



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA PERUANAS

Rosario de la Fuente-Hontañón

Piura, 6 de agosto del 2014

FACULTAD DE DERECHO

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

De la Fuente, R. (2011). El fideicomiso testamentario en la legislación y jurisprudencia peruanas. En R. Vidal (Coord.), *Libro de ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil*, (pp. 151-161). Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA PERUANAS

Rosario de la Fuente y Hontañón¹

I. INTRODUCCIÓN

Como contribución a este VI Congreso Nacional de Derecho civil presento el tema del fideicomiso testamentario en la legislación y la jurisprudencia peruanas, que ha sido objeto de mi investigación en estos últimos años y que ha ido saliendo a la luz en diversas publicaciones nacionales e internacionales². Los fideicomisos surgen, nacen o se crean, para beneficiar a determinadas personas como es el caso de los *peregrini*, que carecían de la *testamenti factio* necesaria para recibir legados, hasta que Adriano les prohibió adquirir fideicomisos.

La *fides* que es la idea central del pensamiento jurídico y político de Roma, se presenta como base y sustento de una institución que aparece hacia el siglo II a.C., y que tuvo su reconocimiento jurídico en la época del emperador Augusto, perdura aún hoy en las legislaciones del siglo XXI.

Del análisis de los textos literarios, principalmente los de Cicerón, Valerio Máximo, Polibio y Terencio, se concluye que en el derecho preclásico no había medio legal para obligar al heredero fiduciario a realizar la voluntad del testador, por lo que se considera al fideicomiso como un fenómeno social, antes de convertirse en una institución jurídica.

¹ Profesora de la Universidad de Piura. Doctora en Derecho por la Universidad de Cantabria, España.

² El tema que me ocupa ha sido desarrollado en mi tesis doctoral, dirigida por el catedrático Francisco Cuenca Boy, y defendida en la Universidad de Cantabria, España, el 27 de noviembre del 2007, aún inédita. Cfr. sobre la materia, DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario, “La evolución del fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias en el Derecho civil peruano” en *Revista de Derecho* de la Universidad de Piura, vol. I, (2000) pp. 59-73; DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario, “La delimitación del plazo y la condición testamentaria en el ámbito registral: ¿es posible otorgar testamento bajo condición resolutoria?”, en *Actualidad Jurídica*, Tomo 174, Mayo 2008, pp. 55-60; DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario, “El Fideicomiso testamentario bancario: posibilidad de gravar la legítima como medio de protección del menor y del incapaz” en *Revista de Derecho* de la Universidad de Piura, vol. 9 (2008), pp. 65-79



II. EL FIDEICOMISO Y LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMIASARIAS

El fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias son instituciones poco conocidas en el Perú, con escasos estudios de conjunto sobre la materia³, si bien en estos últimos años la figura del fideicomiso bancario, bajo el amparo de la Ley 26702, ha cobrado una gran fuerza e interés concentrándose en operaciones comerciales y dentro de éstas fundamentalmente en operaciones de infraestructura. Se utiliza cada vez más para el sector inmobiliario, para financiamiento de proyectos, para apoyo a la construcción. Para el desarrollo de innumerables proyectos se utiliza esta figura del fideicomiso, considerado un instrumento para el desarrollo sostenible, sobre la base de la inversión privada con desarrollo social y responsabilidad ambiental. Destacamos algunos de ellos, como los fideicomisos celebrados en Bayóvar, localidad situada en la provincia piurana de Sechura, donde se encuentra el noveno mayor depósito de fosfatos del mundo; el proyecto de irrigación e hidroenergético de Olmos, en la zona de Lambayeque; el de la construcción de la carretera Interoceánica que unirá Perú y Brasil; el del proyecto de desarrollo minero de Las Bambas, en la sierra peruana en el Departamento de Apurímac, con yacimientos de oro, cobre, molibdeno y otros metales; el de la Compañía minera Antamina, en la sierra de Ancash, con un monto de US \$ 900,000.- anuales, desde el año 2006 hasta el 2008.

En nuestro país, hemos visto en estos últimos años la utilidad de la figura en el desarrollo de la minería; la experiencia en el gas de Camisea, en Antamina, en el proyecto Olmos, la carretera Interoceánica, el Puerto del Callao, el Proyecto Red vial 6 Pucusana-Ica, donde el concesionario de la carretera (CASA) adquiere el derecho del cobro del peaje y la obligación de construir la carretera a Ica, y en fin, el fondo para la Estabilización de los precios de los combustibles.

Sin embargo el fideicomiso testamentario (art. 246), asimismo, regulado en la mencionada ley, no es utilizado por nuestros juristas, en mis indagaciones he averiguado que se ha constituido uno en el Banco de Crédito pero no ha sido publicado, por la reserva que ha de mantenerse.

La figura de la herencia fideicomisaria, de indudable abolengo romano, llegó a América integrada en el conjunto del Derecho transplantado allí por los españoles. Pero el destino de la herencia fideicomisaria en la época de la codificación del Derecho privado en el Perú independiente, bajo la influencia de las ideas contrarias a la inmovilización de la

³ He podido revisar dos recientes trabajos, relativos al fideicomiso bancario, cfr. ESCOBAR ROZAS, Freddy, “Breve ensayo sobre el dominio fiduciario en el sistema jurídico peruano” en *Revista Themis* 48 (2004), Lima y “Tradiciones, transplantes (sic) e ineficiencias: el caso del “fideicomiso peruano”, en *Ius et Veritas*, 32 (2006) pp. 105-138, donde el autor señala que la Ley de Bancos, Ley 26702, y la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo 861, introdujeron en el Perú la versión latinoamericana del *trust*, el así denominado “fideicomiso”

riqueza tan en boga por entonces, fue la de su prohibición en el primer Código civil de 1852, y el silencio en el Código de 1936 y en el actual de 1984. Sin embargo hemos comprobado que existe en el derecho efectivamente vivido y practicado.

III. EL FIDEICOMISO Y LOS SUJETOS INTERVINIENTES

1. Toda disposición fideicomisaria consiste en un encargo que efectúa el fideicomitente al fiduciario, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Su origen se encuentra en la *fides* y su función consistió en conseguir que aquellas personas incapacitadas por el *ius civile* o determinadas *leges* para recibir herencias o legados, logran recibir la herencia, o una parte de ella, o determinados bienes previstos por el causante. Son tres por lo tanto las personas que intervienen en las disposiciones fideicomisarias:
 - a) el fideicomitente, que es quien realiza el encargo y que debe gozar de la *testamentifactio* aunque no haga testamento⁴;
 - b) el fiduciario, quien recibe la *rogatio*, puede ser el heredero testamentario o *ab intestato*, un legatario, un fideicomisario⁵, el fisco⁶, un donatario *mortis causa*⁷, el *pater familias* que adquiere el peculio del hijo militar que muere intestado, el *pater familias* o el *dominus* al adquirir una asignación deferida al hijo o esclavo⁸, y en definitiva, cualquiera que sobreviviendo al fideicomitente reciba algo de él⁹, como en el caso de quien lucra una *mortis causa capio*¹⁰;
 - c) el fideicomisario es la persona favorecida por el encargo. En un principio hubo una gran libertad para dejar fideicomisos a cualquier tipo de personas, y no era necesario que tuviesen la *testamentifactio passiva*¹¹. Sin embargo, la restricción¹² llega en un momento posterior cuando se extiende, mediante senadoconsultos y leyes especiales, a los fideicomisos los principios que rigen

⁴ Gai. 2.270; Ep. Ulp. 25.4.

⁵ Gai. 2.271.

⁶ D. 30.114.2 (Marcian. 8 *inst.*).

⁷ D. 31.77.1 (Pap. 8 *resp.*).

⁸ Cfr. D. 30.114 pr., D. 30.11; cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado Romano*, II, Santiago de Chile 1996, p. 737.

⁹ D. 32.1.6 (Ulp. 1 *de fideic.*).

¹⁰ D. 30.96.4 (Iul. 39 *dig.*).

¹¹ Gai. 2.274-275.

¹² Así, entre otras, las *leges caducariae* de Augusto; el senadoconsulto Pegasiano extenderá la *quarta Falcidia* y las *leges caducariae* a los fideicomisos; el beneficio de Trajano para poder descubrir los fideicomisos tácitos fraudulentos.



las herencias y legados, prohibiendo los fideicomisos dejados a favor de los *peregrini* o de *incertae personae* o de los *postumi alieni*.

