

RECEPCIÓN DEL FIDEICOMISO DE HERENCIA EN EL DERECHO CASTELLANO Y SU EXPANSIÓN A HISPANOAMÉRICA*

Rosario de la FUENTE HONTAÑÓN**

SUMARIO: I. *Introducción. El fideicomiso de herencia en el derecho romano.* II. *El fideicomiso de herencia en las Siete Partidas y en la Nueva Recopilación. Sus comentaristas Juan de Matienzo y Alfonso de Acevedo (siglos XVI y XVII).* III. *El fideicomiso de herencia en la Novísima Recopilación y los comentarios del siglo XVIII: en especial el aporte de Pedro Murillo Velarde, Juan Sala y José María Álvarez.* IV. *Conclusiones acerca de la evolución del fideicomiso de herencia.*

I. INTRODUCCIÓN. EL FIDEICOMISO DE HERENCIA EN EL DERECHO ROMANO

En el derecho romano, los actos de disposición jurídica pueden supeditarse a la muerte del testador o de otra persona, en cuyo caso son actos *mortis causa*,¹ mientras que cuando los efectos no se supeditan a la muerte, son actos *inter vivos*.² Así, la herencia es la institución que da continuidad patri-

* Este estudio será publicado también en la *Revista General de Derecho Romano* (Iustel, on-line), dirigida por el profesor Antonio Fernández de Buján, catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid.

** Doctora en derecho por la Universidad de Cantabria; profesora de Derecho Romano y Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.

¹ Entre las fuentes principales: Gai. 2.246 y ss., Ep. Ulp. 25, Paul. Sent. 4.1-3, D. 1.2.2.32, D. 30 a 36, I. 2.23, I. 2.24, I. 2.25 pr., C. 6. 42-43.

² Cfr. D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona 2004, pp. 137, 204, 340, que considera que “la contraposición no es del todo rígida”, pues la previsión de muerte opera como *causa*, pero el hecho mismo de la muerte efectiva determina los efectos definitivos del acto; no es lo mismo un acto *mortis causa* que un acto *sub condicione mortis*. Los actos *mortis causa*, al ser unilaterales, podrán revocarse en cualquier momento.

monial a la *familia* y es dentro de la *familia* romana donde la persona que dispone de sus bienes manifiesta la preocupación de que a su muerte se mantenga la unidad familiar. Por ello, tanto con la figura del testamento³ como con la sucesión intestada, el causante encuentra un medio idóneo para lograrlo.⁴ Con la muerte del *sui iuris* comienza el fenómeno jurídico de la *successio*, mediante la cual una o varias personas ocupan la misma posición jurídica del difunto, convirtiéndose en propietarios de la herencia como *universitas* y en titulares de los derechos reales, créditos y deudas transmisibles. Las disposiciones testamentarias contenían generalmente liberalidades como los legados, las donaciones y los fideicomisos. Es, por lo tanto, en este contexto de disposiciones *mortis causa* donde se sitúa la figura objeto de nuestro estudio.

Como es sabido, el *fideicommissum hereditatis*⁵ 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,⁶ como en el caso de la *partitio legata*. El *modus operandi* en cuanto a los créditos y deudas es diferente según se trate: a) de la herencia entera, entonces se traspassa la herencia al fideicomisario por una *mancipatio nummo uno* y se hacen entre el comprador y vendedor de la herencia las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*; b) de una parte de ella, en cuyo caso, al igual que en la *partitio legata*, se intercambian las *stipulationes partis et pro parte*, así el fideicomisario, aun sin ser heredero, tie-

³ La figura del fideicomiso no se circunscribe a la herencia testamentaria; podía hacerse en un codicilo, utilizando cualquier lengua, incluso con un gesto, por lo que la libertad de forma era uno de sus principales rasgos, Gai. 2.249, 270, 273; D. 32.21 pr. Por el contrario, en la figura de los legados, una liberalidad propia del *ius civile*, se deben observar determinadas palabras y otras formalidades para lograr los fines queridos. Para una definición de legado, *cfr.* D. 30.116 pr.

⁴ *Cfr.* Biondi, B., *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona 1960, pp. 5 y ss., donde se destaca que era frecuente y usual que el *pater familias* hiciera testamento, el morir intestado se veía como algo más bien excepcional.

⁵ Gai. 2.250; I. 2.23.2.

⁶ *Cfr.* Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano*, Santiago de Chile, 1996, t. II, p. 741, que presenta al fideicomisario como “un adquirente entre vivos del fiduciario”; *cfr.* Burdese, A., *Diritto privato romano*, Turín, 1997, pp. 721 y ss.

ne parte en los créditos hereditarios y carga a su vez con una parte de las deudas.

Este sistema no quedaba exento de dificultades, entre ellas la posible insolvencia tanto del fiduciario como del fideicomisario o bien que el fiduciario no quisiese aceptar la herencia, con la consiguiente caída del fideicomiso. Para evitarlas van a darse nuevas medidas legislativas, como las de los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano y las medidas tomadas por Justiniano, que tanto simplificaron el complicado procedimiento introducido por esos senadoconsultos.

II. EL FIDEICOMISO DE HERENCIA EN LAS SIETE PARTIDAS Y EN LA NUEVA RECOPIACIÓN. SUS COMENTARISTAS JUAN DE MATIENZO Y ALFONSO DE ACEVEDO (SIGLOS XVI Y XVII)

I. En la América española,⁷ desde fines del siglo XV hasta la segunda mitad del siglo XIX, encontramos un derecho indiano, cuyas fuentes principales son el derecho castellano público y privado, especialmente las Siete Partidas (1256-1265),⁸ las Leyes de Toro (1505), la Nueva (1567) y la Novísima Recopilación (1805), el derecho y la costumbre indígena y criolla, y, finalmente, un derecho específico de Indias donde se tratan materias que por su naturaleza no pueden ser resueltas ni por el derecho castellano ni por los precolombinos.⁹

⁷ Cfr. Basadre Grohmann, J., *Historia del derecho peruano*, Lima 1988, p. 226, donde puntualiza que “el derecho que pasó a América no fue [...] lo que pudiera llamarse un derecho español. Este puede decirse que empieza a existir sólo en el siglo XVII a partir de los decretos expedidos por Felipe V aboliendo el derecho territorial peninsular. Fue el derecho castellano el que rigió en nuestro continente”.

