivamente”.

La expectativa del fideicomisario no se transmite *mortis causa* en el caso de que el fideicomisario haya fallecido antes de la restitución (art. 762).



De igual modo, el Código civil argentino recoge la figura fideicomisaria, pero solamente existe la posibilidad de establecer fideicomisos de objeto singular (art. 2662, Libro III, tít. 7, “Del dominio imperfecto”) que pueden ser creados por contrato o por testamento. La sustitución fideicomisaria va a ser prohibida expresamente, al igual que en el Código civil peruano de 1852, queda regulada en el art. 3723: “el derecho de instituir un heredero no importa el derecho de dar a éste un sucesor”. Rechaza, por lo tanto, la posibilidad de instituir a alguien como sucesor a título universal, es decir, como heredero, imponiéndole la carga de serlo sólo como fiduciario. Es por ello, que será declarada nula toda disposición por la cual el heredero o el legatario estén encargados de conservar y entregar a un tercero los bienes recibidos.

Resulta de interés recoger el contenido del art. 2662:

“Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

El texto fue reformado por la ley 24.441, de 1993, relativa al “Financiamiento de la vivienda y la construcción”. El texto anterior decía: “dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso particular (...)”. Con motivo de la nueva ley 24.441, la doctrina argentina se plantea la disyuntiva entre la unidad o pluralidad de regímenes del dominio fiduciario. De un lado, para los que siguen el criterio del sistema único se invocan diferentes normas de la ley 24.441 (entre ellas, los arts. 52, 73, 74, 97), de las que se infiere la abrogación del régimen del dominio fiduciario conformado por el Código Civil [(Puerta de Chacón, niega “...la existencia de una dualidad de régimen (...) existe un único régimen, cuya elasticidad permite comprender al dominio fiduciario pensado por Vélez (...)]. Por otro, como advierte López de Zavalía, que se adscribe al sistema dual [(citado por Alterini, J. H. y Alterini, I. E. (2010), La Ley):

“La ley 24.441, con relación al fideicomiso, tiene dos órdenes de artículos. Por un lado, están los arts. 1 a 26 inclusive, que funcionan como legislación especial, estableciendo la regulación del ‘nuevo’ fideicomiso con ingredientes anglosajones (trust); por el otro, están los arts. 73 y 74, el primero de los cuales sustituye el art. 2662 del Código Civil, en tanto que el segundo agrega un párrafo al art. 2670 del mismo. Mención aparte merece el art. 97 que abarca toda la normativa de la ley, la que no se reduce, por cierto, a legislar sobre fideicomiso (...) a) El legislador que emplea el ‘sustitúyese’ manifiesta una pretensión de convivencia entre lo sustituyente y lo que queda no sustituido, pues de otro modo no habría verdadera sustitución, al no ocuparse la posesión normativa de convivencia que tenía el texto sustituido. b) De similar entidad es el ‘agregase’ que no lleva en sí ínsita ninguna supresión, sino el añadir una norma que entra a conjugarse con otras, por hipótesis no derogadas (...) La letra del nuevo art. 2662 es suficientemente elástica

como para dar cabida a los dos dominios fiduciarios, cada uno con sus reglas propias (...) Es verdad que el art. 97 de la ley 24.441 dispone: ‘Déjase sin efecto toda norma legal que se oponga al contenido de la presente ley’ (...) estamos ante dos regulaciones del dominio modal, que no entran en oposición, pues cada una funciona en un área distinta (...) si no se acepta la subsistencia del viejo dominio fiduciario de Vélez, quedan sin explicación numerosos textos del Código que han quedado intocados y se produce una incoherencia dentro del sistema (...) Los arts. 3723/4 y 3731/2 permanecen intocados. Está prohibido un fideicomiso que tenga como plazo incierto el día del fallecimiento del dueño fiduciario (...) Esos textos resultan inaplicables al fideicomiso de la ley 24.441, por esfuerzos que se hagan. Lejos de prohibirse la sustitución de fiduciario para el caso de fallecimiento de este, el art. 10 prevé el reemplazo del mismo ...”.

