

Universidad de Lima

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Empresarial



EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO EN EL PERÚ Y LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en
Derecho Empresarial

Orlando Daniel Avilez Lopez
Código 20040151

Luis Errol Chacaliaza Garrido
Código 19982159

Asesor: Antonio Román Calzada

Lima - Perú

Mayo - 2021

A Dios por darme la oportunidad de terminar mis estudios con un verdadero propósito y a mi familia, conformada por mis padres y hermanas quienes siempre estuvieron conmigo en todo momento.

A mi Papá por su invaluable ejemplo, modelo de vida y buenos consejos. A mi Madre por su apoyo diario y constante para que no me falte nada.

A mis hermanas, Jessica por su cariño, preocupación y gran esfuerzo para ser mejor cada día y Melissa, quien, siendo la menor, nos demuestra que puede ser la mejor como ejemplo de superación.

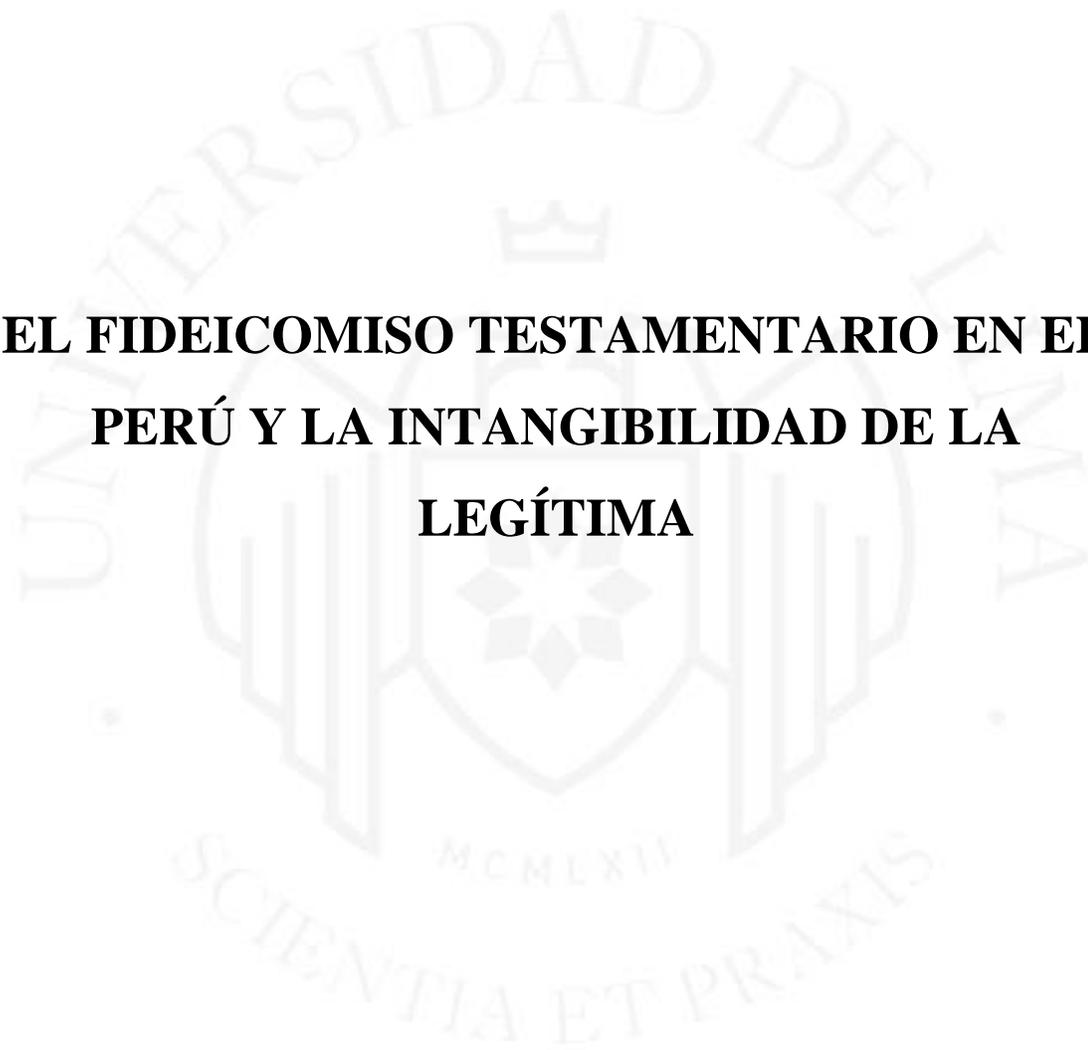
Orlando Avilez

A mis padres, Luis y Doris, por sus lecciones, ejemplos y modelos de vida. Gracias a ustedes por enseñarme a seguir adelante.

En forma especial, dedico esta tesis a mi padre Luis E. Chacaliaza Chumbiauca, de quien me inspiré para iniciar mi vida profesional en el campo del Derecho, y quien me demostró como abogado y como juez que no importa en qué posición te encuentres en la vida, siempre hay que actuar con justicia y humildad.

A mi esposa Luz Elena, por enseñarme a ser perseverante, y quien junto a mis hijas Sofía y Camila, son mi fuerza y mi orgullo.

Luis Chacaliaza



**EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO EN EL
PERÚ Y LA INTANGIBILIDAD DE LA
LEGÍTIMA**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: EL FIDEICOMISO	12
1.1. Antecedentes	12
1.1.1. Antecedentes de la investigación	12
1.1.2. Antecedentes del Fideicomiso	13
1.2. Definición.....	14
1.3. Naturaleza jurídica.	15
1.4. Partes que intervienen	16
1.5. Finalidad de constituir un fideicomiso.....	17
1.6. Importancia del fideicomiso.....	17
1.7. Clases de fideicomiso.....	18
1.8. Dinámica del fideicomiso.	19
CAPÍTULO 2: INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA	20
2.1. Antecedentes	20
2.1.1. Antecedentes de la investigación	20
2.1.2. Antecedentes de la legítima	21
2.2. La sucesión.....	21
2.3. La sucesión testamentaria	22
2.4. La legítima.	23
2.5. Naturaleza jurídica	24
2.6. Titulares de la legítima.....	25
2.7. Clases de herederos.	26

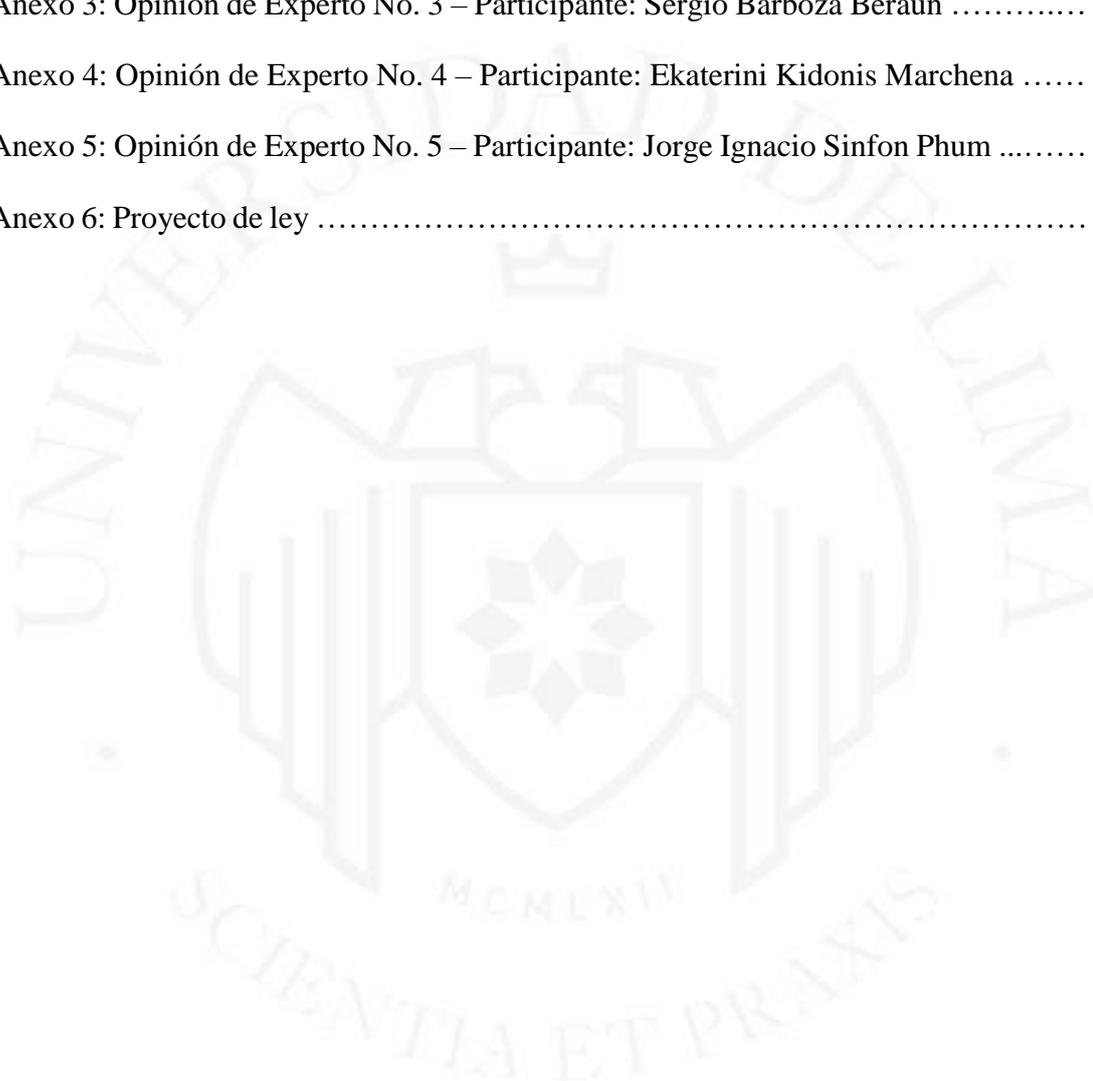
2.8.	Herederos forzosos.....	28
2.9.	Intangibilidad de la legítima.....	28
CAPÍTULO 3: EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO		31
3.1.	Antecedentes	31
3.1.1.	Antecedentes de la investigación.....	31
3.1.2.	Antecedentes del fideicomiso testamentario.....	32
3.2.	Definición.....	32
3.3.	Elementos.....	33
3.4.	Fideicomiso testamentario en el Perú.	34
3.4.1.	Regulación en la legislación financiera	34
3.4.2.	Alcances y limitaciones en la legislación financiera.	34
3.4.3.	Rol del fiduciario testamentario.....	36
3.5.	Fideicomiso testamentario y la legítima sucesoria.....	38
3.6.	A la búsqueda de una mayor difusión del fideicomiso testamentario.....	39
3.7.	Herederos en estado de vulnerabilidad.	40
3.7.1.	Los que adolecen de capacidad de ejercicio	40
3.7.2.	Los incapaces y el fideicomiso testamentario.....	43
CAPÍTULO 4: PROPUESTA.....		44
4.1.	Discusión de la propuesta.....	44
4.1.1.	Interpretación de la Legítima, y su intangibilidad.....	45
4.1.2.	Rol e importancia del Fideicomiso Testamentario	46
4.1.3.	Posibles razones de la inaplicación del Fideicomiso Testamentario en el Perú	47
4.1.4.	La intangibilidad de la legítima como limitación de los Fideicomisos Testamentarios en el Perú, ¿es real o aparente?	49
4.1.5.	El Fideicomiso Testamentario y la Legítima ¿trasgresión o coexistencia?... 49	

4.1.6. Propuestas de los expertos para la viabilización de los Fideicomisos Testamentarios en el Perú.....	50
4.2. Propuesta para la solución del problema.....	52
CONCLUSIONES	57
RECOMENDACIONES	59
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	60
ANEXOS	63



ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Opinión de Experto No. 1 – Participante: Augusto Ferrero Costa	64
Anexo 2: Opinión de Experto No. 2 – Participante: Carlos Enrique Arata Delgado ...	66
Anexo 3: Opinión de Experto No. 3 – Participante: Sergio Barboza Beraun	68
Anexo 4: Opinión de Experto No. 4 – Participante: Ekaterini Kidonis Marchena	74
Anexo 5: Opinión de Experto No. 5 – Participante: Jorge Ignacio Sinfon Phum	76
Anexo 6: Proyecto de ley	82



INTRODUCCIÓN

Un hecho natural que trae diversas consecuencias, no sólo en la esfera jurídica sino también en la esfera sociológica, antropológica, médica, entre otras, es la muerte; sus efectos ingresan a una disciplina muy antigua, porque en todas las sociedades se ha regulado la disciplina del derecho de sucesiones. La muerte de una persona genera que alguien lo sustituya, que un familiar u otra persona adquiera la titularidad de sus bienes como consecuencia del deceso, apareciendo diferentes instituciones como la transmisión sucesoria, testamento, sucesión intestada, legítima entre otras.

En este contexto, una de las modalidades de transmisión hereditaria es el testamento, que para León de Barandiarán (2004), es un acto jurídico realizado por una persona, que en su libre albedrío va a decidir sobre el destino de sus activos o bienes después de su fallecimiento, lo cual lo realiza de acuerdo con los límites señalados en la legislación.

La Ley N° 26702 -Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros- permite la institución objeto de estudio, que es aquella figura jurídica donde el causante o testador va a transferir sus bienes a un fiduciario, para que después de su fallecimiento el encargado o fiduciario realice el reparto o transmisión acorde al mandato dado en favor de los beneficiarios.

De la lectura de la Ley N° 26702, se observa que no se regula en forma expresa el Fideicomiso Testamentario, limitándose únicamente a formular remedios frente a situaciones potenciales como son, la oposición del heredero forzoso cuando vea perjudicada su legítima, o la no necesidad de aceptación por parte del encargado o fiduciario en el fideicomiso encargado.

Uno de los temas a tener en cuenta para las disposiciones testamentarias es la legítima, entendida ésta como la parte del patrimonio dirigida obligatoriamente a los herederos

forzosos del testador, esto es, su cónyuge, descendientes o ascendientes, según ha quedado determinado por la legislación civil; habiéndose precisado que ésta (la legítima) no puede ser materia de limitación o restricción alguna.

En este orden de ideas, un testador al faccionar su testamento podía hacer extensiva en él la figura del Fideicomiso Testamentario como una buena opción de administración de su patrimonio en beneficio de sus herederos forzosos, si éstos se encuentran en estado de vulnerabilidad, según el grado de incapacidad que adolecen, o en beneficio de aquellos herederos forzosos no incapaces inclusive; sin embargo, desde la concepción de dicha figura legal, se estaría trasgrediendo la restricción de orden público impuesta por la legislación civil, pues según la finalidad con el cual proyecta un Fideicomiso Testamentario, estaría estableciendo una limitación o restricción a la legítima, que resulta ser una situación prohibida por la norma civil.

De lo expuesto, hemos identificado el siguiente problema general: ¿Existe una contradicción real entre el Fideicomiso Testamentario y la Intangibilidad de la Legítima?

Y como consecuencia de la interrogante anterior, hemos identificado los siguientes problemas específicos: ¿Cuál es el conflicto normativo en la intangibilidad de la legítima que limita el fideicomiso testamentario?; ¿De qué manera el otorgamiento del fideicomiso testamentario puede extenderse sin tener en cuenta la figura de la legítima?; y ¿Es factible proponer un régimen de excepción a la intangibilidad de la legítima sucesoria basado en la tutela de los intereses de los herederos en estado de vulnerabilidad?

La investigación es significativa porque propone una nueva lectura de un tema que es objeto de controversia, por cuanto no hay un pronunciamiento claro ni en la literatura especializada, ni en la jurisprudencia y casuística sobre el fideicomiso testamentario. El Fideicomiso Testamentario se alza como una forma de administración *post mortis* del patrimonio de una persona en beneficio de sus herederos forzosos, sean o no vulnerables según su grado de capacidad, sin menoscabar el bloque patrimonial dejado en herencia.

El objetivo general de la investigación es analizar la figura del contrato de Fideicomiso Testamentario con relación a la intangibilidad de la Legítima Sucesoria según nuestra legislación vigente; y, en consecuencia, conocer si resulta viable o contradictoria la aplicación de dicha figura en el Perú.

La respuesta al objetivo planteado lo tenemos en la siguiente hipótesis general: El Fideicomiso Testamentario es una figura legal viable aun cuando el sistema legal positivo peruano defiende y protege la intangibilidad de la Legítima Sucesoria; sin embargo, se requiere de cierta precisión normativa para que resulte atractiva su aplicación y difusión en el Perú.

El trabajo tiene la siguiente justificación:

Teórica. La presente investigación se desarrollará en un marco teórico en donde se integren fundamentos del derecho de sucesiones, derecho bancario y derecho financiero, se han revisado tesis en torno a las variables objeto de investigación, así como revistas indexadas, pronunciamientos jurisdiccionales y la literatura especializada respecto a los temas seleccionados.

Práctica. La línea de investigación se justifica por abordar en forma directa un tema, que ha sido poco explorado por la doctrina, legislación y experiencia comparada, cuyo tratamiento no está definido en forma expresa en la legislación, y por ello se propone una nueva lectura de la figura del fideicomiso testamentario como una novísima alternativa de disponibilidad de los activos, bienes en beneficio de los herederos que estén en un grado de discapacidad, principalmente.

Cabe indicar que el trabajo se encuentra compuesto de cuatro capítulos, el primero dedicado a la figura del Fideicomiso en general, el segundo capítulo trata sobre la intangibilidad de la legítima, el tercer capítulo dedicado al tema objeto de investigación, esto es, del fideicomiso testamentario; y en el cuarto capítulo analizamos diversas variables y posiciones que nos permitan establecer una adecuada propuesta para la

viabilización del Fideicomiso Testamentario. En el ámbito metodológico, el enfoque de nuestra investigación es cualitativo, se obtendrá la percepción de nuestra problemática con la observación y análisis a profundidad de la literatura y percepción del Derecho de Sucesiones, Derecho Bancario y Financiero sobre el objeto de estudio.



