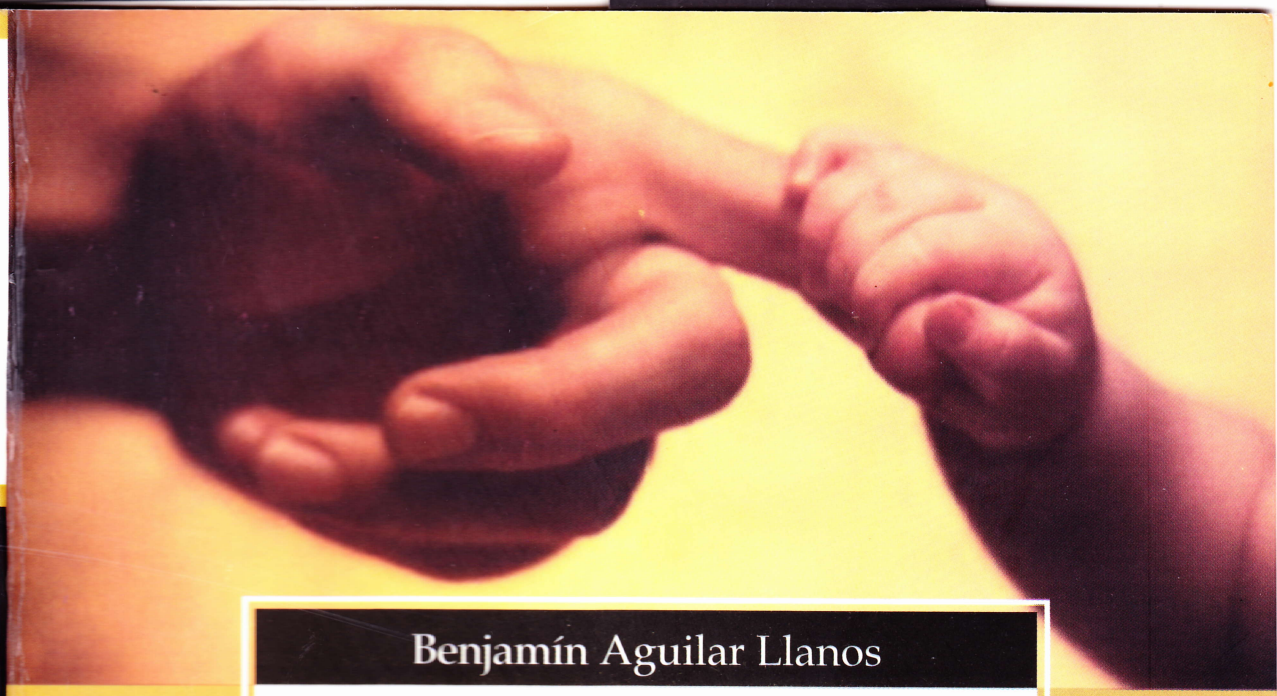
Benjamín Aguilar Llanos

DERECHO DE SUCESIONES

EDICIONES LEGALES



Benjamín Aguilar Llanos

DERECHO DE SUCESIONES

EDICIONES LEGALES

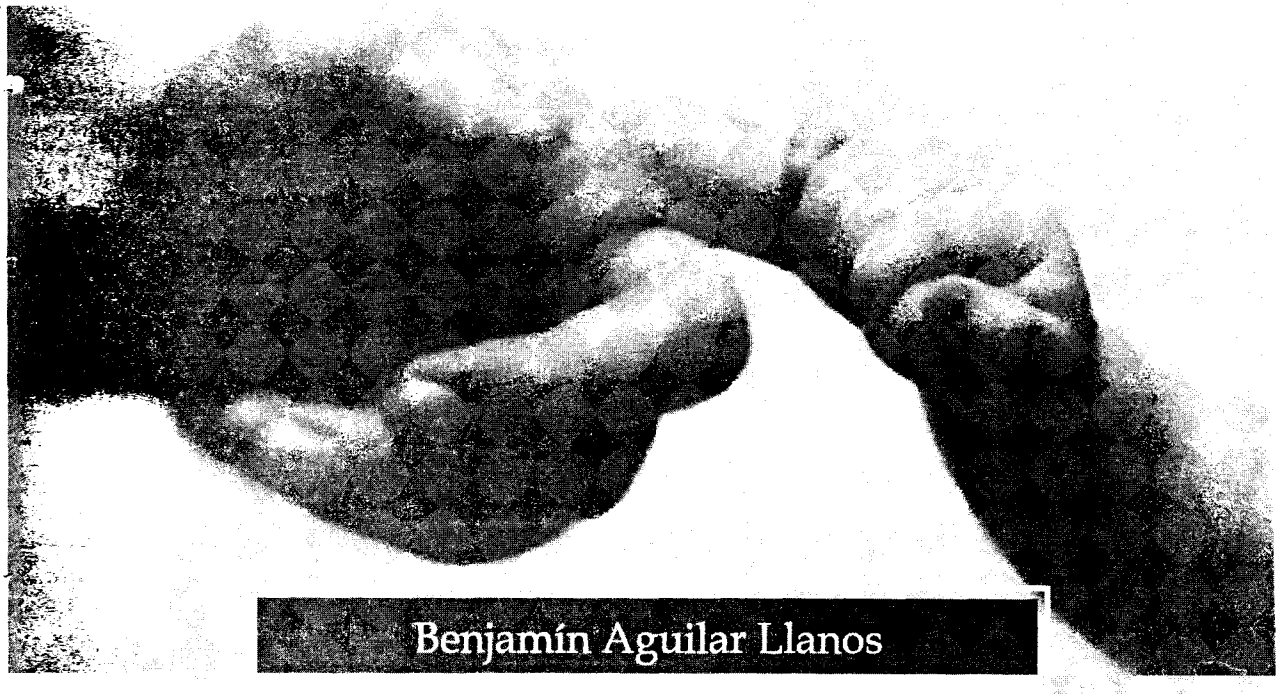
Benjamín Aguilar Llanos

Bachiller en Derecho por la PUCP (setiembre de 1971). Título profesional de conciliador extrajudicial (1999). Universidad Católica, Facultad de Trabajo Social (1981-1982). Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Catedrático de Derecho (desde 1985 hasta la actualidad). Catedrático de Derecho de Familia y Sucesiones . Academia de la Magistratura (2001). Educación Continua de la PUCP (1996- 2005). Centro de Conciliación de la PUCP (2000-2002). Universidad Católica, Trabajo Social, Curso de Especialización en Intervención Familiar Sistémica (1999-2000). UNIFE, Maestría de la Familia, organizado por el Colegio de Abogados de Lima (2002 - 2004). Además, es autor de la obra titulada: "La Familia en el Código Civil Peruano" (2008).

EDICIONES LEGALES

Pedidos: 426-2406
l: ventas@edicioneslegales.com.pe
b: www.edicioneslegales.com.pe

ISBN: 978-612-46012-2-4



Benjamín Aguilar Llanos

DERECHO DE SUCESIONES

EDICIONES LEGALES

DERECHO DE SUCESIONES

© BENJAMÍN AGUILAR LLANOS

© EDITORA Y DISTRIBUIDORA EDICIONES LEGALES E.I.R.L.
RUC: 20523085345
Jr. Azángaro 1075 of. 604 Lima - Perú
Teléfonos: (511) 426-2406
E-mail: ventas@edicioneslegales.com.pe
Web: www.edicioneslegales.com.pe

Diseño de portada: Enrique M. Tello Paravecino
Composición de interiores: Jaime A. Vela Valencia

Segunda edición: julio 2011
Tiraje: 300 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-07405
ISBN: 978-612-46012-2-4
Registro del Proyecto Editorial: 31501001101421

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin previa autorización escrita del autor y el editor.