En vista del planteamiento presentado por ambas posturas me inclino por la que sigue el sistema dual, al tratarse de dos regulaciones, del dominio fiduciario, que no son incompatibles entre sí, “cada uno con sus reglas propias”

Por último, el Código civil brasileño, que entró en vigor en el 2003 y dejó de lado al célebre de 1916, de gran influencia romanista, dedica a la sustitución fideicomisaria los artículos, 1951-1960, comprendida dentro del Libro V: Do Direito das Sucessões, Título III: Da Sucessão Testamentária, Cap. IX: Das Substituições, Seção II: Da Substituição Fideicomissária. En el art. 1951 permite al testador “instituir herederos o legatarios, estableciendo que, a su muerte, la herencia o legado se transmita al fiduciario, resolviéndose el derecho de éste, por su muerte, en un cierto tiempo o bajo cierta condición, en favor de otro, que se califica de fideicomisario”. De acuerdo al precepto, son tres los requisitos que configuran la sustitución fideicomisaria: 1) el doble llamamiento; 2) el orden sucesivo y 3) la obligación de conservar y restituir en su momento al fideicomisario. El art. 1953, indica que “el fiduciario tiene la propiedad de la herencia o el legado, pero limitada y resoluble”, por lo que el fiduciario se comporta como un propietario *pleno iure*, tiene el señorío pleno sobre el patrimonio fideicomitado, pero sólo hasta que tenga lugar la sustitución. En definitiva, el fiduciario es un propietario bajo término o condición resolutoria, mientras que el fideicomisario lo será bajo término o condición suspensiva. Además, el fiduciario tiene la obligación de hacer inventario de los bienes gravados, y a prestar caución de restituirlos si el fideicomisario se lo exige.

La propiedad resoluble es regulada en los artículos 1359-1360:

“Resuelta la propiedad por el cumplimiento de la condición o por la llegada del término, se entienden también resueltos los derechos reales concedidos en su pendencia y el propietario, en cuyo favor se opera la resolución, puede reivindicar la cosa del poder de quien la posea o detente”



Asimismo, el Código regula la propiedad fiduciaria en los artículos 1361-1368-A.

Algo novedoso y de interés, se plasma en el artículo 1952, al prever que si al tiempo de la muerte del testador ya hubiera nacido el fideicomisario adquiere en propiedad los bienes fideicomitados, lo que le convierte en usufructuario directo del fiduciario:

“A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário”.

III. El fideicomiso testamentario, que no ha encontrado cabida en el Código civil peruano, existe en la legislación bancaria peruana -desde 1931 cuando se promulga la primera Ley de Bancos, mediante Decreto Ley N° 7159- hasta la fecha, con la publicación de la Ley 26702, donde el fideicomiso encuentra un cauce adecuado para su utilización.

La definición del fideicomiso bancario, en el art. 241, es más amplia que la dada anteriormente, sin embargo, mantiene el desacierto de incluir el término “persona” en referencia al banco o entidad crediticia autorizada. Dice así:

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

Puede constituirse por contrato o testamento. De esta manera, el fideicomiso cabe entenderlo desde dos vertientes, una, como negocio jurídico bilateral, es decir, como contrato y otra, como negocio jurídico unilateral, expresado en el testamento, teniendo en cuenta además que el fideicomiso testamentario no requiere de aceptación, art. 247. De esta manera, el fideicomiso bilateral es de naturaleza consensual, con unos efectos reales, al recibir el fiduciario unos bienes que quedan vinculados al cumplimiento de un fin específico, a favor del mismo fideicomitente o del fideicomisario. De la actual definición, se deduce que todo fideicomiso, como negocio jurídico, tiene una finalidad específica, que debe cumplirse como causa concreta y específica del mismo; el banco fiduciario debe garantizar dicho cumplimiento en su función de dueño, y debe actuar con transparencia y dar seguridad a las personas que intervienen en el negocio.