⁸ La fuerza obligatoria de las Partidas se la otorgó el Ordenamiento de Alcalá, Ley 1, título 28 en 1348, y fue reiterada por la Ley 1 de Toro en 1505, cfr. Basadre Grohmann, J., *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima 1967, pp. 282 y ss.; Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago de Chile 1989, p. 90, la primera edición impresa de las Partidas aparece en Sevilla en 1491 con glosa de Alonso Díaz de Montalvo (1405-1499); pero la edición más usada en Hispanoamérica es la de Gregorio López (1496-1580), también con glosa, y fue publicada en 1555 en Salamanca. De ella se hicieron, hasta 1852, unas quince ediciones.

⁹ Una extensa y completa obra sobre la materia es la de Barrientos Grandon, J., *Historia del derecho indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación*, Roma, 2000; véase también, Fernández de Buján, A., *Derecho público romano y recepción del dere-*

Como nuestro interés se centra en el derecho privado, el mismo de Castilla desde el descubrimiento hasta el siglo XIX, el objeto de nuestro estudio va a consistir en la literatura jurídica castellana utilizada por los juristas americanos, junto a las propias obras de éstos.

Como es sabido, en Castilla los comentarios a la legislación real gozaron de amplia difusión, siendo los más conocidos Gregorio López (1496-1560), autor de una importante glosa al código medieval de las Siete Partidas; Antonio Gómez, en su comentario a las Leyes de Toro; Juan de Matienzo (1510-1579), comentador de la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla; Alfonso de Acevedo (1518-1598), doctor en ambos derechos, caracterizado por su pensamiento humanitario y reformador, que compuso la obra, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, aparecida en Salamanca desde 1583 hasta 1598, y, por último, Francisco Carrasco del Saz (1571-1625),¹⁰ autor de una obra sobre la Recopilación de las leyes del Reino de Castilla, es decir, de la Nueva Recopilación, pero sin referencia alguna a las figuras del fideicomiso y de las sustituciones fideicomisarias.

II. En el siglo XVI, ante la ingente cantidad de cédulas reales y provisiones dadas desde España para el Perú, se llevan a cabo importantes recopilaciones que facilitan la coordinación de las leyes, como la del virrey Francisco Álvarez de Toledo y la de Juan de Ovando en 1571, quien inició una especie de Código que no llegó a concluir; siendo la última de 1596 con la composición del Cedulaario de Diego de Encinas. Es importante destacar, de igual manera, la obra del jurista indiano¹¹ Gaspar de Escalona y Agüero (1590-1659), que se propuso elaborar un proyecto de “Código peruano” para reunir la extensa legislación, provisiones, cédulas, ordenanzas, etcétera, que impedía su exacto conocimiento, y principalmente, recopilar el derecho

cho romano en España, Europa e Iberoamérica, Madrid 2002, pp. 247 y ss.; Luque Talaván, M., *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, Madrid, 2003, pp. 133 y ss.; García Calderón Rey, F., *En torno al Perú y América*, Lima 1954, pp. 35 y ss.; González Hernández, J. C., *Influencia del derecho español en América*, Madrid 1992, pp. 173 y ss.

¹⁰ *Interpretatio ad aliquas leges recopilationis Regni Castellae*, Sevilla 1620; de los once capítulos de la obra, el séptimo lo dedica a “las sucesiones y herencia *ab intestato*”.

¹¹ Hijo de padres españoles, nació en La Plata, actual ciudad de Sucre en Bolivia; estudió derecho en Lima y ejerció diversos cargos en el gobierno de Perú y Chile; véase Bravo Lira, *op. cit.*, nota 8, p. 31.

personal de la población indígena, un derecho criollo con la finalidad de evitar los frecuentes abusos de que eran objeto.¹²

En el sistema del derecho indiano, el derecho castellano será considerado como supletorio en cuanto no exista una legislación indiana específica aplicable, consolidándose como un derecho propio frente al derecho romano y al canónico, que fueron considerados como comunes.

Junto a esta legislación hay que subrayar el papel importante que desempeñaron las universidades en la recepción del *ius commune*. En la época de la Colonia, para el progreso de la cultura jurídica en el Perú fue de gran transcendencia la creación en Lima de la Universidad Mayor de San Marcos (1551), dando inicio a un estudio científico del derecho, y de la que saldrán notables juristas. Es por esta vía, la de la enseñanza universitaria, por donde se recibe el *utrumque ius*, basado en el estudio del derecho romano justiniano y el derecho canónico, pero con la ayuda de las glosas y comentarios de los juristas del *mos italicus* y, en menor medida, de los del *mos gallicus*; al llegar el siglo XVIII el derecho recibe la influencia del iusnaturalismo racionalista.¹³ En las Indias, el derecho

¹² Cfr. A. García Gallo, “El proyecto de Código peruano de Gaspar de Escalona y Agüero”, *AHDE*, núm. 16, 1946, pp. 889-920, donde hace hincapié en un tema que conviene recordar frente a sus detractores, y es que España sí buscó expresamente la convivencia con los indígenas, organizándose los territorios de América pensando no sólo en los españoles sino también en los indios. Según nos informa, p. 897, se encontraron unos borradores de Escalona donde ya había desarrollado varios títulos del Código, pero el hecho es que no llegaron a publicarse. Es interesante resaltar los motivos que le impulsaron a hacerlo, al estilo de la compilación justiniana, p. 913: “Y porque desde luego se manifieste su importancia y disposición, comenzando por el título, digo que el que se le impone a este libro es *Código peruano*, por componerse de decisiones reales despachadas por el Supremo Consejo de las Indias al Reino del Perú para el gobierno, tratamiento, policía, instrucción de los indios, y de otras materias que les competen y así mismo de las innumerables y bien prevenidas Ordenanzas hechas por sus Virreyes y que comunmente se practican a imitación de Gregorio, Hermogenio y Theodocio (...) y de Triboniano y Dorotheo, que con estos tres Códigos recopilaron las decisiones de el emperador Justiniano (...)”. Las materias importantes para nuestro estudio hubieran sido las relacionadas con los testamentos, las ventas de heredades o haciendas de indios en provisión y quizás el libro 4 referido al tema patrimonial.

¹³ Cfr. García Gallo, A., “La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII”, *AHDE*, núm. 44, 1974, p. 161, que pone de relieve cómo en el siglo XV los hombres de leyes se dirigen a América; pero el ambiente adverso que en España existe contra ellos —por estar formados en el derecho común— motivó que se prohibiera o limitara el paso de abogados a Indias, o que pudieran ejercer allí su

romano del *Corpus Iuris Civilis* y la ciencia de glosadores y comentaristas mantienen una vigencia *pro ratione*; por el contrario, el derecho real tiene el carácter de norma vigente y positiva.

