



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# EL FIDEICOMISO Y LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS EN EL DERECHO PERUANO

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. (2012). El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria en el Derecho peruano. En R. De la Fuente (Coord.), *Ciencia jurídica y humanismo: en homenaje a Álvaro d'Ors*, (pp. 37-59). Lima: Palestra Editores, Universidad de Piura.



Esta obra está bajo una [licencia](#)  
[Creative Commons Atribución-](#)  
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

# EL FIDEICOMISO Y LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS EN EL DERECHO PERUANO

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

## I. INTRODUCCIÓN

La Universidad de Piura y la Facultad de Derecho dentro de las celebraciones por su vigésimo aniversario rinden homenaje a Álvaro d'Ors en estas Jornadas Internacionales, uno de los más destacados juristas españoles del siglo XX, por sus brillantes aportaciones a la cultura jurídica occidental. Agradezco a Xavier, testigo de excepción del magisterio de su padre, su presencia, y su ponencia donde ha puesto de manifiesto la categoría humana, intelectual de un excelente maestro formador de miles de juristas repartidos ahora por diferentes países europeos y americanos.

La vida de D. Álvaro ha sido ejemplar y fructífera (1915-2004), caracterizada por un servicio constante a los demás. Ha sido un verdadero maestro, ha creado una escuela de Derecho romano, donde sus discípulos se reconocen en sus virtudes intelectuales y morales aceptando su método de trabajo. Hasta el año 2003 era frecuente verle a diario caminar hacia la Universidad, y en su mesa de trabajo seguía estudiando, viendo la manera de servir a los que tenía a su alrededor, con sugerencias, y abriendo nuevos horizontes en el campo jurídico.

Considero un privilegio haber sido alumna de Don Álvaro en el primer curso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, que dejó una profunda huella en mi formación. En sus clases, en las conversaciones, se apreciaba su integridad como persona, nos transmitía su sabiduría, su fe, su fidelidad a los principios morales. Su docencia fue un semillero de formación y de formadores. Un formador por donde se le mirara, como romanista, como padre de familia, como amigo, como cristiano ejemplar.

Desde el año 1995, mantuve una asidua y entrañable correspondencia con ocasión de mi trabajo como profesora de Derecho Romano en la Universidad de Piura, y guardo como un verdadero tesoro una veintena de enriquecedoras cartas, que sigo leyendo para meditar y profundizar con más empeño en este legado de valor incalculable. Mis alumnos, se han formado con el manual de *Derecho Privado Romano*, obra de referencia mundial, y

---

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



con otras obras que han llamado su atención como *La Posesión del espacio*, la *Nueva introducción al Derecho*, el *Derecho y Sentido común*, y *Cartas a un joven estudiante* entre otras. Se manifestaba agradecido con las manifestaciones de cariño de mis alumnos, cuando le escribían por su cumpleaños, notaba la proximidad afectiva con su persona y se llenaba de admiración por ello.

Como pionero de la Universidad de Navarra, y buen conocedor de la puesta en marcha de nuestra Universidad, se emocionaba al contemplar su continuo desarrollo, considerándola como un verdadero *milagro*, en varias de sus cartas así lo ha dejado consignado. Es en el año 1968, cuando se inicia la tarea universitaria, en una gran zona desértica, y ahora, después de 43 años, se ha convertido en un verde y envidiable Campus Universitario, donde el mensaje y el espíritu fundacional de su Gran Canciller, San Josemaría Escrivá, es palpable. Disfrutaba cuando le informaba y le enviaba los folletos de las actividades que teníamos en la Facultad de Derecho, o en otras Facultades, como las Jornadas de Historia, las de Filosofía, o en el año 2000, las organizadas en torno al Jubileo con los jóvenes.