2. Como es sabido, el *fideicommissum hereditatis*¹³ (el fideicomiso de herencia) consiste en rogar al heredero que restituya el total de la herencia o una parte de ella al fideicomisario. Por otra parte, al ser la herencia una creación del *ius civile*, el heredero no puede transmitir al fideicomisario su condición de heredero pues se lo prohíbe la regla *semel heres semper heres*. Si el fiduciario es el heredero, el fideicomisario se presenta como un acreedor del primero, según Guzmán Brito, “como un adquirente entre vivos del fiduciario”¹⁴. La finalidad de esta regla fue precisamente la de impedir las sustituciones en las que se designaba un heredero para sustituir al gravado, es decir, al heredero en primer grado.
3. En esencia, podemos decir que ante la imposibilidad de configurarse una sustitución fideicomisaria en el derecho clásico, al impedirlo la regla *semel heres semper heres*, el fideicomiso universal o de herencia actúa como un sustitutivo de ella, y es así llamada por los autores de los siglos posteriores¹⁵. Iglesias destaca que en Roma la regla *semel heres semper heres* nunca llegó a derogarse y que, al sentirse la necesidad de los herederos sustitutos, se acudió al subrogado del fideicomiso universal o sustitución fideicomisaria¹⁶. La característica fundamental de la figura es el *ordo successivus*, mediante el cual el sustituto entra en la herencia después del primer instituido, porque ésa es la voluntad del testador, que su herencia se transmita a dos personas, al heredero fiduciario y al sustituto fideicomisario¹⁷.

¹³ Gai. 2.250; I. 2.23.2.

¹⁴ Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, p. 741

¹⁵ BINDER, *Derecho de sucesiones*, Barcelona 1953, p. 109, destaca la idea de que la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria procede históricamente del *fideicommissum hereditatis* del derecho romano, transformándose en una sucesión universal efectiva de segundo grado. Posteriormente, en la etapa del derecho común, sigue diciendo BINDER, el principio *semel heres semper heres* había perdido su sentido y los autores consideraban al primer llamado como heredero y al llamado en segundo lugar como legatario; cfr. sobre esto, nuestro capítulo II sobre el tratamiento de la figura en la literatura jurídica del *ius commune*; SCHULZ, *Derecho romano...*, o.c., pp. 308-309, que indica que si bien el testador podía gravar a un fideicomisario con un fideicomiso, el fideicomisario debía vivir al tiempo de morir el testador, y además un senadoconsulto de Adriano requirió que el fideicomisario fuera *persona certa*; las sustituciones fideicomisarias se mantuvieron dentro de estrechos límites, y la historia del *fideicommissum familiae relictum* se inicia en la época post-clásica.

¹⁶ Cfr. IGLESIAS, “Sobre fideicomisos...” o.c., pp. 100, 106 y ss.

¹⁷ Cfr. IGLESIAS, “Sobre fideicomisos...”, o.c., p. 109; cfr. GROSSO, *I legati...*, o.c., p. 125.

4. Como figura especial y frecuente de sustitución fideicomisaria consideramos al fideicomiso de familia o *fideicommissum familiae relictum*¹⁸. Entre las expresiones o cláusulas más frecuentes utilizadas para ordenar esta sustitución encontramos las de *ne de nomine familiae exire, ut in familia relinquere* y la más extendida de *si sine liberis decesserit*. Con la imposición de estas cláusulas, la finalidad del testador es clara al querer que el patrimonio hereditario quede en la familia. Con Justiniano (C. 6.48.1) decae la prohibición de instituir *personae incertae*, con lo que podía prolongarse de manera indefinida la sucesión de los fideicomisarios, pero ya vimos que con la Novela 159, 2, se sanciona la libertad del fideicomiso de familia, después de la cuarta generación.

La idea ya fijada de la obligación de conservar el patrimonio en el ámbito de la familia a través de las sucesivas generaciones es lo que ocasionó, en una evolución posterior que no pertenece ya a la historia del Derecho romano, el nacimiento de figuras como el mayorazgo, la primogenitura, el señorazgo y el juniorazgo¹⁹.

IV. EL FIDEICOMISO Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN LA CODIFICACIÓN PERUANA: PRECEDENTES CODIFICADORES EN MATERIA SUCESORIA

La Codificación, si bien se inicia en Europa, se traslada y desarrolla de manera simultánea a la América española. Según afirma Basadre²⁰ la Codificación aportó “una concepción sistemática y completa presentando la unidad esencial de una rama del Derecho y creó una técnica propia que fue al planteamiento de nuevos preceptos o a la integración de ellos con las normas ya existentes, formulándolas de nuevo y considerándolas como las

¹⁸ Cfr. TORRENT, *Fideicommissum familiae...*, o.c., pp. 18 y 123; BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 511; DESANTI, *Restitutionis...*, o.c., pp. 437 y ss., que examina la legislación de Justiniano al respecto (C. 1.3.52[53].13, C. 6.25.7[6] y C. 2.44[45].4, Nov. 123, 37) y se centra en las figuras del fideicomiso de residuo, del fideicomiso de familia, principalmente el condicionado con la cláusula *si sine liberis decesserit*. Destaca cómo Justiniano utilizó indistintamente los términos de sustitución o de restitución para el supuesto de la sustitución fideicomisaria: “ha coniato invece la complessa espressione *substitutio vel restitutio* per designare la sostituzione fedecommissaria, tramite fedecommissi da restituire dopo la morte; verosimilmente a significare che l’effetto della sostituzione, in tal caso, appariva raggiunto in modo indiretto: vale a dire, tramite il momento della restituzione”.

¹⁹ Cfr. IGLESIAS, “Sobre fideicomisos...”, o.c., p. 110; en el mismo sentido, BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 511, señala que el fideicomiso de familia, entendido como aquella restitución que puede hacerse sucesivamente a un sinnúmero de personas, enlaza con el mayorazgo por el que la herencia se transmitía de manera automática de primogénito a primogénito.

²⁰ Cfr. BASADRE GROHMANN, *Los fundamentos...*, o.c., p. 357.



más convenientes o ideales”. Se pretende un solo texto para cada materia, con un orden sistemático y en un lenguaje claro, breve y conciso.

El 12 de octubre de 1812, la Constitución de Cádiz fue publicada en Lima por Decreto del Virrey Abascal. El art. 258²¹, que preveía la Codificación, fue el primer antecedente sobre la materia en el Perú²². Los esfuerzos para una Codificación peruana comenzaron poco después de su independencia, proclamada el 28 de julio de 1821. Simón Bolívar, en noviembre de 1823 promulga la primera Constitución peruana en cuyo art. 121 se confirma la vigencia del antiguo Derecho “hasta la organización de los Códigos Civil, Criminal, Militar y de Comercio”. En 1826 se promulgó la Constitución vitalicia o Bolivariana previendo también la Codificación (art. 46). De igual modo, la Constitución de 1828 establece la formación de los Códigos (art. 131).

Un primer intento de Codificación, asociado a los impulsos políticos de Simón Bolívar y a la obra del jurista Manuel Lorenzo de Vidaurre (1773-1841), se plasma en el Proyecto del Código civil peruano de 1836²³. El Proyecto está estructurado en tres libros: el primero dedicado a las personas, el segundo al dominio y los contratos y el último a “las últimas voluntades”, con siete títulos. En el cuarto título se hace referencia a la figura de las sustituciones, y en el quinto a la de los legados. Vidaurre se presenta como contrario a las vinculaciones, los mayorazgos, los patronatos de legos, los censos, las enajenaciones o liberalidades hechas a las llamadas “manos muertas”, y como un gran defensor de su supresión. Para ello realiza un sinfín de críticas en este sentido, ya que los bienes quedaban inmovilizados, por lo que era necesario propiciar su libre circulación, y además se potenciaba la desigualdad social, con el perjuicio de inhibir un sinfín de iniciativas y posibilidades en el plano económico.

Sin embargo, ante la prohibición de las sustituciones contenida en el art. 896 del Code francés, y el hecho de que no se admitan en Francia ni fideicomisos, ni mayorazgos, ni ninguna otra clase de vinculación, Vidaurre se cuestiona si esa regla tan general no debe admitir restricciones, al parecer porque “no es compatible ni con nuestro sistema religioso, ni con nuestros sentimientos generales de piedad”²⁴. Por ello, dirá, si no se fundan capellanías, “que son verdaderas sustituciones”, habrá disminución del clero e incluso

²¹ Constitución de Cádiz, art. 258: “El Código civil y criminal y el de comercio seran unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunsntancias podrán hacer las Cortes”.