III. Nuestra atención se dirige, en primer lugar, hacia Juan de Matienzo, oidor y presidente de la Audiencia de Charcas y comentarista de la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla; gozó de gran prestigio y autoridad tanto en España como en Indias, y es considerado uno de los mejores juristas del derecho indiano; estuvo en Lima y Cuzco y elaboró en 1567 el tratado titulado el *Gobierno del Perú*, donde lo describe y critica; en 1580 publicó en Madrid sus *Commentaria in librum quintum Recollectionis Legum Hispaniae* referidos al matrimonio, la sucesión y los contratos.¹⁴

Matienzo define el concepto de sustitución fideicomisaria en la glosa “substitutere en la herencia o manda” en la Ley 5.4.1 de la Recopilación:¹⁵

substitutio fideicommissaria (...) dicitur voluntas testantis fidei haereditatis commissa, de tota, vel parte haereditatis restituenda alteri, qui fiduciatur haeres viriliter efficitur, fidei haereditatis commissa ideo dicitur, quia fideicommissarius non capit ipse manu propria bona haereditaria, sed de manu haereditatis instituti restituere gravati ut in *l.ult. m. C. De fideicommiss. (C. 6.42.1) n. 1, et n. ultim. Instit. de fideicommiss. haered., (I. 2.23.12)*.

profesión; véase también, Peset Reig, M., “Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII”, *AHDE*, núm. 45, 1975, pp. 273-339.

¹⁴ Matienzo, J., *Commentaria Ioanis Matienzo Regii in Cancellaria Argentina Regni Peru in librum quintum Recollectionis legum Hispaniae*, Mantuae Carpentanae 1613.

¹⁵ Recogemos de la Ley 5.4.1 la parte que nos interesa, puesto que los comentarios de Matienzo y Acevedo se centran en ella; después de indicar cuantos testigos tienen que estar presentes cuando el testamento se hace en presencia o ausencia del escribano, continúa diciendo: “Mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuera ordenado, valga en quanto a las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no aya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel, que según derecho, y costumbre de la tierra avia de heredar en caso de que el testador no hiziere testamento: y cúmplase el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en él se contienen. Y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero, o le legare, o mandare alguna cosa para que la dé a otro alguno a quien substituyere en la herencia o manda, si el tal heredero, o legatario no quisiere aceptar o renunciare la herencia, o el legado, el substituto, o substitutos lo pueden aver todo”.

En la sustitución fideicomisaria, el testador encomienda a la fidelidad y honradez del heredero que toda la herencia o parte de ella sea restituida al fideicomisario, que no es considerado como heredero directo del testador; la restitución de toda la herencia o de determinados bienes le vendrá al fideicomisario *de manu haeredis instituti*, es decir, del fiduciario.

Matienzo justifica esta afirmación con apoyo en el texto justiniano, *Instit. de fideicom. haered.* n. 7 (I. 2.23.7 *restituta*), al decir que el dominio de las cosas de la herencia que pasa al fideicomisario no es directo sino útil, puesto que el dominio directo permanece en manos del heredero gravado, y las acciones útiles activas y pasivas pasan al fideicomisario y las directas permanecen en el heredero. Más aún, porque no pueden existir dos herederos *in solidum*, al mismo tiempo y respecto de la misma cosa, idea que apoya en las fuentes clásicas¹⁶ y en la doctrina de autores como Antonio Gómez.¹⁷

Matienzo recoge ideas que son las que circulan en su tiempo, cuando aún se discute si la sustitución fideicomisaria es o no verdadera sustitución. Al igual que Polítio, Fumeo y Leonino,¹⁸ no considera al fideicomisario como heredero directo del testador o segundo heredero de éste; la idea de un *ordo successivus*, para que pueda hablarse de una verdadera sustitución, todavía no se admite. El fideicomisario heredaría del fiduciario manteniendo la posición de *loco heredis*. Polítio entendía la sustitución como una *sequens institutio*, y por tanto, en unas ocasiones podía ser directa y en otras oblicua; resaltaba que del fideicomisario no se puede decir que es instituido porque propiamente no es heredero (D. 36.1.46 pr.), ni recibe la herencia directamente del testador, sino que es colocado por el senadoconsulto Trebeliano como *loco heredis*.

También Fumeo reacciona contra el error en que incurren los que llaman sustitución al fideicomiso y rechaza la *communis opinio* de que *omnis secunda institutio est susbtitutio*. Por último, en Leonio tampoco se

¹⁶ D. 13.6.5 y D. 13.6.5.15.

¹⁷ Matienzo cita la obra de Gómez, A., *Commentariorum variarumque resolutionum Iuris civilis, Communis et Regii*, Salamanca 1579: “ubi optime tractat materiam fideicommissariae susbtitutionis”.

¹⁸ *Cfr.* Lancelottus Polítius, *De substitutionibus*, en el *Tractatus illustrium in utraque tum pontificii, tum caesarii iuris facultate iurisconsultorum de ultimis voluntatibus*, Venetiis 1584, VIII, fols. 224-258; Antonio Fumaeus, *De substitutionibus*, en el *Tractatus...*, Venetiis 1584, VIII, fols. 221, 221 verso; Paulus Leonius, *De substitutionibus, Tractatus...*, Venetiis 1584, VIII, fols. 277-281.

ha consolidado este tipo de sustitución *quae vulgo fideicommissaria dici solet*, y todavía permanecen las dudas acerca de la consideración del fideicomisario como verdadero heredero, y como acabamos de ver, Matienzo da las mismas razones que Fumeo, al no poder existir dos herederos *in solidum*.

IV. Alfonso de Acevedo pertenece también a la época de apogeo de la literatura jurídica castellana que se produjo en el siglo XVI. Su obra *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regiae Constitutiones* aparece en Salamanca en 1583 y tiene mayor extensión que la de Matienzo.

En la obra de Alfonso de Acevedo no hay una definición de la sustitución fideicomisaria, pero analiza algunas cuestiones interesantes entre las que destacan:¹⁹ a) los frutos de las cosas legadas se deben desde el día de la muerte del testador; b) la diferencia que existe entre el mayorazgo, el feudo y los fideicomisos,²⁰ y c) la doctrina de la exclusión del sustituto ante la presencia de los herederos legítimos, al igual que cuando se inserta de manera expresa la condición *si sine liberis decesserit*,²¹ con apoyo en el comentario realizado por Meneses a la ley *Cum acutissime* (C. 6.42.30).

En la glosa “y en las otras cosas que en él se contienen” a la Ley 5.4.1 de la Recopilación, Acevedo se pregunta si *hodie* el fideicomisario universal puede obligar a adir la herencia al heredero, y con apoyo en Burgos de Paz, responde que efectivamente quedará el heredero obligado.

