



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO Y LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Rosario de la Fuente-Hontañón

Piura, 5 de agosto del 2014

FACULTAD DE DERECHO

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

De la Fuente, R. (2000). La evolución del fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias en el derecho civil peruano. *Revista de Derecho*, 1 (1), 59-73.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I INTRODUCCIÓN

- a) Esta comunicación va dirigida a examinar desde una perspectiva histórica la regulación, en el Derecho Civil Peruano, de la figura del fideicomiso y la sustitución fideicomisaria. La materia tiene una amplitud tan considerable, que por lo reducido de nuestra intervención, nos obliga a sintetizarla.
- b) Creemos conveniente dividir este trabajo en dos partes. En primer lugar, una referencia al Derecho Romano que, de ninguna forma, tiene por objeto hacer un análisis exhaustivo de los antecedentes de las figuras mencionadas, sino más bien poner en evidencia cuestiones que expliquen el porqué del nacimiento de la institución y cómo fue su recepción y evolución en el Derecho Peruano. Por último, el análisis de la legislación vigente en el Perú, desde la época del Descubrimiento hasta la de la Codificación. Nos encontraremos con un Derecho Indiano entendido como el conjunto de normas, actos y disposiciones dados en Indias por sus propias autoridades, en ejercicio de sus competencias, con la finalidad de resolver problemas específicos derivados del propio devenir de las provincias ultramarinas.¹
- c) Utilizaremos el referente cronológico para el desarrollo de este trabajo. No entraremos a realizar una crítica del sistema peruano, si bien quedarán señaladas algunas cuestiones que puedan ser materia de posteriores investigaciones. Supondrán aportes novedosos, tanto para el legislador, como para los juristas, considerando la importancia de la función económica de protección familiar que debe cumplir fundamentalmente el Derecho de Sucesiones.
- d) Las fuentes que hemos examinado se refieren al Derecho anterior a la vigencia de los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984. Entre otras: el Nuevo Código de Leyes de Indias, aprobado por Carlos IV, en 1792 (libro primero); el proyecto del Dr, Manuel Lorenzo Vidaurre de 1836; el Código Santa Cruz para el Estado Nor-Peruano del mismo año; el valioso Proyecto de 1847 elaborado bajo el gobierno del Mariscal D. Ramón Castilla. Hemos continuado con el Código de 1852, los trabajos de la Comisión Reformadora de 1922-36 y de la Comisión Revisora de 1936; el Código de 1936; el actual de 1984; la primera Ley de Bancos (Decreto-Ley N. 7159) del 23 de mayo de

¹ J. Carlos González H.: "Influencia del Derecho español en América" Colecciones Mapfre, 1992, pág. 67



1931, que llenó un vacío en el país, cuyas actividades bancarias hasta entonces se habían regido por tres artículos contenidos en el Código de Comercio de 1902 y por las pocas normas dictadas esporádica e inorgánicamente en los años sucesivos hasta llegar a la actual Ley General de Instituciones Bancarias y Financieras y de Seguros, Ley N. 26702, que recoge la figura del fideicomiso.

La doctrina nacional, aunque escasa, ha sido debidamente aprovechada, en cuanto señala algunos defectos en la materia que nos ocupa.

Han sido consultados, además, los Códigos de España, Francia, Suiza, e Italia; y entre los latinoamericanos, los de Argentina, Chile, México y Venezuela.

II DERECHO ROMANO

El fideicomiso en Roma es considerado, como acto de liberalidad en el que una persona se desprende de algo a favor de otra sin esperar una contraprestación; en sentido amplio, se puede hablar de “donaciones”². Figura que está muy unida a la de otra liberalidad, el legado. El testador, al manifestar su voluntad sobre un bien singular señalará una disposición al heredero a favor del legatario. Será necesaria la adquisición de la herencia por el heredero testamentario: si no es válido el testamento, no valdrán los legados contenidos en él. En la época tardía, el codicilo servirá para contener las disposiciones de legados: a través de él se harán los llamados “encargos de confianza” (*fideicommissa*). Que no fueron judicialmente exigibles hasta que Augusto dio a los magistrados supremos una jurisdicción especial para esta materia. La Jurisprudencia se interesará por la institución al facilitarse las liberalidades “*mortis causa*”, incluso a favor de extranjeros que estaban excluidos del derecho testamentario. También se utilizó para soslayar las limitaciones de las leyes Furia y Voconia y de las caducarias³, o para dejar liberalidades a ciudades⁴ y *personae incertae*. El fideicomiso puede tener un contenido que excede del que es posible en un legado damnatorio. El fideicomitente puede supeditar el fideicomiso, no sólo a la no-adquisición por parte de otro fideicomisario (a modo de substitución vulgar), sino a la muerte de otro adquirente, incluso haciendo llamamientos sucesivos, todos ellos suspendidos por una condición o un término, generalmente el día de la muerte del adquirente anterior (substitución fideicomisaria); este llamamiento sucesivo puede referirse

² Vid. D’Ors, A., Derecho Privado Romano, EUNSA, 1991 & 299

³ Vid. D’Ors & 323: Al extenderse a los fideicomisos la legislación caducaria se intentó defraudarla mediante fideicomisos “tácitos”, convenidos en secreto entre el fideicomitente y el futuro heredero. Un sc. Planciano declaraba nulos tales fideicomisos y privaba al heredero que los cumplía de la quarta pegasiana, de la Falcidia y del derecho a los legados caducos