Impresión:
Editorial San Marcos de Aníbal Jesús Paredes Galván
Av. Las Lomas N.° 1600 - S.J.L.
RUC 10090984344

Impreso en Perú / *Printed in Peru*

PRESENTACIÓN

A continuación del Libro III, referido a las relaciones familiares, se encuentra el Libro IV del Código Civil, llamado Derecho de Sucesiones, que alude al conjunto de normas que regulan el fenómeno de la herencia. No es coincidencia que el Libro de Sucesiones aparezca después del Libro de Familia, pues ello se debe a que el Derecho de Familia le sirve de sustento y explica la transmisión sucesoria de la persona que muere a favor de sus causahabientes, que generalmente son familiares del causante y, tratándose de la herencia legal, es natural que los sucesores sean familiares del causante.

Sin perjuicio de la estrecha relación que tiene el Libro de Sucesiones con el de Familia, también mantiene vínculos estrechos con otros libros del Código Civil. Así encontramos el Libro de Personas, con normas de gran utilidad para el fenómeno sucesorio, verbigracia, el concebido como sujeto de derecho y, por ende, sujeto del Derecho Sucesorio; la muerte como hecho jurídico relevante que abre el proceso sucesorio. También el Libro de Acto Jurídico con normas referidas a las formalidades de los actos jurídicos, de gran importancia en el testamento en tanto que éste es un acto jurídico; la ineficacia del acto jurídico con estricta aplicación en el caso de la invalidez del testamento. También el Libro de Contratos, donde encontramos normas sobre la prohibición de contratar sobre herencias futuras, las donaciones y sus implicancias en las sucesiones. En fin, el Derecho Sucesorio mantiene una serie de relaciones con otras ramas del Derecho, tales como las obligaciones, los derechos reales, el Derecho Internacional Privado, el Derecho Notarial, Procesal, etc.

La necesidad de regular el Derecho Sucesorio fundamentalmente la encontramos en una preocupación social, en función que la muerte es inevitable y, en consecuencia, se debe regular el tránsito del patrimonio del fallecido a favor de sus sucesores. Además, comparto la opinión de aquellos que, al fundamen-

tar la sucesión, señalan que un buen Derecho Sucesorio alienta la formación de la riqueza, en tanto que la persona forma su patrimonio generalmente no con fines egoístas o individualistas, sino para satisfacer necesidades personales, pero también para proteger a los suyos, tanto en vida como para después de su muerte. Sobre el particular nos preguntamos qué sucedería si no existiese el Derecho Sucesorio, si la persona al saber que después de su muerte su patrimonio no se transmitirá. Entonces, como dice Borda, se convertiría en un consumidor compulsivo, sin mayor incentivo para generar riqueza, en tanto que no podría favorecer a los suyos con los bienes que él formó no sólo para sí, sino también para beneficiar a sus seres queridos más allá de su propia muerte. Entonces el Derecho Sucesorio termina justificándose como una suerte de política económica para la sociedad, de allí la importancia de una correcta regulación.

INTRODUCCIÓN

La persona humana forma su patrimonio y lo hace, entre otros fines, con el propósito de atender sus requerimientos personales y los de su entorno familiar. Mientras permanece con vida se encuentra al frente de ese patrimonio, gobernándolo como mejor crea prudente, sin embargo, en algún momento la persona humana deja de existir y, en esa circunstancia, su patrimonio no puede quedar en una situación de incertidumbre, con el riesgo de que los bienes que integran ese patrimonio puedan ser apropiados por personas ajenas a él.

Entonces se hace necesario que el Derecho señale una vía para atender ese patrimonio que, por causa de la muerte, ha quedado sin titular. Ese camino constituye el conjunto de normas que regulan el proceso de transmisión de bienes, derechos y obligaciones del fallecido a favor de los que resulten sus causahabientes; cúmulo de normas conocidas como Derecho Sucesorio.

Sobre el particular, Archilles Clóvis Beviláqua, jurista brasilero, refería que el Derecho Hereditario es el complejo de los principios según los cuales se realiza la transmisión del patrimonio de alguien que deja de existir, y, en sentido subjetivo, es el poder adquirir la calidad de sucesor mortis causa y la facultad de aceptar o repudiar una herencia.

La forma como se llevará a cabo la transmisión del patrimonio hereditario puede darse por propia voluntad del causante, quien, si lo estima conveniente, en vida ordena su propia sucesión a través de un acto eminentemente formal llamado testamento, o puede realizarse en cumplimiento de lo que dice la ley, ante la ausencia de testamento y en los demás supuestos en que opere la sucesión legal.

Entonces son dos las vías establecidas que regulan la transmisión del patrimonio hereditario, por un lado la llamada sucesión voluntaria, conocida

como sucesión testamentaria, en tanto que la forma como aparece es por testamento, y la segunda es la sucesión legal o sucesión ab intestato (sucesión sin testamento).

Es conocido que en el Perú no se permiten los pactos sucesorios, llamados también sucesión contractual, más aún, existen normas que prohíben los pactos sucesorios.

Dentro de la sucesión testamentaria, que tiene preferencia sobre la legal, se permite al causante ordenar su propia sucesión, pero no en forma irrestricta, pues necesariamente tiene que cumplir con ciertas exigencias legales, como por ejemplo la convocatoria obligatoria de los herederos forzosos, cuyos derechos nacen no del causante sino de la ley, a quienes se les conoce también como sucesores legitimarios, los que, de no haber causas de inconducta, no se podrá prescindir de ellos.

Por otro lado, se permite al causante disponer de una cuota con absoluta libertad (salvo el caso del alimentista), sin embargo, si el causante no tuviera herederos forzosos o legitimarios, entonces el testador (causante) tiene absoluta libertad de testar y disponer de su patrimonio. En esta clase de sucesión, al faltar los herederos forzosos, es posible que el causante dé vida a los llamados herederos voluntarios y legatarios, éstos últimos pueden coexistir con los herederos forzosos, e incluso se permite la coexistencia de los herederos voluntarios con los legatarios.

En la sucesión testamentaria suscita atención el nombre que se da a los herederos que deben ser convocados por el testador, a quienes se les denomina legitimarios o herederos forzosos. Decimos que llama la atención, en tanto que el término forzoso puede crear confusión, pudiendo llevar a pensar que los herederos forzosos necesariamente deben aceptar la herencia, pero ello no es así, pues, como sabemos, el heredero lo es porque quiere serlo, no porque le imponen tal condición.

Entonces, debemos entender que lo forzoso se refiere al testador, quien, si tiene legitimarios, forzosamente debe considerarlos. Es también digno de mencionar que en nuestra legislación sólo se haya considerado como herederos forzosos a los descendientes, ascendientes y cónyuge del causante, y se ha dejado de lado a los hermanos, lo cual en algunos casos puede resultar conveniente y en otros termine siendo injusto.