La referencia a las fuentes justinianas sugiere que, aun vigente el derecho castellano, se reafirma la doctrina de la preferencia de la sucesión propia a la sucesión de los extraños, y la razón se encuentra en que la cláusula *si sine liberis decesserit* tiene una finalidad familiar, al conservar la herencia dentro de la familia y perpetuar el linaje.

¹⁹ Acevedo, A., *Commentariorum Iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, Ludguni 1737; glosa “y entonces herede aquel”, Rec. 5.4.1: “Falcidia an hodie habeat locum, cum hereditate non adita debeantur legata, ubi quid in Trebelianica”.

²⁰ *Ibidem*, glosa “De los Mayorazgos”, Rec. 5.7.3.

²¹ *Ibidem*, glosa “si alguno fuere legitimado”, Rec. 5.8.10.

III. EL FIDEICOMISO DE HERENCIA EN LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN
Y LOS COMENTARIOS DEL SIGLO XVIII:
EN ESPECIAL EL APORTE DE PEDRO MURILLO VELARDE,
JUAN SALA Y JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ

I. La situación de la ciencia jurídica española entre los siglos XVII y XIX viene marcada por la presencia aún viva del derecho común, principalmente como había quedado recogido por las Siete Partidas y por la legislación dada en la Nueva Recopilación de 1567; desde 1805 hay que contar también con la Novísima Recopilación de las Leyes de España.²²

Puede decirse que el apogeo de la literatura jurídica indiana corresponde a la época del Barroco,²³ y durante este periodo se escriben importantes obras jurídicas, que permanecerán vigentes hasta el siglo XIX e incluso el XX. Los juristas están insertos dentro del marco conceptual del *ius commune*, y acuden a los autores de este derecho para resolver los problemas americanos. Tienen una mentalidad casuista y buscan la solución justa para cada situación particular.

Avanzado ya el siglo XVIII se comenzó a enseñar el derecho patrio en las universidades, sin que quedara el derecho romano desplazado.²⁴ En el Perú, el valor práctico y el enorme prestigio cultural de las Siete Partidas, verdadero hito de la historia del derecho, estará presente en la jurisprudencia de los tribunales, principalmente en los conflictos surgidos en materia sucesoria y patrimonial, incluso con una más extensa e indiscutida vigencia que en España.²⁵ La Partida Sexta es la que interesa a nuestro trabajo, al tratar de la sucesión por causa de muerte, y si bien con la codificación desaparece

²² Cfr. Coing, H., *Derecho privado europeo*, Madrid 1996, t. II, p. 63.

²³ Cfr. Bravo Lira, *op. cit.*, nota 8, pp. 149 y ss., indica que la literatura jurídica indiana cronológicamente comienza con la *Curia Philipica* de Hevia Bolaños (Lima 1603), y termina con el *Cursus iuris canonici Hispani et Indici* de Murillo Velarde, impreso en 1743.

²⁴ Cfr. Basadre Grohmann, *op. cit.*, nota 7, p. 240.

²⁵ Cfr. Basadre Grohmann, *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima 1967, pp. 29 y 378, donde explica que esto ocurrió así al no existir en América las tradiciones forales provenientes de la época de la Reconquista. Destaca también que las reformas universitarias del s. XVIII no dejaron de lado al derecho romano, sino que éste funcionó en su fase legislativa a través de las Partidas, recibiendo después por la influencia española y francesa a través de la elaboración de los Códigos de 1852 y 1936; Bravo Lira, *op. cit.*, nota 8, pp. 90 y ss., analiza de manera exhaustiva la aplicación y vigencia de las Partidas en América, y en concreto su aplicación en Chile por más de tres siglos desde la conquista en 1540 hasta 1857 y 1907, fechas en las que concluyó la codificación.

este cuerpo jurídico, gran parte de su contenido se introducirá en los nuevos códigos. Podemos decir, por lo tanto, que está presente aún en la vida jurídica actual. En las Partidas la sustitución fideicomisaria aparece junto a las otras figuras, la pupilar, la ejemplar, la compendiosa, la brevíloqua o recíproca, transmitidas por los juristas del *ius commune*.²⁶ El *substitutus* es entendido como otro heredero dispuesto así por el testador, para que ocupe el lugar “después del primer heredero”.

II. Pedro Murillo Velarde (1696-1754), catedrático de la Universidad de Manila, fue un jurista relevante en la literatura jurídica posterior a la *Política Indiana* de Juan de Solórzano Pereira (1647). Como bien sabemos, el derecho privado de Hispanoamérica es el mismo de Castilla durante los siglos XVI al XVIII, y la literatura jurídica española es utilizada por los juristas americanos que, a su vez, escriben tratados y monografías alcanzando una gran influencia tanto en España como fuera de ella.²⁷

²⁶ P. 6.5.1: “*Substitutus* en latín tanto quiere decir en romance, como otro heredero que es establecido del fazedor del testamento, en el segundo grado después del primero heredero” y esta es la llamada vulgar; la pupilar “como establecimiento, que es fecho tan solamente al moço, que es menor de catorze años, o a la moça que es menor de doze años”; la ejemplar “como establecimiento otro de herederos, que es fecho a semejança del que es fecho al huerfano. E pueden lo fazer los padres, e los abuelos, a los que descienden dellos, quando son locos, o desmemoriados, estableciéndoles otros por herederos si muerieren en la locura; la compendiosa “como establecimiento que es hecho por breves palabras”; la brevíloqua o recíproca “sustitución que se faze brevemente en pocas palabras, en la qual se contienen quatro sustituciones, e las dos son vulgares, e las dos son pupilares” y por último la fideicomisaria, recogida en P. 6.5.14 “como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa de su mano, que la de a otro, assi como si dixesse el fazedor del testamento: establezco por mio heredero a fulano e ruego le, o quiero, o mando que esta mi herencia, que yo le dexo, que la tenga tanto tiempo e que despues que la de e entregue a fulano. E tal establecimiento como este, puede fazer todo ome a cada uno del pueblo, solo que non le sea defendido, por algunas leyes deste nuestro libro. Pero dezimos, que este que es rogado e establecido de esta manera, que debe e dar e entregar, la herencia al otro, assi como el testador mando: sacando él de la quarta parte de toda la herencia, que puede tener para si. E esta quarta parte es llamada, en latín Trebellianica. E si este que asi fuesse establecido por heredero, no quisiese rescebir la heredad, o despues que la oviere rescebido non la quissiere entregar al otro, puede le apremiar el judgador del logar, que lo faga”.

²⁷ Cfr. García-Gallo, *op. cit.*, nota 13, p. 195.