CAPÍTULO I: EL FIDEICOMISO

1.1. Antecedentes

1.1.1. Antecedentes de la investigación

Fernández, L. y Garcés, L. (2015), en el trabajo: *Propuesta de fideicomiso como medio de financiamiento para la empresa agrícola San José Provincia de Sullana, 2014*, concluye:

1. La institución jurídica del Fideicomiso está ubicada en la ley 26702, en la que están regulados los diversos procedimientos aplicables a este tipo de figura jurídica, concepto de Fideicomiso, empresas autorizadas a desempeñar como fiduciarios, validez del acto constitutivo, entre otros; lo cual es de vital importancia para las empresas peruanas para tener una visión amplia del Fideicomiso y de todo lo que este ofrece para beneficio de ella.
2. Es trascendental que se establezca un medio confiable que permita solucionar las necesidades financieras que afronta a una empresa para que así puedan comercializar sus productos de forma oportuna y así sus clientes queden satisfechos.

Villca (2012) en el trabajo académico: *“Aspectos Jurídicos- Tributarios del Fideicomiso, especial atención a los países de la Comunidad Andina”*, concluye:

1. El fideicomiso fue introducido en la región andina como un especial contrato bancario por el cual se va a transferir la propiedad de determinados bienes con el objetivo de hacer cumplir lo ordenado por el titular de dichos bienes.
2. La legislación peruana a diferencia de la legislación boliviana y ecuatoriana es más específica, sobre las características de cada tipo de fideicomiso, aunque se identifica que resulta insuficiente en cuanto al fideicomiso público.

Pérez (2007) en el trabajo académico: “*La regulación jurídica del Fideicomiso*”, realiza un estudio en extenso del tema, concluyendo que:

1. El fideicomiso no tiene una regulación idónea en la legislación bancaria y financiera, tanto en la ley y su reglamento, esta institución al ser una disciplina jurídica compleja y única no tiene efectos sobre las consecuencias contables, bancarias, impositivas, y civiles que le corresponde al derecho de propiedad.
2. La institución del fideicomiso va a crear un derecho real independiente, que no está relacionado en forma directa de la propiedad, esta trascendental figura, necesita una mayor atención por el legislador, que debe desarrollarse en mayor amplitud en nuestro derecho sustantivo civil y una mayor depuración en la legislación bancaria.

1.1.2. Antecedentes del Fideicomiso

Una de las instituciones que es creación del Derecho Romano es el fideicomiso, señala Pérez (2007) “Los romanos en sus disposiciones, crearon una figura para la transmisión de los bienes, y la disposición de ellos a través de terceros que tendrían la potestad de hacer dicha voluntad” (p,16)

Se identifican dos instituciones que son los antecedentes del tipo de fideicomiso regulado en la actualidad. Tenemos a la “fiducia” (confianza) y el “fideicommissum” (fe y el que confía), de las voces y raíces latinas podemos resumir que el fideicomiso en el derecho romano estaba basado en la confianza.

El derecho romano, admitió diferentes influencias durante siglos, y llegó a establecerse en las diferentes legislaciones medievales, una de ellas la española, que no admitió dicha institución. En Estados Unidos se pone de moda el *Trust*, que surgió en el siglo XIX como un negocio fundamentalmente bancario. Como destaca Serrada (2004): “El Fideicomiso en Latinoamérica no es una institución que se haya derivado directamente del Derecho Romano, sino que su antecedente inmediato es el *trust* anglosajón” (p,14)

El Perú no reguló el fideicomiso como sí lo hicieron algunos países de la región. Stewar (2002. p, 584) nos dice:

En los Códigos Civiles creados bajo la inspiración de Andrés Bello, el colombiano y el chileno, e indirectamente el ecuatoriano, también se regula el fideicomiso y corresponden a la misma época de promulgación del primer cuerpo legislativo, esto es el Código Civil de 1852, que no tuvo entre sus normas una regulación sobre el fideicomiso, aparentemente al confundirlos con las sustituciones fideicomisarias prohibitivas por el Código Frances a comienzos del siglo XIX.

Cabe nuevamente reiterar que el fideicomiso es una institución histórica y jurídicamente civil, y alcanzó a ser acogida por la legislación mercantil. Pérez (2007, p. xii) al respecto comenta:

El Código Civil de 1936 igualmente lo ignoró como institución, ocurriendo lo mismo con el vigente desde 1984, aunque ambos utilizan alguno de sus elementos subjetivos, el fideicomisario, con finalidades que son completamente diferentes a su naturaleza histórica.

Se regula el fideicomiso con el hoy derogado, Decreto Ley N° 770, Ley General de Instituciones Financieras, Bancarias y de Seguros; luego de ello, la actual Ley N° 26702 va a regular el fideicomiso como un contrato bancario.

1.2. Definición

El Fideicomiso proviene de la raíz latina llamada “fiducia” que va a significar “confianza”, fe, etc. A través de la voluntad de una persona, le otorga a otro o le da la confianza que dé a su nombre, beneficie y trasmita bienes a un tercero. Gherzi (1999) va a definir esta institución como “una institución que va a permitir aislar bienes derechos, bienes, negocios entre otros en un patrimonio independiente y apartado con diversas finalidades” (p. 72).

Bustamante (2000) lo define como “el contrato por el cual un fiduciante o el accionante, que es el titular de bienes, trasmite su propiedad o parte de ella a un fiduciario, un banco o una entidad financiera, que la va a administrar y hacer cumplir el mandato o disposición sobre dichos bienes en un plazo y forma acordada en favor de un beneficiario o un fideicomisario” (p. 260).

1.3. Naturaleza jurídica.

Desde la lectura de Serrada (2004), “el fideicomiso es una institución compleja, que va a unir un negocio factible de transmisión de un bien mueble o inmueble, a un negocio de índole obligacional, que tiene su sustento en el cumplimiento de las disposiciones dadas por el titular de dichos bienes.

Por su parte, el peruano Montoya (1998) precisa:

Pertenece a la categoría de los llamados negocios jurídicos fiduciarios o de confianza, que permiten la transferencia de un bien a una persona, a fin de que la destine a un fin lícito determinado en su beneficio, en favor de un tercero o como garantía crediticia. Los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio de afectación, plenamente autónomo, que permite la realización del objeto del contrato. A diferencia de la propiedad civil que tiene como características principales las de ser absoluta y perpetua, expresada en su ejercicio no condicionado al cumplimiento de un determinado hecho en un plazo cierto, el dominio fiduciario se encuentra directamente orientado a la realización del encargo convenido dentro de un plazo expresamente establecido.

Entonces, el Fideicomiso es consensual, bilateral, de tracto sucesivo, oneroso y formal, ya que su constitución en el Perú requiere el otorgamiento de escritura pública o formas especiales de acuerdo con el tipo de bienes, lo que puede afectar la difusión de este contrato.

1.4. Partes que intervienen

Los sujetos que participan en el fideicomiso son:

El fideicomitente:

Es el titular de los bienes que por su propia voluntad quiere transferir a un tercero. Como destaca Calmet (2009) “La característica de ser propietario de los bienes es la esencia del fideicomiso, porque de no ser así, no se puede hacer la transferencia de los bienes” (p. 6). El autor venezolano Serrada (2004) señala que: “es la persona que transfiere uno o más bienes al fiduciario quien se obliga a utilizarlo a favor de aquel o de un tercero llamado beneficiario” (p.11)

Es el titular de bienes o derechos (es decir, el propietario de bienes muebles, inmuebles, cuentas por cobrar, marcas, flujos dinerarios, existencias, inventarios, etc). Entre sus características tenemos:

- Es quien constituye el fideicomiso, transfiere sus bienes y establece las finalidades y objetivos que han de cumplirse.
- Debe contar con capacidad jurídica suficiente para obligar y disponer sus bienes.
- Tiene el derecho de revocar el fideicomiso salvo que sea irrevocable.
- Tiene el derecho de pedir la remoción del fiduciario y designar uno nuevo.

El fiduciario:

Es la persona jurídica autorizada para practicar operaciones Fiduciarias y ser titular sobre los derechos objeto del Fideicomiso durante el objeto de este, puede ser una entidad bancaria o financiera.

Beneficiario:

Es la persona que se ve beneficiada con las disposiciones del titular o propietarios de los bienes que se han dispuesto a su favor.

También se le llama FIDEICOMISARIO, al beneficiario directo del contrato o de los remanentes, una vez cumplida la finalidad, quien puede ser un tercero determinado o determinable o el mismo fideicomitente. Cuenta con la facultad de exigir el cumplimiento en la esfera judicial o impugnar los actos celebrados por el fiduciario, diferentes a las impartidas por el fideicomitente.

1.5. Finalidad de constituir un fideicomiso.

La finalidad de dicha institución financiera o bancaria es lograr una eficaz gestión de las disposiciones de riesgos propios del fideicomiso, que se va a plasmar a través de la constitución de un patrimonio autónomo; esto es, un patrimonio fideicomitado a favor de un tercero. El fiduciario tiene un rol trascendental que goza de la confianza del titular de los bienes.

Como señala Olano (2019), lo que se busca es que no existan riesgos, que se cumpla con el mandato del titular de los bienes patrimoniales, que la entidad financiera o bancaria logre obtener su beneficio por los servicios que presta como las de ser el guardián o custodio de los bienes y su usufructo, en el caso esté estipulado de la siguiente manera y por la confianza otorgada, y que el destinatario reciba el bien o los bienes en la fecha y modo pactados.

1.6. Importancia del fideicomiso

La figura jurídica del fideicomiso es una institución que se ha vuelto trascendental en el tráfico jurídico y que cada vez está siendo más difundida y utilizada como un mecanismo jurídico efectivo para el beneficio de un familiar o tercera persona, en la experiencia comparada observamos un mayor uso de este mecanismo porque tiene importancia en diversos aspectos, entre los cuales tenemos:

- El fideicomiso va a servir como garantía¹ de operaciones de crédito parecido a la

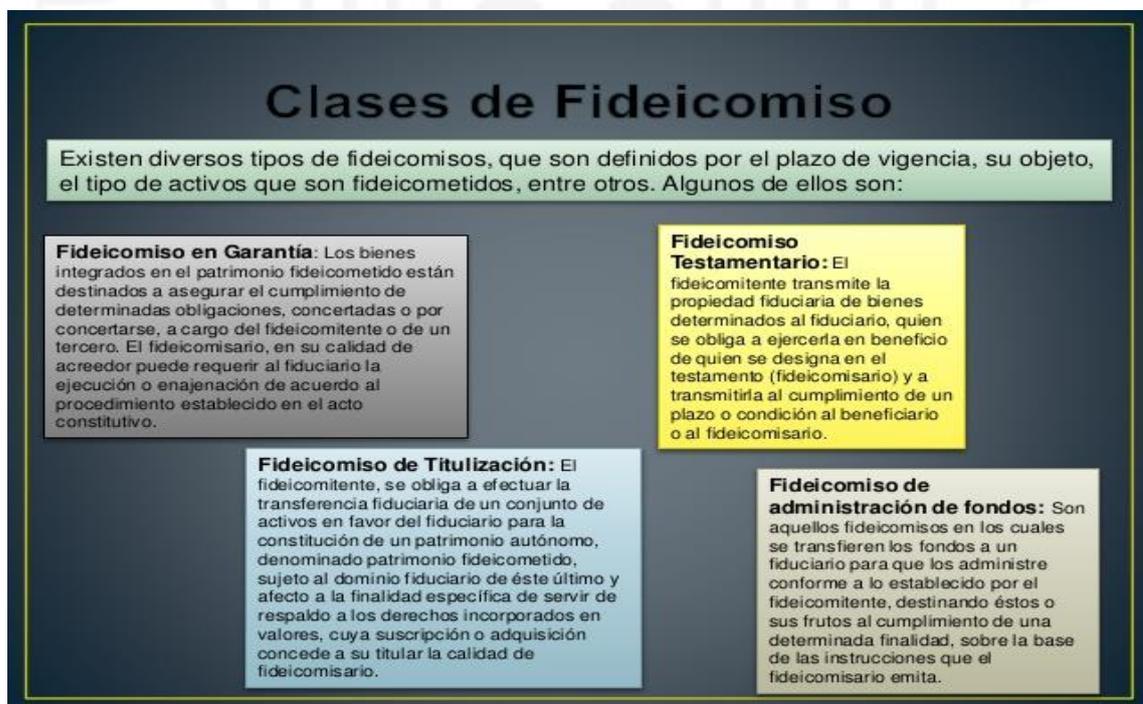
¹ Debe entenderse por garantía todo medio de reforzar el Derecho del acreedor para la hipótesis de que el deudor no cumpla con la prestación por el debido, la garantía supone la existencia de una obligación de la que cumplan se asegura. De modo que la garantía, como amparo para protección jurídica a la prestación

hipoteca², pero con un mayor alcance o mejores ventajas para los que participan.

- Es relevante que la constitución de un patrimonio autónomo, que como se ha visto es el efecto inmediato del fideicomiso, va a servir para aislar el control de caja de una empresa que será protegido de medidas cautelares como el embargo y litis entre terceros.
- Así mismo existen fideicomisos que están conformados por patrimonio de organizaciones o grupos familiares que buscan el resguardo y orden de los bienes a lo largo de generaciones.
- Su utilización es cada vez mayor, pero no al nivel de otros países como Argentina o Uruguay, el fideicomiso tiene una importancia en distintas esferas y por ello debe ser prioridad de todos los actores que intervienen en difundir dicho contrato.

1.7. Clases de fideicomiso.

Figura 1. Fuente. Delgado. 2016. p,4.



del acreedor, asegura su cumplimiento por parte del deudor. Para protegerse el acreedor del incumplimiento de las obligaciones por el deudor surgen las garantías, que tienen como objetivo que el acreedor cuente con una protección adicional para el caso de que el deudor no pague su obligación.

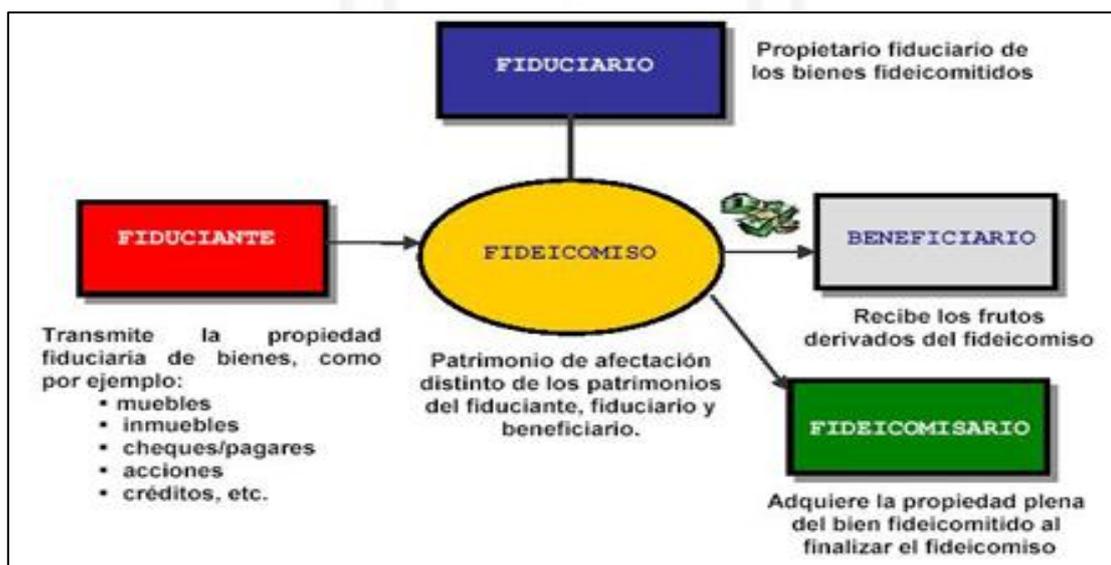
² La hipoteca es definida como “la afectación de un inmueble en favor de un acreedor, quien tiene preferencia para hacerse pago con su importe sobre cualquier otra persona, a pesar de quedar el inmueble en manos de deudor”

El **fideicomiso de titulización** permite la transformación de activos ilíquidos en dinero en efectivo a través de la entrega al fiduciario de determinados activos con respaldo de los cuales se emitirán valores mobiliarios (bonos, pagarés u otros instrumentos) que serán colocados a través del mercado de capitales. Con esta modalidad de fideicomiso se separa el riesgo de la empresa que requiere de fuentes de financiamiento, del riesgo propio de los activos que han sido entregados al fiduciario, lo que posibilita al cliente el acceso a mejores condiciones de financiamiento.

El **fideicomiso bancario**, de acuerdo con Peña (2015), “la Ley N° 26702, tiene como objetivo ser un dispositivo de administración de bienes, de otorgar garantía y hacer operaciones de financiamiento, en donde ofrece ventajas para las disposiciones de dicho patrimonio, el control de dichos activos o la flexibilidad en la ejecución de activos” (p.11)

El **fideicomiso en garantía**, “es aquel mediante el cual se obtiene un financiamiento dando como garantía a un patrimonio fideicomitado determinados activos” (Cruz de los Heros. 2018.p,2).

1.8. Dinámica del fideicomiso.



Fuente: Quinto. 2019, p,4

CAPÍTULO 2: INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA

2.1. Antecedentes

2.1.1. Antecedentes de la investigación

Mondragón (2019) en su tesis doctoral titulado: “*La legítima en el Derecho Español*”, concluye:

1. La legítima española es el resultado de la fusión de la legítima romana y germánica, ambas regulaciones tienen objetivos diferentes. La legítima romana nace por los abusos que realiza el testador y que se crea para poner fin a la liberalidad de disposición. La legítima germánica, tiene como finalidad la tutela del principio consuetudinario por el que el jefe o patriarca de la familia no podía disponer individualmente de sus bienes.
2. La legitimidad está enfocada a favor de los hijos y descendientes del disponente en previsión de la relación cercano y directo que les unía en vida de aquel. Se ha legislado que la legítima establece una presunción legal estimando que de estar en su sano juicio el testador, no hubiera obrado de distinta manera.