El servir a los demás era su pasión, esto es cumplir los deberes profesionales. En el ámbito específico de la Universidad explicaba que “hay que alternar el servicio corporativo con la propia formación científica, pues la autoridad se funda en la ciencia y ésta exige muchas horas al día”. La búsqueda de la verdad le llevó a cultivar otros saberes, entre otros el Derecho civil, el Derecho canónico, la Filosofía, la Historia, la Literatura y la Papirología. En su humildad se admiraba de la acogida que tenían sus escritos en esta Universidad tanto de parte de los profesores como de los estudiantes: “Aunque procurando no perder nunca la natural humildad, pienso haber hecho más dando mis clases sin desánimo que con todo lo que haya podido publicar”.

## II. EL FIDEICOMISO Y LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

Como contribución a este homenaje presento aquí una parte del trabajo que ha sido objeto de mi investigación en estos últimos años, en muchas oportunidades con el impulso de D. Álvaro, a través de conversaciones y escritos que mantuve con él desde el año 1995<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. sobre la materia, DE LA FUENTE HONTAÑÓN, R., “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, R., “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, R., “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

El fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias son instituciones poco conocidas en el Perú, con escasos estudios de conjunto sobre la materia<sup>3</sup>, 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. 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, 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 sustitución fideicomisaria, de indudable abolengo romano, llegó a América integrada en el conjunto del Derecho trasplantado allí por los españoles. Pero el destino de la sustitución 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 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

---

<sup>3</sup> He podido revisar dos recientes trabajos, relativos al fideicomiso bancario, cfr. ESCOBAR ROZAS, F., “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”



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 *testamentifacio* aunque no haga testamento<sup>4</sup>;
  - b) el fiduciario, quien recibe la *rogatio*, puede ser el heredero testamentario o *ab intestato*, un legatario, un fideicomisario<sup>5</sup>, el fisco<sup>6</sup>, un donatario *mortis causa*<sup>7</sup>, 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 esclavo<sup>8</sup>, y en definitiva, cualquiera que sobreviviendo al fideicomitente reciba algo de él<sup>9</sup>, como en el caso de quien lucra una *mortis causa capio*<sup>10</sup>;
  - 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 *testamentifacio passiva*<sup>11</sup>. Sin embargo, la restricción<sup>12</sup> llega en un momento posterior cuando se extiende, mediante senadoconsultos y leyes especiales, a los fideicomisos los principios que rigen 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*<sup>13</sup> (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”<sup>14</sup>. La finalidad de esta regla fue

<sup>4</sup> Gai. 2.270; Ep. Ulp. 25.4.

<sup>5</sup> Gai. 2.271.

<sup>6</sup> D. 30.114.2 (Marcian. 8 *inst.*).

<sup>7</sup> D. 31.77.1 (Pap. 8 *resp.*).

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

<sup>9</sup> D. 32.1.6 (Ulp. 1 *de fideic.*).

<sup>10</sup> D. 30. 96. 4 (Iul. 39 *dig.*).

<sup>11</sup> Gai. 2.274-275.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Gai. 2.250; I. 2.23.2.

<sup>14</sup> Cfr. GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano*, p. 741

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 posteriores<sup>15</sup>. 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 fideicomisaria<sup>16</sup>. 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 fideicomisario<sup>17</sup>.
4. Como figura especial y frecuente de sustitución fideicomisaria consideramos al fideicomiso de familia o *fideicommissum familiae relictum*<sup>18</sup>. 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*

<sup>15</sup> BINDER, J., *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, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona 1960, 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.

<sup>16</sup> Cfr. IGLESIAS, J., “Sobre fideicomisos y sustituciones fideicomisarias”, en *RJC* 58 (1949), pp. 100, 106 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. IGLESIAS, “Sobre fideicomisos...”, o.c., p. 109; cfr. GROSSO, G., *I legati nel Diritto romano*<sup>2</sup>, Torino 1962, p. 125.

<sup>18</sup> Cfr. TORRENT, A., *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo 1975, pp. 18 y 123; BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*<sup>2</sup>, Barcelona 1960, p. 5; DESANTI, L., *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsì dopo la morte dell’onerato*, Milano 2003, 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 restituirsì 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”.