En materia de testamentos, la obra de Murillo es un tratado casuístico y aporta una información valiosa sobre las sustituciones.²⁸ A lo largo de la obra Murillo analiza las figuras de la institución fideicomisaria, las sustituciones fideicomisarias, los vínculos y los mayorazgos, enriqueciendo su trabajo con un conjunto de casos prácticos que son fruto de su experiencia.²⁹

Después de explicar cómo deben ser los testamentos, incluidos los de los indios, la figura de los codicilos se presenta como un medio para poder añadir, quitar o enmendar algunas cosas dispuestas en el testamento, de manera que el testador puede rogar a los herederos que restituyan la herencia al que se nombra en el codicilo (P. 6.3.7), y como en el codicilo no cabe la institución de heredero, puede hacerse, de manera indirecta, a través de la herencia fideicomisaria (P. 6.12.2).³⁰

Los ascendientes pueden poner en el tercio y en el quinto de libre disposición distintos gravámenes, de restitución, de fideicomiso, de vínculos y sustituciones, siempre en los descendientes legítimos o, en su defecto, entre los ilegítimos que puedan ser herederos, y si no entre los ascendientes, consanguíneos o, por último, los extraños³¹.

Murillo Velarde entiende la sustitución como el nombramiento de segundo, tercero, cuarto heredero, etcétera, y muestra una clasificación de las sustituciones,³² con apoyo en el derecho patrio, semejante a la realizada por los primeros juristas del *ius commune*.³³

La sustitución fideicomisaria es explicada por Murillo Velarde de la siguiente manera:³⁴ el testador nombra un heredero y le encarga que restituya a otra persona toda la herencia o bien parte de ella, y aunque el heredero o legatario instituidos no aceptaren o renunciaren a la herencia o el legado, el sustituto o sustitutos podrán recibir lo dispuesto por el testa-

²⁸ Murillo Velarde, P., *Práctica de testamentos*, Madrid 1765; Bravo Lira, *op. cit.*, nota 11, p. 33, resalta la importancia de esta obra, reeditada en numerosas ocasiones en Madrid, Méjico, Buenos Aires, Lima, Santiago de Chile y París, siendo muy utilizada hasta la codificación.

²⁹ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

³⁰ *Ibidem*, p. 4.

³¹ *Ibidem*, p. 22.

³² *Ibidem*, pp. 49 y ss.

³³ Se vuelve a explicar la clasificación de las sustituciones, si bien ya Donelo había descalificado, de manera expresa, las sustituciones compendiosa y breviloqua.

³⁴ Murillo Velarde, *op. cit.*, nota 28, p. 52.

dor (P. 6.5.14).³⁵ Se encuentran, por lo tanto, los rasgos típicos para identificarla como verdadera sustitución: la obligación de conservar del fiduciario para restituir los bienes en el momento fijado por el testador, el orden sucesivo, y la identificación del heredero sustituto como segundo heredero del testador.

En el caso de que las palabras del testador fueran dudosas en alguna disposición, una persona docta, no cualquiera, habrá de interpretar y considerar las circunstancias para indagar su mente.³⁶

La referencia a las *quartae* Trebeliánica y Falcidia también está presente en la obra de Murillo: la primera la deduce el heredero gravado con la restitución de la herencia al fideicomisario, y la segunda, el gravado con la restitución de legados; aunque para Murillo Velarde la deducción de las *quartae* es admitida por la doctrina,³⁷ sobre la base de las leyes de Partidas (P. 6.11.7 y 8) reconoce que “hoy no están en práctica por disposición de la Ley del Ordenamiento (Recopilación 5.4.1)”.³⁸ Esta ley hace referencia a lo ya dispuesto en la P. 6.5.14: se refuerza la primacía de la voluntad del testador y la validez de los fideicomisos y otras mandas dispuestas en el testamento para el caso de que el heredero o legatario no acepten o renuncien a la herencia o al legado. No habrá, por lo tanto, en estos casos detracción ni de la *quarta* Trebeliánica ni de la *quarta* Falcidia.

III. El siglo XVIII, caracterizado por tendencias reformadoras marcadas por la Ilustración y por una afirmación del derecho patrio o nacional frente al ocaso del derecho común, verá surgir una serie de obras que faciliten el estudio y enseñanza de aquél en las universidades. Entre esas obras destacan las *Institutiones romano-hispanae* de Juan Sala (1731-1806), que siguen en su exposición el orden de las *Institutae*.³⁹

³⁵ En la P. 6.5.14 se establece que “si este que assi fuesse establecido por heredero, no quissiese rescebir la heredad, o después que la oviere rescebidon non la quissiere entregar al otro, puede le apremiar el judgador del logar, que lo faga”.

³⁶ Murillo Velarde, *op. cit.*, nota 28, p. 59.

³⁷ Murillo se apoya en la doctrina de Matienzo (Mat. *Comm.* glosa 19, Rec. 5.4.1).

³⁸ Murillo Velarde, *op. cit.*, nota 28, p. 60; volveremos más adelante sobre el tema de las *quartae* y su evolución en la Codificación civil; así, por ejemplo, el Código civil peruano de 1984 legisla sobre la figura de la *quarta Falcidia* en el artículo 771.

³⁹ Sala, Ioannis, *Institutiones Romano-Hispanae ad usum tironum hispanorum ordinatae*, II, 1788, Matriti 1830; Bravo Lira, *op. cit.*, nota 8, pp. 39, 41, 328 y ss. Según Bravo Lira “el derecho patrio se afirma frente al derecho común (...) se aspira a que el

Sala presenta en su obra un marcado perfil romanista y pretende armonizar el derecho romano con el derecho patrio, entendido éste como el derecho real de Castilla recogido en las Siete Partidas, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación.⁴⁰

Tras exponer el texto justiniano de I. 2.23.2,⁴¹ Sala explica algunas de sus palabras: a) *recto iure testamento haeres instituat* y b) *vel ex certo die*.

En relación con la primera frase se refiere a que cuando el testador quiere dejar un fideicomiso en el testamento es obligatorio que, en primer lugar, instituya al heredero y le ruegue que restituya dicha herencia a otro, porque el testamento no puede mantenerse sin la institución de heredero; ahora bien, el testador, tanto en el testamento como en el codicilo, puede hacer el ruego al heredero fiduciario para que restituya la herencia o una parte de ella al fideicomisario (D. 29.7.8.1 y 2): los fideicomisos pueden ser dejados, por tanto, con cargo a los herederos *ab intestato* porque el testador les deja voluntariamente la herencia legítima, y cabe la posibilidad de que alguien con capacidad para hacer testamento no llegue a hacerlo por no reunir a los testigos necesarios y, sin embargo, pueda en un codicilo disponer determinados fideicomisos.