²² Cfr. GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación...*, o.c., pp. 175 y ss., que hace referencia a la primera Codificación iberoamericana endógena, la del Perú, y recoge una extensa y completa bibliografía sobre la materia.

²³ M. L. VIDAURRE, *Proyecto...*, o.c., pp. 95 y ss.; cfr. RAMOS NÚÑEZ, *Historia del Derecho civil...*, o.c., I, pp. 233 y 245. Como bien sabemos no pasó de ser un proyecto donde se refleja un marcado rechazo al Derecho romano, y que en palabras de Vidaurre “debe ser olvidado como la filosofía de Aristóteles”.

²⁴ Cfr. M. L. VIDAURRE, *Proyecto...*, o.c., p. 96.

puede desaparecer. Estas fundaciones no solo beneficiaban a las personas llamadas a obtenerlas, sino también a los propietarios de los fundos sobre las que recaían; por ello propone conciliar el nuevo Derecho “con los principios que rigen sin destruirlos del todo”, por lo que deben subsistir las capellanías pero solo con destino a la Iglesia, “de ningún modo los Patronatos llamados de legos que eran propiamente unos pequeños mayorazgos”.

En cuanto a las sustituciones, plantea reducirlas a dos con exclusión de la fideicomisaria. En el Proyecto, Vidaurre omite todo lo relacionado con los fideicomisos, por considerar “que son inútiles y no dignos de comprenderse en una buena legislación”²⁵. Pero el inicio de graves trastornos políticos en Perú va a dificultar la viabilidad del Proyecto codificador, impidiendo que pueda ser aprobado por el Gobierno²⁶.

Otra tentativa en el proceso codificador se concreta también en 1836, con el Código civil de Santa Cruz, impuesto de manera separada en los Estados Nor-Peruano y Sud-Peruano²⁷, cuyas fuentes fueron el Code civil francés y el Derecho castellano de las Siete Partidas, las Leyes de Toro y la Nueva y Novísima Recopilación.

La estructura del Código es semejante a la recogida en el Code, completándose en tres libros. El primero relativo a las personas, el segundo dedicado a los bienes y las diferentes maneras de modificar la propiedad, y el tercero a las diversas maneras de adquirir la propiedad, incluyendo en su título primero todo lo relacionado con los testamentos y sucesiones.

Se prevé un amplio elenco de posibilidades testamentarias, entre ellas el testamento indígena²⁸, y se permite el testamento por comisario en los arts. 481 a 490, no aceptado en el Code francés ni en el Proyecto de Vidaurre. Tampoco va a encontrar cabida en este Código la herencia fideicomisaria, ni los censos en sus diferentes clases, consignativo, reservativo o enfiteútico. El capítulo X (arts. 511-514) está dedicado a las sustituciones y fideicomisos y admite solamente la sustitución vulgar, la pupilar y la ejemplar.

Se entiende por sustituir según el art. 511, el “nombrar uno o más herederos, para que a falta del instituido perciban la herencia. Tendrá lugar la sustitución, cuando el

²⁵ Cfr. M. L. VIDAURRE, *Proyecto...*, o.c., p. 95.

²⁶ GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación...*, o.c., p. 176, señala algunos acontecimientos políticos relevantes para que no prosperara el Proyecto de Vidaurre: el hecho de que en 1836 el Perú fuera invadido por el ejército boliviano, logrando que el Presidente de Bolivia, Andrés de Santa Cruz, dividiera el país en lo que se llamó la Confederación Perú-Boliviana, los dos Estados Nor-Peruano y Sud-Peruano, cada uno con un presidente.

²⁷ Cfr. SANTA CRUZ, *Código civil del Estado...*, o.c., p. 69; RAMOS NÚÑEZ, *Historia del Derecho civil...*, o.c., II, pp. 142, 163 y ss.; el jurista Toribio Pacheco llegará a decir que es “copia perversa del Código de Napoleón”.

²⁸ Art. 467, como adaptación del art. 947 del Code napoleónico.



instituido muera naturalmente o civilmente antes que el testador, cuando renuncie la herencia, o no cumpla las condiciones impuestas”. En el art. 514 se afirma que “quedan desde hoy prohibidas las herencias fideicomisarias; en caso que las haya, se tendrán por nulas, entrando en la sucesión los herederos *ab intestato*”²⁹. Basadre apunta la razón por la que se prohibieron, a saber, porque “habían surgido antaño de las restricciones al derecho de testar y en la práctica habían resultado un semillero de robos”³⁰. La duración de este Código fue muy breve, ya que con la caída de Santa Cruz y la desaparición de la Confederación Perú-Boliviana en 1839, perdió de manera definitiva su vigencia.

V. EL CÓDIGO CIVIL DE 1852: EL DEBATE EN TORNO AL MANTENIMIENTO O SUPRESIÓN DEL FIDEICOMISO Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

El Código civil de 1852 se recibe como un adecuado instrumento para la vida jurídica, en sustitución de la complicada legislación española, cuyas instituciones habían nacido para un régimen monárquico y no se consideraban aptas para el nuevo sistema republicano³¹. Como ha señalado Basadre³², el Código civil de 1852 representó una coexistencia de ideas francesas, españolas y romanas.

El Código contiene 2031 arts. repartidos entre un Título Preliminar y tres libros, con clara influencia del esquema gayano-justiniano. Es un Código innovador a la par que tradicionalista, por lo que debe descartarse que sea una copia del Code francés³³.

En el Libro II dedicado a la herencia, Título 11º: *De la sustitución de herederos*, Sección 4ª (art. 730) se regulan las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar:

“El testador puede nombrar sustituto que reciba la herencia en lugar del heredero instituido, 1) para el caso en que el heredero muera antes que el testador; 2) para el caso en que el heredero muera sin poder hacer testamento por falta de edad o por ser fatuo o loco; 3) para el caso en que el heredero no acepte o renuncie a la herencia”.

Como se ve, nada dice el Código acerca de las sustituciones compendiosa ni brevilocua; tampoco se habla de la sustitución fideicomisaria, pero a ella se hace referencia en el art. 703, 2) donde se prohíbe la sustitución fideicomisaria, disposición en la que se

²⁹ Cfr. SANTA CRUZ, *Código civil del Estado...*, o.c., p. 69.

³⁰ Cfr. BASADRE GROHMANN, *Historia del Derecho...*, o.c., p. 341.

³¹ Cfr. EGUIGUREN, “El Centenario...”, o.c., pp. 247 y 251.

³² BASADRE GHROMAM, *Historia del Derecho...*, o.c., p. 364

³³ GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación...*, o.c., p. 175, que resalta la recepción del Código civil peruano de 1852 en Cundinamarca y Guatemala.

aprecia la influencia del Code: **“Se prohíbe a los testadores: 2) Instituir herederos fideicomisarios”**³⁴.

El legislador prohíbe de igual modo el nombramiento de comisarios o personas a las que se les otorgaba poder para testar, por considerar que el testamento es un acto personalísimo. En el Libro III se establece que los censos serán extinguidos, salvo los enfitéuticos, y se recorta la posibilidad de establecer otros nuevos. La mente del legislador es, por lo tanto, la de proteger la propiedad y el fácil movimiento de la misma, evitando de esta manera que los bienes queden vinculados.

La tendencia tradicionalista del Código se manifiesta en relación con la vinculación de la propiedad, porque se llegan a admitir los censos enfitéuticos, las capellanías y el patronato³⁵, apartándose en este sentido del Code napoleónico, y como afirmara León Barandiarán³⁶ “nuestro codificador debió estimar en base de las recomendaciones del Derecho eclesiástico y del indiano, y en vista que tales situaciones capellánicas y patronales existían en nuestro medio, que era inevitable legislar sobre ellas”³⁷.

