



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA DELIMITACIÓN DEL PLAZO Y LA CONDICIÓN TESTAMENTARIA EN EL ÁMBITO REGISTRAL: ¿ES POSIBLE OTORGAR UN TESTAMENTO BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA?

Rosario de la Fuente-Hontañón

Lima, mayo del 2008

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho, Área de Fundamentos

De la Fuente, R. (2008). La delimitación del plazo y la condición testamentaria en el ámbito registral: ¿Es posible otorgar un testamento bajo condición resolutoria? *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*, tomo 174, 55-60.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

LA DELIMITACIÓN DEL PLAZO Y LA CONDICIÓN TESTAMENTARIA EN EL ÁMBITO REGISTRAL: ¿ES POSIBLE OTORGAR UN TESTAMENTO BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA?

Sumario: I. Introducción-II.-El heredero voluntario: posibilidad de insertar condiciones o plazos en el testamento.-III.-Apreciación de la huella fideicomisaria en testamentos al amparo del Código civil vigente.- IV.- Recapitulación y resultados.

I. Introducción.

El propósito de este trabajo¹ es ofrecer un breve panorama, el que permiten estas líneas, de la figura de la herencia fideicomisaria² que, si bien no está regulada en el vigente Código civil peruano, ¿significa esto que tampoco se encuentra en el derecho efectivamente vivido y practicado?.

El nacimiento de la genial figura del fideicomiso universal o *fideicomiso* de herencia se apoya en la *fides*, idea central del pensamiento jurídico y político de Roma, que se presenta como base y sustento de una institución que aparece hacia el siglo II a.C., y perdura aún hoy en las legislaciones del siglo XXI. En la herencia fideicomisaria el testador encarga al heredero fiduciario que entregue al fideicomisario la herencia entera o una cuota parte de la misma. Como es bien sabido, la herencia es una creación del *ius civile* y el heredero fiduciario no puede transmitir al fideicomisario su condición de heredero al prohibírserlo la regla civilística *semel heres semper heres*³.

¹ Rosario de la Fuente-Hontañón. Doctora en Derecho por la Universidad de Cantabria. Santander. España. Profesora de Derecho romano y Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Representante de la Cátedra Garrigues de Derecho Global de la Universidad de Navarra. España.

² El tema de la herencia fideicomisaria no es nuevo para mí, cfr. R. DE LA FUENTE HONTAÑÓN, “La evolución del fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias en el Derecho civil peruano, en *Revista de Derecho* de la Universidad de Piura, 1 (2000) ;ID, “Una *relectio* del jurista peruano Baquijano y Carrillo sobre legados y fideicomisos (D.32.39), en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 16 (2004); ID, en *Revista de Derecho* de la Universidad de Piura, 6 (2005).

³ Cfr. GAYO, D. 28.5.89 [88] y PAPINIANO, D. 36.1.57 [55].2: una vez adida la herencia, la voluntad del difunto queda ratificada por completo; cfr. R. DOMINGO (Dir), *Principios de Derecho Global*², Pamplona 2006.



En el Derecho clásico romano, el carácter personal de la herencia hace que la cualidad de heredero, una vez adquirida, no pueda perderse. Si bien la regla en su tenor literal no es romana, la finalidad específica que perseguía era la de evitar aquellas sustituciones por virtud de las cuales se designaba un heredero para suceder al primer instituido, después de que éste hubiera sido heredero, durante un período de tiempo. La regla no fue nunca abandonada y los juristas romanos encontraron un cauce para alcanzar dicha finalidad, a través del fideicomiso de herencia, que con posteridad, en la etapa moderna los autores denominarán como sustitución fideicomisaria.

Como una especie particular del fideicomiso de herencia, la figura del fideicomiso de residuo considerado como aquella disposición *mortis causa* en virtud de la cual se atribuye la herencia al heredero con el encargo de restituir a otra persona lo que quede de ella después de un tiempo determinado, normalmente, pero no necesariamente, *post mortem heredis*⁴. A diferencia de la herencia fideicomisaria, en la que el fiduciario está obligado a administrar y conservar la herencia para después restituirla al fideicomisario, los deberes del fiduciario de residuo son de otra naturaleza y sus facultades tienen una amplitud distinta desde el momento en que lo que pide el disponente es que restituya sólo aquello que no haya consumido o de lo que no haya dispuesto.