Carrasco (2019) en su tesis titulada: “Análisis de los límites jurídicos a la libre disposición testamentaria”, concluye:

1. En toda sucesión participan primordialmente dos intereses elementales que por su naturaleza propia en apariencia son incompatibles, pero con ajustes en la normativa pueden ser complementarios. Ello es básicamente el interés del causante para distribuir su patrimonio de la manera que parezca conveniente donde se hace uso de su derecho de propiedad y de otra parte el interés de los que pertenecen al núcleo familiar (a quienes el legislador ha determinado como herederos forzosos) que están protegidos por la legislación actual y que limitan el derecho antes mencionado del causante.

1.1.2. Antecedentes de la legítima

El derecho de sucesiones es una rama jurídica que tiene su cantera en el derecho romano, en la Ley de las XII tablas, tenía como base a la familia, que comprendía a todos los componentes en la línea masculina bajo la patria potestad del *pater familias* hasta el sexto grado.

En el antiguo derecho romano, la libertad de testar era prácticamente absoluta, la libertad de testar significaba que el testador podía disponer de acuerdo con su voluntad de sus bienes después de su muerte, sin estar relacionado a dar un beneficio como herederos ni siquiera a sus hijos. Una libertad que se materializa con legados y donaciones e incluso con desheredaciones a favor de los parientes del fallecido, con la consecuencia que dejaba a estos últimos desprotegidos.

2.2. La sucesión

La sucesión como lo hemos manifestado es una forma o modo de adquirir derechos, obligaciones y especialmente un patrimonio. León Barandiarán (2004) señala que “el término sucesión, significa transmisión o secuela. En este contexto en el ámbito civil, estamos hablando de una transmisión patrimonial donde un bien se traslada de una persona a otra, que le va a suceder, quedando de lado una, e interviniendo otra que lo toma como propietario” (p,221). Al respecto Carmona (2010) nos dice: “La Sucesión, se basa en una transmisión patrimonial” (p, 2).

La Carta Magna que tutela los derechos humanos, precisa en el numeral 26 del artículo 2, todos los peruanos tenemos derechos a dos instituciones trascendentales como son: el derecho a la propiedad, y el derecho a la herencia o sucesión. Como se podrá observar, el ámbito privado está estrechamente ligado al carácter hereditario porque la esfera hereditaria se desenvuelve en base a los derechos del propietario, que es su fundamento.

El artículo 660 del Código Civil, precisa que, “desde el momento de la muerte de una persona, sus bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”. Si bien es cierto la transmisión se produce por el sólo hecho del fallecimiento, sin embargo, es necesario que los herederos o sucesores acrediten la transmisión.

A falta de testamento, o si habiéndolo se produce la nulidad o caducidad total o parcial del mismo, el título para acreditar la transmisión sucesoria es la declaración judicial de herederos, seguida mediante proceso no contencioso que se denomina sucesión intestada. Dicho mecanismo jurídico se puede realizar por dos vías la engorrosa y tediosa vía judicial con menos costos, y la vía notarial que es más sumaria, pero con un costo mayor.

En la legislación peruana se exige que la calidad de heredero se sustente ya sea en un testamento válidamente emitido y vigente, o en una sentencia de sucesión intestada o un acta notarial que declare la sucesión intestada del causante y señale quienes son sus herederos legales.

2.3. La sucesión testamentaria

De los diferentes temas, será objeto de estudio: El testamento, como expresión de última voluntad *mortis causa* del testador. Cabanellas (2004) dice que el Testamento “es la declaración de última voluntad, relativa a los bienes y otras cuestiones; reconocimientos filiales, nombramientos de tutores, revelaciones o confesiones, disposiciones funerarias” (478).

Jiménez (2014) respecto al testamento nos dice:

El testamento como una de las modalidades del derecho de sucesiones en nuestra legislación positiva, ha mantenido su configuración desde el

derecho romano hasta la actualidad, ahora lamentablemente las personas no han tomado conciencia de la importancia de otorgar testamento en vida, sobre todo el más trascendental y sin ninguna complejidad como es el testamento por escritura pública, el cual si se toma en cuenta, logrará una idónea distribución de su patrimonio, y sobre todo evitará futuras disputas y controversias entorno al patrimonio que deja, como sabemos la falta de buen orden de los bienes traerá consecuencias inimaginables (juicios, riñas, inclusive se puede llegar a atacar contra la vida de uno de los herederos) y sobre todo una dinámica del aparato judicial.

La sucesión testamentaria se encuentra regida por la autonomía de la voluntad del testador, ésta se encuentra limitada por determinados mandatos legales imperativos referidos a ciertos requisitos de forma y fondo, que deben de seguirse para no atacar contra el orden público regulado por la legislación adoptada por el país.

2.4. La legítima

El Código Civil en su artículo 723 lo define como “la parte de la herencia de la que no puede disponer el testador cuando tiene herederos forzosos.”

Esta definición otorgada en el ordenamiento jurídico, nos da una clara idea de que existe una porción del patrimonio del *de cuius* que no se encuentra sujeta a su libre voluntad, pues por mandato legal esta parte del patrimonio debe corresponder necesariamente a un determinado sucesor, llamado heredero forzoso, o también conocido por un sector de la doctrina como heredero reservatario o heredero necesario; sin embargo, para efectos de este estudio, será conocido como “legitimario”, término ampliamente reconocido también por la doctrina autorizada.

En palabras del maestro Barandiarán (2004), “es un impedimento u obstáculo a cualquier orden o disposición del testamento que vaya más allá de la porción de libre disposición” (p,445). Esta porción de libre disposición, *contrariu sensu* a lo que la legítima involucra, es aquella parte del patrimonio que el causante puede disponer en forma libre y a título gratuito a cualquier otra persona, sea heredero o no; sin embargo, cualquier disposición del causante que exceda de la porción de libre disposición deberá ser reducida a efectos de respetar el *quantum* de la legítima.

El maestro Ferrero (2002), citando a Planiol y Ripert, manifiesta que, debemos partir que, toda persona que demuestre ser capaz puede disponer de sus bienes y patrimonio como crea conveniente, pero tiene una limitación o restricción que le pone o lo frena, esto es, que no puede disponer de lo que corresponde a la familia o lo que está destinada a favor de ella.

Asimismo, no existen dudas de que la legítima sólo puede tener existencia en la medida que existan herederos forzosos válidos y vigentes; esto es, si dicho heredero pierde su derecho sucesorio por renuncia, indignidad o desheredación; entonces también pierde su derecho a la cuota de la legítima que pudiera corresponderle. En términos simples, no existe un legitimario que no tenga condición de heredero forzoso.

2.5. Naturaleza jurídica

Desde la óptica de Mondragón (2019), “la naturaleza de la legítima está estrechamente relacionada con la definición y el modelo de familia, con total independencia de la necesidad que tenga el titular del derecho a ella” (p, 14). Como se desprende de la definición de la legítima, es una limitación del derecho sucesorio a la potestad de disponer del causante, cuyo limite está regulado por el derecho y que va a afectar inclusive y aunque sólo parcialmente el poder de disposición de los vivos.

O'Callaghan (2015, p.172) precisa y resume las teorías de la naturaleza jurídica de la legítima de la siguiente manera:

La primera denominada: “*pars hereditatis*”, donde el legitimario es un heredero, es la concepción del Derecho Castellano y que ha sido admitido por las legislaciones americanas.

La segunda es la denominada: “*pars valoris*”, donde el legitimario, va a tener un derecho de crédito, o un derecho personal ante la herencia para percibir su legítima.

La tercera es: “*pars valoris bonorum*”, estamos ante una titularidad respecto al valor económico de los bienes de la herencia, como el derecho real de realización de valor. Es la teoría sustentada por Roca Sartre.

La cuarta es: “*pars bonorum*”, que es admitida en forma generalizada en la doctrina y jurisprudencia, que va a entender a la legítima como una parte de los bienes hereditarios que por cualquier título debe recibir el legitimario.

2.6. Titulares de la legítima

Los únicos titulares de la legítima son los herederos forzosos del causante; esto es, aquellos sujetos que gozan de un vínculo consanguíneo en línea recta, también se incluye a la pareja o conviviente reconocido³; buscando así el legislador tutelar los derechos de la familia del causante, hay entonces una influencia del derecho de familia sobre el derecho de sucesiones. Queda establecido, además, que los titulares de la legítima concurren siempre por mandato imperativo, siendo privilegiados aquellos más próximos respecto de los más remotos, y una vez que ejerzan su condición de *legitimarios*, lo harán de forma exclusiva y excluyente frente a los demás candidatos a tener dicho privilegio.

³ De conformidad con el artículo 3 de la Ley No. 30007, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de abril del 2013, se reconocen derechos sucesorios a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el Registro Personal.

Así, el primer orden de la legítima, lo integran los hijos u otros descendientes en línea recta sin límite ni restricción alguna, e inclusive sin hacer distinción respecto del vínculo de los hijos respecto del causante; esto es, si se tratan de hijos naturales, adoptivos o matrimoniales, pues existe la premisa de que todos gozan de igualdad de derechos ante una misma condición. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 725 del Código Civil, a este orden les corresponde las 2/3 (dos terceras) partes de la herencia neta, que no sería otra que el resultado de cancelar las deudas y demás obligaciones del causante con la masa hereditaria, añadiéndose el valor de aquellos bienes dispuestos en vida por el causante.

Ante la inexistencia de hijos y descendientes, se configura el segundo orden de la legítima, constituido por los padres y demás ascendientes del causante en línea recta, también sin límite ni restricción de alguna clase. A este orden le correspondería percibir la mitad de la herencia neta, conforme a la liquidación antes expuesta.

Existe un titular privilegiado con la legítima, y nos estamos refiriendo al cónyuge o conviviente reconocido legalmente del causante, pues de sobrevivir al causante, concurre en la herencia con cualquiera de los dos órdenes de la legítima antes expuestos, según sea el caso.

2.7. Clases de herederos.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 734 del Código Civil, la institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable por el testador, salvo lo dispuesto en el artículo 763 del Código Civil, y ser hecha sólo en el testamento.

La norma glosada nos da cuenta de dos tipos de beneficiarios con la sucesión testamentaria; esto es, los herederos y los legatarios. Mientras los primeros adquieren la herencia a título universal; esto es, tanto los activos (bienes y derechos) como los pasivos (deudas y obligaciones), los segundos adquieren determinados bienes del

causante a título particular. La institución (o también llamada designación o nombramiento) de herederos o legatarios es la médula espinal de todo testamento, pues es necesario determinar en forma cierta e inequívoca quienes serían las personas beneficiarias con el patrimonio del causante cuando ocurra su deceso.

Ferrero Costa (2012) analiza la clasificación de los herederos según determinadas condiciones; sin embargo, para efectos de esta tesis, sólo abordaremos las más importantes. Así, el distinguido maestro en derecho sucesorio peruano nos otorga la siguiente clasificación:

- Por la clase de sucesión del cual provienen:
 - HEREDEROS TESTAMENTARIOS, son los herederos que han sido instituidos expresamente por el causante en testamento válido.
 - HEREDEROS LEGALES O NO TESTAMENTARIOS, son los herederos que van a heredar por mandato de ley porque no existe testamento, así también heredan cuando hay una declaración judicial ya sea de la nulidad o caducidad del testamento que existía.

- Por su título:
 - HEREDEROS LEGALES, son los herederos, que la ley señala como tales, es lo que en la legislación peruana se conoce como sucesión intestada.
 - HEREDEROS VOLUNTARIOS, son aquellos que el testador instituye en forma voluntaria cuando éste carece de herederos forzosos.

- Por la calidad de su derecho; siendo esta clasificación la más relevante para efectos de la presente tesis, a saber:
 - HEREDEROS FORZOSOS, también conocidos como herederos *reservatarios o necesarios*, son aquellos que el testador no puede excluir, por mandato imperativo de la ley, salvo existan causales de indignidad o desheredación, pues una parte del patrimonio del testador goza de intangibilidad y se encuentra necesariamente reservado precisamente para

ellos, de carácter exclusivo y excluyente, y el cual recibe el nombre de legítima.

o HEREDEROS VOLUNTARIOS, que son aquellos que el testador instituye en forma voluntaria cuando éste carece de herederos forzosos, y están constituidos por los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad, excluyendo los más próximos a los más remotos. Al no existir herederos forzosos, el testador puede disponer libremente de la totalidad de la herencia, ya sea a sus herederos voluntarios o a los legatarios, o ambos en forma conjunta.

2.8. Herederos forzosos

Aguilar (2011) precisa que “el término forzoso debería entenderse respecto del testador, el cual se ve obligado, forzado a convocar a ciertos herederos cuyos derechos están reconocidos legalmente, salvo la institución de la desheredación” (p,72). En consecuencia, el llamado heredero forzoso lo es por designación que hace la ley, y no porque el heredero tenga que forzosamente aceptar el llamado, pues, como ya ha quedado establecido, en nuestra legislación no hay heredero a la fuerza.

El heredero lo es porque quiere serlo y no porque se lo impongan. El testador deberá respetar la preferencia sucesoria entre los legitimarios; así, si tiene legitimarios ascendientes y descendientes, deberá convocar a estos últimos en tanto que ellos terminan excluyendo a aquellos, y si tiene descendientes y cónyuge, deberá convocar a ambos, pues es sabido que ellos concurren en la sucesión, lo que igualmente pasa cuando el testador, no teniendo descendiente, tiene cónyuge y ascendientes.

2.9. Intangibilidad de la legítima

En aquellos casos, en los que existan herederos forzosos, sólo podrá ser materia de un fideicomiso testamentario la parte de libre disposición, puesto que lo contrario

implicaría atentar su legítima. En cuanto a la intangibilidad de la legítima, el Código Civil en su artículo 733 señala: “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”.

La finalidad del artículo 733, es que el testador a través de su mandato o disposiciones que dio respecto a la herencia no pueda perjudicar al legitimario a recibir lo que le corresponde del “haber hereditario”, por el hecho de ser su hijo o heredero directo que tiene que recibir si o si, parte de la herencia, porque tiene la condición de heredero forzoso del testador.

Lohmman Luca de Tena (1995), indica en el caso, que el testador se olvide (ex profeso o involuntariamente) de incluir al legitimario; o bien puede mencionarlo precisamente para excluirlo sin que existan causales de indignidad o desheredación; sin embargo, considera que en ambos casos, no necesariamente existiría perjuicio a la legítima en el sentido de privación total o parcial de la misma, pues el omitido o excluido podría haber recibido su cuota legitimaria mediante una liberalidad; empero el mencionado jurista olvida que correspondería a los demás legitimarios, herederos o legatarios probar dichas situaciones en caso el omitido reclame la cuota hereditaria que creía perjudicada, pudiendo con ello generar un escenario oneroso para aquellos legitimarios, herederos o legatarios, que deben proteger sus respectivas cuotas sucesorias de la pretensión de aquel que se creía omitido.

Sin perjuicio del comentario antes expuesto, el reconocido jurista concluye que el artículo 733 del Código Civil podría resumirse en las siguientes tres ideas; la primera de ellas es que la desheredación injusta no priva de la legítima; la segunda es que el testador no está obligado a designar testamentariamente la legítima del forzoso si ya la ha satisfecho por disposición extra testamentaria; y la

tercera es que no se permiten disposiciones testamentarias que, reconociendo al legitimario como sucesor, le niegan total o parcialmente la legítima.

Con relación a la intangibilidad, el distinguido jurista chileno Barria (2018), citando a Capozzi, menciona que, con relación a la legítima, se distinguen dos formas de intangibilidad: cuantitativa y cualitativa. La primera significa que el legitimario tiene el derecho a obtener un valor equivalente al de su cuota, pero no un derecho sobre cada bien. La segunda significa que el legitimario tiene derecho a obtener su cuota en especie, esto es, tiene el derecho a obtener una cuota formada, en proporción a la cuantía de ésta, por una parte, de cada uno de los bienes hereditarios” (p,135).

La legítima no puede estar sujeta a sustitución alguna; a excepción claro está, de aquella prevista en el artículo 740 del Código Civil, relativa a la sustitución vulgar. En palabras del reconocido jurista Lohmman Luca de Tena (1995), el ordenamiento no contempla las otras modalidades de sustitución, tales como las fideicomisarias, la pupilar y la cuasi popular (o ejemplar). El propósito de la regla es explicable, pues si se permitiera la disposición testamentaria que establezca la sustitución para cuando el legitimario por cualquier razón no pueda o no quiera suceder, se podría vulnerar el derecho de representación o el acrecimiento de la cuota legitimaria por los demás forzosos.

En conclusión, el espíritu consagrado en el ordenamiento jurídico, en lo que se refiere a la legítima, es que se encuentran prohibidas todas aquellas modalidades, gravámenes o sustituciones que limiten, restrinjan o que generen incertidumbre en el dominio, disfrute y disponibilidad de ésta, aun cuando estas tengan carácter temporal.

CAPÍTULO 3: EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

3.1. Antecedentes

3.1.1. Antecedentes de la investigación

Vaca (2016) en su investigación sobre la realidad mexicana de la institución objeto de estudio, resalta que:

1. A través del fideicomiso testamentario, la persona o personas designadas a recibir los beneficios otorgados o la disposición de los bienes designados por el titular se convierten en heredero o legatario del causante de la herencia o del autor de la sucesión.
2. Se va a considerar al fideicomisario testamentario responsable, frente a los otros sucesores, así como acreedores, terceros en los mismos términos que el heredero o legatario, así mismo el fideicomisario testamentario debe ser considerado en cualquier supuesto legal que requiera la comparecencia o consentimiento de los herederos, en su caso, incluidos todos los procedimientos judiciales y extrajudiciales como el notarial.

Ferrer (2013) en su estudio sobre “*Sujetos del fideicomiso testamentario (en el derecho argentino y uruguayo)*”, concluye:

1. La normatividad argentina al respecto precisa que el plazo del fideicomiso no puede excederse de treinta años, a excepción que el beneficiario sea un incapaz, donde puede durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad (Artículo 4, Inciso C de la ley 24.441). La ley uruguaya 17703 no establece plazo de su duración del fideicomiso.
2. “La legislación uruguaya se diferencia de la legislación argentina, es más precisa y cuidadosa porque va a prever una regulación acorde a las reglas de sucesión.