En la sucesión legal tiene perfecta aplicación la frase quien no es pariente del causante no hereda; en efecto, el legislador ha considerado seis órdenes de

herederos legales. Todos ellos, excepto el cónyuge, son parientes del causante, habiéndose establecido este orden en función de las reglas del parentesco (conexión familiar existente entre dos o más personas unidas por vínculo de sangre o de ley). Así el Código Civil enumera los órdenes en base a la proximidad del parentesco con el causante y, como no podía de ser de otra manera, establece que el primer orden lo integran los descendientes del causante; el segundo, los ascendientes; el tercero, el cónyuge del causante, heredero preferencial en tanto concurre con el primer y segundo orden, y si no hubieran ninguno de los dos primeros órdenes, entonces la herencia le corresponde en su totalidad. En caso de no existir descendientes, ascendientes o cónyuge, entonces la herencia se desplaza hacia los costados, así se llama a los parientes colaterales del causante, y, dentro de ellos, el pariente más próximo en grado al causante (grado es la distancia o tránsito que existe entre dos parientes) excluye al más remoto. Por ello, el cuarto orden de herederos legales lo componen los parientes colaterales de segundo grado, es decir los hermanos del causante, y en defecto de ellos se llama a los parientes colaterales de tercer grado, esto es, los tíos y sobrinos del causante; por último, en defecto de los cinco primeros órdenes, se convoca a los parientes colaterales del cuarto grado, a saber: Los primos hermanos, los sobrinos nietos, y los tíos abuelos del causante. De no haber ninguno de los seis órdenes de herederos legales, la herencia corresponde al Estado, a través de las beneficencias públicas.

El Derecho Sucesorio no sólo nos señala cuando ocurre la sucesión (apertura de la sucesión), quiénes son los llamados a participar de esta herencia (vocación y delación sucesoria), las clases de sucesiones, qué se transmite (patrimonio hereditario); también regula en forma pormenorizada la participación de los sucesores (herederos y legatarios). Igualmente nos hace conocer cómo debe operar la división de los bienes entre los sucesores (partición) y, tratando de que haya equidad en la partición, pone énfasis en la obligación de los herederos forzosos que hubieren recibido una liberalidad con la calidad de anticipo de herencia, de devolver a la masa hereditaria el valor del bien recibido para reconstruir dicho patrimonio hereditario (colación). Nos da normas sobre la liquidación de la sucesión, a fin de cautelar los derechos de los acreedores de la sucesión.

Como sabemos, un patrimonio no sólo está integrado por el activo que lo constituyen los bienes y derechos, sino también por el pasivo, esto es, las obligaciones del titular del patrimonio, quien al fallecer transmite este patrimonio; pues bien, en cuanto al pasivo que lo integran las cargas y deudas de la herencia, éstas deben ser asumidas por los sucesores. Sobre el particular, resulta importante señalar la responsabilidad de los sucesores con respecto al pasivo que reciben; sin embargo, no resulta fácil tomar una posición al respecto, e incluso

a nivel doctrinal existen dos tesis contrapuestas: una que asume la responsabilidad limitada de los sucesores, la misma que recibe el nombre de responsabilidad intra vires hereditatis, y la otra que invoca la responsabilidad ilimitada o responsabilidad ultra vires hereditatis.

El presente texto pretende en forma didáctica y sencilla explicar el fenómeno sucesorio, así como aportar sugerencias para mejorar el tratamiento del Derecho Sucesorio, de allí que muchas veces nos encontraremos no sólo explicando los alcances de la norma, sino también criticando las mismas, aportando algunas vías de solución. Igualmente se tratarán los temas a la luz de la doctrina nacional e internacional; sin embargo el presente texto principalmente pretende ser una lectura sencilla del proceso hereditario y no necesariamente un tratado doctrinario de todas las instituciones sucesorias. Entonces se hará una interpretación de las normas dando un alcance general de éstas y de la forma como creemos deben ser entendidas; sin embargo ello no impedirá que en algunos temas, por la importancia de los mismos, nos detendremos en conceptos doctrinarios más que en otros.

Para la mejor comprensión de los temas a tratar, recurriremos a la jurisprudencia peruana a fin de conocer cómo nuestros jueces están aplicando el Derecho Sucesorio, lo que obviamente no nos limita para también dar una apreciación crítica de esos fallos, en el caso que tengamos que hacerlo.

ÍNDICE

Presentación 5
Introducción 7

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO I
CONCEPTOS BÁSICOS

1. Significado del término sucesión 27
2. Concepto de sucesión hereditaria 28
3. Derecho Sucesorio 29
4. El derecho Sucesorio y sus relaciones con otras ramas 29
5. Características de la sucesión hereditaria 33
6. Fundamento de la sucesión hereditaria 35
7. Elementos de la sucesión 39
8. Clases de sucesiones 40

TÍTULO II
APERTURA DE LA SUCESIÓN 49

1. La muerte como hecho determinante para la apertura de la sucesión.... 51
2. Muerte natural. Premorencia y conmorencia 51
3. Muerte presunta 53
4. Efectos de la apertura de la sucesión 55
5. Transmisibilidad de las obligaciones 56
6. Responsabilidad *intra vires hereditatis* y *ultra vires hereditatis* 57

TÍTULO III
CONDICIONES PARA HEREDAR

CAPÍTULO PRIMERO

1. Condiciones para heredar 63
2. Existencia, capacidad, dignidad y mejor derecho para suceder 63

CAPÍTULO SEGUNDO
La Indignidad 71

1. Diferencias de la indignidad con otras instituciones que, directa o indirectamente, aluden a la separación de una sucesión 72

2. Reseña histórica de la indignidad 73
3. Naturaleza jurídica 73
4 fundamentos 74
5 Estudio de las causales de indignidad 74
6. Efectos de la indignidad 78
7. Quiénes pueden promover la indignidad 81
8. Plazo para demandar 82
9. Perdón al indigno 82
10. Otros casos de exclusión de herencia que responden al criterio del legislador y que se ubican dentro del campo de las prohibiciones 83

TÍTULO IV
ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA 91

ACCIONES REALES EN EL DERECHO SUCESORIO

CAPÍTULO PRIMERO

1. Vocación sucesoria 95
2. Delación 95
3. Características de la aceptación y la renuncia 96
4. Quiénes pueden aceptar o renunciar la herencia 100
5. Forma de la aceptación y renuncia 101
6. Cómputo del plazo para renunciar a la herencia 104
7. Derechos del acreedor del sucesor renunciante 104

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Acciones reales en el derecho sucesorio 109
2. Acción petitoria de herencia 110
3. Acción reivindicatoria de bienes de la herencia 113
4. Naturaleza jurídica 115
5. Descripción legal de la acción reivindicatoria 115
6. Efectos de la buena o mala fe en el poseedor que enajena bienes hereditarios 117

TÍTULO V
REPRESENTACIÓN SUCESORIA 121

CAPÍTULO PRIMERO

1. Introducción 125
2. Naturaleza jurídica de la representación sucesoria 126
3. Representación sucesoria como institución autónoma 127
4. Fundamento de la institución 130

5. Definición de representación sucesoria 131
6. Condiciones para la representación sucesoria 132

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Representación sucesoria en línea recta descendente y colateral 139
2. No hay representación en línea recta ascendente 139
3. No hay representación sucesoria en el caso del cónyuge 140