⁴ D.36,1,27 (26), se permite dejar fideicomisos a cualquier ciudad del imperio.

también a toda la herencia⁵. De aquí surgirá el “fideicomiso de familia” generalizado en la Edad Media y Moderna, por el que se vincula un patrimonio, o un bien particular, a personas de la misma familia, en sucesivas generaciones.⁶ Otra variante es la del que tiene por objeto “lo que quede de la herencia” (*quidquid de hereditate supererit*): el fiduciario puede sustituir unas cosas por otras nuevas (“subrogación real”) y disminuir la herencia según las exigencias de la buena fe; a lo que Justiniano fija el límite de los tres cuartos, para reservar al fideicomisario la *quarta*⁷ También puede consistir el fideicomiso en la herencia entera o, en una cuota de la misma (fideicomiso de herencia). Esta forma producía los mismos efectos prácticos de una sustitución de heredero, sin sus exigencias formales y con la posibilidad de disponer incluso a favor de personas que todavía no existen. La comunicación de créditos y deudas entre el heredero fiduciario y el fideicomisario universal se arregla mediante las *stipulationes partis et pro parte*; esto cuando el fideicomiso es de parte de la herencia, pero si es de la herencia entera, ésta se traspaşa al fideicomisario por una *mancipatio nummo uno* y los créditos y deudas de la herencia se ceden por *procuratio in rem suam*, y para asegurar esta cesión, se hacen las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, como en la venta de herencia.

Este régimen se verá perfeccionado por dos Senadoconsultos: 1) Trebeliano (56/57 d.C): el pretor, utilizando acciones ficticias, considerará al fideicomisario universal como si fuera heredero, desligando de tales relaciones al fiduciario. Así se mejoraba la posición independiente del fideicomisario, pero se corría el riesgo del repudio de la herencia por parte del fiduciario. Para evitar esta situación 2) el Senadoconsulto Pegasiano (época de Vespasiano)⁸ por el que el fiduciario tenía derecho a una cuarta parte de la herencia frente a cualquier fideicomisario, debiendo aceptar forzosamente la herencia, de modo que, si no lo hacía voluntariamente, la herencia se tenía por aceptada, pero él perdía todo el derecho a la “cuarta”.⁹

Junto al fideicomiso testamentario se desarrolló la figura del negocio fiduciario en base a una “causa fiducia”. Por la fiducia, el fiduciante realizaba una *mancipatio* o *in iure*

⁵ Las fuentes no hablan de “sustitución”, pues no la hay propiamente, sino mejor una como sucesión fideicomisaria.

⁶ Vid. D’Ors, pág. 381: Un límite parece haberse admitido en el sentido de que podía llamarse a la primera generación de los que no hubieran nacido a la muerte del fideicomitente. Justiniano suprimió este límite, aunque luego parece restringir el posible llamamiento a la cuarta generación (Nov.159, del 555 cap.2). En el cap.3 se señala que cuando uno de los fideicomisarios muere impúber, sus herederos pueden disponer libremente de los bienes objeto del fideicomiso; no se entiende la razón de que esto se aplique en general, y no sólo en el caso concreto que motivó la ley de Justiniano, que daba preferencia a los sustitutos pupilares frente al ulterior fideicomisario.

⁷ Cfr. Nov. 108, del 541

⁸ Gai.2, 255 ss.

⁹ En la época de Justiniano (Inst. 2,23,7) se exige: 1) colocación del fideicomisario *loco heredis* 2) deber de aceptar y 3) reserva de la *quarta*. Se borra toda mención del sc. Pegasiano.



cessio como forma de transmisión de la propiedad, a favor de un fiduciario quien recibía la propiedad del bien transmitido obligándose al mismo tiempo a retransmitirlo, después que se realizaran determinados fines al propietario original o a una tercera persona. A través de ella se confiere al fiduciario, que es a quien se transfiere la propiedad, un poder jurídico ilimitado, es decir, una titularidad plena y definitiva. Podía distinguirse entre la fiducia *cum amico* y la *cum creditore*¹⁰

III RECEPCIÓN EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

La cultura jurídica en el Perú era un producto de las universidades, las mismas que habían surgido en Europa a fines del siglo XII como conjunto de profesores y alumnos que se reunían para la enseñanza y el cultivo de las ciencias, recibiendo privilegios del Papa, del Emperador o los Reyes, quienes aprobaron sus Reglamentos y permitieron el otorgamiento de los títulos universitarios respectivos. En 1551, Carlos V ordenó fundar la Universidad Mayor de San Marcos con las normas privilegiadas para Salamanca, y en el siglo XVII se erigía la del Cuzco.

El ordenamiento peruano se materializa mediante la obra de gobierno del virrey D. Francisco de Toledo (1569-1581), quien a partir de 1572, inicia la serie de sus ordenanzas.¹¹ Recopiladas por el virrey marqués de Montesclaros en 1610, las Ordenanzas del Perú fueron objeto de distintas impresiones, aumentándose con las disposiciones efectuadas por los sucesivos virreyes hasta 1752. Conviene resaltar el papel de la doctrina en la configuración positiva del derecho Indiano; en este sentido junto a los proyectos de Compilación, destacan los estudios doctrinales de Juan de Matienzo (Gobierno del Perú); Juan de Solórzano (Política Indiana); Antonio de León Pinelo (Tratado de las confirmaciones reales). Las aportaciones de estos juristas no sólo contribuyeron a la concreción del Derecho positivo, sino también, a expresar la demanda de igualdad material entre los miembros de la comunidad indiana.