3.1.2. Antecedentes del fideicomiso testamentario

Es una figura que se remonta al derecho romano Stewar (2002) nos dice que “el negocio jurídico fiduciario unilateral de carácter y naturaleza testamentaria que está basada en la confianza del testador” (p,583).

El derecho romano legisló al respecto y como señala Rosenfeld (1998. p,37):

Es en el gobierno del sucesor del gran Cesar, su sobrino Octavio, que después se nombró como el emperador Augusto, donde se crea dicha institución denominada “*praetor fideicomissarius*”, con lo cual los encargos que se le daba al fiduciario testamentario eran legales y se tenían que cumplir, disponiéndose después que el denominado “fiduciario” sea el beneficiario de la cuarta parte de la herencia, en donde la capacidad del testador se veía limitada a las tres cuartas partes del acervo.

En el Perú, la figura del fideicomiso testamentario fue prohibida en el Código Civil de 1852 y de allí se guardó silencio tanto en el Código de 1936 y el Código vigente de 1984. Si revisamos las normas sucesorias del Código Civil de 1984, solo se regula la institución de la sustitución vulgar como se aprecia en el artículo 740 del Código Civil, que regula la designación del sustituto a los herederos voluntarios y legatario cuando el instituido fallezca antes que el testados, o en caso de renuncia.

3.2. Definición.

De acuerdo con Vaca (2016), “El fideicomiso testamentario es aquel que ha regulado disposiciones que van a tener consecuencias o se van a ejecutar después del fallecimiento de su actor y precisamente por causa de ella” (p,409). Esta figura jurídica, está presente en la Ley 26702 “*Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros*”, y la Resolución SBS 1010-99 “*Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios*”, en el Fideicomiso testamentario “se presenta la posibilidad de designar por esta vía al fiduciario para que, a la muerte del causante, reciba todo

parte de sus bienes con el objeto de destinarlo a cumplir ciertas finalidades, bien de índole cultural, ya en beneficio de algunas personas, parientes o no del causante”.

A diferencia del albacea⁴, del derecho de sucesiones que es una persona natural, en el fideicomiso testamentario la función es cumplida por el denominado fiduciario testamentario.

Si bien el Fideicomiso testamentario es una especie del fideicomiso de administración, no se puede negar que se encuentra situado dentro del contexto de la sucesión hereditaria, y que constituye un mecanismo para que el causante encargue la realización de ciertos actos con su patrimonio. Sin embargo, además de la limitación que tiene el testador para disponer de su patrimonio a favor de terceros, en tanto ello puede afectar la legítima⁵, como veremos a continuación, aun cuando el encargo se efectúe a favor de sus propios herederos forzosos la constitución del fideicomiso testamentario no se encuentra libre de restricción.

3.3. Elementos

En el fideicomiso testamentario de acuerdo con García (2011.p,3) se observan los siguientes elementos:

Una doble y sucesiva institución de herederos respectos de los mismos bienes y en virtud de la voluntad única del testador.

La obligación impuesta al primer instituido de conservar los bienes hasta su fallecimiento, para que una vez producido su deceso se trasmitan al segundo instituido.

⁴ La función que cumple el albacea es de extrema importancia y se basa en la confianza que deposita el testador en el albacea. El albacea se pone de relieve cuando tiene relevancia en el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, es decir, cuando no sea del todo beneficioso para los herederos. Lo más factible sería que sean cumplidas por los propios sucesores, pero es probable que ésta no sea viable. También sucede cuando los sucesores no tienen una buena relación o en caso exista solamente legatarios. En todas estas circunstancias el albacea cumple una función de utilidad.

⁵ Para este supuesto en el **Artículo 244° de la Ley 26702** ha previsto que los herederos forzosos del fideicomitente pueden exigir la devolución de los bienes fideicomitados por su causante a título de fideicomiso gratuito, en la parte que hubiere perjudicado sus legítimas.

El primer instituido es por consiguiente un mero usufructuario pese a que ostente la propiedad de los bienes que heredó. Su fallecimiento es el acontecimiento previsto para que funcione la sustitución a favor del segundo instituido, a quien se transmiten los mismos bienes hereditarios.

El ordenamiento legal no legisla la llamada “sustitución fideicomisaria” la cual, según el derecho romano, exigía tres requisitos: a) institución de dos herederos, uno después del otro; b) el primero de los instituidos -fiduciario- disfrutaba de toda la herencia, pero no podía enajenar ninguno de los bienes que la integraban y c) producida la muerte del primer instituido, los bienes hereditarios del testador pasaban al segundo -fideicomisario.

3.4. Fideicomiso testamentario en el Perú.

3.4.1. Regulación en la legislación financiera

Regulado en la Ley 26702 “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros”, y la Resolución SBS 1010-99 “Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios”, en el Fideicomiso testamentario “se presenta la posibilidad de designar por esta vía al fiduciario para que, a la muerte del causante, reciba todo parte de sus bienes con el objeto de destinarlo a cumplir ciertas finalidades, bien de índole cultural, ya en beneficio de algunas personas, parientes o no del causante” (Rodríguez. 2008.p,895).

3.4.2. Alcances y limitaciones en la legislación financiera.

La regulación que realiza la Ley 26702, convierte al fideicomiso en un contrato típico, y dentro del contexto observamos que permite la presencia del fideicomiso testamentario, aunque como se ha observado no lo regula en forma expresa. Los artículos 244, 246 y 247, precisan lo siguiente:

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. 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. 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. La empresa fiduciaria, en todo caso, debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz, con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso.

Artículo 246.- FORMALIDAD. La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente. Cuando el contrato comporta la transferencia fiduciaria de activos mobiliarios, debe ser inscrito en la Central de Riesgos de la Superintendencia, según lo considere el fideicomitente. Tiene también lugar por voluntad unilateral del fideicomitente, expresada en testamento. Para oponer el fideicomiso a terceros se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente y que la otra clase de bienes y derechos se perfeccione con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley.

Artículo 247.- FIDEICOMISO TESTAMENTARIO NO REQUIERE ACEPTACION. 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. Los fideicomisos a que se refiere este artículo se entienden constituidos desde la apertura de la sucesión.

La regulación del fideicomiso testamentario, únicamente se limita a formular remedios frente a situaciones potenciales como son la oposición del heredero forzoso cuando vea perjudicada su legítima, o la no necesidad de aceptación por parte del fiduciario respecto del fideicomiso encargado.

La ley le otorga autonomía, porque es un contrato que tiene vida propia y no va a depender de otras figuras contractuales, a excepción del contrato objeto de estudio, porque interviene una disciplina civil, como es el derecho de sucesiones. Como señala Arias-Shereibert (1999) “en la legislación hereditaria peruana no existe el fideicomiso residual, ni tampoco la sustitución fideicomisaria condicional como sí encontramos dichas figuras en España” (p,753)

Se destaca también la exigencia de la formalidad como lo señala el artículo 246 de la ley, que dicha formalización tiene que hacerse mediante documento privado o que sea protocolizado ante notario. En el caso de la disposición testamentaria, si bien es cierto la ley señala o se refiere al contrato, también debe ser formalizado ante notario o también por escritura pública.

3.4.3. Rol del fiduciario testamentario.

En el derecho romano, el negocio fiduciario se relaciona estrechamente con la voluntad “*post mortem*”, la fiducia consistía en transferir la propiedad, esto era un acto entre ciudadanos vivos, y en el caso del “*fideicommissum*”, ello era un acto de transmisión por causa de muerte.

Un fiduciario es la persona designada para la administración del dinero y los bienes de otras personas, es una persona obligada por la legislación a la administración del dinero y los bienes de la persona para el beneficio de la persona y no para el suyo propio. Tiene derecho a percibir una remuneración, exigir el cumplimiento de su mandato a través del ejercicio de la defensa, protección, reivindicación y accionar judicialmente para mantener la integridad jurídica de los bienes.

El artículo 252 de la Ley No. 26702 -Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, establece las facultades del fiduciario sobre los bienes que recibe:

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. Dependiendo de la naturaleza del fideicomiso, el fideicomitente y sus causahabientes son titulares de un derecho de crédito personal contra el patrimonio fiduciario.

La empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicomitados con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo. Los actos de disposición que efectúe en contravención de lo pactado son anulables, si el adquirente no actuó de buena fe, salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores. La acción puede ser interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aun por la propia empresa fiduciaria.

Según el artículo anterior, podemos advertir que de las facultades que tiene el fiduciario sobre el patrimonio no se encuentra la del disfrute como característica del propietario; es decir, el fiduciario no es propietario de dichos bienes, sino titular

de los derechos que la ley le confiere para disponer sobre los bienes en cumplimiento de sus funciones y con las limitaciones que se hubieren establecido en el contrato.

3.5. Fideicomiso testamentario y la legítima sucesoria.

En el Perú, si bien la mayor parte de las declaraciones de herederos se efectúa a través del procedimiento no contencioso de Sucesión Intestada, ya sea que esta se tramite en la vía notarial o en la vía judicial; existe aún un buen número de ciudadanos que ordenan su régimen sucesorio a través de los llamados Testamentos.

Las razones que pueden llevar a un ciudadano a organizar su sucesión hereditaria en un testamento pueden ser diversas, encontrándose aquellas razones de índole cultural y familiar del testador, justificadas en la costumbre que de generación en generación han mantenido; hasta aquellas razones de índole moral, donde el testador llega a reconocer la paternidad de sus descendientes no reconocidos en su oportunidad; sin dejar de lado aquellas razones de índole económica, justificadas principalmente en la conservación mínima de las fortunas generadas; o incluso aquellas razones de índole proteccionista, justificadas en la preocupación del testador de dejar desprotegidos a sus herederos forzosos cuando adolezcan de alguna incapacidad física, mental o inclusive legal.

Independientemente de las razones antes expuestas, en una legislación de corte positivo, existen diversos requisitos tanto de forma como de fondo que todo acto jurídico debe respetar a efectos de que el mismo goce de validez y eficacia.

La institución objeto de estudio se erige como una excelente forma de conservación y administración del patrimonio del *de cuius*; sin embargo, su sola existencia colisiona con la institución de la Legítima, la cual se encuentra protegida por la legislación civil.

Corresponde analizar, si esta colisión de figuras legales es real o aparente en el sentido práctico, y sobre todo cuál de ellas es de relevancia para el sistema legal peruano, a efectos de poder determinar su utilidad, y con ello, el interés que las distintas partes pudieran tener con cada una de ellas. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. Esta transmisión implica que los herederos se convierten en los nuevos titulares de éstos, adquiriendo en consecuencia la propiedad de los bienes. Esto supone que adquieren el poder jurídico que les permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien del cual se han convertido en propietarios, el cual es irrestricto.

3.6. A la búsqueda de una mayor difusión del fideicomiso testamentario.

El fideicomiso en forma general necesita de una mayor lectura por los diferentes actores que intervienen, se concuerda con la tesis doctoral de Pérez (2007) cuando manifiesta que “los peruanos en general, no tienen un conocimiento completo de la dinámica y del negocio jurídico, ello se va a evidenciar en el hecho de ser presentado como una novísima modalidad contractual o un “contrato moderno” (p,69)

La importancia de los fideicomisos testamentarios no es despreciable, y es especialmente útil en aquellos casos en los que los herederos forzosos sean menores de edad o incapaces, en la medida que se constituye como un mecanismo adecuado para garantizar la correcta administración del patrimonio a la muerte del causante, y velar por su cuidado, sea hasta que alcance la mayoría de edad, o hasta que se supere la causa de incapacidad.

Si el derecho precisamente busca tutelar el interés superior del menor, así como a quienes se encuentran privados de capacidad, no hace mucho sentido que se limite la posibilidad de constituir fideicomisos testamentarios en su favor, permitiendo planificar un futuro con mejores perspectivas.

No es difícil advertir que, en el Perú, el uso del fideicomiso testamentario no se ha extendido⁶, pese a las ventajas frente a otras figuras que podría haberlo convertido en una institución atractiva para quienes desean proteger a sus herederos planificando su futuro.

En efecto, las ventajas del fideicomiso testamentario no son pocas, pero la principal es que permite que los bienes entregados en fideicomiso sean adecuadamente administrados, salvaguardándose el patrimonio de los herederos, a través de instituciones supervisadas que cuentan con la capacidad y seguridad necesaria para cumplir con el encargo.

Ahora desde una lectura grupal, la razón por la cual, esta institución contractual no se ha extendido, no es por los costos que implica –lo cual no justificaría su marginación en sucesiones cuyo patrimonio justificaría incurrir en dichos costos-, sino además en una aparentemente e inadvertida restricción legal proveniente de nuestro derecho sucesorio, y con ello nos referimos a la imposibilidad de disponer libremente de la legítima a favor de terceros.

3.7. Herederos en estado de vulnerabilidad.

3.7.1. Los que adolecen de capacidad de ejercicio.

La capacidad jurídica, es inseparable del ser humano, porque califica a éste como persona. Su existencia en buena cuenta es superior al arbitrio del legislador, pues la ley tiene que reconocerla; si no, incurriría en arbitrariedad. La ley no crea esa capacidad que existe *per se*, como atributo sustancial de la persona; sólo la reconoce.

Si la ley no reconoce aptitud jurídica a ciertas personas en ciertos casos, es por motivos especiales. Esto quiere decir que la capacidad jurídica es por

⁶ Esta percepción se ratifica con la información de FELEBAN que no reporta un porcentaje de participación para el fideicomiso testamentario, sino que lo incorpora dentro del rubro otros, que alcanzan el 3.3% del porcentaje por tipo de fideicomiso en el Perú para el año 2006

definición genérica, y que las incapacidades sólo pueden establecerse para ciertos casos especialmente establecidos, o sea, que toda incapacidad de goce es necesariamente relativa. Es una institución trascendental del derecho de personas que ha insertado una nueva configuración jurídica, como en el caso de las personas con discapacidad o los menores de edad que han contraído matrimonio que ahora tienen otras prerrogativas que antes de la modificación les eran negadas.

La capacidad puede entenderse con dos significaciones: como aptitud de disfrute de un derecho, o como aptitud de ejecutar o realizar ese derecho. La capacidad de goce es, propiamente, una capacidad jurídica donde se otorga tal calidad a la persona natural o jurídica como sujeto de derecho, en cuanto tiene los derechos civiles que como tal le corresponden.

La capacidad de ejercicio es una que se funda en la de goce; es una capacidad de actuación, que se manifiesta en concreto, como realización de tal capacidad de goce. La capacidad de ejercicio es la aptitud de una persona para celebrar por sí misma, un acto jurídico cualquiera, y en nuestro caso, un contrato. Si bien todos potencialmente gozan del derecho de establecer un vínculo obligacional (capacidad de goce) existen circunstancias en las que, porque no se ha llegado al grado de desarrollo intelectual y la capacidad de juicio necesarios, o porque habiéndolos tenido, se han perdido, o por otros motivos (ausencia, etc.) se hace indispensable que intervenga un representante legal.

Supuestos de incapacidad absoluta de ejercicio.

De acuerdo con el artículo 43 del Código Civil de 1984: *Son absolutamente incapaces:*

1. *Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.*
2. *(Derogado)*⁷

⁷ De conformidad con la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo No. 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en

3. *(Derogado)*⁸

Supuestos de capacidad de ejercicio restringida.

De acuerdo con el artículo 44 del Código Civil de 1984: *Tienen capacidad de ejercicio restringida:*

1. *Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.*

2. *(Derogado)*⁹

3. *(Derogado)*¹⁰

4. *Los pródigos*

5. *Los que incurren en mala gestión*

6. *Los ebrios habituales.*

7. *Los toxicómanos.*

8. *Los que sufren pena que lleva la interdicción civil.*

9. *Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.*

En todos los casos señalados en el art. 43 de incapacidad absoluta, como en los que resultan del art. 44 del Código Civil de 1984, sobre capacidad de ejercicio restringida, se coloca al incapaz en una situación de subordinación frente a quien

igualdad de condiciones, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de Setiembre del 2018, se derogó el numeral 2 del Artículo 43 del Código Civil, cuya redacción original indicaba que son absolutamente incapaces (...) los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

⁸ De conformidad con la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley No. 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de Diciembre del 2012, se derogó el numeral 3 del Artículo 43 del Código Civil, cuya redacción original indicaba que son absolutamente incapaces (...) los sordomudos, ciego sordos y los ciego mudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

⁹ De conformidad con la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo No. 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de Setiembre del 2018, se derogó el numeral 2 del Artículo 44 del Código Civil, cuya redacción original indicaba que tienen capacidad de ejercicio restringida (...) los retardados mentales.

¹⁰ De conformidad con la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo No. 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de Setiembre del 2018, se derogó el numeral 3 del Artículo 44 del Código Civil, cuya redacción original indicaba que tienen capacidad de ejercicio restringida (...) los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

ejerce su representación legal; se le coloca, pues, bajo una potestad. Puede ocurrir que en una misma persona se reúnan varias causales de incapacidades. En ese caso se hace prevalecer la más fuerte sobre la más débil, aquélla que importa en mayor grado la negación del ejercicio de los derechos. Los actos de las personas que la padecen no pueden engendrar el más leve efecto jurídico. (...) Melich (2006)” Los incapaces de obrar, sea su incapacidad absoluta o relativa necesitan de un *representante legal* (el padre o tutor) que se encargue de realizar para el incapaz y en nombre suyo los actos necesarios, o de reforzar mediante su aprobación la voluntad del tutelado, si la incapacidad no es absoluta...” (p.127)

3.7.2. Los incapaces y el fideicomiso testamentario.

La importancia de los fideicomisos testamentarios no es despreciable, y es especialmente útil en aquellos casos en los que los herederos forzosos son menores de edad o incapaces, en la medida que se constituye como un mecanismo adecuado para garantizar la correcta administración del patrimonio a la muerte del causante, y velar por su cuidado, sea hasta que alcance la mayoría de edad, o hasta que se supere la causa de incapacidad.

Si el derecho precisamente busca tutelar el interés superior del menor, así como a quienes se encuentran privados de capacidad, no hace mucho sentido que se limite la posibilidad de constituir fideicomisos testamentarios en su favor, permitiendo planificar un futuro con mejores perspectivas.