El Derecho privado aplicado en el territorio del Perú actual, desde la época colonial y también después de la Independencia, entronca claramente con la tradición jurídica del *ius commune* europeo⁵, uno de cuyos componentes esenciales es el cultivo científico y la aplicación pragmática del Derecho romano justinianeo. En la literatura del *ius commune* se acepta claramente que en el Derecho justinianeo⁶ el fideicomiso universal está configurado de tal modo que el beneficiario prácticamente es un heredero, posterior al heredero fiduciario. En cuanto al Derecho castellano⁷, no existe ninguna duda en cuanto al reconocimiento de la figura de la sustitución fideicomisaria.

⁴ Cfr. F. CUENA BOY, *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los Códigos civiles*, Santander 2004, pp. 25 y ss.

⁵ El interés por la época del *ius commune* puede verse, entre otros, en: H. COING, *Derecho privado europeo I y II*, Madrid, 1996; G. WESENBERG - G. WESENER, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y Europa*, Valladolid, 1998.

⁶ Instituta, 2.23.3

⁷ Partidas, 6.5.1 y 6.11.8.

Los esfuerzos para una Codificación peruana comienzan poco después de su independencia (1821). En un primer intento, Manuel Lorenzo de Vidaurre elabora un Proyecto del Código civil Peruano (1836) y en materia sucesoria el propósito del legislador, por la clara influencia del *Code* francés, es el de no dar cabida a los fideicomisos por considerarlos inútiles; admite la sustitución vulgar y pupilar, y excluye la sustitución fideicomisaria. Posteriormente, en el mismo año de 1836 se promulgaron los dos Códigos de Santa Cruz que sólo estuvieron vigentes durante tres años, hasta 1839.

En la etapa de la Codificación, como ha señalado Basadre⁸, el Código civil de 1852 representó una coexistencia de ideas francesas, españolas y romanas. Puede decirse que es un Código innovador a la par que tradicionalista, por lo que debe descartarse que sea una copia del *Code* francés. El legislador -inspirado en un absoluto liberalismo- aunque conocía la institución del fideicomiso testamentario y la sustitución fideicomisaria, se vio influenciado por las ideas liberales francesas e introdujo en su articulado una prohibición expresa del nombramiento de herederos y sustitutos fideicomisarios, en todo caso siempre en referencia a las personas naturales. En el art. 703, 2) se lee : “Se prohíbe a los testadores instituir herederos fideicomisarios”⁹.

A diferencia de lo dispuesto en nuestro Código civil, Bello introduce en el Código civil chileno de 1855 tanto la figura del fideicomiso como la de la sustitución fideicomisaria. Así pues, en el art. 1156 se especifica que “la 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”. El concepto de propiedad fiduciaria 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”. Según el Código civil chileno, la propiedad fiduciaria¹⁰ puede establecerse en instrumento

⁸ Cfr. J. BASADRE GHROMANN, *Historia del Derecho peruano*⁴, Lima 1988, p. 364

⁹ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, Pamplona 2006, 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.

¹⁰ El término propiedad fiduciaria o dominio fiduciario no es recogido en el Código civil peruano, y sin embargo se introduce en la legislación bancaria. Como bien sabemos, la regulación de la propiedad fiduciaria es una novedad del Código civil chileno, desconocida en el *Code*, y que ha sido reconocida en otros Códigos, como p.ej. el argentino (art. 2662). En la reciente ley de Garantías Mobiliarias (Ley 28677, 26.V.2006) y en el Reglamento de inscripciones del Registro



público, no sólo por acto testamentario sino también por acto *inter vivos*. Además, Bello dispone una serie de medidas para impedir la perpetuación de los fideicomisos y la vinculación de las propiedades, con lo que logra convertir la sustitución fideicomisaria “en una figura inocua para el libre tráfico de bienes (...) y además, “supo conservar equilibradamente una institución que puede prestar sus servicios”¹¹.