El jurista Pacheco³⁸, de ideas liberales y gran defensor de la movilidad de los bienes, expresa su oposición a la inclusión de censos y capellanías en el Código como vínculos de la propiedad, y atribuye el nacimiento de las capellanías al abrigo de otra “institución viciosa” como es el mayorazgo:

“Porque desde antemano y tal vez contra su voluntad, estaba ya dispuesto que los bienes habían de pasar al que de entre esos hijos debió a la casualidad la fortuna de nacer antes que los otros. Entonces se concibió la idea de establecer en el

³⁴ Cfr. GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación...*, o.c., p. 472; es doctrina común el afirmar que la abolición revolucionaria de las vinculaciones patrimoniales fue para favorecer a la burguesía a costa de los bienes nobiliarios, eclesiásticos y comunales.

³⁵ Cfr. *Código civil de 1852*, Libro II, secc. 7, tit. 1 y 2: Capellanías y Patronatos, y Libro III, secc. 4, tit. 4: De los censos: el enfitéutico, el consignativo y el reservativo; cfr. M. E. BALLESTEROS, *Los censos y los fideicomisos. Su importancia en la legislación, conveniencia de mantenerlos o de suprimirlos*, Santiago de Chile 1909, pp. 83-86 y 144, donde critica duramente estas figuras y propugna su abolición basándose en que no están fundadas “en principios de justicia, ni se ajustan a las reglas económicas que deben servir de norma al legislador”; en este mismo sentido, vid. J. SEMPERE Y GUARINOS, *Historia de los vínculos y mayorazgos*², Madrid 1847, pp. 117-135.

³⁶ Cfr. J. LEÓN BARANDIARÁN, “Estudio comparativo...”, o.c., p. 263.

³⁷ Recordamos en este sentido cómo Vidaurre identifica a las capellanías como verdaderas sustituciones.

³⁸ Cfr. T. PACHECO, *Tratado de Derecho civil*, Tomo II, Lima 1872, Apéndice, LXVII. Estamos de acuerdo con el autor en lo referente a que la institución de las capellanías fue una derivación de los mayorazgos, y cómo éstos, a su vez, nacieron de la figura de los fideicomisos; M. A. DE LA LAMA, *Manual del Escribano público peruano*, Lima 1867; C. RAMOS NÚÑEZ, *Toribio Pacheco jurista peruano del siglo XIX*, Lima 1993.



mayorazgo ciertas vinculaciones que, imponiendo a los agraciados con ellas algunas obligaciones de piedad, fueron consentidas y aun fomentadas por la ley. Tal fue el origen de las capellanías que, más tarde y siguiendo las ideas religiosas de los tiempos, se radicaron también en bienes libres. Así es como las capellanías, tan parecidas a los censos en el modo de gravar sobre la propiedad y en sus efectos sobre ella, llegaron a identificarse a ellos aun en su objeto, pues que no era otro que proporcionar una renta fija a ciertos individuos a quienes se quería favorecer”.

A diferencia de lo dispuesto en el Código civil peruano de 1852 en cuanto a la supresión de los fideicomisos y la sustitución fideicomisaria, en el Código civil chileno de 1855 sí se admitieron estas figuras³⁹. Así, en el mensaje del Ejecutivo chileno al Congreso para la propuesta de la aprobación del Código civil, se puede leer⁴⁰:

“Consérvese, pues, la sustitución fideicomisaria en este proyecto, aunque abolida en varios Códigos modernos. Se ha reconocido en ella una emanación del derecho de propiedad, pues todo propietario parece tenerlo para imponer a sus liberalidades las limitaciones y condiciones que quiera (...); se admite, pues, el fideicomiso, pero se prohíben las sustituciones graduales, aun cuando no sean perpetuas, excepto bajo la forma del censo, en el que se ha comprendido, por consiguiente, todo lo relativo al orden de la sucesión en las vinculaciones (...). Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos, porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria. Otra que tiende al mismo fin es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, que en general se reputan fallidas si tardan más de treinta años en cumplirse”.

Así pues, en el art. 1156 del Código civil chileno se especifica que la sustitución puede ser vulgar o fideicomisaria, y la definición de ésta viene dada en el art. 1164:

“Sustitución fideicomisaria es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria”.

La sustitución fideicomisaria se regula por lo dispuesto en el título de la Propiedad fiduciaria, cuyo concepto se recoge en el art. 733:

³⁹ Cfr. GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación...*, o.c., pp. 193 y ss., que presenta los esfuerzos realizados hasta el resultado de madurez de la Codificación chilena y su irradiación en Iberoamerica; también, en p. 472, dice que, en cuanto a la sustitución fideicomisaria, “Bello, nos reserva una sorpresa”.

⁴⁰ Cfr. C. RAMOS NÚÑEZ, *El Código Napoleónico y su recepción en América latina*, Lima 1997, p. 287.

“Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición”.

Esta propiedad fiduciaria puede establecerse en instrumento público, entre vivos y no sólo por acto testamentario, sobre una herencia o cuota de ella. Por lo tanto, el fideicomiso logra un amplio alcance, al poder establecerse tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Además, Bello dispone una serie de medidas para impedir la perpetuación de los fideicomisos y la vinculación de las propiedades, con lo que logra convertir la sustitución fideicomisaria “en una figura inocua para el libre tráfico de los bienes (...)” y además, “supo conservar equilibradamente una institución que puede prestar sus servicios”⁴¹.

VI. EL CÓDIGO CIVIL DE 1936: PROPUESTAS DE REFORMA

Por los escritos dejados se observa que ambas figuras, el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, eran conocidas por nuestros juristas al haber tenido como fuente de consulta las codificaciones donde quedaron incorporadas, como las de Chile, Argentina, España, Alemania, Suiza y Brasil.

La Comisión estudia la posibilidad de que, efectivamente, pueda considerarse que los bienes vayan pasando de unas personas a otras de tal forma que, al darse varias transmisiones sucesivas, el que recibe la herencia se convierte en fiduciario para la nueva transmisión y así sucesivamente, vinculándose los bienes de una generación a otra.

Por su parte, Manuel Augusto Olaechea manifestó en el curso de los debates las siguientes razones para que la sustitución fideicomisaria fuera admitida en la Codificación, a la manera en que fue admitida en los Códigos de Suiza y de Brasil, pero con la salvedad de tener que reglamentar el dominio limitado que le corresponde al fiduciario y los casos en que se consolida la propiedad íntegra en su persona⁴²:

“Que estamos en presencia de una fórmula ampliamente comprensiva de la voluntad del testador pudiendo estimarse como de Derecho universal; que como la esencia jurídica de la sustitución fideicomisaria reside en conservar y devolver, estoy muy lejos naturalmente de aceptar la forma gradual y conservatoria, que imitando a los antiguos y abolidos mayorazgos, realiza un designio aristocrático incompatible con nuestras instituciones y costumbres. Creo que debe aceptarse la sustitución

⁴¹ Cfr. GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación...*, o.c., p. 473. Nuestro parecer es que en la Codificación de 1936 nuestro codificador pudo haber introducido la figura en este mismo sentido, teniendo en cuenta además que tanto la figura del fideicomiso como la de la sustitución fideicomisaria han estado vigentes en la vida práctica, cfr. *infra*, 20: Praxis testamentaria y jurisprudencial.

⁴² Cfr. *Actas de las sesiones de la Comisión reformadora del Código civil peruano*, 92° sesión del miércoles 8 de octubre de 1924, pp. 234 a 238.



fideicomisaria a la manera legislativa suiza, imitada en América por el Código del Brasil pero limitada a un grado solo, apartándose de la forma holandesa, recomendada por el señor Calle, porque tiene un carácter eminentemente familiar y por lo tanto aristocrático”⁴³.

El jurista Calle se había fijado, efectivamente, en la Codificación holandesa como modelo a seguir para el Código de 1936⁴⁴. La influencia francesa queda reflejada en el art. 926 del Código civil holandés de 1838, al prohibir las sustituciones fideicomisarias. Pero en el artículo siguiente (art.927) se dice que “se exceptúan, sin embargo, las instituciones fideicomisarias permitidas en provecho de los nietos y descendientes de los hermanos, a que se refieren los artículos siguientes”.

Sin embargo, la sustitución fideicomisaria tampoco será admitida por su sabor a mayorazgo o primogenitura.