De esa manera, estimamos que nuestro sistema de legítimas origina que la utilidad del fideicomiso por testamento será de muy escaso valor.

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS PARA UNA PROPUESTA

4.1. Discusión de la propuesta

El objetivo general de la investigación es: Analizar la figura del contrato de Fideicomiso Testamentario con relación a la intangibilidad de la Legítima Sucesoria según nuestra legislación vigente; y, en consecuencia, conocer si resulta viable o contradictoria la aplicación de dicha figura en el Perú.

Para entender mejor la problemática antes expuesta y obtener una información especializada de primera mano, se invitó a un grupo de expertos en la materia, de impecable trayectoria profesional, y cuyas aportaciones servirán para establecer una propuesta para la aplicación del Fideicomiso Testamentario en un sistema legal que protege la institución de la Legítima Sucesoria.

El grupo de expertos invitados estuvo conformado por los siguientes profesionales del derecho de nacionalidad peruana, quienes aportaron su conocimiento y experiencia a través de un cuestionario cuidadosamente elaborado¹¹, a saber:

1. **AUGUSTO FERRERO COSTA**, Abogado, actualmente Magistrado del Tribunal Constitucional y Docente Emérito de Derecho de Sucesiones de la Universidad de Lima.
2. **CARLOS ENRIQUE ARATA DELGADO**, Abogado, Socio del Área Financiera y Corporativa del Estudio Rubio Leguía Normand. Band 5 – Chambers & Partners Latin América. Recommended Lawyer – Legal 500.

¹¹ El llamado “Cuestionario de Expertos” fue respondido por cada uno de los participantes en forma separada, y remitida vía correo electrónico a los tesisistas, y cuyo tenor literal se encuentra transcrito en el rubro “Anexos” de la presente tesis, formando parte integrante de ésta.

3. **SERGIO BARBOZA BERAUN**, Abogado, Socio del Área Financiera y Corporativa del Estudio DLA Piper Perú. Band 2 – Chambers & Partners Latin América. Recommended Lawyer – Legal 500.
4. **EKATERINI KIDONIS MARCHENA**, Abogada, actualmente Gerente Legal y Cumplimiento Normativo en Banco Santander.
5. **JORGE IGNACIO SINFON PHUM**, Abogado, actualmente Director en Expertia Capital Group S.A.C., Director en One Rock Mining, Principal en i22m Consulting, fue profesor de la Academia de la Magistratura y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

4.1.1. Interpretación de la Legítima, y su intangibilidad

Es importante iniciar con la discusión de este tema, toda vez que la regulación de la Legítima se encuentra consagrada en el Código Civil de 1984, y evidencia el proteccionismo de una parte considerable de la herencia testamentaria, la cual está dirigida para los herederos forzosos, generando además obligaciones legales para su no afectación.

Para **AUGUSTO FERRERO COSTA**, las normas sobre la Legítima, por ser de orden público, no admiten disposiciones en contrario, ni tampoco pueden inferirse interpretaciones por analogía o *in extenso*, y por lo tanto, cualquier modalidad, gravamen o carga de la parte de la herencia destinada a los herederos forzosos se encuentran absolutamente prohibidas desde el momento de la facción del testamento, inclusive; sin embargo, en opinión de **CARLOS ENRIQUE ARATA DELGADO**, toda persona debería estar en capacidad de disponer de (todo) su patrimonio cuando lo estime pertinente, salvo la parte que pudiera corresponder al cónyuge.

Para **JORGE IGNACIO SINFON PHUM**, al fallecimiento del testador, se debe tomar en cuenta si este ha dispuesto en vida determinados bienes en favor de sus herederos forzosos, pues ello implicaría un cumplimiento anticipado en la entrega de los bienes hereditarios, razón por la cual considera que la legítima no está

(del todo) ligada necesariamente a la preferencia de los herederos forzosos en la entrega de los bienes hereditarios; y asimismo, debe tenerse en cuenta que la legítima, en lo que al *quantum* corresponde podría sufrir alguna variación en la medida que se produzca alguna causal de indignidad o desheredación regulada por ley contra algún heredero forzoso.

Siguiendo el sentido de la opinión de **AUGUSTO FERRERO COSTA**, el experto **SERGIO BARBOZA BERAUN** concuerda en que, tratándose la intangibilidad de la Legítima de una norma de orden público, ésta no se encuentra relacionada con la voluntad del testador (futuro causante), generando por un lado una obligación al testador de no disponer a título de liberalidad, ni afectar con cargas o gravámenes de cualquier naturaleza la alícuota que pudiera corresponder a sus herederos forzosos (si existieran), y por otro lado, genera un derecho a favor de los herederos forzosos de que su cuota legitimaria no pueda ser afectada por terceros.

4.1.2. Rol e importancia del Fideicomiso Testamentario

Un segundo punto de discusión de vital importancia para este trabajo está relacionado con la existencia del Fideicomiso Testamentario, el cual, conforme se ha ido desarrollando a lo largo de toda la tesis, se convierte en un excelente mecanismo de administración eficiente del patrimonio del causante testamentario.

Al respecto, **AUGUSTO FERRERO COSTA** nos dice que dada la influencia que el Derecho de Familia ejerce sobre las demás ramas del Derecho, y teniendo en cuenta el sistema tutelar o protector de este, es muy poco probable que el Fideicomiso Testamentario se erija como una alternativa contractual de gran importancia, atendiendo a la consagración de la Legítima a favor de los herederos forzosos; sin embargo, **EKATERINI KIDONIS MARCHENA** rescata la importancia que tiene el Fideicomiso Testamentario pues permitiría una serie de ventajas y eficiencias económicas inclusive, pues el testador (fideicomitente) podría destinar sus bienes a una finalidad determinada para luego de que esta sea cumplida

dichos bienes sean transferidos a determinadas personas, beneficiando a las personas con discapacidad , sean herederos o no.

Para **JORGE IGNACIO SINFON PHUM**, el Fideicomiso Testamentario resultaría beneficioso en la medida que el patrimonio del causante conste de una amplia cantidad de bienes, y los beneficiarios (herederos forzosos y no forzosos) no cuenten con la experiencia necesaria para conservar y rentabilizar el patrimonio dejado en herencia; rescatando así la capacidad de la entidad fiduciaria que, como entidad estrictamente regulada, está preparada para una correcta conservación del patrimonio testado; y en la misma línea opina **SERGIO BARBOZA BERAUN**, remitiéndose además a lo dispuesto por el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, que consagra el modelo económico del país (economía social de mercado), que tiene como uno de sus fundamentos el respeto a la propiedad privada, razón por la cual el fideicomiso testamentario tendría el rol de brindar protección a los bienes (propiedad privada) y a la voluntad del testador (futuro causante).

Consultando sobre ello al experto **CARLOS ENRIQUE ARATA DELGADO**, este concluye que el Fideicomiso Testamentario sería de mucha utilidad pues facilitaría la disposición de la masa hereditaria y eliminaría la complejidad de la copropiedad que se genera con el fallecimiento del testador.

4.1.3. Posibles razones de la inaplicación del Fideicomiso Testamentario en el Perú

En este estado, recurrimos a la amplia experiencia de los participantes, toda vez que no existe documentación alguna sobre la existencia (real o hipotética) de fideicomisos testamentarios en el Perú, y en este sentido, el experto **SERGIO BARBOZA BERAUN** nos explica que la normativa vigente para el derecho sucesorio regula restricciones que impiden constituir un fideicomiso testamentario, convirtiéndose así en la principal razón para que dicha figura no sea funcional en el Perú, más aún cuando la legislación financiera (Ley No. 26702, Ley General del

Sistema Financiero, y de Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros) regula en su artículo 244 el derecho que tienen los herederos forzosos de exigir la devolución de los bienes fideicometidos transferidos por el causante a título gratuito que perjudiquen su cuota hereditaria, o cuando un eventual fideicomiso testamentario afecte la alícuota hereditaria de menores o incapaces. Por otro lado, el mencionado experto opina que otra de las razones por la cual el Fideicomiso Testamentario no es ampliamente aplicado en el Perú radica en los costos involucrados en su estructuración, formalización y ejecución, lo cual aunado a su falta de difusión conlleva a su completo desconocimiento, y por ende su inaplicación a esta realidad local.

Por su parte, el experto **CARLOS ENRIQUE ARATA DELGADO** opina que ante la falta de costumbre de otorgar testamentos, resulta aún más difícil constituir fideicomisos testamentarios; mientras que la experta **EKATERINI KIDONIS MARCHENA** menciona que la sola regulación de la intangibilidad de la legítima, genera contingencias que impedirían la constitución de fideicomisos testamentarios, sin perjuicio del desconocimiento de dicha figura jurídica; siendo esta última razón, en opinión del experto **JORGE IGNACIO SINFON PHUM**, la más importante, en la medida que las personas desconocen con un fideicomiso testamentario pueden establecer todas las condiciones que sean necesarias para el mantenimiento de su patrimonio luego de su muerte, encargando a un fiduciario para que se encargue de administrar y organizar su patrimonio durante un plazo determinado.

Finalmente, el experto **AUGUSTO FERRERO COSTA** concluye que el campo de acción (de los fideicomisos testamentarios) según la normatividad vigente, está circunscrito a la hipótesis que el testador no tenga herederos forzosos; sin embargo, como la mayoría de las personas sí tienen familiares dentro de los tres primeros órdenes sucesorios, dentro de los cuales se encuentran los herederos forzosos, entonces no hay mucho espacio para la configuración de un fideicomiso testamentario.

4.1.4. La intangibilidad de la legítima como limitación de los Fideicomisos Testamentarios en el Perú, ¿es real o aparente?

Frente a este cuestionamiento, todos los expertos a excepción de **SERGIO BARBOZA BERAUN** consideran que la restricción testamentaria prevista en el artículo 733 del Código Civil, es una limitación real, pues en palabras del experto **AUGUSTO FERRERO COSTA**, nos encontramos frente a una norma imperativa cuya trasgresión o incumplimiento conlleva la posibilidad de interponer acciones judiciales de diversa índole, una de las cuales, en opinión del experto **JORGE IGNACIO SINFON PHUM** sería el de dejar sin efecto aquel fideicomiso testamentario que afecte la legítima en caso de existir herederos forzosos, comprobándose así que las disposiciones legales relacionadas con la legítima limitan la libertad del testador de disponer la totalidad de sus bienes y designar los beneficiarios que desee.

Una opinión particular y que resulta interesante analizar, es aquella proporcionada por el experto **SERGIO BARBOZA BERAUN**, quien considera la restricción prevista en el artículo 733 del Código Civil es una limitación aparente de los fideicomisos testamentarios. Para el mencionado experto, dicho artículo no prohíbe la constitución de un fideicomiso testamentario, sino que únicamente regula una restricción que debe ser considerada al momento de redactar y estructurar el respectivo contrato (de fideicomiso), debiendo para ello precisarse la cantidad de herederos forzosos, los bienes o porcentajes que deberán ser destinados exclusivamente a éstos, y aquellos destinados a la cuota de libre disposición; y con ello se evitaría su futuro cuestionamiento. Una vez ello, la constitución de un fideicomiso (testamentario) sería legalmente viable, y los involucrados, incluyendo los herederos forzosos, se verían beneficiados de dicho acuerdo, y para lo cual resulta de vital importancia una correcta comprensión de las normas sucesorias conjuntamente con la regulación general aplicable a los fideicomisos.

4.1.5. El Fideicomiso Testamentario y la Legítima ¿trasgresión o coexistencia?

Frente a este dilema, existe una opinión unánime por parte de los expertos consultados, de que un Fideicomiso Testamentario puede coexistir con las restricciones que legalmente son impuestas a la Legítima, en la medida que el primero se constituya en función al patrimonio que no esté destinado a los herederos forzosos, caso contrario, en palabras del experto **AUGUSTO FERRERO COSTA**, el fideicomiso testamentario que afecte o alcance la porción o reserva de la legítima debe retroceder y dar marcha atrás.

Por su parte, el experto **JORGE IGNACIO SINFON PHUM** considera que un fideicomiso testamentario puede coexistir con la legítima cuando en el causante al elaborar su testamento separa claramente el porcentaje de la legítima que será repartido entre sus herederos forzosos y establece el fideicomiso testamentario sobre el resto de su patrimonio, evitando que ambas instituciones se contrapongan una sobre la otra, lo cual es comulgado por la también experta **EKATERINI KIDONIS MARCHENA** quien considera, además, que incorporar a los herederos forzosos en la constitución del fideicomiso testamentario, dando su aceptación y compromiso de no afectar la finalidad del fideicomiso sobre el tercio de libre disponibilidad, permitiría la coexistencia de las dos figuras jurídicas materia del presente trabajo. En el mismo sentido, nos explica el experto **SERGIO BARBOZA BERAUN** quien considera que al constituirse un fideicomiso deberá determinarse las cuotas legitimarias, y la distribución del patrimonio de acuerdo con las normas de la legítima incluidas en el Código Civil. Es decir, al incluir la regulación de la legítima y de los herederos forzosos en el contrato de fideicomiso para que resulte un acto válido, y en caso de existir posteriormente un nuevo heredero forzoso será necesario modificar el contrato de fideicomiso para seguir respetando las normas sucesorias.

4.1.6. Propuestas de los expertos para la viabilización de los Fideicomisos Testamentarios en el Perú

Luego de haber analizado las posturas de los expertos frente a las interrogantes anteriores, este punto relacionado con las propuestas planteadas para una correcta configuración del Fideicomiso Testamentario resulta de vital importancia para el

trabajo, en la medida que nos acercará a la posición final de los tesistas para la viabilización de esta figura jurídica.

De todas las propuestas formuladas, aquella planteada por la experta **EKATERINI KIDONIS MARCHENA** resulta más alineada con la legislación civil vigente, pues considera que el Código Civil debe admitir en forma expresa la constitución del fideicomiso testamentario sobre el tercio de libre disponibilidad (y entendiéndose que la restricción a la Legítima debe mantenerse).

Por su parte, el experto **SERGIO BARBOZA BERAUN** considera, entre otras propuestas, promover la constitución de fideicomisos testamentarios como una forma válida de sucesión en el Código Civil, al igual que un testamento: mientras que el experto **JORGE IGNACIO SINFON PHUM** propone que sea el testador quien determine cuál será el porcentaje destinado exclusivamente para los herederos forzosos en caso constituya un fideicomiso testamentario y/o un testamento, y de esa forma se protegerá el derecho de los herederos forzosos y a la vez no se limitará la libertad del causante para administrar su patrimonio después de su muerte. Sin perjuicio de lo antes expuesto, el mencionado experto también propone que la constitución de un Fideicomiso Testamentario cuente con el consentimiento de los herederos forzosos del testador, o que éste se constituya sólo con los bienes que conforman el tercio de libre disposición del testador.

Finalmente, el experto **AUGUSTO FERRERO COSTA** propone en hacer más flexible la legítima para que el fideicomiso testamentario no quede relegado únicamente a la porción de libre disposición del testador: mientras que el experto **CARLOS ENRIQUE ARATA DELGADO** propone eliminar la Legítima o en su defecto establecer la inaplicación de sus restricciones cuando se advierta de la existencia de un fideicomiso testamentario, pues aquel crea un patrimonio autónomo que no puede ser atacado por terceros.

4.2. Propuesta para la solución del problema

En el Perú, la figura del Fideicomiso Testamentario se encuentra regulada en una forma muy básica por la Ley No. 26702 -Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Bancos y Seguros; y por ello, genera una suerte de colisión con la institución de la Legítima Sucesoria prevista en el Código Civil Peruano, al establecer límites para su disposición y sobre todo al prohibir en cierto modo su afectación bajo cualquier modalidad.

El Fideicomiso Testamentario es una figura legal viable aun cuando el sistema legal positivo peruano defiende y protege la intangibilidad de la Legítima Sucesoria; sin embargo, se requiere de cierta precisión normativa para que resulte atractiva su aplicación y difusión en el Perú.

La existencia de los fideicomisos testamentarios es casi nula, pese a que dicha figura legal remonta sus orígenes desde el derecho romano, donde sus alcances podrían haber alcanzado ya un reconocimiento relevante. El poco o casi nulo interés en el desarrollo de esta figura legal puede deberse a la escasa información de ésta por los operadores del derecho (abogados, notarios o jueces), el escaso interés del Estado de promover esta forma de administración del patrimonio cuando ocurra el deceso de una persona, el escaso interés de las entidades que se encargarán de dicha administración (fiduciarios), u otras análogas.

Un aspecto que justificaría el desincentivo de apelar a la figura del fideicomiso testamentario sería aquella norma de la legislación civil que consagra la intangibilidad de la legítima sucesoria, y, por ende, suprime *per se* todo intento de afectar esta parte de la herencia reservada a los herederos forzosos del testador fideicomitente. En pleno siglo XXI, donde la libre economía de mercado es cada vez más influyente, y a la vez donde los Estados buscan promover la inclusión social y la protección de las personas con discapacidad, ¿Acaso el Fideicomiso Testamentario no se alza como una opción eficaz de protección del patrimonio

familiar (economía) y a la vez de protección de los herederos vulnerables (social-familiar)?

Las prohibiciones o restricciones legales generalmente se sustentan en cuidados del orden público o en protección de intereses superiores predeterminados; sin embargo, ¿tendrá sentido mantener dichas prohibiciones o restricciones legales cuando el acto prohibido tiene como finalidad proteger dichos intereses superiores?

De lo manifestado por los entrevistados, la revisión de la doctrina y la observación y análisis personal del investigador podemos afirmar lo siguiente:

Respecto a cómo debe interpretarse la LEGÍTIMA, y la intangibilidad según lo normado por el Art. 733 del Código Civil. La legítima está regulada por el Código Civil de 1984, en el derecho de sucesiones y por ende las disposiciones que emana de ella son de estricto cumplimiento, una de ellas es el impedimento de la presencia de gravámenes, cargas, o restricción de derechos o libertades, no puede desconocerse los derechos de los herederos forzosos. Como se puede observar estamos ante derechos intangibles, que no pueden ser objeto de ningún tipo de acto jurídico, porque de lo contrario estaríamos ante un acto inválido.