De igual manera, el Código civil de 1936 mantuvo tácitamente la exclusión de ambas figuras, si bien fueron objeto de estudio por los juristas en el seno de la Comisión Reformadora, dando razones para admitirla en el nuevo Código¹². Parecía acertada la propuesta de aceptar la sustitución fideicomisaria, limitada a un grado, a la manera legislativa suiza, e imitada en América por el Código de Brasil. Sin embargo, el término “fideicomisario” aparece solamente en el art. 1014, en cuanto debe estar presente en la constitución de las hipotecas, un “banco fideicomisario”.

En el actual Código civil de 1984, aunque se mantiene el silencio legislativo, el legislador vuelve a concretar, en el art. 1108, que la escritura de constitución de hipoteca para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador debe consignar, entre otras cosas, “la designación de un fideicomisario”, pero insistimos, no legisla las figuras del fideicomiso ni de la sustitución fideicomisaria, solamente se recoge la figura de la sustitución vulgar.

Ante este persistente silencio o ausencia en el Código civil, analizaremos cómo la Jurisprudencia ha optado por admitir implícitamente la viabilidad de ambas figuras, la del fideicomiso y la de la sustitución fideicomisaria, únicamente para el caso de los herederos voluntarios y de los legatarios, al poder insertar en los testamentos condiciones, plazos y cargos que no sean contrarios a la ley o las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona¹³. No ocurre igual con la doctrina, que percibe en las

Mobiliario de contratos, se recogen tanto el concepto de fideicomiso como el de dominio fiduciario (art.12, art. 23 b), art. 34).

¹¹ Cfr. GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación...*, o.c., p. 473.

¹² Cfr. *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código civil peruano*, III, Lima 1928, p. 236; la Comisión Reformadora estuvo formada por notables juristas, entre los que destacamos: Manuel Augusto Olaechea, Pedro Oliveira, Juan José Calle y Alfredo Solf y Muro.

¹³ Cfr. lo señalado en el art. 738 Código civil de 1984; vid., *infra* II y III.

figuras una complicación del sistema sucesorio, con el inconveniente de la vinculación de los bienes¹⁴.

Podemos decir que, tanto en la época anterior a la Codificación como en la época de vigencia del Código de 1852, la norma general era la de morir testado, y por lo tanto, se dio mucha importancia a la voluntad testamentaria. Por el contrario, en la época del Código civil de 1936 y, de manera más significativa, bajo el Código civil de 1984, decae el interés por morir testado, ya que son muy pocos en proporción los peruanos que actualmente mueren habiendo otorgado testamento; por ello, deberá iniciarse la declaratoria de herederos, con la consiguiente carga procesal para el Poder judicial y la dificultad, en muchos casos, de llegar a un acuerdo entre los herederos forzosos.

Hoy en día, testar ya no tiene como finalidad dejar un *heres*, sino decidir el destino de los bienes del causante, y aún esto de manera limitada, dada la escasa porción que queda para la libre disposición del testador en el caso de que hubiera herederos forzosos. En definitiva, lo frecuente en nuestros tiempos es la sucesión *ab intestato*, porque no se entiende que una persona haga testamento cuando apenas tiene un patrimonio que distribuir.

II.-El heredero voluntario: posibilidad de insertar condiciones o plazos en el testamento.

¹⁴ Cfr. L. ECHECOPAR GARCÍA, *Derecho de sucesiones*, Lima 1999, p. 158, se trata de la actualización de la obra del jurista, realizada por el Estudio Luis Eche copar García. Lo planteado en esta nueva edición no concuerda con la realidad, al hacer una afirmación que no es acertada: “Si bien el Código de 1852 admitió la sustitución fideicomisaria (¿?) y hubo una fuerte corriente al interior de la Comisión reformadora del Código de 1852 para mantenerlo, ésta no fue recogida por el Código civil de 1936, ni, naturalmente, por el de 1984”; en este mismo sentido, cfr. A. FERRERO, *Tratado de Derecho de Sucesiones*⁶, Lima 2002, p. 491, donde subraya la idea de que “se trata de una institución en desuso, razón por la cual el legislador la ha reducido a su mínima expresión, evitando que un particular disponga de sus bienes en forma indefinida a través de las generaciones futuras”; cfr. M. ARIAS SCHREIBER, *Luces y sombras del Código civil*, I, Lima 1991, p. 183, en su comentario al art. 740, en relación a la sustitución vulgar, concluye diciendo 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”.