En el Código civil de 1936, parecía acertada la propuesta de admitir la sustitución fideicomisaria, limitada a un grado, por considerar que de esa manera quedaba reforzada la autonomía del testador sin atentar a la libre circulación de los bienes; con esta figura se

⁴³ Cfr. *Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código civil*, 3er fascículo, 83° sesión del miércoles 9 de Julio de 1924, pp. 132 a 200. En esta extensa sesión, Calle presenta una brillante trayectoria de las figuras del fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias, desde el Derecho romano hasta las codificaciones modernas, recogiendo las latinoamericanas y también la cubana, que admitía tanto el fideicomiso como la sustitución fideicomisaria, al estar vigente en ese país el Código civil español de 1889 (arts. 774 a 789); de igual manera, las legislaciones a las que se refiere como de “razas Germana y Anglosajona”, como son las de Alemania, Austria, Holanda, Suiza, Inglaterra y Estados Unidos. En cuanto al Código civil austriaco, dirá que en ese país se permite el empleo de la sustitución fideicomisaria “en todas las formas en que es empleada en el Derecho legislado de Alemania” (§§ 618-631 del ABGB de 1811). Centramos nuestro interés en ellos porque contemplan el fideicomiso de familia; así el § 618 lo define como “aquella disposición en virtud de la que se declara un patrimonio como bienes inalienables de la familia, a favor de todos los futuros sucesores de la casa, o de muchos de ellos por lo menos”. Y el siguiente § 619 define el fideicomiso diciendo que “en general, es primogenitura o mayorazgo, o señorío, según haya destinado el fundador la sucesión al primogénito de la línea más antigua o al de la familia en grado más cercano; y entre varios igualmente más cercanos, el de más edad, o, por último, sin tener en cuenta la línea, al de más edad de la familia”. En el § 622, se especifica que “el fundador puede también invertir totalmente el orden de la sucesión, y llamar al último en nacer de la línea más antigua, o al más joven de todas las líneas; o a aquel que en definitiva venga a estar más próximo en grado, ya sea con el fundador del fideicomiso, con el primer sucesor, o con el último poseedor”. Estos párrafos sirven de apoyo para reafirmar nuestra postura de que el fideicomiso y el posterior mayorazgo sirvieron para que determinados bienes quedaran en la familia, con una finalidad muy precisa y determinada. En la actualidad los §§ 618 a 645 del ABGB han sido derogados.

⁴⁴ Cfr. Sesión 83°..., o.c., pp. 190-194.

pretendía proteger determinados bienes y beneficiar a determinadas personas en un período de tiempo semejante al previsto para otros actos o negocios jurídicos.

Como ha quedado apuntado, la figura no se introdujo en el Código, sin ninguna explicación del por qué de su exclusión.

VII. EL CÓDIGO CIVIL DE 1984: SILENCIO LEGISLATIVO

Al igual que el Código civil de 1936, el Código actual recoge solamente la figura de la sustitución vulgar (art. 740) tanto para los herederos como para los legatarios:

“El testador puede designar sustituto a los herederos voluntarios y a los legatarios para el caso en que el instituido muera antes que el testador, o que renuncie a la herencia o al legado o que los pierda por indignidad”.

Si bien se mantiene la exclusión de la sustitución fideicomisaria, observamos que un sector de la doctrina sigue hablando de ella en el sentido de afirmar que aunque no está prohibida de manera expresa, no debe admitirse⁴⁵. La afirmación, quizás, parece un tanto radical, sobre todo porque hemos encontrado testamentos y jurisprudencia registral que lleva a sospechar que se ampara y acepta la figura de una manera implícita, bajo la vigencia del actual Código⁴⁶.

De vuelta a la sustitución vulgar, el sustituto tendrá una expectativa ante la eventualidad de que se cumpla alguna de las hipótesis previstas por el texto del art. 740, pero puede que no lleguen a suceder. Hemos hablado de la única sustitución admitida por el legislador, y si ponemos en relación los arts. 689, 738, 740 y 741⁴⁷, encontramos un cauce

⁴⁵ Sobre el art. 740, cfr. G. LOHMANN LUCA DE TENA, *Comentarios al Código civil*, Lima 2003, pp. 382 y ss., que recoge la opinión, en este sentido, de Lanatta y Castañeda; M. ARIAS SCHREIBER, *Luces y sombras del Código civil*, I, Lima 1991, p. 183, se presenta como otro detractor de la figura al señalar que, “conforme a nuestra legislación no existen las llamadas sustituciones fideicomisarias, en virtud de las cuales se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia. La política seguida por el Código es acertada pues esta clase de sustitución resulta contraria al principio de la circulación de la riqueza y genera trabas inconvenientes e innecesarias”.

⁴⁶ Cfr. *infra*, 20: Praxis testamentaria y jurisprudencial.

⁴⁷ art. 689: “Las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestos las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley”; art. 738: “El testador puede instituir legatarios, con la parte disponible si tiene herederos forzosos, y no teniéndolos, hasta con la totalidad de sus bienes y señalar los que asigna a cada uno de los legatarios. El testador puede imponer a los herederos voluntarios como a los legatarios, condiciones y cargos que no sean contrarios a la ley, a las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”; art. 741: “Los herederos voluntarios y legatarios sustitutos quedan sujetos a las mismas condiciones y cargos que



para que puedan configurarse en nuestro Derecho las figuras del fideicomiso y de la sustitución fideicomisaria. Por ello, a los casos señalados en el art. 740 de premoriencia, falta de aceptación o renuncia y pérdida por indignidad, podemos añadir que es posible designar un sustituto para el supuesto de que no se cumpla una condición suspensiva o para el caso del cumplimiento de la condición resolutoria indicadas por el testador⁴⁸.

En la interpretación del art. 738 no encontramos obstáculo para que el testador imponga aquellas condiciones y cargos que no contravengan los derechos fundamentales de la persona, que como bien sabemos están recogidos en el art. 2º de nuestra Constitución, o que la ley no prohíba, y nuestro legislador no prohíbe los fideicomisos ni la sustitución fideicomisaria⁴⁹.

Lohmann resalta que la disposición contenida en el art. 741 es admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sin presentar dificultad alguna⁵⁰; pero hace dos observaciones: la primera, que a los legatarios se les pueden imponer condiciones de tipo suspensivo y resolutorio⁵¹, quedando reservada para los herederos solamente la condición suspensiva, al no admitirse sobre ellos la condición resolutoria; la segunda es que cabe un legatario a plazo, mientras que es inconcebible el plazo para un heredero. Dirá Lohmann

el instituido, a menos que el testador disponga otra cosa, o que las condiciones y cargos impuestos sean por su naturaleza inherentes a la persona del instituido”.

⁴⁸ Cfr. *infra*, 20: donde se destaca el hecho de que quizás en la práctica notarial fuera frecuente la figura de la sustitución fideicomisaria, por insertar en los testamentos la condición *si sine liberis*.

⁴⁹ Cfr. Constitución Política, art. 2, 24): “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; vid. en el Derecho español, M. ALBALADEJO GARCÍA, “Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario”, en *RDP* 63 (1979) pp. 519-545; J. B. VALLET DE GOYTSOLO, *Estudios de Derecho sucesorio. Interpretación de testamentos. Lo literal, lo tácito y lo conjetural, en mejoras y fideicomisos. Cláusulas cautelares expresas y tácitas*, II, Madrid 1981.

⁵⁰ Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, *Comentarios...*, o.c., art. 741, p. 389; ID., “Sustitución de herederos y legatarios”, en *Ius et Veritas, Revista de la Facultad de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 15 (1997) pp. 43-49.

⁵¹ En realidad se puede hablar indistintamente de legado, como lo hace el Código, o de fideicomiso singular. Así, en el art. 768 apreciamos también una equiparación en el mismo sentido: “El legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva o al vencimiento de un plazo, mientras no se cumpla la condición o venza el plazo. Mientras tanto puede ejercer las medidas precautorias de su derecho. El legado con cargo, se rige por lo dispuesto para las donaciones sujetas a esta modalidad”. De igual modo, lo dispuesto en el art. 763: “Son válidos los legados hechos a favor de los pobres o para fines culturales o religiosos, que serán entregados por el heredero a quienes indique el testador. A falta de indicación, los primeros serán entregados a la Beneficencia Pública; los segundos al Instituto Nacional de Cultura o a los organismos que hagan sus veces en uno u otro caso; y los terceros, a la autoridad competente de la religión que profesaba el testador.” Como bien sabemos, fueron muy frecuentes desde la era romano-cristiana las liberalidades de este tipo, sobre todo los fideicomisos dejados a los pobres de una ciudad, a la Iglesia, etc.; vid. J. L. MURGA, *Donaciones y testamentos “in bonum animae” en el Derecho romano tardío*, Pamplona 1968.

que “no es racional que haya continuación en las posiciones jurídicas del difunto por un tiempo, y luego otra persona, tiempo después venga a ocupar el mismo lugar”. Con esta afirmación Lohmann parece volver la mirada a la regla del Derecho romano clásico *semel heres semper heres*. Si esto es así, no cabe duda de la imposibilidad de configurar en el Derecho peruano la sustitución fideicomisaria.