Respecto a la importancia del FIDEICOMISO TESTAMENTARIO entre sus ventajas, ellas son obvias a pesar de la presencia de la institución jurídica de la legítima, esta institución da una manejo de la masa hereditaria para que el accionante disponga a quien de sus deudos le corresponde apoyarlo o atenderlo, como es el caso de un menor de edad, que no tiene la capacidad para poder mantenerse o cumplir con las necesidades de su etapa de vida como los estudios, o proyecto de vida, compartimos lo expuesto por la experta **EKATERINI KIDONIS MARCHENA**, cuando señala que “ Esta figura permitiría beneficiar a personas incapaces, a personas que no sean herederos forzosos, y a herederos en general”.

Respecto a las razones que el **FIDEICOMISO TESTAMENTARIO no ha sido ampliamente aplicado en el Perú**, estas son diversas, primero la propia naturaleza del fideicomiso, que es una figura no muy publicitada, a diferencia del sencillísimo testamento por escritura pública o cerrado, la mayoría de las personas lo califican, como una institución de la esfera bancaria o financiera, y son pocas las personas que conocen su eficacia o el rol de los fiduciarios como garantes del cumplimiento del accionante, figura creada preferentemente cuando no existen herederos forzosos, la falta de costumbre o la propia idiosincrasia del peruano de no hacer testamentos, la preponderancia de la figura del Albacea, que lamentablemente lo ven como una figura de mayor garantía en algunos casos, la propia legislación que no es clara y presenta de situaciones donde los herederos forzosos tendría la posibilidad de pedir la devolución de los bienes fideicomitidos, cuando hay un perjuicio a la cuota hereditario. También se presentan casos de invalidez, no lo hace atractivo, los costos de este tipo de contratos (honorarios del fiduciario, administración de bienes, ejecución, formalización, entre otros, la asesoría de abogados especializados en fideicomiso) Eso es cierto, pero hay casos específicos que es relacionado a la propuesta que si bien es cierto no son los más recurrentes se pueden presentar.

Sobre la restricción prevista en el artículo 733 del Código Civil (intangibilidad de la legítima) esta se configura como una limitación real para los FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS en el Perú, ya hemos visto que dicha norma es imperativa, de lo contrario ingresamos a la esfera de la ineficacia y por ende de las acciones legales de ley. Ahora no podemos desconocer, la posición de la doctrina como hemos visto esta figura testamentaria puede privar derechos que corresponde a la legítima.

La existencia de un FIDEICOMISO TESTAMENTARIO indudablemente conllevaría a una trasgresión de la LEGÍTIMA ante la existencia de herederos forzosos, ello será, si afecta la porción de la legítima, y ya hemos visto lo que señala la norma, la regulación legal de ambas instituciones puede ser posible siempre y cuando se pongan las reglas claras, sobre todo respecto a los derechos de

los legatarios o herederos. Estamos de acuerdo con la posición del experto **SINFON PHUM** en el sentido de que estas figuras pueden coexistir, cuando el causante en la confección de su testamento haga la distinción entre el porcentaje que corresponde a los herederos forzosos y el fideicomiso testamentario sobre el resto del patrimonio”, deberá determinarse claramente los porcentajes, derechos, cuotas legitimarias, etc.

Lo afirmado sostiene la hipótesis planteada: El Fideicomiso Testamentario es una figura legal viable aun cuando el sistema legal positivo peruano defiende y protege la intangibilidad de la Legítima Sucesoria; sin embargo, se requiere de cierta precisión normativa para que resulte atractiva su aplicación y difusión en el Perú. No olvidemos que la redacción del Artículo 733 del Código Civil, que consagra la intangibilidad de la Legítima, establece que el testador no puede privar de la legítima a los herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por ley (el subrayado es nuestro), y allí se encontraría la llave para la existencia y validez de los Fideicomisos Testamentarios no sólo para los bienes de libre disposición sino para los bienes conformantes de la legítima inclusive.

La intangibilidad de la legítima es una restricción real para la validez y eficacia del contrato de fideicomiso testamentario; siempre que, no sea posible continuar con el cumplimiento de su finalidad; y es por ello, que sin necesidad de modificar la legislación civil, aterrizamos en una propuesta dirigida a modificar la legislación financiera, específicamente la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Bancos y Seguros, toda vez que ésta tiene el mismo rango normativo que el Código Civil, cumpliendo así la condición del Artículo 733 del mencionado cuerpo legal, para establecer una excepción a la intangibilidad de la legítima en aquellas personas que hayan optado por constituir un Fideicomiso Testamentario en favor de los mismos herederos forzosos, tengan o no incapacidad absoluta o capacidad restringida de ejercicio, o inclusive para conservar el patrimonio del *de cuius*, o mejor aún, gestionar su crecimiento cuando el fideicomitente (testador) advierta que la generación que le sigue se encuentre imposibilitada de administrarlo de forma

idónea, o se encuentre en preparación y/o capacitación para tomar el manejo, cuidado y explotación del patrimonio testado.



CONCLUSIONES

1. El análisis de las figuras legales del Fideicomiso Testamentario y la Legítima Sucesoria, con énfasis en la intangibilidad de ésta última, ha llevado a determinar que el Fideicomiso Testamentario es una figura legal viable aun cuando el sistema legal positivo peruano defiende y protege la intangibilidad de la Legítima Sucesoria; sin embargo, se requiere de cierta precisión normativa para que resulte atractiva su aplicación y difusión en el Perú. Primero había que ubicar en una posición prevalente a la autonomía de voluntad del causante para que este pueda destinar su patrimonio a una persona determinada.
2. El conflicto normativo en la intangibilidad de la legítima limita el fideicomiso testamentario, porque tenemos un régimen de excepción a la intangibilidad de la legítima sucesoria, basado en intereses superiores que el mismo derecho actual busca proteger. La intangibilidad de la legítima es una restricción real para la libre disposición de bienes otorgados por el testador a favor de un patrimonio fideicomitado.
3. El otorgamiento del fideicomiso testamentario no puede extenderse sin tener en cuenta la figura de la legítima, de allí la importancia de la búsqueda de un cambio normativo en la legislación financiera y sustantiva civil, para flexibilizar la actual regulación de la legítima, si bien no estamos de acuerdo con eliminar la legítima para dar la factibilidad al fideicomiso testamentario, si es factible modificar la norma en favor de los contratos de fideicomiso testamentario, donde prevalece la libre disponibilidad del accionante, y esté de por medio un incapaz.
4. Sí es factible un régimen de excepción a la intangibilidad de la legítima sucesoria basado en la tutela de los intereses de los herederos en estado de vulnerabilidad, porque un testador al fraccionar su testamento podía hacer extensiva en él la figura del fideicomiso testamentario como una buena opción de administración de su patrimonio en beneficio de sus herederos forzosos, si éstos se encuentran en

estado de vulnerabilidad, según el grado de incapacidad que adolecen, o incluso en beneficio de aquellos herederos forzosos no incapaces inclusive.



RECOMENDACIONES

1. Se recomienda modificar los artículos 686 y 733 del Código Civil, a efectos de dejar establecido el respeto de la última voluntad del testador de elegir voluntariamente el destino de su patrimonio luego de su muerte, ya sea a través de su testamento, o a través de un fideicomiso testamentario, con la posibilidad de aplicar una excepción a la intangibilidad de la legítima.
2. Se recomienda modificar el artículo 244 de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de tal forma que se defina el sentido del Fideicomiso Testamentario, para que de esa forma se pueda entender su naturaleza y sus alcances.
3. Se recomienda modificar el artículo 247 de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de tal forma que se establezca un plazo máximo para que la empresa fiduciaria designada para un Fideicomiso Testamentario pueda declinar su participación, y de esa forma no dejarlo al arbitrio de dichas entidades o sendas interpretaciones por parte de otros operadores jurídicos.
4. Se recomienda modificar el artículo 251 de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de tal forma que se establezca el plazo máximo de duración de un Fideicomiso Testamentario, y de esa forma darle un carácter temporal que no perjudique el derecho de propiedad de los herederos y/o legatarios respecto de los bienes del testador.
5. Todas las recomendaciones descritas en los numerales anteriores, se encuentran materializadas en un proyecto de ley que los tesistas han preparado y que se transcribe en el **Anexo 6** de este trabajo.

FUENTES DE INFORMACIÓN

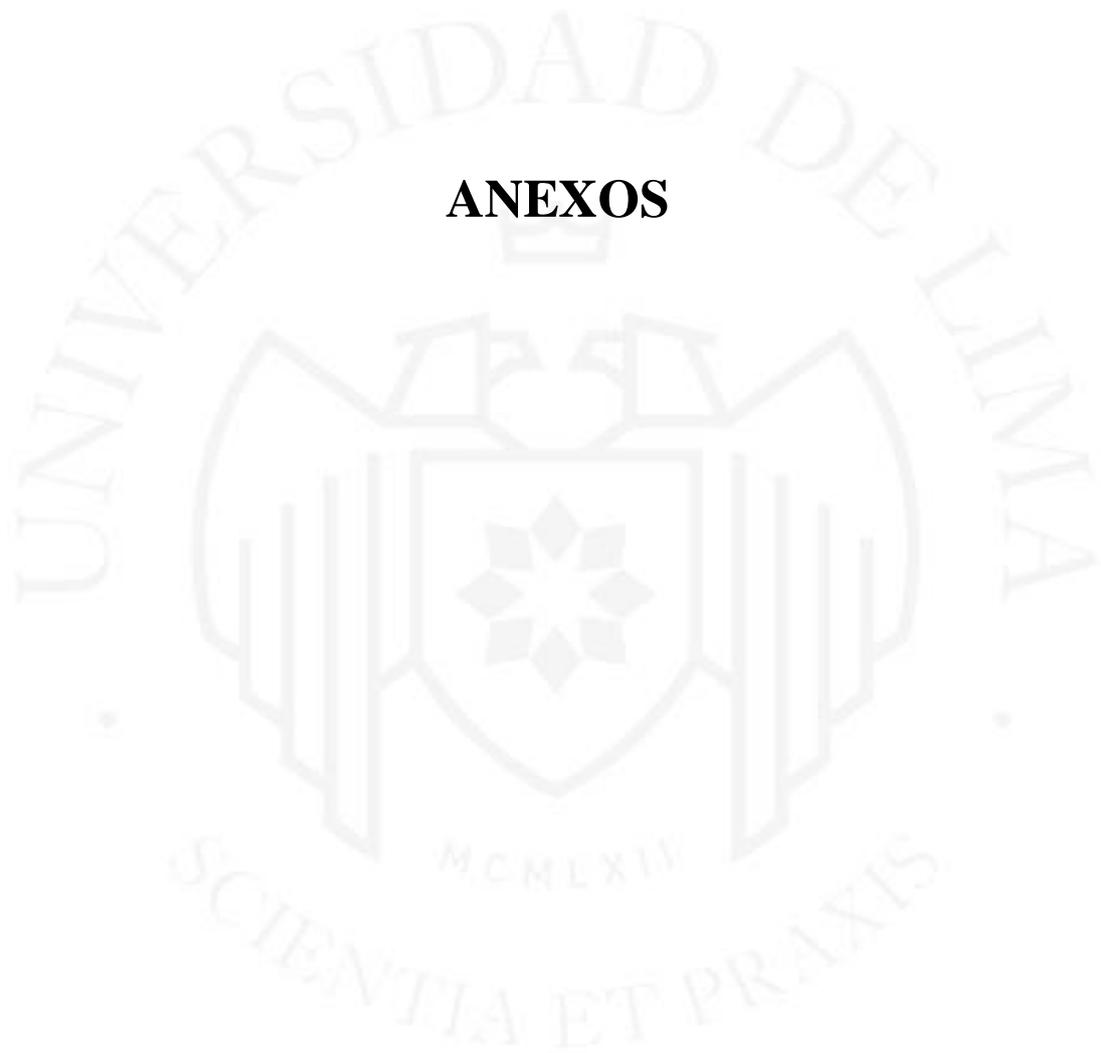
- Aguilar, B. (2014) *Manual de Derecho de Sucesiones*. Lima. Instituto pacífico.
- Arias-Schreiber, M. Et Al (1999) *Contratos Modernos*. Lima. Gaceta Jurídica.
- Caballero, A. (2011) *Metodología Integral innovadora para planes y tesis*. Lima. Instituto Metodológico Alen Caro.
- Cabanellas, G. (1994) *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires. Editorial Heliasta.
- Calmet, M. (2009) *La Responsabilidad y las obligaciones del fideicomitente*. Lima. La fiduciaria. Boletín fiduciario.
- Carmona, M. (2010) *La nulidad de la donación que afecta la legítima ¿puede ser demandada?* Chiclayo. Instituto de Derecho Civil de la USS.
- Carrasco, D. (2019) *Análisis de los límites jurídicos a la libre disposición testamentaria* Lima. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- De la fuente, R. (2011) *El Fideicomiso testamentario en la legislación y jurisprudencia peruanas*. Lima. Instituto Peruano de Derecho Civil.
- Delgado, V. (2016) *Contratos de Fideicomiso*. Valencia. Ministerio del Poder Popular.
- Díaz, R. (2019) *El Anticipo de Legítima y la Desheredación*. Lima Universidad Federico Villareal. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho Civil y Comercial.
- Domínguez, J. (2013) *El Fideicomiso*. México. Editorial Porrúa.
- Fernández, L. y Garcés, L. (2015) *Propuesta de fideicomiso como medio de financiamiento para la empresa agrícola San José Provincia de Sullana, 2014*. Piura. Universidad Nacional de Piura.
- Fernández, C. (2019) *Derecho de Sucesiones*. Lima Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Ferrer, F. (2013) *Sujetos del fideicomiso testamentario* (en el derecho argentino y uruguayo). Uruguay. Revista de la Facultad de Derecho, núm. 34, enero-junio.
- Fernández, J. (2005) *Comentarios al Código Civil* Lima Gaceta Jurídica.
- Ferrero, A. (2012) *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Lima. Editorial Grijley. EIRL.

- Figuerola, H. (2000) *Derecho Bancario*. Lima Ediciones Jurídicas.
- García, A. (2011) *Fideicomiso Testamentario*. Mendoza. Universidad Nacional de Cuyo.
- Gherzi, C (1999) *Contratos Modernos*. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- Jiménez, W. (2014) “*Causas de inaplicación del testamento por escritura pública en la sucesión mortis causa huacho 201-2015*”. Huacho. Universidad José Faustino Sánchez Carrión.
- León de Barandiarán, J. (2004) *Tratado de Derecho Civil*. Lima. Gaceta Jurídica.
- Melich, J. (2006) *Estudios de Derecho Civil*. Bogotá Editorial Temis.
- Mondragón, H. (2019) *La legítima en el Derecho Español*. Castellón de la Plana. Universidad Jaume I.
- Montoya, U. (1998) *Derecho Comercial*. Lima Editora y distribuidora Jurídica Grijley.
- Olano, R. (2019) *Análisis crítico del fideicomiso peruano, entendiendo su tratamiento impositivo de renta*. Lima. PUPC.
- Pérez, F. (2007) *La regulación jurídica del Fideicomiso*. Lima. Universidad Nacional de Trujillo. Tesis para obtener Doctorado.
- Quinto (2019) *¿Qué es el fideicomiso financiero?* Madrid. Recuperado el 2 de febrero del 2020.
- Ramírez Erazo, R. (2015) *Proyecto de Investigación. Como se Hace una Tesis*. Lima. Fondo Editorial Amado.
- Rosenfeld, C. (1998) *Antecedentes Históricos del Fideicomiso*. Buenos Aires. Revista verba iustitiae. revista de la facultad de derecho de morón
- Rodríguez, S. (2008) “*Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*”. Legis Editores, S.A., cuarta reimpresión de la quinta edición.
- Serrada, N. (2004) *Fideicomiso: Generalidades y su importancia en el contexto de las operaciones bancarias en Venezuela*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.
- Stewart, A. (2002) *El contrato de fideicomiso*. Lima. Editorial Grijley.
- Vaca, M. (2016) *El fideicomiso testamentario y la naturaleza de sus fideicomisarios*. México Universidad Autónoma de México.

Villca, M. (2012) Aspectos Jurídicos- Tributarios del Fideicomiso especial atención a los países de la Comunidad Andina. Tarragona. Univesitat Rovira I Virgili.



ANEXOS



ANEXO 1: OPINIÓN DE EXPERTO No. 1

Participante: **AUGUSTO FERRERO COSTA** (Abogado, actualmente Magistrado del Tribunal Constitucional y Docente Emérito de Derecho de Sucesiones de la Universidad de Lima)

Fecha: 07 de Marzo del 2021

Tema: **EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA**

Nota: Documento recibido del correo: carana@tc.gob.pe (Secretaria del Despacho del Mag. Augusto Ferrero Costa).

=====

1.- Con relación al Derecho de Sucesiones, y según su experiencia ¿Cómo debe interpretarse la LEGÍTIMA?, y en forma especial ¿Cómo debe interpretarse la intangibilidad de ésta según lo normado por el Art. 733 del Código Civil?

La legítima reposa en norma de orden público que no admite disposición en contrario, es decir, lo dispuesto en las normas que regulan la legítima tienen carácter imperativo. Por tanto, su interpretación es estricta, rigurosa y no *in extenso* o por analogía, al constituir esencialmente una norma que restringe derechos y libertades. La intangibilidad de la Legítima prohíbe la creación o imposición de modalidades, cargas o gravámenes al momento de testar, es decir, que nazcan o se originen con el testamento mismo.

2.- Teniendo en cuenta nuestro actual modelo económico y social, ¿Cuál es el rol o importancia que podría tener el FIDEICOMISO TESTAMENTARIO como parte del proceso sucesorio en nuestro país? ¿Qué ventajas resaltaría de los FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS?

Es que dentro de un sistema tutelar o protector como es el de la innegable preponderancia del Derecho de Familia y su gran influencia sobre las demás ramas del Derecho, es muy poco probable que pueda sacarse partido o ventaja a esta figura contractual atendiendo a la consagración de la Legítima a favor de los herederos forzosos.