Recordemos que el testamento es una clara invención del genio jurídico romano que consiste en un acto por el que una persona con capacidad para ello hace constar su voluntad sobre su patrimonio, para después de su muerte. Por este acto la persona se da a si misma una *lex privata*, pero una ley que entra en vigor a su muerte, pudiendo revocarla hasta ese momento por otro nuevo testamento.

La definición de testamento se encuentra en nuestro Código civil¹⁵ y lo regula como aquel acto por el cual una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala. Se trata, por lo tanto, de un negocio jurídico individual, por el que además de las disposiciones de contenido patrimonial, también son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas, tales como el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, o la designación de un tutor.

El testador puede enlazar la eficacia de su última voluntad a los llamados elementos accidentales del negocio jurídico, que son la condición, el plazo o término y la carga o modo. Sin embargo, el testador -de acuerdo al artículo 733 del Código civil- no puede privar de la legítima a los herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad ni sustitución alguna¹⁶. Sin embargo, el legislador permite al testador¹⁷ -en la herencia voluntaria- que las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se apliquen a las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, y se tengan por no puestos las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley. Por ello, a los herederos voluntarios se les podrá imponer gravámenes, modalidades o sustituciones.

¹⁵ Art. 686 del Código civil.

¹⁶ Cfr. p.ej. el art. 244, 2) de la Ley 26702 General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros que contempla la posibilidad de gravar la legítima, de manera que el fideicomitente puede constituir en fideicomiso los bienes que toquen a la legítima de algunos de los herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad; esta posibilidad también ha sido contemplada en la legislación española con la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial a las personas con discapacidad, que ha modificado el art. 782 del Código civil: “Las sustituciones fideicomisarias nunca podrás gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente incapacitado en los términos del art. 808”. Este artículo permite gravar la legítima estricta “cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos”.

¹⁷ Art. 689 del Código civil.

a) La condición. El concepto de condición es unitario para todas las manifestaciones del negocio jurídico¹⁸. Por tanto, la adquisición de los derechos atribuidos por el testador bajo condición suspensiva, así como la resolución de los atribuidos bajo condición resolutoria dependerán del acontecimiento que constituya la condición. Llamamos condición al hecho futuro e incierto de cuya realización se hace depender que una declaración testamentaria produzca sus efectos. La condición se dice pendiente en tanto puede cumplirse o no cumplirse; cumplida, cuando se ha realizado el hecho previsto y frustrada cuando ya no puede realizarse. Las más frecuentes son las condiciones suspensivas, cuando la condición se cumple, y las resolutorias, para el caso de que cuando se cumplan se resuelva, y la institución de heredero deviene ineficaz.

En la condición resolutoria el heredero adquiere la herencia de manera inmediata, pero ello no impide la existencia de un futuro titular que estará a la expectativa de la resolución del derecho del heredero. Así por ejemplo, en el Código civil chileno, el heredero fiduciario es propietario bajo condición resolutoria. Sus facultades se extienden a la enajenación entre vivos y la transmisión *mortis causa* de la propiedad fiduciaria en cuanto tal, aunque manteniéndola indivisa y sin perjuicio del gravamen de restitución¹⁹.

La Jurisprudencia peruana se ha ocupado de la materia de la herencia fideicomisaria en relación a la interpretación del testamento, bajo la vigencia de los Códigos civiles de 1852 y de 1936. También veremos cómo la Jurisprudencia Registral entiende la interpretación testamentaria, sobre la base del Código actual²⁰.

Entre las cláusulas testamentarias más significativas, donde se han insertado condiciones resolutorias, se pueden enunciar las siguientes:

- En el caso de D. Enrique Cenarro y Jiménez que otorga testamento, el problema²¹ se plantea con la interpretación de la cláusula novena que dice expresamente: “Si el menor mi heredero *fallece sin descendencia (si sine liberis decesserit)* con derecho de heredarle, mis bienes pasarán a ser propiedad por iguales partes, de mis hermanos, Nicolás, Casimira,

¹⁸ Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, IV, Barcelona 1991, pp. 402 y ss.