En el Derecho Indiano se llevó a cabo una regulación jurídica de la familia y más específicamente acerca del funcionamiento de la Institución de los Mayorazgos¹². Ya entre los privilegios concedidos a los pobladores de Indias en las Ordenanzas de nuevo descubrimiento y población promulgadas por Felipe II en 1573, figuró el de que “el poblador principal” pudiera instituir mayorazgo de todos los bienes y haciendas que en la nueva población adquiriere. El 22 de junio de 1695 se facultó a las Audiencias de Indias

¹⁰ Vid. Montoya Manfredi, Ulises. Derecho Comercial Tomo I. Ed. Grijley, Lima, 1998

¹¹ Vid. González Hernández, J.C, ob.cit, pág. 69

¹² Vid. Ots Capdequi, Jose Ma. , Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano” Ed. Losada, S.A. Buenos Aires, 1945, pág. 223

para que pudiesen autorizar el que los dueños de Mayorazgos, vendieran o acensuasen “bienes vinculados”, aun cuando advirtiendo que únicamente podrían ser gravados aquellos que fueran necesarios “para atender a la reposición de las Casas y Haciendas que hubiesen padecido ruina, y justificando antes no tener otros bienes con qué repararlas y con la calidad de que la cantidad que por ello se diese, bien por venta, bien a censo, se depositase antes de perfeccionar el contrato para que se subrogase en otra finca y el Vínculo no padeciese detrimento; haciendo extensiva esta regalía a las demás audiencias”. Una última e interesante Real Cédula es la dictada el 8 de setiembre de 1796, por la cual se exigió un 15 por ciento sobre todos los bienes destinados a “vinculaciones de Mayorazgos, aunque sea por vía de agregación o mejora de tercio y quinto”, con el fin de aumentar el fondo de los Vales Reales.

Antonio de León Pinelo, en su Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales¹³ reconoce que con particular diligencia ha estado juntando la mayor parte de las muchas cédulas Reales que por aquellos reinos andan esparcidas, para disponer una Recopilación y presentarla en el Real Consejo de Indias. Añade que “para que me aproveche mi trabajo, y su grandeza asegure alguna estimación y aumento, explicaré su disposición, que es lo que tiene de mío, calificándola con los fundamentos y preceptos que las leyes enseñan” . Más adelante continúa su discurso: “para que todo tenga la justa calificación...propondré los preceptos legales de recopilar, que en la forma y disposición he guardado, y guardaron los Recopiladores de los Digestos: los cuales Justiniano redujo a diez. Y porque primero se hacen las leyes, luego se disponen por títulos y materias, y éstas se reducen a libros, de que se compone un cuerpo de derecho con todas sus partes, así esenciales como accidentales, iré con este orden discurrendo por lo que en la materia he alcanzado”. Así, al ocuparse del Libro Quinto, menciona que al haber tratado ya de las personas, en segundo lugar se tratará de las cosas, siguiendo el orden de Triboniano en su Instituta: las cosas se adquieren o, por última voluntad, o por contrato, o por título, privilegio y concesión...Y porque Justiniano en sus Digestos y Código, para llegar a la materia de últimas voluntades, permitió la de los casamientos, el orden a seguir será el siguiente: Tit.I de los casamientos. Tít. 2 de los casados en España, que residen en las Indias. Tít. 3 de los menores. Tít. 4, de los testamentos y ejecutores testamentarios. Tít. 5 de las herencias, y porque éstas consisten en **mayorazgos de bienes y en feudos o encomiendas de indios** el Tít. 6 de los **mayorazgos**. Tít. 7 **de la sucesión de las encomiendas de Indios**. Tít. 8 de los bienes de los difuntos y su administración.

¹³ Recogido en Estudios Bibliográficos, por José Toribio Medina, Fondo histórico y bibliográfico, 1956.



Advertimos en esta Recopilación como el antiguo “fideicomiso de familia” se introduce en el Derecho que nos ocupa.

En la Recopilación de 1680 (promulgada por Carlos II, el último de los Austrias hispanos) , Pinelo había incluido 6,377 leyes, divididas en 218 títulos y en 9 libros, si bien había reunido más de diez mil leyes. Cada ley tiene su número romano y un pequeño epígrafe de la materia de que se trata, con la fecha en que fue dada y el nombre del rey que la promulgó.¹⁴

Frente a las tentativas de compilación en general, están las tentativas de compilación regional. Paralelamente a la obra que en España se iba realizando, en el Perú aparecen , durante la segunda mitad del siglo XVII, importantes recopilaciones de leyes para este Virreinato. Cabe citar los nombres de Gaspar de Escalona y Agüero, y Tomás de Ballesteros. El primero de ellos publicó en Madrid en 1647 el “Gazophilacium Regium Peruvicum”, ordenando la legislación relativa a la Hacienda Pública. El segundo, español peninsular, fue funcionario del Virreinato del Perú, que recopiló las órdenes, ejecutorias, provisiones y cédulas reales posteriores a las Ordenanzas de Toledo que, agregadas a éstas, constituyen el cuerpo de leyes conocido como “Ordenanzas de Ballesteros”: contienen todo el régimen legal de la Colonia hasta mediados del siglo XVIII y fueron impresas en Lima en 1685 con privilegio de impresión y de venta para el hospital de San Andrés, volviéndose a reeditar en 1752.