3.- ¿Conoce Ud. las razones por las cuales el FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

no ha sido ampliamente aplicado en el Perú?

Básicamente porque su campo de acción se ciñe a las hipótesis en donde no existen herederos forzosos para quien desea testar, es decir, en aquellos casos en los que el testador no tiene cónyuge ni conviviente, ni prole alguna, ni ascendientes de ningún tipo. Y como la mayoría de las personas sí tienen familiares dentro de los tres primeros órdenes sucesorios que corresponde a los llamados herederos forzosos, no hay mucho espacio para un fideicomiso testamentario.

4.- ¿La restricción prevista en el artículo 733 del Código Civil (intangibilidad de la legítima) se configura como una limitación real o aparente para los FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS en el Perú? ¿Porqué?

Es una limitación real porque se trata de una norma imperativa cuya trasgresión o incumplimiento conlleva la posibilidad de interponer acciones judiciales de diversa índole

5.- ¿Considera Ud. que la existencia de un FIDEICOMISO TESTAMENTARIO conllevaría a una trasgresión de la LEGÍTIMA ante la existencia de herederos forzosos? o ¿Considera que ambas figuras pueden coexistir en forma armoniosa? y ¿En qué casos?

Definitivamente, el fideicomiso testamentario en la medida en que afecte o alcance la porción o reserva de la legítima debe retroceder y dar marcha atrás. Pueden coexistir en un testamento en la medida en que la legítima que corresponde a los herederos forzosos del testador no termine siendo alcanzada por las cláusulas o los términos estipulados del fideicomiso testamentario.

6.- ¿Qué propuesta o modificación podría efectuarse para promover la constitución de FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS en el Perú?

Todo parte por hacer más flexible la legítima. La actual rigidez imperativa no da mayor campo de acción. Básicamente el fideicomiso testamentario queda relegado a la porción de libre disposición del testador.

Augusto Ferrero Costa

FIRMA Y NOMBRE DEL EXPERTO PARTICIPANTE

ANEXO 2: OPINIÓN DE EXPERTO No. 2

Participante: **CARLOS ENRIQUE ARATA DELGADO** (Abogado, Socio del Área Financiera y Corporativa del Estudio Rubio Leguia Normand. Band 5 – Chambers & Partners Latin América. Recommended Lawyer – Legal 500.

Fecha: 07 de Noviembre del 2020

Tema: **EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA**

Nota: Documento recibido del correo carata@rubio.pe

=====

1.- Con relación al Derecho de Sucesiones, y según su experiencia ¿Cómo debe interpretarse la LEGÍTIMA?, y en forma especial ¿Cómo debe interpretarse la intangibilidad de ésta según lo normado por el Art. 733 del Código Civil?

La existencia de legatarios y herederos forzosos siempre genera controversia en mi experiencia en familias de todo nivel de patrimonio. Uno - salvo lo que corresponda al cónyuge – debería estar en capacidad de disponer de su patrimonio como lo estime pertinente.

2.- Teniendo en cuenta nuestro actual modelo económico y social, ¿Cuál es el rol o importancia que podría tener el FIDEICOMISO TESTAMENTARIO como parte del proceso sucesorio en nuestro país? ¿Qué ventajas resaltaría de los FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS?

Debería ser de mucha utilidad porque justamente facilita la disposición de la masa hereditaria y elimina la complejidad de la copropiedad que se genera al fallecer el fideicomitente.

3.- ¿Conoce Ud. las razones por las cuales el FIDEICOMISO TESTAMENTARIO no ha sido ampliamente aplicado en el Perú?

Creo que, en el Perú en general, no es costumbre dejar testamentos, lo cual genera siempre

una serie de problemas familiares luego del fallecimiento del causante. Ciertamente, si no hay testamentos en general, menos hay fideicomisos testamentarios.

4.- ¿La restricción prevista en el artículo 733 del Código Civil (intangibilidad de la legítima) se configura como una limitación real o aparente para los FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS en el Perú? ¿Porqué?

Claro que sí. No es claro si uno está en la capacidad de aportar el 100% de su patrimonio a un fideicomiso testamentario o si, haciéndolo, los legatarios pierdan su derecho a considerar los bienes aportados como parte de la masa hereditaria a efectos de calcular la legítima.

5.- ¿Considera Ud. que la existencia de un FIDEICOMISO TESTAMENTARIO conllevaría a una trasgresión de la LEGÍTIMA ante la existencia de herederos forzosos? o ¿Considera que ambas figuras pueden coexistir en forma armoniosa? y ¿En qué casos?

Ambas pueden coexistir, pero como decía antes, la regulación entre ambas debe permitir aclarar los derechos de legatarios.

6.- ¿Qué propuesta o modificación podría efectuarse para promover la constitución de FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS en el Perú?

Lo primero que deberíamos hacer es eliminar la existencia de la legítima. Sin embargo, existiendo y asumiendo que seguirá existiendo, debería excluirse de la normativa de legítima a aquellos testamentos que sean otorgados con fideicomisos testamentarios. Es decir, si uno decide dejar un testamento en fideicomiso, la legítima dejará de ser aplicable en la medida que el fideicomiso crea un patrimonio autónomo que no puede ser “atacado” por terceros.

Carlos Enrique Arata Delgado

NOMBRE DEL EXPERTO PARTICIPANTE

ANEXO 3: OPINIÓN DE EXPERTO No. 3

Participante: **SERGIO BARBOZA BERAUN** (Abogado, Socio del Área Financiera y Corporativa del Estudio DLA Piper Perú. Band 2 – Chambers & Partners Latin América. Recommended Lawyer – Legal 500.

Fecha: 25 de Noviembre del 2020

Tema: **EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA**

Nota: Documento recibido del correo sbarboza@dlapiper.pe

=====

1.- Con relación al Derecho de Sucesiones, y según su experiencia ¿Cómo debe interpretarse la LEGÍTIMA?, y en forma especial ¿Cómo debe interpretarse la intangibilidad de ésta según lo normado por el Art. 733 del Código Civil?

De acuerdo con lo establecido en el artículo 723 del Código Civil, se considera como legítima a aquella parte de la herencia respecto de la cual el futuro causante no puede disponer libremente, pues implica la necesaria presencia de herederos forzosos. Es decir, dentro de la herencia del testador/ futuro causante hay una parte intangible conformada por ciertos bienes destinada exclusivamente a los herederos forzosos o legitimarios.

Al respecto, cabe resaltar que la legítima implica lo siguiente: (i) una obligación del causante, siempre que existan herederos forzosos (es decir, no hay libertad plena de disposición de los bienes del causante); y, (ii) un derecho de los herederos forzosos respecto a aquella cuota legitimaria que no puede ser afectada por terceros. Así, la legítima debe interpretarse como un límite de disposición de la propiedad del causante (restricción de la facultad de libre disposición a título de liberalidad).

En línea con lo indicado, el artículo 733 del Código Civil implica una obligación y diversas restricciones legales que son impuestas al futuro causante, teniendo como consecuencia que el testador no pueda privar de la legítima a sus herederos forzosos, salvo en ciertos casos, como por ejemplo, la desheredación. Por otro lado, el futuro causante tampoco podrá imponer sobre la legítima gravamen, modalidad ni sustitución alguna, lo cual deberá interpretarse conjuntamente con el artículo 736 del Código Civil.

Por tanto, la intangibilidad de la legítima tiene su razón de ser en que es impuesta por la ley, como norma de orden público, y no se encuentra relacionada a la voluntad del futuro causante.

En tal sentido, la legítima al ser una institución sucesoria que limita el derecho de propiedad del causante, en beneficio de sus herederos forzosos, implica que la misma sea intangible; y, por tanto, no puede ser afectada por ningún acto jurídico (incluso si es celebrado en vida por el futuro causante y dispone más allá de lo que puede por testamento), pues terminará siendo inválido.

2.- Teniendo en cuenta nuestro actual modelo económico y social, ¿Cuál es el rol o importancia que podría tener el FIDEICOMISO TESTAMENTARIO como parte del proceso sucesorio en nuestro país? ¿Qué ventajas resaltaría de los FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS?

Un fideicomiso testamentario es un contrato que permite al futuro causante administrar y/o disponer de su patrimonio en base a su exclusiva voluntad, y, así, otorgarle instrucciones precisas a un tercero, en calidad de fiduciario, para distribuir o, de ser aplicable, administrar, luego de su muerte, su patrimonio a favor de ciertos beneficiarios (como por ejemplo: herederos, legatarios, donatarios o terceros). La distribución del patrimonio del causante, una vez abierto el proceso sucesorio, se realizará en base a los porcentajes indicados en el respectivo acuerdo. Sin perjuicio de ello, uno de los aspectos más relevantes es que el fideicomiso testamentario debe respetar la normativa aplicable al derecho sucesorio, incluyendo la institución de la legítima.

En términos generales, teniendo en consideración que nuestro país, de acuerdo con el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, tiene un modelo basado en la economía social de mercado, el cual tiene como uno de sus fundamentos el respeto a la propiedad privada, el fideicomiso testamentario tendría como rol brindar una protección a los bienes (propiedad privada) y a la voluntad del futuro causante. De esta manera, dicho causante podrá seguir disfrutando de sus bienes en vida, y designar a un tercero especializado, en calidad de fiduciario, para que luego de abierto el proceso sucesorio administre o distribuya sus bienes.

Es importante enfatizar que dicha disposición o administración de bienes, según las órdenes del futuro causante, brinda una seguridad y protección a los mismos, lo cual va en línea con el modelo social y económico adoptado por el Perú.

3.- ¿Conoce Ud. las razones por las cuales el FIDEICOMISO TESTAMENTARIO no ha sido ampliamente aplicado en el Perú?

La normativa aplicable para el derecho sucesorio tiene diversos límites para la implementación del fideicomiso testamentario, lo cual es una de las principales razones del uso no frecuente de dicha figura en el Perú. De acuerdo con lo mencionado con anterioridad, al utilizar un fideicomiso como forma de transferir la herencia del futuro causante se deben respetar las normas de la legítima. En caso se incumplan dichas normas, el fideicomiso será considerado inválido.

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 807 del Código Civil, en caso las disposiciones testamentarias, incluyendo al acuerdo de fideicomiso, afecten el porcentaje correspondiente a la legítima deberá reducirse a petición de los legitimarios (familiares cercanos y directos del causante). Incluso, de conformidad con lo establecido en el artículo 244 de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero, y de Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (la “Ley General del Sistema Financiero”), los herederos forzosos podrán exigir la devolución de los bienes fideicometidos transferidos por el causante a título gratuito que perjudiquen su cuota hereditaria. Ante dicho escenario, y la posibilidad de una invalidez o una afectación de sus términos, el fideicomiso testamentario, al ser una figura compleja, no es utilizada frecuentemente en el Perú.

Usualmente, la figura del fideicomiso se utiliza cuando el causante no tiene herederos forzosos, es decir, cuando puede disponer de sus bienes libremente, o en todo caso, cuando pretenda disponer de su cuota de libre disposición. En este último punto hay que precisar que la cuota de libre de disposición es una porción disponible del patrimonio, luego de restar la legítima. Asimismo, de acuerdo con el artículo 244 de la Ley General del Sistema Financiero, otro caso en el que se usa dicha figura es cuando hay bienes relacionados a la legítima de herederos menores o incapaces.

Por otro lado, los costos derivados de utilizar un contrato de fideicomiso y su respectiva formalización son otros puntos que hay que tener en cuenta al momento de analizar la

figura en cuestión. Dichos costos incluyen, por ejemplo, los honorarios del fiduciario por la estructura del fideicomiso, administración de bienes, su ejecución, formalización, entre otros. Incluso el futuro causante podría requerir asesoría legal especializada en el proceso de constituir un fideicomiso testamentario, y en el proceso de transferencia de los bienes en dominio fiduciario. Por ello, en el Perú se suele utilizar exclusivamente el testamento por escritura pública o el testamento cerrado, los cuales son documentos sencillos que se otorgan ante un notario.

Cabe indicar que, un fideicomiso testamentario se suele utilizar para la distribución y/o administración de patrimonios que incluyan activos de valor variable, o que requieran de un manejo especializado. En virtud de ello, su aplicación se reduce a ciertos casos específicos que no son los más recurrentes en el Perú.

4.- ¿La restricción prevista en el artículo 733 del Código Civil (intangibilidad de la legítima) se configura como una limitación real o aparente para los FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS en el Perú? ¿Porqué?

La restricción del artículo 733 del Código Civil es una limitación aparente de los fideicomisos testamentarios. En base a dicho artículo se establece que el testador/ futuro causante no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, pues es un derecho inherente a ellos. Dicho artículo no prohíbe la constitución de un fideicomiso testamentario, únicamente regula una restricción que debe ser considerada al momento de redactar y estructurar el respectivo contrato.

De esta manera, el futuro causante, así sea a través de un fideicomiso o un testamento, o utilizando ambas figuras de forma conjunta, no podrá disponer libremente de sus bienes, siempre que existan herederos forzosos. Por ello, al constituir un fideicomiso se debe tener el detalle preciso de la cantidad de herederos forzosos, los bienes o porcentajes que deberán ser destinados exclusivamente a estos, y aquellos destinados a la cuota de libre disposición (bienes que pueden ser transferidos a un tercero a título de liberalidad y que deberán conformar el patrimonio fideicometido). Lo anterior, es uno de los retos más importantes para la utilización de la figura del fideicomiso, y, así, evitar su futuro cuestionamiento.

Una vez determinado lo indicado en el párrafo anterior, la constitución de un fideicomiso sería legalmente viable, y los involucrados, incluyendo los herederos forzosos, se verían

beneficiados de dicho acuerdo. Por tanto, es evidente que la restricción en cuestión es una limitación aparente, y por tanto, con una correcta comprensión de las normas sucesorias conjuntamente con la regulación general aplicable a los fideicomisos, no habría impedimento para constituir y ejecutar un fideicomiso testamentario.

5.- ¿Considera Ud. que la existencia de un FIDEICOMISO TESTAMENTARIO conllevaría a una trasgresión de la LEGÍTIMA ante la existencia de herederos forzosos? o ¿Considera que ambas figuras pueden coexistir en forma armoniosa? y ¿En qué casos?

No, es importante indicar que la legítima implica siempre la existencia de herederos forzosos (descendientes o ascendientes), y la constitución de un fideicomiso testamentario no conlleva la trasgresión de dichas figuras. Al respecto, los herederos forzosos, también llamados legitimarios, son aquellos familiares cercanos y directos con relación al causante a quienes la ley les reconoce una cuota hereditaria, de acuerdo al artículo 724 del Código Civil. Al constituirse un fideicomiso deberá determinarse las cuotas legitimarias, y la distribución del patrimonio de acuerdo con las normas de la legítima incluidas en el Código Civil.

Es decir, al incluir la regulación de la legítima y de los herederos forzosos en el contrato de fideicomiso, dicho acuerdo no iría contra ninguna de dichas figuras, y por tanto, será un acto válido. Para dicho efecto, las cuotas legitimarias deben ser calculadas con exactitud, y en caso de existir posteriormente un nuevo heredero forzoso será necesario modificar el contrato de fideicomiso, de ser aplicable, para seguir respetando las normas sucesorias. Por tanto, el fideicomiso testamentario deberá coexistir siempre de forma armoniosa con la legítima, y no en determinados casos, pues de lo contrario, nos encontraríamos ante un acuerdo inválido ante la ley peruana, y la imposibilidad de implementar dicha figura.

6.- ¿Qué propuesta o modificación podría efectuarse para promover la constitución de FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS en el Perú?

El fideicomiso testamentario se encuentra regulado por el Capítulo II (*Del Fideicomiso Testamentario*) del Título III (*De las Clases Especiales del Fideicomiso*) de la Resolución SBS No. 1010-99, Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios

Fiduciarios (“Reglamento del Fideicomiso”), y por los artículos 244, 247 y 275 de la Ley General del Sistema Financiero. En dichas normas debería hacerse referencia a que este tipo de fideicomisos se deberá sujetar a lo dispuesto en el Código Civil en materia de normas sucesorias (como por ejemplo, en el Reglamento del Fideicomiso se hace referencia a que los fideicomisos de titulación se sujetan a la Ley de Mercado de Valores). Con dicha precisión la aplicación de la figura del fideicomiso testamentario sería más sencilla y se evitaría cualquier futura contingencia.

Por otro lado, en el Reglamento del Fideicomiso se puede delimitar la aplicación de fideicomiso a modo de recomendación a cierto tipo de patrimonios o activos (por ejemplo, a aquellos activos variables o que necesiten de un manejo especializado) para promover la utilización del fideicomiso testamentario. Otro aspecto importante para promover la constitución de fideicomisos testamentarios es reconocerlos como una forma válida de sucesión en el Código Civil, al igual que el testamento. Para dicho efecto, se debería hacer mención al fideicomiso como una forma válida de ordenar la sucesión, y remitir su regulación a la normativa especializada emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la cual también debe ser complementada con definiciones y procesos claros. Lo anterior dotaría de seguridad jurídica a la figura.

Finalmente, este cuestionario fue respondido con fecha 25 de noviembre de 2020, únicamente para beneficio y uso exclusivo del señor Luis Chacaliza Garrido con relación al desarrollo de su tesis para obtener el grado de magister, por tanto, no podrá ser trasladada a nadie más, ni podrá ser utilizado para cualquier otro propósito sin consentimiento expreso.

Sergio Barboza Beraún

NOMBRE DEL EXPERTO PARTICIPANTE

ANEXO 4: OPINIÓN DE EXPERTA No. 4

Participante: **EKATERINI KIDONIS MARCHENA** (Abogada, actualmente Gerente Legal y Cumplimiento Normativo en Banco Santander)

Fecha: 19 de Enero del 2021

Tema: **EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA**

Nota: Documento recibido del correo ekidonis@santander.com.pe

=====

1.- Con relación al Derecho de Sucesiones, y según su experiencia ¿Cómo debe interpretarse la LEGÍTIMA?, y en forma especial ¿Cómo debe interpretarse la intangibilidad de ésta según lo normado por el Art. 733 del Código Civil?