*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 juniorazgo<sup>19</sup>.

#### IV. EL FIDEICOMISO Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN LA CODIFICACIÓN PERUANA

La Codificación, si bien se inicia en Europa, se traslada y desarrolla de manera simultánea a la América española. Según afirma Basadre<sup>20</sup> 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 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. 258<sup>21</sup>, que preveía la Codificación, fue el primer antecedente sobre la materia en el Perú<sup>22</sup>. 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

---

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Cfr. BASADRE GROHMANN, J., *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, Lima, 1967, p. 357.

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

<sup>22</sup> Cfr. GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la Codificación civil en Iberoamérica*, Pamplona 2006, 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.



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 1836<sup>23</sup>. 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”<sup>24</sup>. Por ello, dirá, si no se fundan capellanías, “que son verdaderas sustituciones”, habrá disminución del clero e incluso 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”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> VIDAURRE, M.L., *Proyecto del Código civil*, Lima 1834, pp. 95 y ss.; cfr. RAMOS NÚÑEZ, C., *Historia del Derecho civil peruano, I, siglos XIX y XX. El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre*, Lima 2000, 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”.

<sup>24</sup> Cfr. VIDAURRE, M.L., *Proyecto ...*, o.c., p. 96.

<sup>25</sup> Cfr. M. L. VIDAURRE, *Proyecto...*, o.c., p. 95.



Pero el inicio de graves trastornos políticos en Perú va a dificultar la viabilidad del Proyecto codificador, impidiendo que pueda ser aprobado por el Gobierno<sup>26</sup>.

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-Peruano<sup>27</sup>, 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 indígena<sup>28</sup>, 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 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*”<sup>29</sup>. 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”<sup>30</sup>. 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.

---

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Cfr. SANTA CRUZ, A., *Código civil del Estado Nor-Peruano*, Lima 1836, p. 69; RAMOS NÚÑEZ, *Historia del Derecho civil peruano*, II, siglos XIX y XX. *La codificación del siglo XIX, los Códigos de la Confederación y el Código civil de 1852*, Lima 2001, pp. 142, 163 y ss.; el jurista Toribio Pacheco llegará a decir que es “copia perversa del Código de Napoleón”.

<sup>28</sup> Art. 467, como adaptación del art. 947 del Code napoleónico.

<sup>29</sup> Cfr. SANTA CRUZ, *Código civil del Estado...*, o.c., p. 69.

<sup>30</sup> Cfr. BASADRE GROHMANN, *Historia del Derecho...*, o.c., p. 341.

## V. EL CÓDIGO CIVIL DE 1852: EL DEBATE EN TORNO AL MANTENIMIENTO O SUPRESIÓN DE LOS FIDEICOMISOS

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 republicano<sup>31</sup>. Como ha señalado Basadre<sup>32</sup>, 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 francés<sup>33</sup>.

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

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 enfiteúticos, 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.

<sup>31</sup> Cfr. EGUIGUREN, L.A., “El Centenario del Código civil de 1852”, en *Revista del Foro*, Año XXXIX, Mayo-Agosto, Lima 1952, pp. 247 y 251.

<sup>32</sup> BASADRE GHROMAM, *Historia del Derecho...*, o.c., p. 364

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

<sup>34</sup> 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.



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 patronato<sup>35</sup>, apartándose en este sentido del Code napoleónico, y como afirmara León Barandiarán<sup>36</sup> “nuestro codificador debió estimar en base de las recomendaciones del Derecho eclesiástico y del indiano, y en vista que tales situaciones capellanías y patronales existían en nuestro medio, que era inevitable legislar sobre ellas”<sup>37</sup>.

El jurista Pacheco<sup>38</sup>, 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 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

---

<sup>35</sup> 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*<sup>2</sup>, Madrid 1847, pp. 117-135.

<sup>36</sup> Cfr. J. LEÓN BARANDIARÁN, “Estudio comparativo del Código civil de 1852 y el Código Napoleónico”, en *Revista del Foro*, Año XXXIX, Mayo-Agosto, Lima 1952, p. 263.