¹⁹ Art. 751, 1 del Código civil chileno.

²⁰ Cfr. *infra* III : Apreciación de la huella fideicomisaria en testamentos al amparo del Código civil vigente.

²¹ Cfr. *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia*, Tomo VII, Lima 1912, pp. 398 a 408.



Clara, María Cruz, Eugenia y Laureano Cenarro y de los hijos de mi hermana Valentina. Si alguno de mis hermanos falleciese, su parte pasará a sus hijos. En caso de fallecimiento del menor, se dará una renta mensual de S/ 100.- a doña María Antonia González, durante sus días”.

En efecto, los hermanos y los sobrinos del causante fueron nombrados herederos sólo para el caso de que el instituido heredero en primer lugar falleciera sin descendencia con derecho a heredarle, con la expresa referencia de que no entrarían en la sucesión hasta llegado ese momento. Es decir, debe considerarse tal sucesión como sometida a sustitución fideicomisaria: el testador en su previsión quiere asegurarse de que sus bienes sean en primer lugar para el hijo no reconocido, Enrique Cenarro, y sus descendientes; pero en el supuesto de que se cumpla la condición, su deseo es que la herencia pase a sus otros parientes como sustitutos. Incluso el testador se adelanta a lo dispuesto por la ley cuando establece el derecho de representación que concreta en la cláusula 9ª, “si alguno de mis hermanos o hermanas falleciere, su parte pasará a sus hijos”.

- En el caso de D. Juan Alvarado Sánchez Carrión, que otorgó testamento²², y al no tener herederos forzosos designó herederos voluntarios a sus siete sobrinos, hijos de una hermana; estableció que si alguno de ellos falleciese sin hijos²³, los bienes de la herencia pasarían a los restantes herederos. Les impuso además la prohibición de la venta de la herencia en cualquier forma, así como la prohibición de que la herencia fuese administrada “por parte de los maridos” de las cuatro sobrinas.

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

1. cláusula 15ª: “Declaro que no teniendo herederos forzosos, instituyo por mis universales i únicos herederos a mis sobrinos carnales Eulogio, Humberto, Sofía, Ofelia,

²² El testamento es del año 1922 y los juicios se inician en el año 1944; de acuerdo con el art. 1830 del Código civil de 1936, los derechos a la herencia del que hubiere fallecido antes de hallarse en vigor el nuevo Código civil, deben regirse por las leyes anteriores a ese Código, por lo que se aplica para este caso lo dispuesto en el Código civil de 1852.

²³ Cfr. J. LEÓN BARANDIARÁN, *La sucesión hereditaria en la Jurisprudencia Suprema*, Lima 1980, pp. 245-247, que recoge este caso y además presenta otras interesantes sentencias, desde 1936 a 1971, relativas a temas de Derecho sucesorio. Si bien menciona que “no aparece nada atinente al título tercero de la sección segunda, ‘de las substituciones’, por no haberse encontrado ningún asunto resuelto en esta materia”, entendemos que la sentencia comentada sí cabe encuadrarla dentro de la figura de la sustitución fideicomisaria, por la imposición de la condición *si sine liberis decesserit*. Para Barandiarán, el interés que muestra la sentencia es en relación a la figura de la legítima, en aplicación de los art. 713 y 714 del Código de 1852, que en el fondo es lo mismo que se recoge en el art. 705 del Código de 1936: “Sobre las legítimas no podrá el testador imponer gravamen, modalidad, ni sustitución de ninguna especie”; el autor no examina la sentencia desde el punto de vista de la figura de la sustitución fideicomisaria.

Claudelina, Carlos i Esther Córdoba, hijos legítimos de mi hermana Margarita Carrión, a la que le darán la octava parte de los productos netos de la hacienda en el mes de julio de cada año”;

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

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

Nuevamente se trae a colación la cláusula de fallecimiento sin hijos, *si sine liberis decesserit*. En concreto se establece una sustitución fideicomisaria para el caso de que los sobrinos mueran sin hijos, en cuyo caso los bienes pasarían al resto de hermanos. Hay una expresa prohibición de disponer que afecta a los herederos fiduciarios y comprende la de enajenar a título oneroso o gratuito los bienes de la herencia. Ahora bien, en tanto en cuanto se determina el destino de los bienes para el caso de cumplirse la condición, estamos ante una auténtica sustitución fideicomisaria condicional como vimos en el supuesto anterior.