En los primeros años del siglo XVIII comenzó la etapa revisionista de la Recopilación de 1680. Hubo entonces, de un lado, una tendencia que pretendía ir a una obra puramente “comentarista” de la Recopilación y de otro, una tendencia que podríamos calificar de “adicionista”; triunfará ésta última y la obra reformadora de la legislación indiana quedó fijada en el Decreto de 9 de mayo de 1776 ordenando la formación del nuevo Código de las Leyes de Indias. El cual fue aprobado por Carlos IV el 25 de marzo de 1792 y no entró en vigor hasta el final de la época colonial.¹⁵

Antonio Muro Orejón,¹⁶ nos refiere íntegramente el texto del Real Decreto de 25 de marzo de 1792. En el título IV: “De los Arzobispos, Obispos y Visitadores eclesiásticos”

¹⁴ Vid. Basadre, Jorge, Historia del Derecho Peruano, pág 244.

¹⁵ Vid. González Hernández, J.C., op.cit.pág. 67. Jorge Basadre ante la pregunta, rigió la Ley del Nuevo Código? Responde diciendo que no llegó a aplicarse , a pesar de la Cédula de Carlos IV. No fue impresa jamás ni conocida en buena parte de América; y sobre la rareza de sus copias da idea el mucho trabajo que ha costado encontrar una sola. Seguramente fueron aplicadas muchas de sus leyes; pero en forma aislada, en virtud de su carácter de Reales Cédulas particularizadas, cfr. Historia del Derecho peruano, pág. 260.

¹⁶ Revista “Mercurio Peruano” Año XXIX.Vol.XXXV, n. 333, Diciembre de 1954: Federico Schwalb, en 1945, encuentra en la Biblioteca Central de la Universidad Mayor de San Marcos un volumen manuscrito conteniendo un ejemplar perfecto y completo del Libro I del Nuevo Código de

con 77 leyes, podemos observar 14 leyes nuevas¹⁷. Entre ellas denota interés para nuestro estudio la Ley 66: **“No se funden capellanías sobre fundos rústicos, ni urbanos, sino con las calidades que se expresan.** Y el texto de la Ley dice así:

Para prevenir, en tiempo, los males que amenazan a nuestro vasallos de las Indias, con la enajenación perpetua de sus fundos: Declaramos que en virtud de nuestra suprema independiente soberanía sobre las cosas temporales, y de los derechos inseparables de nuestra Real Corona sobre los bienes de nuestros vasallos sujetos a contribuciones, Nos compete la facultad de poner límites a sus disposiciones, en beneficio común y de la obligación de proteger y defender los referidos bienes. Por lo que ordenamos y mandamos, **que ni por testamento, ni por donación, ni por título alguno, se funden capellanías, aniversarios, ni otras cualesquiera obras pías, sobre fundos rústicos, ni urbanos, sin nuestra Real licencia, a consulta de nuestro Consejo de Cámara, so pena de nulidad y privación de oficio a los Escribanos que autorizasen tales instrumentos”**

Podemos apreciar la importancia de estas normas que recogen las ideas jurídico-eclesiásticas imperantes en el siglo XVIII.¹⁸

En el siglo XIX, la prisión de Fernando VII por Napoleón produjo una crisis tanto en el Derecho español como en el americano, al considerar al Rey como al fuente de todo derecho. Se formó un Consejo de Regencia, que tuvo un representante americano; se reunieron las Cortes de Cádiz también con representación americana y se promulgó la Constitución de 1812; pero al producirse las guerras de la independencia de América y el regreso del Rey, quien restauró la Monarquía absoluta, su aplicación fue rapidísima. La influencia de esa Constitución en el Perú fue más bien intelectual, al imitar algunos de sus artículos en las diversas Constituciones de nuestra vida Republicana.

las Leyes de Indias: 26 títulos y un índice alfabético de materias legales. Es el único texto del libro I del nuevo Código existente en América.

¹⁷ Ley nueva, con la sigla L. N. y con la data única de “Don Carlos IV en éste Código”: cierto número de leyes formadas por la propia Junta codificadora, en uso de sus especiales atribuciones, y que completan o regulan específicamente los nuevos problemas jurídicos. Son interesantes desde el punto de vista de la obediencia en los dominios españoles de Ultramar, pues solo regirían, según el Real Decreto promulgador del Nuevo Código en 1792, cuando específicamente fueran mandadas observar por medio de cédulas circulares.

¹⁸ J.A. Alvarez Caperochipi, “La sustitución fideicomisaria de residuo” en RDP (59) (1975), pág. 171 y 172.: al comenzar su estudio distinguiendo las figuras del fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, señala con respecto a ésta última, cómo con anterioridad al Código Civil la principal forma de manifestarse era a través de los mayorazgos y capellanías; sólo estaban suprimidas las vinculaciones perpetuas. Para este autor, el fideicomiso de residuo es una modalidad de la sustitución fideicomisaria; sólo en el caso de que exista residuo existe sustitución, cfr. Pág. 193, 194



En el período que va desde 1810 a 1830 surgirán las recientes Repúblicas americanas¹⁹. Ocurrieron cambios trascendentales con la colaboración de las naciones americanas. En algunos países ya habían logrado la Independencia y éstos ayudaron al resto de las colonias que aún luchaban contra los ejércitos españoles. Se establecieron contactos entre San Martín y Bolívar; la Gran Colombia participó en la liberación de Perú y Bolivia. En 1821, el Perú se independiza de España. En el período que vá desde 1825 a 1828, para consolidar la paz interna y preservar los frutos de la victoria y para afrontar los peligros de la situación internacional, Bolívar concibió la idea de una Federación Andina de los estados que había liberado. Se trataría de una Federación con siete Estados: Bolivia, Arequipa, Lima, Ecuador, Cundinamarca, Cartagena y Venezuela. Sin embargo, este Proyecto jamás fue realizado.