CAPÍTULO TERCERO

1. Representación sucesoria en línea recta 145
2. Representación sucesoria con un solo hijo del causante. ¿es necesario para que proceda la representación que haya dos o más hijos del causante, lo que daría lugar a dos o más estirpes? 147
3. ¿La representación sucesoria requiere la concurrencia de representantes con un pariente más próximo en grado al causante que ellos o puede darse la representación sucesoria con descendientes del causante del mismo grado de parentesco? 149

CAPÍTULO CUARTO

1. Representación sucesoria colateral 157
2. Casos en que funciona la representación sucesoria colateral 157
3. En la representación colateral los sobrinos excluyen a los tíos 158
4. Exigencia para que proceda la representación 158

CAPÍTULO QUINTO

1. Efectos de la representación sucesoria 165
2. Representación sucesoria en la sucesión legal y testamentaria 167

SECCIÓN SEGUNDA
SUCESIÓN INTESTADA

TÍTULO I
ROL DE LA SUCESIÓN LEGAL 171

1. Razón de ser de los llamados a la sucesión legal 172
2. Qué parientes son los llamados a la sucesión 173
3. Ordenes hereditarios 173
4. Preferencia a heredar 174
5. Normas generales sobre la sucesión legal 174

6. Principales características del sistema sucesorio intestado 175
7. Casos en los que procede la sucesión legal 176

TÍTULO II
DE LOS SUCESORES LEGALES

CAPÍTULO PRIMERO

1. Sucesión de los descendientes 183
2. Sucesión de hijos del causante 183
3. Sucesión de otros descendientes 184

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Sucesión de los ascendientes 189
2. Sucesión de los padres 190
3. Sucesión de otros ascendientes 192

CAPÍTULO TERCERO

1. Sucesión del cónyuge 197
2. Cónyuge heredero de tercer orden 197
3. derecho sucesorio del cónyuge independiente a su derecho a gananciales 198
4. Cuota hereditaria del cónyuge solo o en concurrencia con descendientes o ascendientes del causante 198
5. Derecho de usufructo del cónyuge respecto de la tercera parte de la herencia 199
6. En qué casos el cónyuge no es heredero 202
7. Derecho sucesorio del cónyuge putativo 204

CAPÍTULO CUARTO

1. Sucesión de parientes colaterales 209
2. Sucesión de los hermanos del causante 209
3. Sucesión de los tíos y sobrinos del causante 211
4. Sucesión de los primos hermanos, tíos abuelos y sobrinos nietos del causante 211

CAPÍTULO QUINTO

1. Sucesión del estado 215
2. ¿Es el estado un sucesor?, ¿con qué título hace suyo el patrimonio del causante? 216

SECCIÓN TERCERA
LA LEGÍTIMA

TÍTULO I
NOCIONES GENERALES SOBRE LA LEGÍTIMA

1. Introducción 221
2. Concepto 224
3. Naturaleza jurídica de la legítima 225
4. Cómo se llegan a establecer las cuotas legitimarias 225
5. La legítima no puede ser afectada por ningún acto jurídico 227
6. Los legitimarios 228
7. Cuotas legitimarias de los herederos forzosos 229

TÍTULO II
LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES

233

TÍTULO III
LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES

237

TÍTULO IV
LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE Y EL DERECHO DE HABITACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

1. La legítima del cónyuge 241
2. Cuota legitimaria 243

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Derecho de habitación del cónyuge supérstite 247
2. Análisis de las normas sobre el derecho de habitación del cónyuge supérstite 249
3. Facultad o potestad de ejercer el derecho de habitación 250
4. Derecho de habitación recae sobre diferencia existente entre el valor del inmueble y la suma de gananciales más cuota hereditaria 251
5. Derecho de habitación suspende el derecho de partición de los demás herederos con respecto al bien, materia de la habitación 251
6. Derecho de habitación afecta cuota de libre disposición y, si fuera necesario, la legítima de los forzosos 252
7. Derecho de habitación no recae sobre otros bienes que integran la masa hereditaria 253
8. Posibilidad de dar en arriendo el inmueble afecto al derecho de habitación 254

9. Derecho de habitación tiene la condición legal de patrimonio familiar 255
10. Extinción del derecho de habitación 255
11. Intangibilidad del derecho de habitación 256
12. Esencia o sustantividad del derecho de habitación 257
13. Requisitos para ejercer el derecho 259
14. Solicitud para ejercer el derecho de habitación y su inscripción 261

TÍTULO V
CUOTA DE LIBRE DISPOSICIÓN 265

1. Cuota de libre disposición ante la existencia de cónyuge supérstite o descendientes del causante 266
2. Cuota de libre disposición ante la existencia solo de ascendientes 266
3. Patrimonio hereditario de libre disposición 266
4. Afectación de la cuota de libre disposición 267

TÍTULO VI
DESHEREDACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

1. Introducción 273
2. Diferencias entre la desheredación e indignidad 274
3. Requisitos de la desheredación 275

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Causales de desheredación 279
2. Causales de desheredación de los descendientes 279
3. Causales de desheredación de los ascendientes 281
4. Causales de desheredación del cónyuge 283

CAPÍTULO TERCERO

1. Efectos de la desheredación 287
2. Contradicción de la desheredación 289
3. Acción para justificar la desheredación 290
4. Revocación de la desheredación 290

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA 295

TÍTULO I
TESTAMENTO 299

1. Características de los testamentos 300
2. Acto jurídico 300
3. Testamento como acto individual 304
4. Testamento como acto personalísimo 304
5. Testamento como acto unilateral 305
6. Testamento como acto solemne 305
7. Testamento como expresión de última voluntad 306
8. El testamento es revocable 306
9. Testamento como acto mortis causa 307
10. Testamento como acto gratuito 307
11. El testamento no necesariamente tiene un contenido patrimonial 308
12. Testamento como título traslativo de dominio 309
13. Capacidad del testador 309
14. Quienes no pueden testar 310
15. ¿Cómo testan los analfabetos, ciegos y mudos? 315
16. El notario no puede intervenir en los testamentos otorgados por sus parientes 316
17. Testigos testamentarios 317

TÍTULO II
CLASES DE TESTAMENTO 323

CAPÍTULO PRIMERO

1. Testamento por escritura pública 329
2. Formalidades 329
3. Eficacia jurídica 331
4. Apreciación 332

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Testamento cerrado 335
2. Formalidades 335
3. Eficacia jurídica 337
4. Normas procesales para la apertura y protocolización del testamento cerrado 338
5. Apreciación 339

CAPÍTULO TERCERO

1. Testamento ológrafo 343
2. Formalidades. 343

3. Eficacia jurídica 345
4. Apreciación 347

CAPÍTULO CUARTO

1. Testamentos especiales 351
2. Testamento militar 352
3. Qué personas pueden otorgar este testamento 352
4. Ante quién se otorga 352
5. Se puede otorgar solo en estado de guerra 352
6. Requisitos formales 353
7. Trámites a los que está sujeto el testamento militar 353
8. Caducidad 354
9. Comprobación judicial y protocolización notarial 354
10. Testamento marítimo 354
11. Definición y quiénes pueden otorgarlo 354
12. Formalidades 355
13. Caducidad 356
14. Comprobación judicial y protocolización notarial 356
15. Testamentos en naves aéreas 356
16. Sucesión internacional 357
17. Posibilidad de conflictos entre la ley peruana y la ley extranjera 358
18. Competencia de los jueces peruanos 359