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

- 1) el presentado por uno de los siete sobrinos (Humberto) para que se declare la caducidad de la herencia respecto de una de las herederas (Ofelia) al haber fallecido sin hijos²⁴;
- 2) y el del heredero testamentario (Helí) de una de las herederas (Ofelia), dirigido contra los demás, sobre nulidad de la cláusula dieciséis del testamento.

En el dictámen del fiscal Palacios se presentan los argumentos expuestos en esta segunda demanda relativos a la cláusula 16ª, en cuanto a la prohibición de que los maridos puedan ser administradores de la herencia. Según la demanda, esa cláusula contiene una “condición imposible de cumplir y contraria a la ley, por lo que no debe subsistir, conforme al art. 719 del acotado²⁵, y que además, está incurso en la prohibición que

²⁴ No hemos tenido acceso al citado expediente.

²⁵ Art. 719 del Código civil de 1852: “Las condiciones imposibles de cumplirse, y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, se tienen por no puestas”.



determina el art. 703, inciso 2)²⁶ del mismo Código”. El fiscal Palacios considera errados estos argumentos, ya que las condiciones impuestas en el testamento, “no pueden calificarse de imposibles de cumplir, ni contrarias a las leyes, ni a las buenas costumbres”, puesto que el testador tiene facultad para imponer la condición, conforme al art. 714²⁷, al tratarse de herederos voluntarios y no forzosos.

El fiscal tampoco ve en la condición *si sine liberis* impuesta ilicitud o inmoralidad, “ni que constituyan herencia en fideicomiso”, sino que más bien se trata de una disposición condicional del causante, respetada por la sobrina hasta que, pasados muchos años, hiciera su testamento nombrando heredero a su esposo (el ahora demandante), en lo referente a la libre disposición, “no de aquello en que sólo tenía el usufructo”²⁸. Por el testamento de la sobrina se conoce que no tuvieron descendencia, por lo que al morir en 1942, se cumplió la condición establecida en el testamento de Juan Alvarado, caducando la herencia de la fallecida y pasando ésta a los otros seis hermanos, como herederos fideicomisarios.

b) El plazo. Como es sabido, el término²⁹ (*dies*) es aquel hecho futuro, pero objetivamente cierto de cuya llegada depende que produzca efectos el acto en que se inserta. La certeza del término se refiere a la necesidad del cumplimiento, pero no siempre a una “fecha”; los términos con una determinada medida de tiempo se llaman plazos. El *dies incertus* es aquel término cuyo advenimiento no es seguro, como p.ej., el día del matrimonio, o el día de la llegada de la pubertad³⁰. Si el término es inicial, fija el día en que ha de comenzar sus efectos, y el instituido tendrá derecho a la sucesión desde que el término llega. Si el término es final, el día es el que cesan los efectos de la institución, y el instituido heredero tiene derecho a la sucesión hasta que llega el día. Por consiguiente, una disposición de última voluntad queda sometida a plazo cuando el testador ordena que el efecto del nombramiento de heredero o de legatario no comience hasta un momento determinado –plazo inicial o suspensivo-, o termine en una fecha determinada (plazo final o resolutorio).

²⁶ Art. 703, inc. 2 del Código civil de 1852: “ Se prohíbe a los testadores: 2º) Instituir herederos fideicomisarios”.

²⁷ Art. 714 del Código civil de 1852: “La institución de heredero voluntario puede hacerse desde día determinado, o hasta cierto día, o bajo condición”.