Durante los primeros años de la Independencia Peruana no se promulgó ningún Código. Nos encontramos con enciclopedistas que abarcaron el Derecho como una totalidad como sucedió en España con la obra de Joaquín Escriche y en el Perú con Francisco García Calderón Landa y Germán Leguía y Martínez. A mediados del siglo XIX había una gran abundancia de leyes en la República. La vida republicana se había caracterizado por una serie de disposiciones jurídicas, muchas veces contradictorias entre ellas.

Debemos a García Calderón Landa el “Diccionario de Legislación Peruana”²⁰ ordenado por una sucesión alfabética de palabras de acuerdo con el criterio de Escriche y contiene las normas vigentes sobre el Derecho Civil, Penal, Procesal, Constitucional, Tratados vigentes, Reglamentos de tribunales, Ordenanzas de Minería...y con alusiones a las Recopilaciones del viejo Derecho de Indias, al Catálogo de Matraya y Ricci y a las Recopilaciones Españolas, en lo que ofrecían de utilidad al lector. Reglamentos y Resoluciones vigentes desde 1821 hasta 1859. No describe teoría nuevas, más bien aborda problemas ya planteados, aplica los principios y ofrece las soluciones. Se trata de una obra completa donde apreciamos la ciencia jurídica de la época²¹. A juicio del historiador Basadre, el significado de esta obra encuentra paralelo únicamente con el de la famosa “Política Indiana”de Solórzano. La misma necesidad de una obra que reúna, sintetice, coordine y explique la legislación dispersa y variada, explica su tarea al igual que la del oidor de la Audiencia de Lima. Aludió muchas veces en su Diccionario a las instituciones coloniales para cuya exacta y fiel apreciación tuvo la asistencia de D. Benito Laso.

Sobre el Derecho a la propiedad, la concibió en su sentido clásico, pero cuando ésta era justificada. Anunció las taras derivadas de las vinculaciones de raigambre indiano. Se

¹⁹ Sobre el tema de la emancipación colonial la literatura es extensa y no entraremos al análisis de las causas que motivaron estos cambios por alejarnos del tema que nos ocupa.

²⁰ García Calderón Landa, Francisco. Imprenta del Estado, por Eusebio Aranda, Lima , 1862

²¹ Vid. Basadre Ayulo, Jorge: “Los juristas y la enseñanza del Derecho en el siglo XIX: apuntes para la historia del Derecho” Homenaje a D. Aurelio Miró Quesada Sosa. Lima, 1998

manifestó a favor del pequeño cultivo y creyó que la concesión de terrenos debía ser una de las formas de adquirir la propiedad.

Al hablar de los Fideicomisos nos indica ²²“que tuvieron su origen entre los Romanos y el objeto que se propusieron al introducirlos, fue favorecer a las personas incapaces de heredar....pasaron de la legislación romana a la española y nosotros los hubimos mientras nos regían las leyes de Castilla. Como no tenían más garantía que la buena fé del heredero nombrado en el testamento, éste podía abusar de la confianza que se le hacía, y retener para sí la herencia que debía entregar a otro. Por otra parte, los fideicomisos hacían ilusorias las disposiciones de la ley, pues nada importaba que éstas declarasen a una persona incapaz de heredar, o que prohibiesen la amortización de bienes en manos muertas, si al mismo tiempo se respetaban los Fideicomisos, por medio de los cuales heredaban los incapaces y se aumentaba la amortización. Estos inconvenientes de que se han presentado algunos ejemplos **han dado lugar a que nuestros Códigos prohíban que se instituya herederos fideicomisarios y que se hagan legados en fideicomiso.** Para dar mayor fuerza a esta prohibición se ha declarado que es nulo el legado hecho en fideicomiso; y que los que mueren habiendo instituido heredero fideicomisario, se reputan muertos sin testamento; quedando por consiguiente la herencia para los herederos legales²³. Cuando las leyes prohibían que los hijos ilegítimos pudieran ser herederos de sus padres, la abolición de los fideicomisos había perjudicado a estos hijos, que podían heredar por este medio. Más como nuestras leyes no prohíben que un padre que no tiene herederos forzosos deje sus bienes a sus hijos ilegítimos ningún mal resulta de esta abolición, y por el contrario se evita los abusos que se habían tolerado por los fideicomisos.

Más adelante, en relación con la *cuarta* Trebeliánica, hace el mismo comentario:”... de la legislación romana pasó este derecho a la española y se ejerció entre nosotros, mientras estábamos sujetos a las leyes civiles de España (ley 8 Título 11, Part.6). Pero en el

²² crf. Diccionario de Legislación peruana, Voz: Fideicomiso, Cuarta Trebeliánica , Amortización, Sustitución de Heredero.