Un sector de la doctrina peruana reconoce que con el fideicomiso bancario sí se ha creado un nuevo derecho real [(Pizarro Aranguren (2001): 229-246)]. En sentido contrario, otra doctrina (Escobar Rozas (2006): 105-138) considera que con el fideicomiso bancario no se ha creado un “nuevo derecho real” del fiduciario, porque “colisiona con uno de los efectos más importantes del fideicomiso local: la constitución del “patrimonio autónomo”. Si tal patrimonio carece de dueño, de titular, “resulta imposible afirmar la existencia de “derechos reales” sobre cosas sin dueño.

Hechas estas aclaraciones, mi postura apuesta por reconocer que el patrimonio fideicomitado que recibe el fiduciario, sí es un patrimonio que tiene un dueño, pero ésta propiedad efectivamente no es la recogida en el art. 923 del Código civil peruano, sino que se trata de una propiedad fiduciaria, resoluble, que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, cuando se verifique una condición o se cumpla un término. Es lo que establece el art. 252 de la Ley 26702:

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

En la definición del fideicomiso, art. 241:

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

El legislador utiliza la expresión “el fideicomitente transfiere” bienes en fideicomiso, pero en la definición se podría hablar, más que de “transmisión” de bienes, de “destinación de bienes”, como lo hace también la legislación mejicana porque de lo que se trata es que se afecten esos bienes a la finalidad prevista y querida por el fideicomitente.

En apoyo de mi postura, una interesante sentencia de la Corte Suprema, que ha declarado fundada la Casación 492-2009-Ica, de 25 de setiembre del 2009, sobre tercería de propiedad, interpuesta por La Fiduciaria Sociedad Anónima (fiduciario), contra Electro Sur Medio Sociedad Anónima Abierta (fideicomitente), siendo el fideicomisario, Dunas Energía Sociedad de Responsabilidad Limitada, dando a conocer los errores de los Juzgados precedentes, donde tanto el *A quo* como el *Ad quem*, han considerado que “la Fiduciaria no tiene derecho a defender el



patrimonio fideicomitado a través de la tercería de propiedad”, puesto que conforme al art. 533 del Código procesal civil, queda limitada la tutela sólo a la *propiedad plena*, por lo que se niega tal mecanismo procesal al *dominio fiduciario*, al negar por lo tanto “que mediante el fideicomiso se transmita derecho de propiedad alguna”. De esta manera, se niega al fiduciario “la posibilidad de solicitar y obtener tutela jurisdiccional del patrimonio fideicomitado del cual es titular”. El *Ad quem*, que no ha cumplido con motivar adecuadamente la sentencia, “sin mayor fundamento sustenta su decisión señalando que la actora no ejerce el derecho de propiedad en su plenitud (...) además de no analizar correctamente la institución del fideicomiso en su integridad”. En el contrato de fideicomiso de fuente de pago se establece en la cláusula tercera, que “el patrimonio fideicomitado (...) conformado por la totalidad de los derechos de cobro sobre las sumas de dinero que le corresponda percibir al fideicomitente (...) será transferido a La Fiduciaria para su administración”. Se declara nula la sentencia de vista y se ordena el reenvío para que la Sala Civil Superior emita un nuevo pronunciamiento.

Como el tema de la naturaleza de la transferencia del dominio fiduciario no ha sido pacífico, en esta andadura de la Ley 26702, me parece interesante mencionar que después de doce años, en el 2008, la SUNARP aprobó la directiva n° 007-2008-SUNARP-SN, para regular la inscripción de los fideicomisos, donde destaca que sí se existe un verdadero derecho real a favor del fiduciario y que la inscripción de la transferencia de dominio, se hará en este rubro. Veamos lo que dice:

- a) “Son susceptibles de ser transferidos en fideicomiso toda clase de bienes muebles, inmuebles, cantidades de dinero o derechos, presentes o futuros; y que la transferencia de los mismos se realiza a favor del fiduciario no en propiedad, absoluta y plena, sino en dominio fiduciario, que importa una cesión de dominio condicionada a una finalidad específica: que el fiduciario utilice o administre el patrimonio fideicomitado para los fines o conforme al destino previsto en el instrumento constitutivo”.
- b) “La precisión de la naturaleza de la transferencia que opera en virtud del fideicomiso es de extrema relevancia en sede registral, tanto porque se ha advertido discrepancias al respecto en la calificación registral, como por que ello permitirá ubicar adecuadamente, en la estructura de la partida registral, los correspondientes asientos de inscripción”.
- c) “(...) tal dominio fiduciario viene a constituir un verdadero derecho real a favor del fiduciario, quien lo mantiene en tanto no sea declarado nulo o en tanto no haya culminado el fideicomiso. En ese sentido, corresponde asumir en sede registral, que la transferencia de bienes en fideicomiso, opera como una cesión de dominio, y en virtud de ella el fiduciario está facultado a transferir, enajenar, constituir derechos y gravar los citados bienes”.
- d) “Habiendo asumido, pues, que la transferencia en fideicomiso importa una transferencia de dominio, incluso en el caso de los Fideicomisos en Garantía, en los que se mantiene la

naturaleza de la transferencia y tan solo varía la finalidad de la misma, su inscripción deberá efectuarse en el rubro “títulos de dominio” y no, como venía efectuándose hasta la fecha, en el rubro “cargas y gravámenes”; con la salvedad de los supuestos de transferencia en fideicomiso de créditos con garantías reales, los que se inscribirán en el rubro “cargas y gravámenes”.

- e) Y por último, “en virtud del fideicomiso el fideicomitente transfiere a favor del fiduciario el dominio fiduciario de un bien, o de un conjunto de bienes o derechos, para el cumplimiento de un fin determinado en beneficio del propio fideicomitente y/o de uno o más fideicomisarios.

La transferencia de bienes en fideicomiso, incluso en el caso de los fideicomisos en garantía, se inscribe en el rubro “títulos de dominio” de las partidas registrales de los respectivos bienes.

No obstante, cuando se transfiera en fideicomiso créditos con garantías reales, la cesión de los derechos de acreedor sobre tales gravámenes, se inscribe en el rubro de “cargas y gravámenes”.

En cuanto a la duración del fideicomiso, de acuerdo al art. 251, el plazo máximo de un fideicomiso es de treinta años, con algunas excepciones entre las que se encuentra la del fideicomiso vitalicio, en beneficio de fideicomisarios determinados que hubieran nacido o estuviesen concebidos al momento de constituirse el fideicomiso, por lo que el plazo se extiende hasta la muerte del último de los fideicomisarios.

Es de interés para el Derecho sucesorio la posibilidad contemplada en el art. 244, 2 al prever que el fideicomitente pueda constituir en fideicomiso los bienes que afecten a la legítima de alguno de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad.

IV. ¿Y el *trust*? ¿Cómo surge esta figura? ¿Tiene autonomía propia? ¿Proviene también del Derecho romano? Zimmermann, se pregunta si el *trust* es una especialidad del Derecho inglés, y responde que si bien, es un lugar común el afirmar que es una figura que pertenece al *Common Law*, “esta opinión precisa hoy ser revisada” (Zimmermann (2009): 82-90). Considera a los *trusts* como una creación de la práctica jurídica, “la *existencia* de *trusts* precedió al concepto de *trust* en siglos”. Es a partir del siglo XIX cuando aparecen los primeros tratados como una institución jurídica independiente.



En el Convenio de la Haya, de 1° de julio de 1985, sobre la Ley aplicable al *trust* y sobre su reconocimiento, se parte de la consideración de que el “*trust* tal como ha sido desarrollado por los tribunales de equidad en los países de *common law* y adoptado por otros países con ciertas modificaciones, es una institución jurídica específica”. Así, la doctrina mayoritaria señala que en algunos países de Hispanoamérica es conocida esta figura como “fideicomiso” (González Beilfuss (1997): 153).