²⁸ En la cláusula diecisiete del testamento de Juan Alvarado Sánchez Carrión se dice: “Declaro que con el deseo de auxiliar a mis herederos, de antemano les tengo destinado sólo el usufructo de las fincas siguientes: a Eulogio la casa de esta ciudad; a Humberto “Pullurani”; a Sofía “Pallconque”; a Ofelia “Guaritura”; a Claudina la “Veta de Cal”; a Carlos “Pichallate” i el “Fingo” y a Ester Córdova “El Vatanero”, lo mismo que sus casas radicadas en el cercado de la hacienda, que ya las tienen conocidas según mis libros i después se igualarán debidamente”.

²⁹ Cfr. A. GONZÁLEZ BUSTELO, *Dies incertus* I (1996) y II (2000), Santiago de Compostela. En Roma, el *dies incertus* equivale a condición (D. 30.30.4).

³⁰ Así p.ej., el Código civil español admite, en su art. 805, la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado.

III. Apreciación de la huella fideicomisaria en testamentos al amparo del Código civil vigente.

a) El primer expediente se refiere a un testamento en el que se observa la institución de una sustitución fideicomisaria de residuo³¹.

La testadora fallecida en julio de 1991³², instituye como herederos a su esposo e hijo, y dispone que tras la muerte de su marido “los bienes que deja” pasen a sus nietos, designando *nominatim* sólo a uno de ellos (Mirko Gonzalo Revoredo de Rutte). La testadora beneficia a su marido, si bien, con la condición de que a su muerte “los bienes que deja” pasen a los expresamente designados.

El Registrador público de la propiedad inmueble de Lima observa la inscripción de la compraventa de una casa de la herencia testamentaria dejada a los nietos y remite el caso al Poder judicial para que juzgue oportunamente sobre la materia sucesoria correspondiente, puesto que es el único con potestad para pronunciarse sobre la determinación de los hermanos del nieto de la testadora, en un proceso contencioso. Conforme al art. 734 del Código civil vigente, la institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable por el testador y en este caso el legado fue para “Mirko Gonzalo Revoredo y los hermanos de éste”.

A nuestro juicio, la disposición de la testadora de que “al fallecimiento de su esposo los bienes que deja pasen a sus nietos”, sin imponer obligación alguna de conservarlos, ni prohibición alguna de enajenar, tiene los rasgos de un fideicomiso de residuo, entendido como una especie de sustitución fideicomisaria de residuo, donde el fiduciario puede, gastar, consumir y disponer de los bienes fideicomitidos en su personal y exclusivo interés y beneficio, y hace suyos los frutos.

La finalidad que buscaba la testadora con esa disposición era clara: en primer lugar, quería beneficiar al marido, pero con la condición de que a su muerte “los bienes que deja” pasaran expresamente a favor de su nieto Mirko Gonzalo Revoredo de Rutte y los hermanos de éste sin determinación de los nombres y apellidos. Como ha quedado dicho, la testadora nombró solamente a un nieto, pero queriendo que se beneficiara también “a los

³¹ Resolución Registral N° 434-97-ORLC/TR, Lima 16 de octubre de 1997.

³² Cfr. arts. 2117 y 2120 del actual Código civil: si bien el testamento es de 1981, vigente el Código civil de 1936, en la apertura del testamento y en la aplicación de las disposiciones se regirá por lo dispuesto en el Código civil de 1984.



hermanos en línea paterna de aquél nieto”³³, ésta disposición incierta e indeterminada es la que observa el Registrador de la propiedad inmueble de Lima.

Ahora bien, en cuanto que el heredero fiduciario ha premuerto, obviamente no llega a heredar a su esposa y, por lo tanto, los nietos recibirían la totalidad de los bienes dispuestos por la testadora; los nietos, como fideicomisarios, recibirían aquellos bienes que hubiesen quedado, directamente de la testadora y no del fiduciario.

Si como es sabido, en la sustitución fideicomisaria cuando el fiduciario no quiere o no puede aceptar la herencia, la sustitución se convierte en directa (vulgar) y el fideicomisario recibe la herencia desde la muerte del testador, en este supuesto, da la impresión de que lo que iba a ser una sustitución fideicomisaria de residuo acaba funcionando como sustitución vulgar.

b) El segundo expediente que contiene el caso más reciente, y que reviste gran interés por tratarse de un testamento otorgado hace poco más de diez años, es el de una testadora que dispuso una sustitución fideicomisaria bajo término, al amparo del Código civil.