²³ Código Civil peruano, 1852, **art. 703 &2**: “Se prohíbe a los testadores: 2) Instituir herederos fideicomisarios ; (C. 773). Este inciso será suprimido porque la Comisión tenía aceptada la sustitución fideicomisaria de primer grado en la forma que se indica en las siguientes disposiciones que se colocarán a continuación del artículo anotado: **“128.-** La disposición por la cual un tercero ó, a su muerte, todos sus hijos legítimos nacidos o por nacer son llamados a recoger todo o parte de lo que queda de la sucesión o de los legados, no es una sustitución fideicomisaria prohibida por la ley” y **“129.-** Se entiende que el fideicomiso y los legados a que se refiere el artículo anterior serán siempre sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos”. **Art. 705:** “Los que mueren habiendo dado poder para testar, o instituido heredero fideicomisario, se reputan muertos sin testamento y les sucederán los herederos legales” Este artículo será modificado suprimiendo la parte de: “ó instituido heredero fideicomisario”. **Art.773:**”Es nulo el legado hecho en fideicomiso”



Código Civil peruano no se reconoce el derecho a la “*quarta*”, pues ha cesado con la abolición de los fideicomisos”²⁴

A diferencia de Chile, Argentina o Brasil, en el Perú la labor codificadora fue obra colectiva.²⁵ El Código fue promulgado el 28 de julio de 1852 bajo el gobierno de José Rufino Echenique. Se encuentran semejanzas con el Código Napoleónico²⁶; sigue y perfecciona al Código Civil austríaco de 1811. La distribución de la materia se dividió en tres libros: 1) De las personas y sus derechos 2) De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas 3) De las obligaciones y contratos. No es exactamente el plan del Código francés, en realidad es el que sigue las “*Institutas*” refundiendo los libros tercero y cuarto de éstas.

Después del Título Preliminar la influencia francesa decae y el libro de las Personas tiene una marcada influencia romana, canónica y castellana. En el libro segundo (de las cosas), hay coincidencia en cuanto no se puede obligar a nadie a ceder su propiedad, sino por utilidad pública legalmente declarada y previa indemnización de su justo valor²⁷. Por el contrario, hay diferencia en cuanto a la transferencia del dominio: para el legislador francés será suficiente el simple consentimiento, por nuestra parte, será necesaria la *traditio* de la cosa. Era impensable además, que el Código francés, renuente a toda forma de propiedad vinculada, regulase las capellanías y el patronato como lo hacía el código peruano (arts. 1189 a 1218)²⁸

Como ya hemos señalado, el Código abolió las instituciones materia de nuestro estudio, los fideicomisos, y también los testamentos por comisario y los testamentos en común.²⁹

El Código de 1936, cuyo Proyecto fue elaborado por la Comisión Reformadora³⁰ y modificado por la Comisión Revisora³¹, fue promulgado el 30 de agosto de 1936 y comenzó a regir el 14 de noviembre de ese año, que tomado en su conjunto y en muchas de sus disposiciones representó un considerable adelanto con respecto al Código anterior. En el Libro III se recogen las disposiciones relativas al derecho de Sucesiones y es ahí donde

²⁴ *ibid.* Art.703 & 2 Código Civil Peruano, 1852

²⁵ Vid. Ramos Núñez, Carlos, *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*. PUC, Lima, 1997

²⁶ Para J.A.Barrenechea, jurista peruano del ochocientos:”Su fondo fue la antigua legislación española y su forma la del Código de Napoleón” Su vida y su obra, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1929

²⁷ El art. 462 Código Civil peruano, reproduce el art. 545 del Código Civil francés

²⁸ *cfr.* Sección VI: De las Capellanías y del Patronato. Título I: De las Capellanías. Título II: Del Patronato.

²⁹ Vid. Ramos Núñez, Carlos, *op.cit.*

³⁰ Resolución Suprema de 22.VIII.1922

³¹ Designada por Ley n. 8305 y Resolución Suprema de 18.VI. 1936

centraremos nuestra atención. Las fuentes de consulta para el Derecho Sucesorio fueron el anterior Código, los de Chile, Argentina, España y los más modernos de Alemania, Suiza, Brasil, Italia y México, entre otros. Tenemos que decir, que no obstante la amplitud de las fuentes, la reforma en materia de sucesiones presenta un marcado sentido conservador³². En las Actas de la Comisión Reformadora³³ puede observarse la opinión del ponente del Libro III Dr. Juan José Calle: “Fuera del testamento ológrafo, la supresión del verbal y las innovaciones indispensables en la sucesión legítima, he tratado de rendir en este Plan el debido homenaje a nuestras tradiciones jurídicas, conservando no solo el tecnicismo consagrado por el Código vigente sino hasta el orden de las materias cuando la modificación no ha estado impuesta por la lógica de las ideas y el método de su expresión”. Podemos decir que hubiera sido más acertado atender a la experiencia de los defectos de la legislación nacional y al ejemplo de los más avanzados códigos que se revisaron. En cuanto a la Institución de heredero voluntario y la sustitución, en el art. 686 se hace referencia al posible heredero voluntario: la institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta y sólo puede hacerse en testamento y en el art. 706 a la sustitución: se permite nombrar heredero o legatario sustituto para el caso de que el instituido muera antes del testador o que no acepte o renuncie la herencia o legado. Vemos limitada la sustitución a la llamada vulgar; no se admite la pupilar y cuasi-pupilar, que sí fueron legisladas en el anterior Código.