En el art. 2 del Convenio se define al *trust*:

“se refiere a las relaciones jurídicas creadas - por acto *inter vivos* o *mortis causa* - por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado.

El *trust* posee las características siguientes:

- a) los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*;
- b) el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*;
- c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga.

El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un *trust*”.

Como acabamos de decir, aunque se suele traducir *trust* por “fideicomiso hispanoamericano”, no podemos equiparar el *trust* anglosajón con el fideicomiso bancario peruano, porque el Derecho de propiedad inglés tiene unas características especiales, y “mantienen una dualidad de ordenamientos jurídicos y órdenes jurisdiccionales que ha significado la coexistencia de *Equity* y *Common Law*” (González Beilfuss (1997): 21-23). Asimismo, esta misma autora, remarca que “en el caso del *trust*, *trustee* y *beneficiary* son titulares de facultades distintas sobre unos mismos bienes: el *trustee* tiene el derecho y la obligación de administrar y disponer el bien y el *beneficiary* tiene ciertas facultades de goce y disfrute. La posición de uno y otro depende de lo que establezca el instrumento del *trust*. Tanto los intereses del *beneficiary* como los del *trustee* guardan, no obstante, relación con la propiedad, tal y como se entiende en los sistemas de Derecho civil, y no constituyen *iura in re aliena* como nuestros derechos reales”.

Una diferencia importante entre ambas figuras, el *trust* y el fideicomiso bancario peruano, reside en que la relación entre el constituyente, *trustee* y *beneficiary* no es contractual, por lo que

una vez constituido el *trust*, el *settlor* o constituyente desaparece de la relación jurídica. Probablemente, es lo que llevó a afirmar a d'Ors, y me uno a esta postura, 1) que el fideicomiso bancario puede configurarse como una fundación siempre que no implique la personalidad jurídica, extraña al fideicomiso, donde el fiduciario tiene el encargo de cumplir un destino fundacional y no es por lo tanto un negocio fiduciario; 2) que el nuevo fideicomiso pertenece a la tradición latina y no supone una importación del *trust* inglés; 3) que estamos ante una figura altamente progresiva al haber sabido desprenderse tanto de la antigua idea de la transmisión de propiedad fiduciaria, como de la doble propiedad inglesa (d'Ors A., (1982): 414). En este mismo sentido se pronuncia un autor, con apoyo en la doctrina española, (Garrido Melero M., (2004: 739), en cuanto afirma que el *trust* es una institución del derecho de propiedad y no del derecho de contratos, como es nuestro caso. Hay un propietario legal, el *trustee*, y un propietario de equidad, el *beneficiary*, “es decir, quedan disociados los dos componentes del derecho de propiedad: uno jurídico y abstracto (“*legal interest*”), el otro económico y unitario (“*beneficial interest*”)

Todo ello me invita a concluir que quizás el fideicomiso bancario latinoamericano, como figura autónoma, satisface la demanda de desarrollo social y protección de los bienes de la familia – principalmente cuando se trata de un fideicomiso testamentario-, sin tener necesidad de armonizar, para este caso, nuestro sistema civilístico al sistema del *Common Law*.