Como hemos advertido, 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.

Los hechos son los siguientes, Dña. Dolores Fuentes Valencia otorgó testamento en Escritura pública en 1996, y en la cláusula quinta dispuso que fueran herederas sus dos hermanas Hortencia y Guillermina “hasta el fin de sus días”³⁴. Posteriormente, cuando hayan muerto las dos, la herencia será para otras tres personas, respectivamente en un 40%, un 50% y un 10%.

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.

A la muerte de la testadora³⁵, 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.

Como ha quedado señalado, 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

³³ Cfr. Testamento de Lenka Klokoc Savinovic de Revoredo, en Registro de Testamentos, Partida 23024942, pp.1 y 2, Ficha 8908, Lima 9 de julio de 1981.

³⁴ Cfr. Diario oficial El Peruano, pág. 266400-02, Lima 9 de abril de 2004. Resolución del Tribunal Registral nº 015-2004-SUNARP-TR-A.

³⁵ 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”.

ley, ni imponer sobre aquella gravamen, modalidad, ni sustitución alguna; por el contrario, a los herederos no forzosos o voluntarios sí se les puede imponer gravámenes, modalidades o sustituciones, como es el caso de las herederas que tratamos.

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

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 las 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 mas 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



resolutoria³⁶. Con apoyo en Lohman³⁷, 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 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. 735³⁸ 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.

IV. Recapitulación y resultados:

El juego de la autonomía privada aparece en las disposiciones testamentarias principalmente en la herencia voluntaria, y la doctrina señala el principio de libertad en el Derecho de sucesiones, de manera que el causante es libre de preordenar su sucesión, sin más límites que el respeto a las legítimas, a las normas sobre capacidad y forma.

³⁶ En la actualidad, es frecuente la institución de heredero bajo condición resolutoria para los casos de protección de discapacitados: cuando haya falta de prestación de cuidados y atenciones al incapaz, se resuelve el llamamiento del heredero, cfr. F. PASCUAL DE MIGUEL, “Medios de protección del discapacitado”, en *El Notario y la protección del discapacitado*, (dir. R. Leña Fernández), Madrid 1997, pp. 351-356.

³⁷ G. LOHMANN LUCA DE TENA, *El negocio jurídico*, Lima 1996, p. 296.

³⁸ 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”.

Las figuras sucesorias del fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, tal como se recibieron en el Perú, mantuvieron su vigencia hasta la etapa codificadora. El Código civil de 1852 es considerado como la primera codificación autónoma de América y en él coexisten ideas francesas, españolas y romanas; se admiten las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar y se prohíbe expresamente que se nombren herederos fideicomisarios (art. 703, 2).

La Comisión Reformadora del Código de 1936 valoró la posibilidad de introducir la sustitución fideicomisaria a la manera del Código civil suizo, hasta un solo grado, pero no tuvo éxito la propuesta y al final no fue acogida; sólo introduce una referencia al fideicomiso bancario (arts. 1014 y 1807), para la constitución de hipotecas que garanticen títulos transmisibles por endoso o al portador y para la emisión de bonos hipotecarios.

El Código civil actual mantiene silencio y, de igual manera, aparece solamente recogida la figura del fideicomisario (art. 1108).

Si como ha quedado dicho, el Código civil actual no regula las figuras del fideicomiso testamentario ni la sustitución fideicomisaria, se abre una puerta a su utilización, en cuanto el testador sobre la base de la autonomía privada incluye cláusulas introduciendo plazos y condiciones, lo que ha dado origen a una escasa pero interesante Jurisprudencia.

En el testamento más reciente, el de Dolores Fuentes (1996), donde se ha dispuesto una sustitución fideicomisaria bajo término, el Tribunal Registral admite plenamente la posibilidad de que en la herencia voluntaria se introduzcan condiciones o plazos.

El fideicomiso testamentario que no ha encontrado cabida en el Código civil, se encuentra regulado en la legislación bancaria. El fideicomiso bancario (Ley 26702) que no suele utilizarse por y para personas naturales, en previsión de un fondo de inversión para sus familiares, representa un instrumento idóneo para la protección y custodia de los bienes.

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