TÍTULO III
HEREDEROS Y LEGATARIOS

363

CAPÍTULO PRIMERO

1. Heredero 367
2. Características de la institución de heredero 368
3. Universalidad 368
4. Herederos testamentarios que pueden instituirse 370
5. Herederos forzosos 370
6. Herederos voluntarios 371
7. Formalidades para el llamado de los herederos 373

CAPÍTULO SEGUNDO

1. El legatario 377
2. Diferencias entre el heredero y el legatario 377
3. Características de la institución de legatario. Título particular 378
4. Legado y los límites legales 379
5. Se pueden establecer modalidades al llamado del legatario 379

6. Testador que no dispone de todos sus bienes en legados 380
7. Confusión en el llamado de los sucesores 380

CAPÍTULO TERCERO

1. La sustitución 385
2. Casos en que funciona la sustitución 387
3. ¿El sustituto debe cumplir condiciones impuestas al primer convocado? 387

TÍTULO IV
DERECHO DE ACRECENCIA 391

1. Acrecencia a la luz del Código Civil 393
2. Derecho de acrecer no tiene lugar cuando del testamento resulta una voluntad diversa del testador 394
3. Derecho de acrecer de los legatarios 395

TÍTULO V
DONACIONES Y SUS REPERCUSIONES EN LA HERENCIA 399

1. Nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento 400
2. Donaciones que exceden la porción disponible 402
3. Revocación de la donación 402

TÍTULO VI
LOS LEGADOS

1. Consideraciones previas a la forma de presentación de los legados 407
2. Clases de legados 409
3. Legado de crédito 409
4. Legado de liberación de deuda 410
5. Legado caritativo 411
6. Legado de dinero 412
7. Legado de alimentos 412
8. Legado remuneratorio 413
9. Legado de predio 414

TÍTULO VII
MOMENTO DE ADQUISICIÓN DEL LEGADO

1. Adquisición del legado no sujeto a modalidad 417
2. Adquisición del legado sujeto a modalidad 418

3. Legado sujeto a condición 418
4. Legado sujeto a plazo 419
5. Legado con cargo 419
6. Reducción del legado 419
7. Prelegado 420
8. Cuarta falcidia 421

TÍTULO VIII
EL ALBACEAZGO 425

1. El albacea representa al testador, ¿es su mandatario, o es un cargo creado por la ley? 426
2. Notas típicas de la institución 426
3. Singularidad o pluralidad de albaceas 427
4. Responsabilidad solidaria de los albaceas 428
5. Facultades y deberes del albacea 428
6. ¿El albacea es personero de la sucesión? 430
7. Albaceas deberán informar los avances de su gestión, y a la finalización del mismo 431
8. Albacea dativo 432
9. Fin del albaceazgo 432

TÍTULO IX
INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS 437

CAPÍTULO PRIMERO

1. Revocación del testamento 441
2. Disposiciones legales sobre la revocación 442
3. Cláusula irrevocable 442
4. Clases de revocación 443
5. Revocación total y expresa 444
6. Revocación parcial y expresa 444
7. Revocación total y tácita del testamento 445
8. Revocación tácita y parcial del testamento 445
9. Revocación tácita del testamento cerrado 445
10. Revocación tácita del testamento ológrafo 446
11. Retractación de la revocación 446

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Caducidad del testamento 451
2. Caducidad total y parcial 452
3. Caducidad total de los testamentos 452
4. Caducidad parcial de los testamentos. 452

5. Caducidad de la institución de heredero 453
6. Preterición como forma de caducidad 454
7. Reducción de disposiciones testamentarias que afectan legítima 455
8. Caducidad del legado 456

CAPÍTULO TERCERO
Invalidez de los Testamentos 461

1. Nulidad absoluta de los testamentos 463
2. El testamento es nulo cuando le falta la manifestación de voluntad del testador 463
3. Cuando sea celebrado por persona absolutamente incapaz 464
4. Cuando el objeto es indeterminable física o jurídicamente imposible 465
5. Cuando el fin sea ilícito 465
6. Cuando adolezca de simulación absoluta 465
7. Cuando no cumple la formalidad legal 465
8. Cuando es contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres 467
9. El testamento es nulo cuando la ley lo declara expresamente 467

CAPÍTULO CUARTO

1. El testamento es anulable por incapacidad relativa del agente 471
2. Es anulable el testamento obtenido por violencia, intimidación o el dolo, y también lo serán las disposiciones testamentarias debidas a error esencial de hecho o de derecho del testador, cuando el error aparece en el testamento y es el único motivo que ha determinado al testador a disponer 472
3. Error por falsa causa 474
4. Es anulable el testamento cuando la ley lo declare como tal 474

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

INTRODUCCIÓN
La herencia 479

TÍTULO I
ANTICIPO DE HERENCIA 485

1. Definición del anticipo de herencia 486
2. Naturaleza jurídica del anticipo de herencia 486
3. Revocación del anticipo 488

TÍTULO II
COLACIÓN 491

CAPÍTULO PRIMERO

1. Historia de la colación 495
2. Concepto de la colación 496
3. Fundamento de la colación 497
4. Naturaleza jurídica 498
5. Requisitos para que proceda la colación 499

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Personas obligadas a colacionar 503
2. Colación por representación 504
3. Colación del indigno y desheredado 505
4. Colación del renunciante 508
5. Beneficiarios de la colación 508

CAPÍTULO TERCERO

1. ¿Qué actos jurídicos comprenden las liberalidades sujetas a colación? 515
2. Dispensa de colación 516
3. Modos de hacer la dispensa 517

CAPÍTULO CUARTO

1. Formas de colacionar 521
2. Colación en especie 522
3. Colación por imputación 523
4. Colación de dinero, crédito o títulos valores 524
5. Valor colacionable 525
6. Bienes no colacionables 526

TÍTULO III
INDIVISIÓN DE LA HERENCIA 533

CAPÍTULO PRIMERO

1. La comunidad hereditaria como resultado de la indivisión 537
2. Tratamiento legal sobre la indivisión 537

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Clases de indivisiones 541
2. La indivisión forzosa 541
3. La indivisión voluntaria 542
4. Indivisión voluntaria establecida por el testador 543
5. Indivisión voluntaria establecida por los sucesores 543
6. Indivisión como consecuencia de sometimiento a proceso concursal 544
7. Administración y efectos frente a terceros cuando la herencia permanece indivisa 544
8. Reglas aplicables durante la indivisión 544

TÍTULO IV
PARTICIÓN

549

CAPÍTULO PRIMERO

1. Concepto de partición 553
2. Partición pone fin a la comunidad hereditaria 553
3. Partición es una permuta 554

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Clases de partición 557
2. Partición testamentaria 557
3. Partición extrajudicial 558
4. Partición judicial 558

CAPÍTULO TERCERO

1. Si dentro de los sucesores hay un concebido 563
2. Suspensión de partición por acuerdo de sucesores 564
3. Suspensión por sometimiento a procedimiento concursal 564

CAPÍTULO CUARTO

1. Normas que regulan la ejecución de la partición 567
2. Nulidad de la partición 569
3. Saneamiento por evicción en la partición 570
4. ¿Lesión en la partición? 571

TÍTULO V
CARGAS Y DEUDAS DE LA HERENCIA 575

CAPÍTULO PRIMERO

1. Cargas de la herencia 579
2. Gastos de funeral, y en su caso, los de incineración, que se pagan preferentemente 579
3. Gastos de la última enfermedad del causante 580
4. Gastos de administración 580
5. Gastos de alimentación a favor de personas que hayan vivido en casa del causante 580