La cuarta forma, la sustitución fideicomisaria, consistente en dejar la herencia a persona llamada fiduciario, que debe conservarla para transmitirla a su vez a un tercero, no fue admitida, como vimos en el Código de 1852, y tampoco por el de 1936. La Comisión Reformadora llegó a formular las Normas del caso aceptando dicha institución en el Segundo Anteproyecto, legislándola minuciosamente en diecisiete artículos; pero en el Proyecto no figura ya disposición alguna sobre el particular. Esta forma de sustitución fue admitida en los Códigos Civiles de Chile y Brasil³⁴. En este último país, se consideró que si bien la vinculación de la propiedad inherente al fideicomiso tiene inconvenientes en cuanto al libre comercio de la misma, hay un interés en establecer la inmovilidad de alguna propiedad determinada o de una herencia durante la vida del heredero, para protegerle, que se convierte de esta manera en un usufructuario que no puede disponer de la nuda propiedad.³⁵

³² Vid. Lanatta, Romulo E., El Derecho de Sucesiones en el Código Civil, 1936, Tesis del Doctorado en Derecho, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UNMSM pág. 315.

³³ Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil, Lima, 1928. Fascículo III, pág. 15

³⁴ C.C.chileno, arts. 733 al 753 y 1153 al 1739; C.C.Brasileño, arts. 1733 al 1739.

³⁵ Vid. Lanatta, Rómulo E., op.cit. pág. 342. Si bien, otros juristas no concuerdan en este punto acerca de la figura del usufructo. El Dr. Echecopar García distingue entre la sustitución fideicomisaria y el usufructo.



Otros estudios doctrinarios profundizan en la figura no recogida por la Codificación del 36. Entre ellos, el Dr. Luis Echeopar García señala que no debe confundirse la sustitución fideicomisaria con el fideicomiso tácito o albaceazgo de confianza, en que el testador deja sus bienes a una persona con el encargo privado de que inmediatamente o después de algún tiempo los entregue a otro que no menciona en su testamento; o en que el testador deja sus bienes a una persona, para que los distribuya de acuerdo a sus instrucciones privadas. En la sustitución fideicomisaria es el testador quien crea la institución, indicando con claridad la forma y casos de transmisión de los bienes. El heredero sustituto deberá ser persona cierta y determinada. Se le podrá identificar o designar en el momento oportuno, aunque no esté vivo al morir el testador. Por el contrario en el albaceazgo de confianza todo queda a la conciencia del intermediario.³⁶ La sustitución la diferencia del usufructo en que, desde la muerte del testador, en el usufructo, ambos beneficiarios adquieren un derecho, mientras que en el fideicomiso hereda primero el fiduciario, en tanto que el fideicomisario debe esperar que se cumpla el plazo para adquirir la herencia. En el usufructo cada interesado recibe sólo parte del dominio (nuda propiedad o usufructo) que sólo se consolida al morir el usufructuario, o al término de su plazo. En el fideicomiso ambos reciben el total de los bienes en su respectivo turno. El usufructo concluye con la muerte del usufructuario mientras que en la sustitución fideicomisaria puede haber varias transmisiones sucesivas, de una generación a otra.³⁷

Como ya mencionamos anteriormente los codificadores estuvieron inclinados a adoptar esta clase de sustitución. En uno de los debates, el Dr. Olaechea³⁸ señaló lo siguiente:” al admitir la incorporación legal de la forma de la sustitución fideicomisaria, cuya esencia jurídica 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 social 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 de 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.”

³⁶ Vid. Echeopar García, Luis, Tratado Derecho de Sucesiones, Código de 1936. Pag. 147 y ss.

³⁷ Cfr. Valverde, Emilio F., “El derecho de sucesión en el C.Civil peruano”. Lima , 1951, UNMSM, se pronuncia en el mismo sentido :”no se confunde el usufructo del cónyuge en la sucesión legal,art.766 y el usufructo testamentario, art. 497, como a mediados de la pasada centuria lo hacía anotar Goyena, con la sustitución fideicomisaria, porque la nuda propiedad es atribuída al heredero, quien recibe el dominio aunque desmembrado del patrimonio sucesorio desde la muerte del testador y el usufructuario recibe al mismo tiempo sólo el usufructo. No hay entonces sustitución sino coexistencia de herederos del puro dominio y usufructuario y de modo que con la cesación del derecho de goce de éste se consolida la propiedad en el primero.

³⁸ Actas de la Comisión Reformadora, Tercer fascículo, pág. 236

Insistimos en indicar el rechazo final de esta forma de sustitución al considerar que iba a ser otra manera de vinculación de los bienes. Es decir, que se violaría el precepto que declaraba que no se puede establecer la prohibición de enajenar (art. 852). En definitiva, el legislador consideró que constituía un privilegio en la transmisión sucesoria, que como tal no debía ser permitido.

Un sector de la doctrina critica esta postura legal³⁹ al considerar que esta posición descubre una ostensible contradicción al limitar así la sustitución a la llamada vulgar y que a falta de ésta funcione la sucesión hereditaria conforme a las disposiciones preestablecidas del estatuto de la sucesión intestada, afirmando el imperio de la voluntad colectiva de que es intérprete el legislador sobre el arbitrio personal del causante cuyo medio de expresión es el testamento y dentro de cuya facción tiene lugar la sustitución fideicomisaria.