<sup>37</sup> Recordamos en este sentido cómo Vidaurre identifica a las capellanías como verdaderas sustituciones.

<sup>38</sup> 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.

1855 sí se admitieron estas figuras<sup>39</sup>. Así, en el mensaje del Ejecutivo chileno al Congreso para la propuesta de la aprobación del Código civil, se puede leer<sup>40</sup>:

“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:

“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

---

<sup>39</sup> 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 Iberoamérica; también, en p. 472, dice que, en cuanto a la sustitución fideicomisaria, “Bello, nos reserva una sorpresa”.

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



fideicomisaria “en una figura inocua para el libre tráfico de los bienes (...)” y además, “supo conservar equilibradamente una institución que puede prestar sus servicios”<sup>41</sup>.

## VI. NUEVAS PROPUESTAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1936

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 persona<sup>42</sup>:

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

---

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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

El jurista Calle se había fijado, efectivamente, en la Codificación holandesa como modelo a seguir para el Código de 1936<sup>44</sup>. 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 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 porqué 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:

---

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.

<sup>44</sup> Cfr. Sesión 83° ..., o.c., pp. 190-194.



“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 admitirse<sup>45</sup>. 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 Código<sup>46</sup>.

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 741<sup>47</sup>, encontramos un cauce 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 testador<sup>48</sup>.

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

---

<sup>45</sup> Sobre el art. 740, cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, G., *Comentarios al Código civil*, Lima 2003, pp. 382 y ss., que recoge la opinión, en este sentido, de Lanatta y Castañeda; ARIAS SCHREIBER, M., *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”.

<sup>46</sup> Cfr. *infra*, VIII. UN SUPUESTO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA AL AMPARO DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

<sup>47</sup> 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 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”.

<sup>48</sup> Es posible 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*.



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 fideicomisaria<sup>49</sup>.

Lohmann resalta que la disposición contenida en el art. 741 es admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sin presentar dificultad alguna<sup>50</sup>; pero hace dos observaciones: la primera, que a los legatarios se les pueden imponer condiciones de tipo suspensivo y resolutorio<sup>51</sup>, 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 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

---

<sup>49</sup> 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, ALBALADEJO GARCÍA, M., “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; VALLET DE GOYTSOLO, J.B., *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.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> 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. MURGA, J.L., *Donaciones y testamentos “in bonum animae” en el Derecho romano tardío*, Pamplona 1968.



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 fideicomisario<sup>52</sup>. 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 testamento<sup>53</sup>, hace quince 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.

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 codificaciones<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> 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).

<sup>53</sup> Cfr. VIII. UN SUPUESTO DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA AL AMPARO DEL CÓDIGO DE 1984

<sup>54</sup> Cfr. art. 2293, 3 del Código civil portugués.

## VIII. 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”<sup>55</sup>. 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 testadora<sup>56</sup>, 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,

---

<sup>55</sup> Cfr. Diario oficial El Peruano, pág. 266400-02, Lima 9 de abril de 2004.

<sup>56</sup> 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”.



que no podían disponer definitivamente de los bienes hereditarios, en particular *mortis causa*.

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 resolutoria<sup>57</sup>. Con apoyo en Lohman<sup>58</sup>, 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

---

<sup>57</sup> 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. PASCUAL DE MIGUEL, F., “Medios de protección del discapacitado”, en *El Notario y la protección del discapacitado*, (dir. R. Leña Fernández), Madrid 1997, pp. 351-356.

<sup>58</sup> Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, G., *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. 735<sup>59</sup> 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.

## **IX. INTRODUCCIÓN DEL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN BANCARIA**

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<sup>60</sup>. 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.

## **X. CONCLUSIONES**

---

<sup>59</sup> 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”.

<sup>60</sup> Regulado actualmente en la Ley 26702, de 9 de diciembre de 1996.



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 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. 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.