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Deudas de la herencia 583
2. Preferencia de los acreedores del causante 584
3. El heredero puede pedir que antes de la partición se paguen deudas 584
4. El pago a favor del hijo alimentista es deuda alimentaria 584
5. El acreedor de la herencia puede oponerse a la partición 585
6. Partición se reputa no hecha 586
7. Heredero que paga deuda de la herencia 586
8. El legatario no asume deudas de la herencia 586
9. Heredero o legatario acreedor del causante 587

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía 591

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO I
CONCEPTOS BÁSICOS

TÍTULO I

CONCEPTOS BÁSICOS

1. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO SUCESIÓN

El Derecho Sucesorio está referido al ingreso de una persona en el lugar de otra que acaba de fallecer, tomando la posición jurídica que a ésta correspondía. En términos generales ese sería el significado del término "suceder" en el ámbito jurídico. Sin embargo, importa esclarecer en sentido amplio el término sucesión, el cual proviene del verbo latino succedere y del correspondiente sustantivo succesio, que en su sentido gramatical significa entrar una persona en lugar de otra, o una cosa en lugar de otra.

En el lenguaje jurídico el término sucesión expresa una situación jurídica a través de la cual una persona reemplaza o sustituye a otra para recibir las obligaciones y derechos, en todo o en parte.

Rómulo Lanatta, en opinión que comparte Jorge Eugenio Castañeda, señala que el término sucesión tiene dos acepciones, una genérica, según la cual se denomina sucesión a toda transmisión patrimonial, tanto inter vivos (los casos del comprador que sucede al vendedor, el cesionario al cedente, el donatario al donante) como mortis causa, y otra acepción restringida y específica y que alude solo a la transmisión mortis causa.

En este mismo orden de ideas, Messineo refiere que la sucesión por causa de muerte sería una subespecie del instituto de la sucesión en general, por la cual entra en lugar del fallecido otro u otros, permaneciendo inalteradas, objetivamente, las relaciones que tenían por titular al sujeto originario.

Sobre el particular, Planiol no acepta este doble significado, pues señala que la sucesión es la transmisión del patrimonio de una persona a una o más personas vivas por causa de fallecimiento, tesis que compartimos y que tácitamente también termina siendo aceptada por nuestros legisladores.

Como ya lo tenemos expresado, mayoritariamente se acepta el término sucesión en sentido restringido, refiriéndolo a la transmisión patrimonial mortis causa y así podemos definirla como la transmisión de bienes, derechos y obligaciones de una persona muerta a sus causahabientes, definición que coincide con Lanatta cuando señala que suceder es entrar una persona en lugar de otra que fallece, para recibir derechos y obligaciones o una parte de estos.

El Código Civil de 1936 utilizó el término sucesiones para referirse exclusivamente a la sucesión mortis causa, al igual que el vigente Código Civil de 1984, el mismo que en su artículo 660 nos da una idea de lo que entienden los legisladores como sucesión, y así señalan que se trata de la transmisión de bienes, derechos y obligaciones de una persona a causa de su muerte, a favor de sus sucesores o causahabientes.

Cuestión a resolver, y que veremos más adelante, es si la sucesión se da en la persona del causante como una suerte de sustitución de la personalidad del difunto, la cual se considera inmanente y perdurable en el heredero, o si la sucesión, como creemos, se da en los bienes del difunto como transmisión del patrimonio de una persona que muere, a una o varias personas que le sobreviven.

2. CONCEPTO DE SUCESIÓN HEREDITARIA

Tal como ya se ha señalado, Clóvis Bevilácqua la concibe como un conjunto de principios según los cuales se realiza la transmisión del patrimonio hereditario de alguien que deja de existir. Para Salvador Fornieles, la sucesión hereditaria es la transmisión del patrimonio de una persona que muere a una o varias personas que le sobreviven. Más breve es el concepto de Lanatta, al señalar que es la transmisión patrimonial a causa de muerte.

Del concepto de estos autores sobre la sucesión hereditaria encontramos un denominador común, esto es, la transmisión patrimonial; sin embargo, como lo haremos notar más adelante, no todo lo que integra el patrimonio se transmite, por ejemplo las obligaciones personalísimas.

Sin desconocer aquello, diremos que la sucesión hereditaria es la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de una persona fallecida, a favor de los que resulten ser sus sucesores.

En efecto, se trata de una transmisión, pues esos bienes, derechos y obligaciones del causante pasan a sus herederos, los cuales se convierten en los nuevos titulares de ello. Obsérvese que al morir el causante deja de ser persona y, por lo tanto, ese patrimonio no queda sin titular, pues desde el mismo momento de la muerte se traslada a los que resulten ser sus causahabientes.

3. DERECHO SUCESORIO

Si la sucesión es la transmisión de un patrimonio a otro por causa de muerte, cabe ahora entrar a establecer las reglas sobre cómo opera esa transmisión. Al conjunto de normas que atienden esta transmisión patrimonial por causa de muerte se le llama Derecho Sucesorio, ciencia jurídica que se ocupa de regular el fenómeno desde el momento mismo en que ocurre el deceso de la persona, pues aquí se abre la sucesión, para luego establecer la convocatoria de los sucesores, que puede ser por voluntad del causante o de la ley. Posteriormente fija reglas sobre la aceptación o renuncia del sucesor; la liquidación de la masa hereditaria, que supone la reconstrucción del patrimonio para los efectos de la colación si fuere el caso; la partición del patrimonio entre los sucesores. La regulación comprende también la voluntad testamentaria, el testamento en sus diversas formas, la calidad de los herederos y legatarios, los legados, entre otros temas.

Consideramos, al igual que Bettini, que el Derecho Sucesorio, cuando está convenientemente regulado, beneficia a la sociedad, pues la posibilidad que tienen los individuos de transmitir sus bienes los incita poderosamente al trabajo y al ahorro, produciendo y aumentando la riqueza, pues saben que su patrimonio los va a trascender; patrimonio que después de muerto su titular seguirá beneficiando a sus familiares. El Derecho Sucesorio es así un factor de progreso económico; sin otro, como ya lo ha señalado Guillermo Borda, desaparecería el estímulo necesario de la vida económica y comprometería la riqueza pública porque, satisfechas las necesidades propias, nadie tendría interés alguno en el trabajo, con la consiguiente disminución de la producción.

4. EL DERECHO SUCESORIO Y SUS RELACIONES CON OTRAS RAMAS

Si bien es cierto que el Derecho Sucesorio goza de características propias que le dan autonomía como disciplina jurídica, también lo es que mantiene estrecha relación con otras ramas del Derecho. Veamos algunas de estas:

- **Derecho de personas**. Los herederos de una persona, para ser tales, deben sobrevivir al causante. Dentro de estos herederos no sólo consideramos a los nacidos, sino también hay que tener presente al concebido.

Sobre el particular, el artículo 1 del Código Civil nos señala que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorezca. En seguida el artículo 2, en una suerte de precepto procesal, faculta a la madre para que, en vía de proceso anticipado, solicite la comprobación de su estado de gestación o del parto. Como es natural, ello en función de expectativas hereditarias. Pero lo que es más importante y que regula el derecho de personas, es la muerte, como hecho jurídico relevante.