En cuanto a la primera observación, parece razonable que sí cabría dar entrada en nuestro ordenamiento, sin contravenirlo, a la figura de un heredero voluntario instituido bajo condición resolutoria; así, el testador podría instituirlo (fiduciario) imponiendo la obligación de transmitir la herencia a otro (fideicomisario) bajo cierta condición. El fiduciario se comporta respecto del caudal fideicomitado como perfecto dueño, con todos los derechos y facultades del propietario, hasta que llegue el momento de la sustitución y el fideicomisario sucede al causante en sus bienes y no al fiduciario. Así pues, al verificarse la sustitución, se debe transferir al fideicomisario la herencia: la propiedad queda resuelta y se transfiere al fideicomisario⁵². El Código civil chileno admite esta posibilidad (arts. 1164, 733,1 y 4, 751, 754), y considera al heredero fiduciario como propietario bajo condición resolutoria; el causante puede prohibir la enajenación *inter vivos* de la propiedad fiduciaria, la cual será intransmisible *mortis causa* cuando el día fijado para la restitución sea el de la muerte del fiduciario (art. 751, 2).

En relación a la segunda observación, consideramos que también es factible el nombramiento de un heredero voluntario a plazo. Como fundamento nos sirve el caso que analizaremos más adelante de una mujer que otorgó un testamento⁵³, hace poco más de diez años, y en una de las cláusulas fijó un término dando origen a una sustitución fideicomisaria al amparo del Código civil de 1984. A las dos hermanas instituidas herederas (“hasta el fin de sus días”) se les ha impuesto un término, hecho futuro y cierto que inexorablemente debe cumplirse. Posteriormente, a su fallecimiento, la herencia será para otras tres personas, respectivamente en un 40%, un 50% y un 10%.

En definitiva, en aquellas legislaciones que admiten la figura del fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, el testador puede instituir herederos o legatarios por medio de fideicomiso, imponiendo a uno de ellos la obligación de transmitir la herencia o el legado al fideicomisario, o bien por su muerte, o fijando un plazo cierto, o bajo cierta condición. Así pues, tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del testador, no es que el fideicomisario herede del fiduciario, sino que la *voluntas testatoris* se ha manifestado en el sentido de instituir un orden sucesivo, un doble llamamiento.

⁵² Esta posibilidad es contemplada p.ej. en el Código civil brasileño actual (2003) en el art. 1953 (semejante al art. 1734 del Código de 1916).

⁵³ Cfr. *infra*, 20.



Si bien el Código civil regula exclusivamente la sustitución vulgar (art. 740), podemos concluir que cabría considerar la entrada en nuestro ordenamiento de la sustitución fideicomisaria, que puede llevar implícita la vulgar, como se contempla y dispone por ejemplo en el Código civil alemán, en su parágrafo 2102, al igual que en otras codificaciones⁵⁴.

VIII. BREVE REFERENCIA AL FIDEICOMISO BANCARIO

El fideicomiso testamentario, que no ha encontrado cabida en el Código civil, existe en la legislación bancaria peruana, desde 1931 hasta la fecha, donde ha quedado reflejado como una figura autónoma, con características propias, de forma semejante a como es regulado en otros países latinoamericanos. El fiduciario siempre será un Banco que adquiere la propiedad fiduciaria de los bienes, para destinarlos al fin querido por el fideicomitente. Este tipo de fideicomiso testamentario no se utiliza por y en beneficio de personas naturales, y pienso que puede ser un gran instrumento para la custodia y protección de los bienes. También es de mucho interés la posibilidad contemplada en la ley bancaria, de que el fideicomitente constituya en fideicomiso los bienes que afecten a la legítima de herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras permanezca la minoridad o la incapacidad.

IX. UN SUPUESTO DE HERENCIA FIDEICOMISARIA AL AMPARO DEL CÓDIGO DE 1852: UN FIDEICOMISO DE FAMILIA, *SI SINE LIBERIS DECESSERIT*

D. Juan Alvarado Sánchez Carrión, otorgó testamento en 1922⁵⁵, y al no tener herederos forzosos designó herederos voluntarios a sus siete sobrinos, hijos de una hermana; estableció que si alguno de ellos falleciese sin hijos⁵⁶, los bienes de la herencia pasarían a los restantes herederos. Les impuso además la prohibición de la venta de la

⁵⁴ Cfr. art. 2293, 3 del Código civil portugués.

⁵⁵ El testamento es del año 1922 y los juicios se inician en el año 1944; de acuerdo con el art. 1830 del Código civil de 1936, los derechos a la herencia del que hubiere fallecido antes de hallarse en vigor el nuevo Código civil, deben regirse por las leyes anteriores a ese Código, por lo que se aplica para este caso lo dispuesto en el Código civil de 1852.

⁵⁶ Cfr. J. LEÓN BARANDIARÁN, *La sucesión hereditaria en la Jurisprudencia Suprema*, Lima 1980, pp. 245-247, que recoge este caso y además presenta otras interesantes sentencias, desde 1936 a 1971, relativas a temas de Derecho sucesorio. Si bien menciona que “no aparece nada atinente al título tercero de la sección segunda, ‘de las substituciones’, por no haberse encontrado ningún asunto resuelto en esta materia”, entendemos que la sentencia comentada sí cabe encuadrarla dentro de la figura de la sustitución fideicomisaria, por la imposición de la condición *si sine liberis decesserit*. Para Barandiarán, el interés que muestra la sentencia es en relación a la figura de la legítima, en aplicación de los art. 713 y 714 del Código de 1852, que en el fondo es lo mismo que se recoge en el art. 705 del Código de 1936: “Sobre las legítimas no podrá el testador imponer gravamen, modalidad, ni sustitución de ninguna especie”; el autor no examina la sentencia desde el punto de vista de la figura de la sustitución fideicomisaria o fideicomiso familiar.

herencia en cualquier forma, así como la prohibición de que la herencia fuese administrada “por parte de los maridos” de las cuatro sobrinas.

Pasaremos a conocer el contenido de las cláusulas quince y dieciséis que serán el objeto de nuestro comentario:

1. cláusula 15ª: “Declaro que no teniendo herederos forzosos, instituyo por mis universales i únicos herederos a mis sobrinos carnales Eulogio, Humberto, Sofía, Ofelia, Claudelina, Carlos i Esther Córdoba, hijos legítimos de mi hermana Margarita Carrión, a la que le darán la octava parte de los productos netos de la hacienda en el mes de julio de cada año”;

2. cláusula 16ª: “Declaro que los herederos que falleciesen sin hijos para ser transmitida la herencia que les dejo, pasará ésta a los hermanos legítimos del fallecido, quedando por consiguiente prohibidos a vender la herencia por alguna especulación en cualquier forma, ni menos pasará a la administración de los maridos aunque viviesen, pues en este caso, recibirán su haber anual de los hermanos, que llevarán la administración total, i que si quisiera alegar algún derecho que se oponga a esta disposición, caducará de hecho la herencia que podía corresponderles i pasará a beneficio de todos los demás hermanos, antes que permitir discordias perjudiciales, en virtud de no ser mis herederos forzosos”.

Cierto es que el testamento es un negocio jurídico *mortis causa*, y como cualquier otro negocio jurídico permite que se pueda limitar o sujetar a los elementos accidentales del negocio, es decir, a condición, término o modo.

Nuevamente se trae a colación la cláusula de fallecimiento sin hijos. En concreto se establece una sustitución fideicomisaria para el caso de que los sobrinos mueran sin hijos, en cuyo caso los bienes pasarían al resto de hermanos. Se ha ordenado, por lo tanto, el típico fideicomiso familiar; hay una expresa prohibición de disponer que afecta a los herederos fiduciarios y comprende la de enajenar a título oneroso o gratuito los bienes de la herencia. Ahora bien, en tanto en cuanto se determina el destino de los bienes para el caso de cumplirse la condición, estamos ante una auténtica sustitución fideicomisaria condicional como vimos en el supuesto anterior.