Nuestros jueces conocen la figura del *trust* anglosajón, prueba de ello es el litigio ventilado en la Casación n° 24-2006-Ucayali, que mencionara al inicio, donde se hace referencia a que la naturaleza jurídica del *trust*, impide la futura colación de los bienes, al haber sido repartido a la muerte del causante en estricto cumplimiento de su voluntad, dividiéndose los fondos del mismo (un cuantioso patrimonio!) en partes iguales entre todos los hijos y la viuda; en la Casación n° 492-2009-Ica, ante una pretensión de Tercería de Dominio por parte del fiduciario, a la que ya hicimos referencia líneas arriba; y por último, tienen un cabal conocimiento los registradores de la propiedad, como queda plasmado en la reciente Resolución n°1139-2013-SUNARP-TR-L. En ésta última, se nos presenta un supuesto de Derecho Internacional Privado, en cuando el “fideicomiso de la familia Newman”, que es un *trust*, donde los señores Newman constituyen un *trust* en vida con sus tres hijos como beneficiarios. Posteriormente, el Sr. Newman dispone en su testamento que el remanente de su patrimonio se integre en tal fideicomiso, aunque en la resolución no se aprecia ninguna indicación acerca del momento y de la circunstancia en la que los fideicomisarios se hacen definitivamente con los bienes de ese *trust* o patrimonio separado. Como la familia Newmann tiene determinados bienes en el Perú, es por lo que se solicita la inscripción de los poderes otorgados en



el extranjero por el *trust* de la familia Newmann (en definitiva, por los tres hijos como beneficiarios), en este caso, en el Registro de Mandatos del Registro de Personas naturales, a favor de dos hermanas de nacionalidad peruana, para que puedan ejercer actos de disposición y administración de aquellos bienes registrados en el Registro de Predios del Callao, a nombre de la mencionada familia.

## CONCLUSIONES

Si quisiéramos resumir los resultados de lo recogido en las páginas anteriores, podríamos decir que:

- a) El fideicomiso bancario peruano ha quedado reflejado como una figura autónoma, con características propias, de forma semejante a como es regulado en países latinoamericanos, como México, Argentina, Costa Rica, El Salvador, entre otros. Lo consideramos como un negocio jurídico nuevo, autónomo especial, creado al tomar como base otras figuras jurídicas como el fideicomiso romano, la fiducia – principalmente *cum creditore*- y el *trust* anglosajón. A diferencia del fideicomiso romano, el fiduciario siempre será, conforme al art. 242, cualquier empresa autorizada que adquiere la propiedad fiduciaria de los bienes, para destinarlos al fin querido por el fideicomitente.
- b) Si bien, el fideicomiso bancario se asemeja al *trust* anglosajón son figuras diferentes y no vemos necesario que Perú ratifique el Convenio de la Haya de 1985. Hasta la fecha ha ratificado solamente el convenio de adopción. Ningún otro país latinoamericano ha ratificado el Convenio de la Haya relativo al *trust*.
- c) Con lo expuesto líneas arriba, nos preguntamos acerca del éxito de la figura del fideicomiso bancario tan utilizado en los últimos años en nuestro país y en los países vecinos como México, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, principalmente con fines de garantía, a los fines de organizar la gestión del patrimonio de las personas a su fallecimiento, utilizando la figura del fideicomiso testamentario, que puede servir para asegurar un futuro a los componentes de la familia y de modo especial a aquellos, quizá incapaces por la minoría de edad o por una cierta discapacidad, para brindarles las oportunidades que la misma puede abrir en este campo.

- d) Sería conveniente una revisión de la actual Ley 26702, para que el fiduciario lo pueda ser también una persona física, y no necesariamente como hasta ahora, solamente una persona jurídica.
- e) Desde el punto de vista del Derecho civil, podemos afirmar con certeza el hecho de que las instituciones jurídicas civiles están dotadas de cierta flexibilidad para estar al servicio de las siempre nuevas e inmanentes necesidades de la protección de la persona.
- f) Vemos la conveniencia de una reforma del Código civil desde la Jurisprudencia, y lograr que el fideicomiso testamentario, regulado actualmente en la mencionada ley especial, -junto a la propiedad resoluble y fiduciaria-, y la sustitución fideicomisaria, se incorporen al Código civil vigente, siempre bajo unas reglas moderadas y rodeada de cuantas cautelas sean necesarias.
- g) Que las figuras del fideicomiso testamentario y la sustitución fideicomisaria se presenten como refuerzo, incluso concurrencia, de las figuras de la tutela y de la curatela en su función de proteger a la persona y al patrimonio de los menores e incapaces (p.ej., un sordomudo, o un enfermo) en el ámbito familiar, incluyendo a aquellos bienes que deban conservarse de la persona que está aún por nacer (*nasciturus*) Por lo que conviene, a su vez, reforzar la cultura de morir testado, lo que facilitaría sobremanera, disponer dentro de la autonomía privada, y con las limitaciones legales previstas, el destino del patrimonio a las personas o entidades que el causante decida.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arespacochaga, J. de (2000). Marcial Pons (Ed.), *El trust, la fiducia y figuras afines* (1st ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Cuenca Boy, F., (2004). *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Universidad de Cantabria. Santander
- d'Ors, A., (1982). "Sobre el Fideicomiso Bancario", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n° 6. La Ley. Buenos Aires.