Como una posible aplicación del fideicomiso, se plantea la posibilidad de incorporar a nuestro ordenamiento civil la figura del *trust* o fideicomiso anglosajón⁴⁰, cuya utilidad y adaptabilidad se han visto en los países donde está implantado. Si bien la experiencia ya está hecha entre nosotros, desde 1931. En efecto, como en otros países, por ejemplo, Chile, Colombia, y Ecuador, por nuestra primera Ley de Bancos n. 7159, de 1931, se crearon de acuerdo con el plan Kemmerer, **comisiones de confianza** que tenían por objeto la administración de patrimonios, que es el fin de la institución anglosajona del *trust*. La novedad de este planteamiento estriba en que diversos cargos, de diversa naturaleza, que antes de esta ley de Bancos eran confiados a particulares, pasarán a las entidades de crédito con beneficio indiscutible para el interés privado, porque se instituye la sólida garantía representada por el capital pagado del Banco y su fondo de reserva, muy superior a la fortuna de un particular, además del depósito previo exigido, organizándose así un sistema de seguridades semejante al de las “*Trust Companies*” norteamericanas. A lo que debe agregarse como otras mayores garantías del trust bancario comparado con el encomendado a un particular, el que sus actividades estén sometidas a la inspección de la Superintendencia de Bancos y la determinación de las formas seguras en que debía invertirse el dinero sobre que versaban las comisiones de confianza, o provenían de ellas, si no aparecían señaladas en los actos constitutivos.⁴¹

³⁹ cfr. Op.cit Valverde, Emilio F., pág. 448.

⁴⁰ Cfr. *ibid*, pág. 452

⁴¹ El Decreto Legislativo 637 de 1991, Ley de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros, derogó al D.L. 7159. La transcendencia de esta norma fue mínima, dados los muchos errores en que incurrió y trató de corregirse mediante la publicación de 75 rectificaciones (“fe de erratas”) en tres ediciones del Diario Oficial *El Peruano*. El 30.X.1993 se publicó el D.L. 769 que contenía el nuevo texto para la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, que sustituía al que fuera aprobado por el D.L.637. Dos días más tarde se rectificaba la numeración del decreto legislativo en cuestión: le correspondía el n. 770. Por primera vez en la legislación peruana aparece



En el Perú hasta la dación del D.L n. 770, el contrato de fideicomiso se desarrollaba al amparo del art. 1354 del Código Civil de 1984, el cual consagra el principio de libertad contractual. El 9 de diciembre de 1996 se promulgó la actual Ley General de Instituciones Bancarias y Financieras y de Seguros, n. 26702, derogando el D.L, n.770⁴²

El actual Código civil de 1984, solamente regula la sustitución directa o vulgar en la institución de herederos o legatarios. Ni la fideicomisaria, ni la pupilar y ejemplar han sido contempladas por el nuevo Código. Aunque es cierto que no han sido expresamente prohibidas. Los juristas Lanatta y Castañeda indican que el Código no las admite.

Para finalizar esta exposición señalaré la cuestión que se plantea un sector de la doctrina⁴³, el dilucidar si el fideicomiso sucesorio regulado en la mencionada Ley 26702 (art. 241-281) supone o no, en realidad, una modalidad de sustitución. La respuesta es negativa. Tal como está regulado en la Ley, el fideicomiso cumple una función de administración patrimonial, si bien que para ello le sean transmitidos en propiedad al ente fiduciario los bienes fideicomitidos. Pero el derecho de la empresa fiduciaria no es, en ningún caso, el derecho propio de un heredero y, por lo tanto, aunque titular del patrimonio, no puede tomar para sí y en provecho propio, los frutos y rentas que produzca. El derecho de la empresa fiduciaria se limita a cobrar una retribución por sus servicios, pero los beneficios pertenecen al fideicomisario⁴⁴. Si bien el fideicomiso es regulado por acto testamentario⁴⁵ lo hace en cuanto dicho acto tiene virtualidad transmisiva de bienes, pero no podremos concluir, sin más, que el ente fiduciario es beneficiario de una liberalidad *mortis causa*, como resulta esencial en la sustitución fideicomisaria. El fiduciario viene a ser un titular transitorio de un patrimonio que se asigna a un fin específico, pero de esta transitoriedad no se deriva para él título sucesorio como heredero o legatario.

Podríamos concluir que el fideicomiso regulado al amparo de la Ley 26702 es un contrato mercantil, mediante el cual se realiza un negocio jurídico en virtud del cual el fideicomitente transfiere uno o más bienes y/o derechos a otra persona, bien *mortis causa* o *inter vivos* con el encargo específico para aquella, de administrarlos diligentemente o enajenarlos de acuerdo al contenido específico del convenio a favor de un beneficiario que en la eventualidad del caso podría ser el mismo enajenante.

legislado integralmente el fideicomiso, y fue legislado como una especie de las Comisiones de Confianza.

⁴² Cfr. Anexo I, donde se insertan los arts. 241 a 281, donde podemos observar desde el concepto de fideicomiso, las empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios, formalidad, publicidad, término del fideicomiso.

⁴³ Vid. Lohmann Luca de Tena, Guillermo, Derecho de Sucesiones. Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, pág. 117

⁴⁴ cfr. Arts. 261 y 263

⁴⁵ cfr. Art. 246 y 247