El tema a debate es el de la interpretación de las referidas cláusulas del testamento, sobre las que se tramitan dos juicios:

- 1) el presentado por uno de los siete sobrinos (Humberto) para que se declare la caducidad de la herencia respecto de una de las herederas (Ofelia) al haber fallecido sin hijos⁵⁷;

⁵⁷ No hemos tenido acceso al citado expediente.



2) y el del heredero testamentario (Helí) de una de las herederas (Ofelia), dirigido contra los demás, sobre nulidad de la cláusula 16ª del testamento.

En el dictámen del fiscal Palacios se presentan los argumentos expuestos en esta segunda demanda relativos a la cláusula 16ª, en cuanto a la prohibición de que los maridos puedan ser administradores de la herencia. Según la demanda, esa cláusula contiene una “condición imposible de cumplir y contraria a la ley, por lo que no debe subsistir, conforme al art. 719 del acotado⁵⁸, y que además, está incurrida en la prohibición que determina el art. 703, inciso 2)⁵⁹ del mismo Código”. El fiscal Palacios considera errados estos argumentos, ya que las condiciones impuestas en el testamento, “no pueden calificarse de imposibles de cumplir, ni contrarias a las leyes, ni a las buenas costumbres”, puesto que el testador tiene facultad para imponer la condición, conforme al art. 714⁶⁰, al tratarse de herederos voluntarios y no forzosos.

El fiscal tampoco ve en la condición *si sine liberis* impuesta ilicitud o inmoralidad, “ni que constituyan herencia en fideicomiso”, sino que más bien se trata de una disposición condicional del causante, respetada por la sobrina hasta que, pasados muchos años, hiciera su testamento nombrando heredero a su esposo (el ahora demandante), en lo referente a la libre disposición, “no de aquello en que sólo tenía el usufructo”⁶¹. Por el testamento de la sobrina se conoce que no tuvieron descendencia, por lo que al morir en 1942, se cumplió la condición establecida en el testamento de Juan Alvarado, caducando la herencia de la fallecida y pasando ésta a los otros seis hermanos, como herederos fideicomisarios.

El juez supremo declara fundada la demanda de caducidad de la herencia interpuesta por uno de los siete sobrinos (Humberto) e infundada la del heredero testamentario (Helí) sobre nulidad de la cláusula testamentaria.

Haremos una observación a los comentarios del fiscal Palacios, puesto que no advirtió que la condición impuesta por el testador sí suponía una sustitución fideicomisaria. Pero precisamente esa “inadvertencia” le permitió salvar la cláusula de la que se trataba. Podemos decir que, en este caso y en otros semejantes, los jueces tienden a interpretar la cláusula *si sine liberis decesserit* de modo de no ver en ella una auténtica sustitución fideicomisaria.

⁵⁸ Art. 719 del Código civil de 1852: “Las condiciones imposibles de cumplirse, y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, se tienen por no puestas”.

⁵⁹ Art. 703, inc. 2 del Código civil de 1852: “ Se prohíbe a los testadores: 2º) Instituir herederos fideicomisarios”.

⁶⁰ Art. 714 del Código civil de 1852: “La institución de heredero voluntario puede hacerse desde día determinado, o hasta cierto día, o bajo condición”.

⁶¹ En la cláusula 17ª del testamento de Juan Alvarado Sánchez Carrión se dice: “Declaro que con el deseo de auxiliar a mis herederos, de antemano les tengo destinado sólo el usufructo de las fincas siguientes: a Eulogio la casa de esta ciudad; a Humberto “Pullurani”; a Sofía “Pallconque”; a Ofelia “Guaritura”; a Claudina la “Veta de Cal”; a Carlos “Pichallate” i el “Fingo” y a Ester Córdova “El Vatanero”, lo mismo que sus casas radicadas en el cercado de la hacienda, que ya las tienen conocidas según mis libros i después se igualarán debidamente”.

Como han transcurrido veinte años desde que Juan Alvarado hiciera testamento y se ha cumplido la condición, los seis sobrinos restantes recibirán la parte de la herencia de su hermana fallecida, al haber muerto ésta sin hijos, como sustitutos fideicomisarios. Los herederos fideicomisarios reciben la herencia directamente del testador, que quiso fueran herederos de esa porción de la herencia: en el caso, la sobrina se comportó como verdadera propietaria de la herencia, pero sabiendo que si se moría sin hijos, debería entregarla a las personas indicadas por su tío Juan Alvarado, es decir a sus seis hermanos.

La condición impuesta por D. Juan Alvarado supone, por lo tanto, una restitución de la herencia después de la muerte del heredero fallecido sin hijos. En la voluntad del testador se encuentra la idea de no querer que esos bienes se dispersen en favor de parientes más lejanos, o quizás que lleguen a manos extrañas.

Si la sobrina hubiera tenido hijos habría quedado sin efecto la sustitución fideicomisaria. La presencia de la cláusula expresa *si sine liberis* en la disposición testamentaria encierra una sustitución fideicomisaria y manifiesta de manera evidente la voluntad del testador. Lo que quería el testador, era beneficiar a sus siete sobrinos con el dominio pleno de los bienes de la herencia, pero atribuyéndoles la propiedad definitiva sólo en el caso de fallecer con hijos, supuesto que no ha ocurrido con la sobrina en cuestión. Lo importante y destacable en esta sentencia es la prevalencia de la voluntad del testador, que ordena su sucesión por no tener herederos forzosos.

Tanto el fiscal como el juez, al no haberse percatado de la presencia de una sustitución fideicomisaria expresamente prohibida en el art. 703, 2) del Código civil⁶² la admiten sin dificultad alguna, y la consideran como una facultad del testador⁶³.

En conclusión, el testamento de Juan Alvarado otorgado en 1922 fue declarado válido y eficaz por nuestros Tribunales, gracias a la curiosa e insólita interpretación, técnicamente discutible, que le dieron el fiscal y el juez, a pesar de la prohibición expresa del Código de 1852.

⁶² Sin embargo, el demandante del segundo juicio (Helí), sí tuvo en cuenta esta prohibición, pues la utiliza como un argumento a su favor cuando solicita la nulidad de la cláusula 16^a.

⁶³ Otra cláusula de interés, por la vinculación perpetua que contiene, es la dieciocho: “Declaro que habiendo yo procurado la buena construcción de la Iglesia de Machaytambo, i que la tengo bien conservada con todos sus paramentos, prevengo i dispongo, que todos mis herederos sostengan el culto del Señor Jesús Nazareno i el de las Benditas Ánimas del Purgatorio, perpetuamente, cuyas festividades están establecidas en la Iglesia de Machaytambo, vice parroquia de Carabamba”. En realidad, bajo el Código de 1852, esta cláusula también hubiera debido tenerse por no puesta. D. Juan Alvarado en la cláusula diecinueve impone a los herederos un cargo muy frecuente, siendo llamativo el carácter de perpetuidad: “Declaro, i asimismo prevengo, ordeno y mando, que mis herederos celebren al aniversario de mi fallecimiento con una misa de Requiem por el bien de mi alma perpetuamente en la citada Iglesia de Machaytambo”.

X. UN SUPUESTO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA AL AMPARO DEL CÓDIGO DE 1984

Por último, el caso más reciente y que reviste gran interés por tratarse de un testamento otorgado en el año 1996, es el de una testadora que dispuso una sustitución fideicomisaria bajo término al amparo del Código civil de 1984.

Como bien sabemos, en Derecho romano no cabe someter la institución de heredero a la llegada de un término final, porque su admisión sería contraria al principio *semel heres semper heres*. Pero hemos visto que, en la actualidad, nada impide que pueda introducirse en la herencia voluntaria distintas modalidades, como la condición o el plazo, como en el caso que nos ocupa.

Antes de continuar, advertimos que el Tribunal Registral ha interpretado como condición resolutoria lo que, en definitiva, es un *dies ad quem* o plazo final. La diferencia es esencial en el sentido de la seguridad que supone el término (“hasta el fin de sus días”) frente a lo incierto de la condición.

Los hechos son los siguientes, Dña. Dolores Fuentes Valencia otorgó testamento en escritura pública en 1996 y en la cláusula 5ª dispuso que fueran herederas sus dos hermanas Hortencia y Guillermina “hasta el fin de sus días”⁶⁴. Posteriormente, cuando hayan muerto las dos, la herencia será para otras tres personas, respectivamente en un 40%, un 50% y un 10%.