Pues bien, el fallecimiento de una persona es trascendente para el Derecho Sucesorio, pues con la muerte se inicia el proceso hereditario, o como se suele decir, se apertura la sucesión de una persona. Incluso la ausencia, regulada en este Libro de Personas, también tiene implicancias sucesorias en tanto que los bienes del ausente se transmiten provisionalmente a los que resulten ser sus herederos forzosos.

Otras normas del Libro de Personas también tienen repercusión en el derecho hereditario, como el domicilio para el caso de la competencia. En este caso el último domicilio del causante.

- **Derecho de familia.** Como sabemos las relaciones familiares son reguladas por esta disciplina, la que nos informa sobre el parentesco, que no es otra cosa que la conexión familiar que existe entre dos o más personas, unidas por vínculos consanguíneos o legales.

  Ahora bien, como ya lo hemos señalado, la herencia se da principalmente entre parientes. En efecto tratándose de sucesión legal, el que no es pariente del causante no hereda (se incluye al cónyuge que no es pariente del causante, pero sí familiar del mismo) y dentro de los parientes, la línea recta excluye a la colateral; y dentro de la línea recta, los descendientes excluyen a los ascendientes. En lo que se refiere a las líneas del parentesco, el pariente más próximo en grado al causante excluye al más remoto (salvo el caso de la línea recta, gracias a la figura de la representación sucesoria); y en la sucesión testamentaria, la institución de la legítima opera sobre la base de los herederos forzosos, que lo son los descendientes y ascendientes del causante, y el cónyuge, que si bien, como ya lo hemos referido, no es pariente del causante, pero su derecho hereditario nace a propósito del matrimonio, institución que es fuente de derechos y obligaciones, y dentro de ellos es fuente de herencia.

  En cuanto a la desheredación de un heredero forzoso, encontramos las causales referidas a la suspensión de la patria potestad, la negativa a

dar alimentos y la separación legal por causa imputable a uno de los cónyuges, situaciones éstas debidamente reguladas en el Derecho de Familia. Otras normas de Derecho de familia con implicancias sucesorias, las encontramos en el derecho preferencial del cónyuge sobreviviente para adjudicarse la casa conyugal, pudiendo derivarse de ello el derecho de habitación del cónyuge supérstite y la presencia del hijo alimentista, afectando la cuota de libre disposición del causante, entre otros.

- **Derechos reales.** La sucesión es un modo de adquirir propiedad en tanto que el titular de los bienes al morir deja de serlo y sus herederos se convierten en nuevos propietarios de esos bienes.

  Normas del Derecho Real aplicable al Derecho Sucesorio las encontramos en la regulación de la copropiedad que se aplica a la sucesión indivisa. Así mismo, las normas de la partición igualmente son de aplicación a la división y partición de la comunidad hereditaria.

- **Derecho de contratos.** Hemos adelantado que nuestro sistema legal no permite la sucesión contractual, más aún la prohíbe, de allí las normas referidas a señalar que es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora, y la prohibición de contratar sobre herencias futuras. Sin embargo, consideramos de mayor trascendencia las normas referidas a las donaciones con implicancias sucesorias. Así, nos dice el legislador que nadie puede dar por vía de donación más allá de lo que puede dar por testamento, ello en clara defensa de la legítima, estipulando que es inválido el exceso de las donaciones que excedan la cuota disponible.

- **Derecho de obligaciones.** Recordemos sobre el particular que la sucesión no sólo está referida a la transmisión de bienes y derechos, sino que igualmente se transmiten las obligaciones del causante.

  En cuanto al pago de estas obligaciones, si bien es cierto que las normas de sucesiones regulan ello, no deja de ser menos cierto que están complementadas con las normas del pago, e incluso se regula la situación del heredero insolvente. Por otro lado, también puede ser parte de lo que se transmite como derechos creditorios, los mismos que serán realizados ahora por los sucesores.

- **Acto Jurídico**. Una de las formas como aparece la sucesión es la vía testamentaria. Pues bien, el testamento es un acto jurídico eminente-

mente formal, y sus disposiciones, contenidas en el libro de acto jurídico, terminan siendo aplicables a la sucesión testamentaria, sin perjuicio del artículo 689 del Código Civil, referido a que las modalidades del acto jurídico se aplican a la sucesión testamentaria y se tienen por no puestas las condiciones y cargos contrarios a la normas imperativas de la ley. Otras normas de acto jurídico también son de interés para el Derecho Sucesorio, tales como las causales de invalidez del acto jurídico.

- **Derecho internacional privado.** La apertura de la sucesión puede generar conflictos entre la ley peruana y la ley extranjera, cuando se trata de sucesiones abiertas en el extranjero que tienen herederos peruanos o extranjeros domiciliados en el país, o bienes en el territorio nacional, o cuando se trata de herencias abiertas en el Perú cuyos causahabientes son extranjeros residentes fuera del país, o cuando los bienes están ubicados en el exterior.

  Como dice Delia Revoredo, el lugar donde se ubican los bienes, el domicilio de los herederos y el domicilio del causante son elementos suficientes para internacionalizar la sucesión, bastando que al menos uno de ellos se produzca en el extranjero. Pues bien, a dilucidar en gran parte estos problemas netamente sucesorios acude el Derecho Internacional Privado.

Otras ramas del Derecho también guardan conexión con el Derecho Sucesorio, tales como el Derecho Procesal Civil, que nos da pautas sobre la competencia de los jueces en asuntos de sucesiones, guiándose por el último domicilio del causante, nos señala el camino para una sucesión intestada, o la apertura y comprobación de testamentos cerrados, ológrafos, aéreos, y los testamentos especiales como el militar y el marítimo.

Otro tanto ocurre con el Derecho Notarial, donde se fijan normas sobre la facción de los testamentos públicos y cerrados, así como la apertura de los cerrados, en tanto que, según la ley notarial, los notarios gozan de competencia para conocer la apertura de los testamentos cerrados, pero no el de los ológrafos, que requieren necesariamente de un proceso judicial. También tienen competencia para conocer las sucesiones intestadas.

El Derecho Registral, donde consta el otorgamiento de los testamentos por escritura pública y cerrados, y luego la ampliación de los mismos, una vez fallecido el testador. Otras ramas del derecho también guardan relación con el fenómeno sucesorio, sin embargo creemos que a guisa de ejemplo es suficiente la mención que hemos hecho.