(Sin respuesta)

2.- Teniendo en cuenta nuestro actual modelo económico y social, ¿Cuál es el rol o importancia que podría tener el FIDEICOMISO TESTAMENTARIO como parte del proceso sucesorio en nuestro país? ¿Qué ventajas resaltaría de los FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS?

La figura jurídica del fideicomiso permitiría salvar las limitaciones existentes para testar y para heredar, permitiendo la prevalencia de la autonomía de la voluntad.

El desarrollo del fideicomiso testamentario en nuestro país permitiría una serie de ventajas incluidas eficiencias económicas. El fideicomitente podría destinar sus bienes a una finalidad determinada mediante su transferencia a un fiduciario que lo sobrevivirá y quien una vez concretada dicha finalidad, los bienes serían transferidos a una persona determinada. Esta figura permitiría beneficiar a personas incapaces, a personas que no sean herederos forzosos, y a herederos en general.

3.- ¿Conoce Ud. las razones por las cuales el FIDEICOMISO TESTAMENTARIO no ha sido ampliamente aplicado en el Perú?

Debido a la intangibilidad de la legítima y con ello a las contingencias que podrían devenir por un mal cálculo o interpretación de la legítima. Cabe agregar que en general

el fideicomiso no es una figura conocida, y su costo económico.

4.- ¿La restricción prevista en el artículo 733 del Código Civil (intangibilidad de la legítima) se configura como una limitación real o aparente para los FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS en el Perú? ¿Por qué?

Considero que se configura como una limitación real. Un fideicomiso testamentario debe, (i) verificar la no transferencia en dominio fiduciario de bienes que conforman la legítima, (ii) respetar el régimen de incapacidades para suceder, (iii) la imposibilidad de poner gravámenes o condiciones a la legítima, (iv) la prohibición de la sustitución fideicomisaria y (v) la prohibición de no enajenar.

5.- ¿Considera Ud. que la existencia de un FIDEICOMISO TESTAMENTARIO conllevaría a una trasgresión de la LEGÍTIMA ante la existencia de herederos forzosos? o ¿Considera que ambas figuras pueden coexistir en forma armoniosa? y ¿En qué casos?

No necesariamente, en la medida que la legítima se encuentre determinada de manera que no se afecten los derechos de los herederos forzosos. Para tal efecto el fideicomiso testamentario debería incorporar a los herederos forzosos - deben participar todos, dando su aceptación unánime y compromiso de no afectar la finalidad del fideicomiso sobre el tercio de libre disponibilidad. Otra forma para que convivan es realizando precisiones en el Código Civil.

6.- ¿Qué propuesta o modificación podría efectuarse para promover la constitución de FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS en el Perú?

Que el Código Civil admita expresamente la constitución del fideicomiso testamentario sobre el tercio de libre disponibilidad y estableciéndose en forma determinada, la clase de bienes que podrían ser materia de fideicomiso testamentario.

Ekaterini Kidonis Marchena

NOMBRE DE LA EXPERTA PARTICIPANTE

ANEXO 5: OPINIÓN DE EXPERTO No. 5

Participante: **JORGE IGNACIO SINFON PHUM** (Abogado, actualmente Director en Expertia Capital Group SAC, Director en One Rock Mining, Principal en i22m Consulting, fue profesor de la Academia de la Magistratura y de la PUCP)

Fecha: 10 de febrero del 2021

Tema: **EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA**

Nota: Documento recibido del correo jisinfon@expertia.com.pe

=====

1.- Con relación al Derecho de Sucesiones, y según su experiencia ¿Cómo debe interpretarse la LEGÍTIMA?, y en forma especial ¿Cómo debe interpretarse la intangibilidad de ésta según lo normado por el Art. 733 del Código Civil?

Se debe entender que la legítima es un derecho de los herederos forzosos a recibir una parte del patrimonio del causante sobre la cual este no tiene libre disponibilidad. Asimismo, debe tenerse en consideración que la legítima no está ligada necesariamente a la preferencia de los herederos forzosos en la entrega de los bienes hereditarios, ya que, esta podrá ser cubierta previamente mediante una donación u otro modo adoptado por el causante antes de su muerte.

La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos, siendo un derecho para los deudos del causante cuya intangibilidad proviene justamente del espíritu de la misma norma, que busca proteger a la familia del causante al momento de su muerte.

Respecto a la intangibilidad, se debe interpretar que el causante no podrá excluir ni otorgar menos de lo que les corresponde a sus herederos forzosos en base a la legítima, salvo que se produzca alguna causal de indignidad o desheredación regulada ley.

De igual forma, el causante no puede imponer ningún gravamen, ni condición, ni carga, ni plazo contra la legítima, cuyo carácter intangible también abarca el hecho de que deberá ser repartida en cuotas alícuotas entre todos los herederos forzosos.

2.- Teniendo en cuenta nuestro actual modelo económico y social, ¿Cuál es el rol o importancia que podría tener el FIDEICOMISO TESTAMENTARIO como parte del proceso sucesorio en nuestro país? ¿Qué ventajas resaltaría de los FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS?

El fideicomiso testamentario le permite al fideicomitente determinar las condiciones específicas que deberán tenerse en cuenta al momento de administrar los bienes de su patrimonio una vez producida su muerte.

En ese sentido, es una institución cuya constitución tiene costos económicos, siendo práctica y metódica para determinar los criterios y condiciones que aplicará la fiduciaria al administrar las propiedades, acciones en empresas y demás bienes que tenga el causante durante un plazo determinado.

Esta institución resulta beneficiosa cuando el patrimonio del causante consta de una amplia cantidad de bienes, acciones en diversas empresas y/o dinero en efectivo, teniendo en cuenta que los beneficiarios no tienen la experiencia requerida para asumir dicha la responsabilidad que les permita conservar y aumentar el patrimonio.

Más importante aún, es considerar que mediante este mecanismo se puede confiar la correcta gestión y administración del patrimonio a una entidad regulada y bajo estrictos controles de cumplimiento, acciones y control de riesgos, lo cual permitiría una correcta conservación del patrimonio y el cumplimiento de la voluntad del fideicomitente en determinadas acciones y validar su legado tanto a favor de la familia como de terceros o de la sociedad.

Asimismo, el hecho de que una fiduciaria se encargue de administrar el patrimonio entregado por el fideicomitente, también resulta beneficioso para los beneficiarios, toda vez que, ellos resultarán beneficiados con el correcto manejo que se realice, teniendo derecho a recibir utilidades, ganancias y rentas por los bienes.

El fideicomiso testamentario proviene de un contrato entre el fiduciante y el fiduciario, donde el primero entrega los bienes al fiduciario para que este cumpla el rol de administrador de los mismos y que luego de un determinado tiempo sea entregado al fideicomisario o beneficiario.

Considero que esta figura tiene mayor presencia en casos donde el fiduciante o dueño de los bienes busca que luego de su muerte estos se sigan manejando por el fiduciario por un tiempo determinado, a fin de generar una mayor rentabilidad progresiva para los

beneficiarios, un buen ejemplo sería si el fiduciante cuenta con inversiones como acciones o propiedades arrendadas en donde ser manejados por un tercero capacitado resulte en un mayor beneficio con el tiempo que repartirlo de forma inmediata luego de su muerte a sus herederos.

3.- ¿Conoce Ud. las razones por las cuales el FIDEICOMISO TESTAMENTARIO no ha sido ampliamente aplicado en el Perú?

En el Perú normalmente se relaciona el fideicomiso con el ámbito financiero, por lo que, no se tiene conocimiento de que esta institución también resulta aplicable en otras materias como la de las sucesiones.

Es por ello que, como esta institución es poco conocida las personas no tienen conocimiento de que con un fideicomiso testamentario pueden establecer todas las condiciones que sean necesarias para el mantenimiento de su patrimonio luego de su muerte.

Debido a ello, terminan recurriendo a una sucesión testamentaria en la que solo designan a un albacea para que entregue a cada heredero los bienes que le corresponda de conformidad con lo señalado en el testamento, cuando en realidad lo que necesitan es una fiduciaria que se encargue de administrar y organizar su patrimonio durante un plazo determinado.

La figura por excelencia en ámbito de sucesiones es sin duda la sucesión intestada, esto se debe a que muchas veces el testador no cuenta con bienes propios o es tal la cantidad de herederos forzosos que se debe determinar por vía judicial la sucesión. Algunos especialistas tampoco recomiendan demasiado la figura del fideicomiso testamentario porque hay parte de la doctrina que considera que esta figura atenta justamente contra la legítima, un derecho de orden público.

4.- ¿La restricción prevista en el artículo 733 del Código Civil (intangibilidad de la legítima) se configura como una limitación real o aparente para los FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS en el Perú? ¿Porqué?

Efectivamente hay discrepancia en la doctrina sobre si el fideicomiso testamentario afecta el derecho de la intangibilidad de la legítima, ya que señalan que el fideicomiso

testamentario puede privar de la legítima a los legitimarios o reducir o afectar sus proporciones, comprometiéndolas o supeditándolas a plazos, condiciones y designación de un administrador.

En mi apreciación, la intangibilidad de la legítima termina siendo una limitación real, porque el causante deberá evitar disponer de aquella parte que les corresponde a los herederos forzosos, caso contrario, el fideicomiso testamentario podría quedar sin efecto.

Esto se debe a que, la normativa vigente establece que el causante no puede establecer ninguna condición, carga y/o plazo contra la legítima, ya que, en caso lo haga los herederos forzosos tendrán el derecho de solicitar la restitución de los bienes que equivalen al porcentaje de la legítima.

Por lo tanto, establecer un fideicomiso testamentario conlleva que el fideicomitente deba separar un porcentaje de su patrimonio o esté obligado a colocar a sus herederos forzosos como beneficiarios del fideicomiso cuando este abarca parte de la legítima, con el fin de evitar que este quede sin efecto y no pueda administrarse su patrimonio conforme a las condiciones que haya establecido.

De esta manera, se comprueba que la intangibilidad de la legítima es una limitación real para el fideicomitente al momento de constituir un fideicomiso, ya que limita su libertad para disponer de la totalidad de sus bienes y designar los beneficiarios que desee.

En virtud de lo expuesto, considero oportuna una correcta regulación específica sobre la materia.

5.- ¿Considera Ud. que la existencia de un FIDEICOMISO TESTAMENTARIO conllevaría a una trasgresión de la LEGÍTIMA ante la existencia de herederos forzosos? o ¿Considera que ambas figuras pueden coexistir en forma armoniosa? y ¿En qué casos?

Existe la contingencia que la intangibilidad de la legítima constituye una limitación real para el fideicomiso testamentario; sin embargo, el hecho de que la legítima no esté supeditada a la herencia del causante una vez producida su muerte, si permite que ambos puedan coexistir, una discusión en sede judicial sobre esta controversia establecería en una interpretación literal que existe una transgresión.

De acuerdo a la ley, el causante no puede disponer de aquella parte de su patrimonio que conforma la legítima, aunque ello no significa que está recién se va a constituir al momento de producirse su muerte, porque no se tratan de instituciones que estén unidas, sino que, existe la posibilidad de que en vida el causante entregue a sus herederos forzosos el porcentaje que equivale a la legítima.

Esta acción va a permitir que el fideicomitente pueda establecer un fideicomiso testamentario sobre la totalidad de su patrimonio, debido a que previamente entregó el porcentaje de la legítima a los herederos forzosos, por lo que, ellos no podrán invocar ningún perjuicio contra su derecho intangible.

De igual forma, un fideicomiso testamentario puede coexistir con la legítima cuando en el causante al elaborar su testamento separa claramente el porcentaje de la legítima que será repartido entre sus herederos forzosos y establece el fideicomiso testamentario sobre el resto de su patrimonio, evitando que ambas instituciones se contrapongan una sobre la otra.

Otro modo de que ambas figuras coexistan se produce cuando el fideicomiso testamentario que se ha constituido tiene como beneficiarios a los herederos forzosos en lo que equivale a su porcentaje de la legítima, de tal manera que, no se afecta su intangibilidad.

6.- ¿Qué propuesta o modificación podría efectuarse para promover la constitución de FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS en el Perú?

Un análisis económico recientemente publicado confirma que el patrimonio familia es dilapidado y se extingue en un término promedio de 50 años.

Allie Family Office realizó una comparación de los grupos familiares de hace 50 años con los de hoy y solo el 25% de esas familias se mantiene.

La estadística señala que en promedio que la primera generación hace la riqueza, los segundos la hacen durar un poco y los terceros la dilapidan. Eso pasa en EE.UU. y en el Perú.

Realizado el ejercicio se determina que de las 100 familias más importantes, en promedio, se encuentran en la 2,2 generación.

Es por ello que resulta relevante establecer mecanismos de protección del patrimonio familiar y una alternativa segura es la que propone establecer un Fideicomiso vía Testamento de los bienes del causante.

Se entiende que la legítima tiene como finalidad proteger y brindar preferencia a los herederos forzosos sobre el patrimonio del causante, entendiendo desde un punto de vista doctrinario que se busca evitar que los herederos queden en una situación de desamparo ante la muerte del causante.

En ese sentido, con el fin de evitar que se perjudique a los herederos forzosos, pero tampoco se limite la libertad del causante, se debería permitir que él tenga la facultad de establecer cuál será el porcentaje destinado exclusivamente para los herederos forzosos en caso constituya un fideicomiso testamentario y/o un testamento.

De esta manera, se protegerá el derecho de los herederos forzosos y a la vez no se limitará la libertad del causante para administrar su patrimonio después de su muerte, lo cual le brindará la seguridad de que el fideicomiso que haya constituido no quedará sin efecto posterior a su muerte.

- 1. Establecer correctamente los alcances de los Fideicomisos testamentarios, así como sus limitaciones para que no se transgredan los principios de la legítima. Y las empresas fiduciarias autorizadas.*
- 2. Contar con el consentimiento de los herederos forzosos del testador.*
- 3. Una opción final y armoniosa podría ser aplicar esta figura solo con el tercio de libre disposición del testador.*

Jorge Ignacio Sinfon Phum

NOMBRE DEL EXPERTO PARTICIPANTE

ANEXO 6: PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY

El Congreso de la República,

Ha dado la siguiente:

LEY QUE PROMUEVE LA CONSTITUCIÓN Y EJECUCIÓN DE FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS

Artículo 1.- Objeto

La presente Ley tiene por objeto promover la constitución y ejecución de Fideicomisos Testamentarios, como una herramienta temporal eficaz para la conservación y administración del patrimonio del causante, en beneficio de sus propios herederos forzosos que adolezcan de algún grado de capacidad de ejercicio o para la consecución de los fines previstos en la última voluntad de éste; para luego de ello, destinar el patrimonio remanente a sus herederos forzosos o sus beneficiarios finales, según sea el caso.

Artículo 2.- Modificación de los artículos 686 y 733 del Código Civil

Modifíquense los artículos 686 y 733 del Código Civil, en los siguientes términos:

“Artículo 686.- Sucesión por testamento

*Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala, **bajo la premisa del respeto de la última voluntad del testador.***

*Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas; y **asimismo, son válidas las***

disposiciones que tienen por objeto la constitución temporal de Fideicomisos Testamentarios.”

“Artículo 733.- Intangibilidad de la legítima

El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, ni imponer sobre aquélla 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.

Se establece una excepción de carácter temporal a esta regla, cuando el testador decide constituir fideicomiso testamentario en favor de sus propios herederos forzosos; o cuando algunos de éstos adolecen de algún tipo de restricción de capacidad de ejercicio previsto en los artículos 43 y 44 del Código Civil, en este caso el fideicomiso testamentario subsistirá mientras duren dichas condiciones o transcurra el plazo máximo establecido por ley; o cuando resulte necesario afectar la legítima para la consecución de los fines de la última voluntad del testador.”

Artículo 3.- Modificación de los artículos 244, 247 y 251 de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

Modifíquense los artículos 244, 247 y 251 de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, en los siguientes términos:

“Artículo 244º.- Fideicomiso Testamentario

El Fideicomiso Testamentario es aquel que se efectúa por expresión de última voluntad del testador a través de un testamento válido y otorgado bajo las formalidades previstas en el Código Civil; y que tendrá lugar con la muerte del testador, a partir del cual se transfiere el dominio fiduciario de sus bienes a la empresa fiduciaria designada, en favor de los beneficiarios plenamente identificados en el testamento, y una vez

concluida su finalidad o vencido el plazo máximo establecido por ley, ser devueltos a sus herederos forzosos y demás fideicomisarios.

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.”

“Artículo 247º.- Declinación de la empresa fiduciaria

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.

El plazo para ejercer la declinatoria por parte de la fiduciaria originalmente designada y la reemplazante no será mayor de seis (6) meses en conjunto, desde la apertura de la sucesión, a partir del cual el fideicomiso testamentario queda perfeccionado con la empresa fiduciaria que no declinó su participación, salvo que éste se haya extinguido según el párrafo anterior.”

“Artículo 251º.- Plazo máximo de duración.

El plazo máximo de duración de un fideicomiso es de treinta (30) años, con las siguientes excepciones:

1. En el fideicomiso vitalicio, en beneficio de fideicomisarios determinados que hubieran nacido o estuviesen concebidos al momento de constituirse el fideicomiso, el plazo se extiende hasta la muerte del último de los fideicomisarios.

2. En el fideicomiso cultural, que tenga por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación arqueológicos, históricos o artísticos, el plazo puede ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que hubiere sido constituido.

3. En el fideicomiso filantrópico, que tenga por objeto aliviar la situación de los privados de razón, los huérfanos, los ancianos abandonados y personas menesterosas, el plazo puede igualmente ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que se le hubiere constituido.

4. En el fideicomiso testamentario, el plazo máximo de duración será de dieciocho (18) años contados desde el vencimiento de plazo previsto en el artículo 247 de la presente ley, salvo lo previsto en el último párrafo previsto en el artículo 244 de este mismo cuerpo legal.

En los casos en los cuales el plazo del fideicomiso debe ser necesariamente extendido más allá del límite legal máximo, a fin de no perjudicar intereses de terceros, la Superintendencia podrá autorizar su vigencia por el término estrictamente necesario para la consecución de los fines previstos.”