A la muerte de la testadora⁶⁵, a las hermanas herederas se les transfiere la masa hereditaria pero bajo el término de “hasta el fin de sus días”. Se trata, por lo tanto, de una herencia dejada a término cierto, la muerte de las herederas fiduciarias.

En el art. 733 se dispone que el testador no puede privar de la legítima a los herederos forzosos sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquella gravamen, modalidad, ni sustitución alguna; por el contrario, a los herederos no forzosos o voluntarios sí se les puede imponer gravámenes, modalidades o sustituciones, como es el caso de las herederas que tratamos.

Una vez fallecidas las hermanas, herederas voluntarias, la masa hereditaria deberá pasar a los sustitutos, en el porcentaje dispuesto por la testadora. Su voluntad es clara y no permite otra interpretación que la literal, al querer establecer una sustitución fideicomisaria: las hermanas herederas lo fueron “hasta el fin de sus días”, lo que significa, en principio, que no podían disponer definitivamente de los bienes hereditarios, en particular *mortis causa*.

⁶⁴ Cfr. Diario oficial El Peruano, pág. 266400-02, Lima 9 de abril de 2004.

⁶⁵ Art. 660: “Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”.

De acuerdo con el art. 735 del Código civil, los sustitutos serían herederos instituidos en una cuota parte de los bienes hereditarios; lo que implica también la idea de universalidad, y no serían simples legatarios, como advierte el tribunal registral. Porque, si los consideráramos como simples legatarios, ¿quiénes serían los herederos?, ¿tendría que abrirse la sucesión *ab intestato*? Nos parece que la voluntad de la testadora fue otra, que aquellos derechos adquiridos por las hermanas fiduciarias pasaran a los fideicomisarios designados en el testamento.

El plazo se identifica con la vida de las instituidas, de manera que la disposición testamentaria se aplica en la forma más adecuada para que produzca efecto cumpliéndose la voluntad de la testadora.

Uno de los segundos herederos, al que se le asignó el cuarenta por ciento de la herencia, quiere inscribir a su nombre un bien inmueble, y es esto lo que motiva la resolución registral. La interpretación que hace el tribunal registral del testamento adolece de ciertos errores e imprecisiones que recogemos a continuación:

a) entiende que la voluntad de la testadora fue dejarles a las primeras instituidas la posesión del inmueble *hasta sus últimos días* más no la propiedad. En nuestra opinión no cabe esta interpretación, porque entonces ¿a quién le hubiese correspondido la propiedad?, ¿hubieran podido llegar a ser propietarias por la *usucapio*?; las herederas son propietarias *iure proprio* desde la muerte de la causante;

b) considera que la testadora ha impuesto “una condición resolutoria que cumple todos los requisitos para su eficacia, como hecho jurídico futuro e incierto, arbitrariamente establecido”. La disposición “hasta el fin de sus días” es un *dies certus* y no una condición resolutoria⁶⁶. Con apoyo en Lohman⁶⁷, insiste el registrador en que “la muerte es un hecho jurídico que puede determinar la verificación de una condición-modalidad (...), y en todo caso, el hecho jurídico de la muerte, en abstracto, como determinante para la verificación de una condición-modalidad, no constituye un hecho física o jurídicamente imposible, ni se encuentra reñido con el orden público o las buenas costumbres (...)”;

c) llega a la conclusión de que a las herederas voluntarias se les transmite la masa hereditaria “hasta el fin de sus días” y que “quedará sin efecto, a mérito de la condición

⁶⁶ En la actualidad, es frecuente la institución de heredero bajo condición resolutoria para los casos de protección de discapacitados: cuando haya falta de prestación de cuidados y atenciones al incapaz, se resuelve el llamamiento del heredero, cfr. F. PASCUAL DE MIGUEL, “Medios de protección del discapacitado”, en *El Notario y la protección del discapacitado*, (dir. R. Leña Fernández), Madrid 1997, pp. 351-356.

⁶⁷ G. LOHMANN LUCA DE TENA, *El negocio jurídico*, Lima 1996, p. 296.



resolutoria impuesta, para ser transferida a los “legatarios” (indican los nombres de las tres personas), según expresa voluntad de la testadora”.

En definitiva, en el supuesto planteado existe una sustitución fideicomisaria a término en que la entrega de los bienes ha de llevarse a cabo cuando llegue el día señalado. La restitución o tránsito de los bienes de las herederas fiduciarias a los herederos fideicomisarios se produce con término *certus an et incertus quando*.

Asimismo, ha quedado resaltado que las personas a las que debe transmitirse la herencia, no son legatarios sino verdaderos herederos de cuota, situación prevista en el art. 735⁶⁸ del Código civil, y que por lo tanto, recibirán la herencia a título universal y no a título particular.

Aún con las imprecisiones y errores señalados, este caso permite ver cómo, bajo el silencio del Código civil, es viable la sustitución fideicomisaria en el Perú actual.

XI. CONCLUSIONES

1. La constitución de fideicomisos y sustituciones fideicomisarias se prohíbe expresamente en el Código civil peruano de 1852 (art. 703, 2), por la clara influencia del Code de 1804. Como reacción a esta prohibición llegó a afirmarse una corriente doctrinal, dentro de la Comisión reformadora del Código de 1852, favorable a la validez de este tipo de sustitución, la cual, se decía, podía aceptarse tomando como modelo al Código civil suizo, limitándola a un grado. Sin embargo, no se aceptó la propuesta y la sustitución fideicomisaria siguió excluida de la legislación.

El Código civil de 1984 mantiene un silencio legislativo sobre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria que puede interpretarse en dos sentidos: en el de la no admisibilidad de las figuras fideicomisarias, en línea con la prohibición del primer Código de 1852; o bien como una implícita recepción de la figura pero solamente en la herencia voluntaria, y dejando siempre a salvo la herencia forzosa. Por lo tanto, el Código civil actual deja una puerta abierta a la utilización del fideicomiso y la sustitución fideicomisaria sobre la base de la autonomía privada.

2. La sustitución fideicomisaria supone la obligación de conservar y transmitir los bienes, en vida o a la muerte del fiduciario, lo que implica la inalienabilidad de los bienes y un *ordo successivus* preestablecido; en cambio, en el fideicomiso la transmisión o

⁶⁸ Art. 735 del Código civil de 1984: “La institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos. La institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756. El error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición”.

restitución es inmediata o a plazo cierto y no existe aquel orden. Existen las dudas en cuanto a si el sustituto fideicomisario es heredero, porque se vuelve a dar vueltas a la regla *semel heres semper heres*, se le mantiene en su posición de *loco heredis*.

3. El Código civil de 1984 recoge solamente la figura de la sustitución vulgar, tanto para los herederos como para los legatarios, pero al poner en relación los arts. 689, 738, 740 y 741, he encontrado un cauce por el que pueden configurarse en el Derecho peruano el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria. No encuentro obstáculo en la interpretación del art. 738 para que el testador imponga aquellas condiciones o cargos que no contravengan los derechos fundamentales de la persona, recogidos en el art. 2 de la Constitución peruana, o que la ley no prohíba: puedo decir que el legislador no prohíbe los fideicomisos ni la sustitución fideicomisaria.

Si bien el Código civil regula exclusivamente la sustitución vulgar, pienso que cabría dar entrada en nuestro ordenamiento a la sustitución fideicomisaria, que puede llevar implícita la vulgar, como se contempla y dispone, p.ej., en el Código civil alemán, en su parágrafo 2102, al igual que en otras codificaciones, como la portuguesa, la chilena o española.

4. Como sugerencia planteamos que pueda introducirse en el Código civil la figura del fideicomiso testamentario, regulado actualmente en la ley 26702, con apoyo en el Acta de Arequipa suscrita por las Comisiones Reformadoras de los Códigos civiles de Perú, Argentina, Bolivia y Puerto Rico en 1999, a semejanza de la propuesta planteada por la Comisión reformadora de Argentina. Asimismo, la conveniencia de que el fiduciario pueda serlo también una persona natural, no solamente jurídica, y la necesidad de incorporar también al Código civil el concepto de propiedad fiduciaria o dominio fiduciario, no recogida en el Código civil sino en leyes especiales.