En el comentario de las palabras *vel ex certo die*, Sala dice que el testador puede dejar el fideicomiso para que surta efectos a partir de cierto día.⁴² De esta posibilidad no se sigue que el testador muera en parte intestado, porque al restituirse todos los bienes, o parte de la herencia al fideicomisario, el que restituye sigue siendo heredero: “*quia ex eo non se-*

derecho patrio sea aplicado en los tribunales con preferencia al romano y al canónico y se estudie en las Universidades que hasta entonces sólo tenían cátedra de derecho romano y de derecho canónico y en las academias de práctica forense que se establece con el objeto de enseñarlo”; en el mismo sentido, Barrientos Grandon, *op. cit.*, nota 9, pp. 424-426, que subraya el hecho de que la enseñanza del Derecho real castellano e indiano en las Universidades americanas moviera a que se adoptaran en ellas obras escritas en España, como la obra de Sala; Fuente Hontañón, Rosario de la, “Una relectio del jurista peruano Baquijano y Carrillo sobre legados y fideicomisos (D. 32.39)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. 16, 2004, pp. 229-271.

⁴⁰ *Cfr.* Ramos Núñez, *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, I, Lima 2003, pp. 112 y ss., que considera a Sala como una figura solitaria y valiente “en defensa de una tradición jurídica supranacional y sin fronteras”.

⁴¹ Sala, *op. cit.*, nota 39, p. 76.

⁴² *Idem.*

quitur testatorem decedere potest pro parte intestatu, cum qui restituit, semper haeres maneat".

Por lo tanto, el testador puede señalar un término para la restitución al fideicomisario, por ejemplo, *post mortem suma* o *cum moreretur*.

Sala advierte que la situación del derecho patrio es distinta en ambos casos, y recuerda que el testamento puede realizarse sin la institución de heredero y también que se permite morir en parte testado y en parte intestado; se deja de lado, por lo tanto, el principio romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Por otra parte, en el supuesto de que el heredero instituido se negara a adir la herencia, ésta se ofrecerá al fideicomisario conforme a lo dispuesto en la Nueva Recopilación:⁴³ si el testador instituye un heredero y le lega o manda algunas cosas para entregarlas a un sustituto, y el heredero o legatario renunciara, o no aceptara la herencia, el sustituto o los sustitutos "lo pueden haber todo"; es decir, que el heredero fideicomisario entrará en la herencia por sí solo sin necesidad de la actuación del heredero o legatario. Recordemos cómo ya en las Partidas (P. 6.5.14) se obligaba, por la vía judicial, al heredero fiduciario a adir la herencia y a restituirla conforme a las indicaciones del testador. El derecho real, por lo tanto, sustituye la coacción al heredero fiduciario dirigida a conseguir la aceptación de la herencia por una facultad que se le da al sustituto fideicomisario para recibirla él directamente si el fiduciario la repudiaba.

En I. 2.23.3, en cuanto al efecto de la restitución de la herencia, el que la entrega sigue siendo heredero, y el que la recibe es asimilado unas veces al heredero y otras al legatario. Sala comenta que la regla *semel heres semper heres* (*haeres permanet*), es considerada ya como una regla *iuris antiqui* (D. 28.5.89[88]), y en su comentario a las palabras *aliquando haeredis, aliquandi legatarii loco*⁴⁴ del fragmento de las Instituciones, explica que el fideicomisario es considerado como si fuera heredero, si la herencia es restituida conforme al senadoconsulto Trebeliano, y como legatario si la restitución se hace en virtud del senadoconsulto Pegasiano, con apoyo en Ulpiano.⁴⁵

⁴³ Nueva Recopilación, Ley 1, Libro 5, título 4 (5.4.1), y a su vez se corresponde con la Ley 1 del título 19 del Ordenamiento de Alcalá.

⁴⁴ Sala, *op. cit.*, nota 39, p. 77.

⁴⁵ Ep. Ulp. 25.14: *Is, qui rogatus est, alii restituere hereditatem, lege quidem Falcidia locum non habente, quoniam non plus puta quam dodrantem restituere rogatus est,*

Por el contrario, en el derecho patrio el fideicomisario *semper habetur loco haeredis*, tiene siempre la condición de heredero, respecto de la parte de la herencia que recibe; y en cuanto al heredero fiduciario, le corresponde entregar al heredero fideicomisario la herencia con los frutos, y además debe deducir de la *quarta* Trebeliánica las deudas pendientes que tuviera el testador (P. 6.11.8 *in fine*).⁴⁶ Podemos apreciar que Sala considera al fideicomisario como heredero *pleno iure*, asumiendo la posición jurídica de un segundo heredero, como quedó regulado de igual modo en las Partidas (P. 6.5.14).

Del fideicomiso dejado por medio del fideicomisario (I. 2.23.11) destaca Sala⁴⁷ el hecho de que no solamente al heredero se le puede rogar que restituya la herencia o parte de ella, sino también al fideicomisario que restituya a otro el todo o la parte de aquello que recibió, y en esta restitución se transfieren por el senadoconsulto Trebeliano las acciones al fideicomisario segundo (D. 36.1.1.8), pudiendo obligar al primer fideicomisario que recibió toda la herencia, que se declaraba sospechosa, a restituirla en su totalidad (D. 36.1.57[55 , 2). Sin embargo, solamente el heredero tiene el beneficio de la Falcidia (*ius quartae retinendae habet*, D. 35.2.47.1), y una vez adida la herencia, la voluntad del difunto se tiene por cumplida (*omnis defuncti voluntas rata constituitur* D. 36.1.57[55 , 2). Por tanto, los demás quedan obligados al fideicomiso en cuanto han aceptado y se les ha rogado que restituyan (D. 36.1.80[78 , 11), de igual manera que los legatarios por medio de quienes se ha dejado un fideicomiso (D. 35.2.32.4).

Por último, en relación con la figura del fideicomiso singular (I. 2.24), Sala hace un comentario sobre el empleo de los *verba fideicommissorum*,⁴⁸ señalando que ya no es necesario preocuparse de las palabras que deban utilizarse en la constitución de los fideicomisos desde que Justiniano (C. 6.42.2) quiso que siempre fuesen útiles y válidas las palabras

ex Trebelliano senatus consulto restituit, ut ei et in eum dentur actiones, cui restituta est hereditas. Lege autem Falcidia interveniente, quoniam plus dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit ex Pegasiano senatus consulto restituit, ut deducta parte quarta ipsi, qui scriptus est heres, et in ipsum actiones conserventur; is autem, qui recipit hereditatem, legatarii loco habeatur.