- Checa Martínez, M. (1998). McGraw Hill (Ed.), *El trust angloamericano en el derecho español* (1st ed.). Madrid: McGraw Hill.
- de la Fuente y Hontañón, R. (coord.) (2012). Palestra (Ed.), *Ciencia Jurídica y Humanismo: en Homenaje a Álvaro d'Ors*, (1st ed.). Lima: Palestra, pp. 37-59
- de la Fuente y Hontañón, Rosario. (2012). *La herencia fideicomisaria. Desde Roma hasta el derecho peruano* (1st ed.). Prólogo de Francisco Cuenca Boy. Lima: Palestra.
- Garrido Melero, M. (2004). “Los Fideicomisos”, en *Instituciones de Derecho privado*, Tomo V, Delgado de Miguel, J.F (coord.), Madrid: Thomson Civitas, pp. 738-741
- González Beilfuss, C. (1997). Bosch (Ed.), *El trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español* (1st ed.). Barcelona: Bosch.
- Hernández Domínguez, J. (2008), “Comparación entre el Fideicomiso y el Trust Angloamericano”, en *Epikeia, Revista de Derecho y Política*, n° 8, México: pp. 1-16
- Lohmann Luca de Tena, G. (1997), “Sustitución de herederos y legatarios”, en *Revista Ius et Veritas* (15), de la PUCP, Lima: pp. 43-49
- Martín Santisteban, S. (2004) “El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (RCL 2003, 2695) : ¿Un acercamiento al trust?”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 612
- Neirotti, J. E. (2006). Nova Tesis (Ed.), *Manual práctico de fideicomiso. Doctrina, jurisprudencia, legislación y modelos contractuales* (1st ed.). Argentina: Nova Tesis.
- Pizarro Aranguren, L. (2001), “Acercamiento a los negocios fiduciarios: tratamiento legal del Fideicomiso en la legislación peruana”, en Anibal Alterini (coord.), *Instituciones de Derecho Privado. Contratación contemporánea*, Lima, Bogotá: Palestra, Temis, pp. 229-246
- Saavedra Velazco, R.E. (2013) “¿Transmisión hereditaria o mecanismo para-sucesorio?: Reflexiones sobre las posibilidades aplicativas del fideicomiso”. Available at: [http://works.bepress.com/renzo\\_saavedra](http://works.bepress.com/renzo_saavedra)
- Saavedra Velazco, R. E (2012) “El fideicomiso como medio de transferencia hereditaria” Seminario “Nuevas Tendencias del Derecho Civil” organizado por Ius et veritas los días 11 y 12 de abril de 2012. Apr. 2012. Available at: [http://works.bepress.com/renzo\\_saavedra/56](http://works.bepress.com/renzo_saavedra/56)
- Zimmermann, R. (2009). Estudio introductorio y traducción de Ignacio Cremades Ugarte (Ed.), *Europa y el derecho romano* (1st ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Resolución SBS N° 1882-2014, de 26 de marzo del 2014, “Modifican el Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios, el Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones y otras normas, con la finalidad de simplificar los procesos de transferencias en fideicomiso”
- Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos n° 316-2008-SUNARP- SN, se aprueba directiva: “Normas que regulan la inscripción de fideicomisos”, Lima, 25 de noviembre del 2008.