⁴⁶ Sala, *op. cit.*, nota 39, p. 77; la P. 6.11.8 lleva como título: “Como aquel que es establecido por heredero si es rogado que de la herencia a otro, puede sacar della quarta parte, a que dizen en latin Trebellianica”.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 87.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 93.

del testador en su voluntad de legar o dejar un fideicomiso. Con frecuencia, por la interpretación (*ex coniectura*) de la voluntad del testador puede entenderse que quiso constituir un fideicomiso. El elenco de textos del Digesto en los que se apoya Sala invita a considerar siempre válida la *voluntas testatoris*,⁴⁹ pues ello simplifica las cosas, al lograrse que los fideicomisos o legados dejados sean útiles, por lo que se admite la constitución implícita de los mismos.

La presencia nuevamente de las *coniecturae* confirma la importancia de saber cuál es realmente la voluntad interna del testador para la validez de los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias, tarea difícil como queda comprobado en la doctrina de algunos autores del *ius commune* como por ejemplo, Fusario.⁵⁰

En síntesis, podemos decir que en los comentarios de Sala a las Instituciones, y en su contemplación del derecho patrio, la sustitución fideicomisaria se configura con los rasgos modernos: 1) el concepto de sustitución fideicomisaria, en cuanto el testador, en testamento o en codicilo, encarga al heredero o al legatario la restitución de toda la herencia o una cuota parte de la misma, o de determinados bienes, al fideicomisario o segundo heredero, que recibirá lo dispuesto por el testador con independencia de que el fiduciario acepte o repudie la herencia. Por lo tanto, el derecho patrio admite la sustitución fideicomisaria, que se corresponde con la herencia fideicomisaria del derecho romano (I. 2.23); 2) la restitución puede determinarse fijando un plazo (*dies certus*); 3) la libertad de forma en cuanto al empleo de las palabras empleadas por el testador; 4) el fideicomisario es considerado como un verdadero heredero, puede detraer la *quarta* en su caso, y cabe que sea nombrado un tercer heredero y así sucesivamente; se abandona, por lo tanto, la regla *semel heres semper heres* y el principio de que nadie puede morir testado e intestado a la vez.

⁴⁹ *Idem*, p. 93, con apoyo en los siguientes textos: D. 36.1.17(16) pr., D. 36.1.30(29), D. 31.64 y D. 31.69, D. 32.11.4.

⁵⁰ *Cfr.* Fusarius, *Tractatus de substitutionibus*, pars secunda: *Tractatus de fideicommissaria substitutione*, Venetiis 1624, fol. 8, donde especifica veintisiete *coniecturae*; *cfr.* Iglesias, J., "Sobre fideicomisos y sustituciones fideicomisarias", *RJC* núm. 58, 1949, p. 139, que considera que no cabe hablar de un *numerus clausus* en el aporte de conjeturas porque "pueden surgir nuevas razones de humanidad, de equidad o de buen sentido (...) que aconsejen salvaguardar los intereses de ciertos afectos olvidados o los motivos de transcendencia familiar traídos a descuido".

IV. Otro gran jurista indiano fue José María Álvarez⁵¹ (1777-1820), profesor de la Universidad de Guatemala. Todavía en pleno periodo colonial previo a la codificación, contamos con la presencia de este autor, cuya obra de derecho civil castellano e indiano sirve como libro de texto en las universidades americanas; una obra didáctica que se toma como punto de partida para la enseñanza del derecho patrio.

La literatura de los siglos XVIII y XIX se mueve dentro del ambiente de criticismo hacia el sistema del derecho común, y existe un rechazo a acudir a cualquier norma extranjera, como podía suceder con el derecho romano. Un ejemplo claro de esta nueva tendencia, el rechazo del derecho romano en beneficio del derecho patrio, lo constituye José María Álvarez, que en su obra de *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, aparecida entre 1818 y 1820 en su país de origen, Guatemala, dice que no es posible el recurso al derecho romano, ya que el nuevo derecho nacional y el de Indias es suficiente y hace innecesaria la referencia al derecho común. Concibe el derecho patrio como el conjunto integrado por las leyes castellanas, las indianas, las indianas criollas y las costumbres locales.⁵²

En el Perú, la obra no llegó a editarse y quizá su difusión no fue tan amplia como en otros países vecinos. Ramos Núñez⁵³ manifiesta que la explicación acaso pueda encontrarse en la temprana codificación del derecho civil en países como Bolivia, Costa Rica, Perú y Chile, haciendo prescindible la obra, tanto en el foro como en la enseñanza universitaria. El hecho es que el *ius commune* se desvanece con la afirmación del derecho patrio y culmina con la codificación en cada uno de los Estados americanos, con la llegada de su independencia.

En el tomo I de su obra, Álvarez dedica el título XV a la sustitución vulgar, el XVI a la sustitución pupilar “y las demás sustituciones” como

⁵¹ Cfr. Álvarez, José María, *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, I, Facsímil de la reimpresión mexicana de 1826, estudio preliminar, fuentes y bibliografía de J. M. García Laguarda y M. A. del Refugio González, México, 1982, pp. 71 y ss., que hace una severa crítica a la obra de Sala: “por el lenguaje peregrino y no nada bueno de que usa, pues a vueltas de mil voces anticuadas y ásperas presenta otras exóticas, por lo común latinas en su origen, y hasta en la estructura que les conserva”; Bravo Lira, *op. cit.*, nota 8, p. 329; García Gallo, *op. cit.*, nota 13, p. 195; Ramos Núñez, *op. cit.*, nota 40, p. 138.

⁵² Cfr. Álvarez, *op. cit.*, nota 51, pp. 81 y ss. El derecho nacional se circunscribía al dictado por el rey y por las autoridades indianas y locales.

⁵³ Ramos Núñez, *op. cit.*, nota 40, p. 140.

la ejemplar, la compendiosa y la brevilouqua; en el título XXIII queda recogida la sustitución fideicomisaria: “De los fideicomisos y de la cuarta Trebeliánica”; por último los títulos XXIV y XXV los dedica a los fideicomisos singulares y a los codicilos, respectivamente.

No llama la atención que Álvarez vuelva a explicar en su manual la clasificación de las sustituciones porque en las Partidas, sobre la base del *ius commune*, se reconocieron la vulgar, la pupilar y la ejemplar y, posteriormente, *el ius commune* construye sobre los textos romanos la compendiosa, la recíproca o brevilouqua y la fideicomisaria.

Para Álvarez la sustitución fideicomisaria pertenece, por lo tanto, al derecho indiano, y el fideicomiso consiste en aquella “orden intimada al heredero por palabras de ruego para que dé alguna cosa a otro” (P. 6.11.8). Si el fideicomiso es universal, porque a través de él se deja toda la herencia o una parte de ella, suele llamarse también herencia fideicomisaria. Por lo tanto, se identifica el fideicomiso universal con la herencia o sustitución fideicomisaria. En relación con las tres personas intervinientes en la sustitución, dice Álvarez que aquel al que se restituye la herencia o heredero fideicomisario, hablando con rigor “no es heredero, pues sólo recibe la herencia para entregarla a otro”. Esta afirmación se entiende para el caso en que el testador le pida al fideicomisario que él, a su vez, entregue a otro, también en todo o en parte, lo que recibió u otra cosa diferente. Pero podemos decir que aunque Álvarez diga que en rigor no es heredero, sí lo es de manera efectiva, y así lo explica un poco más adelante: el fiduciario, en premio de su trabajo y de la restitución de la herencia se queda con la *cuarta* parte “que se ha llamado cuarta Trebeliánica aún entre nosotros (P. 6.5.14), cuyo nombre tomó entre los romanos”; la parte restante debe ir al heredero fideicomisario. Apoyándose en las Partidas (P. 6.11.8), explica que a diferencia de lo que ocurre con la Falcidia, debe el heredero fiduciario “incluir en la Trebeliánica todo lo que el testador le haya legado y los frutos que percibió de la herencia mientras la tuvo en su poder, y si éstos equivalen a aquella, la restituirá entera al fideicomisario; más si no equivalen, puede detraer únicamente lo que falte para completar la cuarta”. Para el caso de que no se fijara un *dies certus* para la restitución, y a su vez el fiduciario fuera moroso en la entrega de la herencia, deberá restituir al fideicomisario todo lo que exceda de la *cuarta* parte. Como bien sabemos, en la sustitución fideicomisaria el fiduciario disfruta de los bienes gravados de restitución y hace suyos los frutos; además la restitución de los frutos por expresa previsión

del testador es regla clásica, como también lo es su restitución en caso de mora del fiduciario aunque el testador no haya indicado nada sobre su atribución.

Por último, con apoyo en la Nueva Recopilación,⁵⁴ enseña cuáles son aquellos casos en los que no se detrae la *cuarta* Trebeliánica: *a)* en el testamento del soldado; *b)* si el testador lo prohíbe; *c)* si el heredero, por ignorancia, entrega toda la herencia; *d)* si no se hizo inventario; *e)* cuando el fiduciario no quiera aceptar la herencia, sin necesidad de que el juez le compela a hacerlo, por sí mismo entrará en la herencia el fideicomisario.

Como hemos visto, la figura de la sustitución fideicomisaria formaba parte ya del derecho indiano y fue admitida como figura autónoma en el texto de las Instituciones de Álvarez, para conocimiento de los universitarios y abogados americanos.

V. A los pocos años de la Independencia del Perú (1821) comienzan los trabajos para la elaboración de los códigos, y el primero de ellos, el Código Civil de 1852, romanista pero elaborado bajo la influencia del Code napoléonico de 1804 regula las figuras de la sustitución pupilar, la vulgar y la ejemplar; deja de lado la compendiosa y la brevilouqua y prohíbe expresamente la sustitución fideicomisaria: “Se prohíbe a los testadores: 2o.) Instituir herederos fideicomisarios” (artículo 703, 2); también se considera nulo el legado hecho en fideicomiso, y aquellos que mueran habiendo instituido heredero fideicomisario se reputan muertos sin testamento, quedando la herencia para los herederos legales (artículos 705 y 733). Con la prohibición se pretendía evitar el abuso de las vinculaciones, con la finalidad expresa de que los bienes quedaran libres, evitando que las propiedades pasaran a una clase determinada o a unas pocas personas.

IV. CONCLUSIONES ACERCA DE LA EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO DE HERENCIA

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

⁵⁴ Rec. 5.4.1.

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*.

En el marco del *ius commune* se encuentran las tentativas de construcción dogmática del concepto de sustitución fideicomisaria, así como la elaboración de una terminología propia, y la sistematización del fideicomiso de herencia. En la literatura del *ius commune* se acepta claramente que en el derecho justiniano (I. 2.23.3 y 9) el fideicomiso universal está configurado de tal modo que el beneficiario prácticamente es un heredero, posterior al *heres* fiduciario.

En cuanto al derecho castellano (P. 6.5.1 y 14, P.6.11.8), no existe ninguna duda en cuanto al reconocimiento de la figura de la sustitución fideicomisaria.

Cuando los españoles llegan a América, en Europa todavía no se admite con claridad el fideicomiso como especie de sustitución. En el desarrollo posterior (Donelo, *mos italicus* tardío, etcétera) llegará a admitirse y esto se refleja en autores indios de la etapa final como Pedro Murillo Velarde, Juan Sala y José María Álvarez:

a) el concepto de sustitución fideicomisaria, en cuanto el testador encarga al heredero o al legatario la restitución de toda la herencia o una cuota parte de la misma, o de determinados bienes, al fideicomisario o segundo heredero, que recibirá lo dispuesto por el testador con independencia de que el fiduciario acepte o repudie la herencia. El derecho patrio admite la sustitución fideicomisaria, que se corresponde con la herencia fideicomisaria del derecho romano (I. 2.23); b) la obligación de restitución a cargo del heredero fiduciario puede ser inmediata, o limitarse temporalmente por medio del señalamiento de un plazo, o de la imposición de una condición suspensiva o resolutoria; c) el fideicomisario es considerado como un verdadero heredero, y cabe que sea nombrado un tercer heredero y así sucesivamente.

En el siglo XIX, en los diccionarios de Escriche y de García Calderón, sobre la base de las Partidas (P. 6.5.1), continúan mencionándose seis clases de sustitución: la vulgar, la pupilar, la ejemplar, la compendiosa, la recíproca y la fideicomisaria.

Con anterioridad al proceso codificador, la figura de la sustitución fideicomisaria llega al Perú a través de los juristas que recibieron el dere-

cho romano y castellano y estuvo vigente hasta la llegada de los códigos —principalmente como fideicomiso familiar— donde es abolida por su carácter antieconómico, al quedar inmovilizada la riqueza en el seno de una familia, o en personas determinadas. Otras vinculaciones de bienes tuvieron también vigencia, como las figuras del mayorazgo, los censos y capellanías y la herencia dejada al alma, pero con ciertas limitaciones impuestas por la Constitución de 1828 (artículo 160), al disponer la extinción de las mismas.