5. CARACTERÍSTICAS DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA

Si bien es cierto que el Derecho Sucesorio es una ciencia jurídica autónoma, con características propias, también lo es que participa de ciertos elementos pertenecientes a otras disciplinas jurídicas. Sin embargo, ello no es óbice para determinar que el Derecho Sucesorio es una rama del Derecho independiente de otras disciplinas jurídicas. Veamos algunas notas que se encuentran en el fenómeno sucesorio:

a) La sucesión hereditaria participa de las características del derecho real y obligacional. En efecto, en cuanto al derecho real, como ya lo hemos mencionado, la sucesión implica una forma de adquirir propiedad, en tanto que desde la muerte del causante se transmiten sus bienes y derechos a favor de los sucesores, los mismos que ahora resultan nuevos propietarios. En tal virtud la sucesión constituye un título y puede oponerse a cualquiera (erga omnes), pues, como dice Lanatta, el titular del derecho sucesorio goza del derecho de persecución, lo que implica no sólo oponerlo a cualquiera, sino recuperar los bienes de la herencia de cualquiera que tenga el bien o bienes. De allí las acciones de petición de herencia y de reivindicación hereditaria.
   Sin embargo que el derecho hereditario sea una forma de adquirir el dominio, es sólo uno de los posibles efectos de la herencia, ya que esta puede ser deficitaria y, por lo tanto, no se adquiriría nada.
   La sucesión como modo de adquirir fue tratada por el Código Civil de 1852, el de 1936 y el vigente Código Civil de 1984.
   En lo que se refiere a las características del derecho obligacional, como dice Messineo, las normas sobre las relaciones obligatorias entran en aplicación cada vez que el causante sea deudor o acreedor de alguien: entonces los sucesores, al entrar en lugar del causante, pueden recibir acreencias o deudas.

b) La sucesión constituye un modo derivado de adquirir propiedad, implicando ello adquirir derechos, bienes (y, como lo hemos referido, también obligaciones) derivados del patrimonio del de cujus. En otras palabras, el sucesor se convierte en propietario de los bienes del causante, en atención a que la muerte del causante tiene como efecto que sus bienes y derechos se transmitan ahora a favor del sucesor.

c) La sucesión es un modo de adquirir a título gratuito, lo cual significa que los sucesores adquieren pura y simplemente sin contraprestación a cargo de los sucesores. Esta característica no se ve enervada con la circunstancia que los sucesores asuman las obligaciones del causante y,

por tanto, tienen el deber de pagarlas, siempre dentro de los límites del patrimonio hereditario.

d) Se trata de una sucesión mortis causa, esto es, opera a propósito de la muerte del causante. Desde ese momento se transmite a sus sucesores los bienes, derechos y obligaciones. Resulta ocioso señalar que en vida del causante no entran a tallar las normas de la sucesión, en tanto que ésta opera exclusivamente con el deceso del causante. Al respecto es ilustrativa la regla latina viventis nulla est hereditas, no hay sucesión de persona viva.

e) La sucesión se da en los bienes del difunto y no en la persona del difunto. Ripert y Boulanger señalaban que los derechos y obligaciones transmitidos no cambiaban de titular, pues el heredero que entraba en posesión de la herencia continuaba la persona del difunto, tesis era explicable en una época en que las deudas y créditos del difunto eran, en principio, intransmisibles.

La idea de la continuación de la persona vino a satisfacer así una necesidad jurídica, pues se buscaba mantener los vínculos obligatorios engendrados por el causante, los que no podían ser rotos por la muerte de éste.

Esta teoría tiene su origen en el Derecho romano y constituye una ficción para negar la muerte del causante desde el punto de vista jurídico y de esta forma prolongar su existencia a través de sus herederos, pues el causante y sus herederos son considerados como una misma persona. Sobre el particular, el efecto inmediato de esta tesis es la confusión de patrimonios del causante y los sucesores, con la consiguiente responsabilidad ilimitada de estos últimos (responsabilidad ultra vires hereditatis).

Creemos que esta teoría no es satisfactoria, pues parte de una ficción que la hace irreal. Lo cierto es que la muerte de la persona extingue la personalidad y, en esa medida, al fallecer el causante deja de ser persona. Lo único que le sobrevive es su patrimonio, pero no como idea, sino como algo concreto, esto es, los elementos que integran ese patrimonio. Es este patrimonio el que se transmite, por lo tanto, no es que el causante y sus sucesores sean una misma persona, pues ello no resiste el menor análisis crítico.

Además el sucesor no sólo tiene derechos derivados de la sucesión, sino que tiene otros derechos propios que nacen en cabeza del sucesor, así, por ejemplo, la colación, la delación, son derechos originarios del heredero y no derivados; entonces la sucesión no se da en la persona del causante, más bien lo razonable es que esta sucesión se dé en los bienes del causante.

La tesis según la cual la sucesión se da en los bienes del causante responde a la teoría germana, quienes no conocieron la propiedad exclusiva y trabajaron más bien una suerte de propiedad familiar. El jefe de familia administraba esos bienes y a su muerte el heredero adquiría los bienes en mérito de esa copropiedad familiar, de modo que los sucesores pagaban las deudas hasta donde alcanzaban los bienes, y el remanente era para ellos. Se desprende de esta teoría la responsabilidad limitada de los sucesores (responsabilidad intra vires hereditatis), lo que resultaba equitativo, pues, en caso contrario, el causante, después de muerto, daría más a sus acreedores de lo que podía dar en vida, mediante el aumento del activo de su patrimonio con el de su heredero.

Debemos precisar que en nuestra legislación no existe una norma que tome una posición definida al respecto, pero sí hay norma que señala que el objeto de la sucesión son los bienes, derechos y obligaciones, por lo tanto, creemos que en el Perú la sucesión se da en los bienes y no en la persona del causante.

6. FUNDAMENTO DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA

Responde a las pregunta por qué existe la sucesión, cuál es la razón de su existencia, cuál es su importancia, cuáles son los objetivos que persigue, es que acaso podemos prescindir de ella?. Sobre el particular no existe una, sino varias teorías que tratan de explicar el fenómeno sucesorio. Veamos:

TEORÍA DE LA CONTINUACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL CAUSANTE

Nace en el primitivo Derecho romano inspirada en razones de tipo religioso y moral. El sucesor sustituía al causante en la atención del culto y en el ejercicio de la autoridad familiar como si fuera él mismo, por lo que al fallecer el causante se requería a alguien que lo reemplace para continuar la jefatura política y religiosa, y la titularidad del patrimonio.

Posteriormente esta teoría se complementó con la elaboración del concepto del patrimonio de los autores Aubri e Rau, quienes sostienen que el patrimonio es una universalidad jurídica, indivisible que se deriva de la personalidad y se confunde con la persona, lo que lleva a afirmar a Borda que, siendo el patrimonio emanación de la personalidad, indisoluble e incesible, entonces no puede concebirse su transmisión a los herederos sino mediante la ficción de que éstos continúan la persona del muerto. Conforme a esta teoría los patrimonios del causante y del sucesor se confunden en uno solo, derivándose así la responsabilidad ultra vires hereditatis.

Consideramos esta tesis errada y desfasada, pues se basa en ficciones que no se condicen con la realidad. Lo cierto es que la personalidad del causante se extingue con su muerte, tal como lo sostiene nuestro derecho positivo (Artículo 61 del Código Civil), en consecuencia la personalidad no puede ir más allá de la muerte. Además las consecuencias de esta tesis nos conducen a una situación injusta, pues la responsabilidad ilimitada de los sucesores con respecto a las obligaciones del causante, implica que los sucesores terminarán pagando las obligaciones del de cujus aun con sus propios patrimonios si no alcanzan los bienes de la sucesión, comprometiendo el patrimonio del sucesor en obligaciones en las que él no tuvo ninguna participación.

TEORÍA DE LA CONTINUACIÓN EN EL PATRIMONIO DEL CAUSANTE

Se origina en el Derecho germano antiguo. Al fallecer el jefe de familia el heredero pagaba las deudas con los bienes del difunto, quedándose con el saldo. En esta teoría no hay confusión de patrimonios y, consecuentemente, la responsabilidad por las deudas del causante es limitada.

En el primitivo Derecho germano no hay la figura del paterfamilia romano, el pensamiento de la copropiedad domina el proceso evolutivo de la riqueza. Al fallecer el jefe de familia sólo se transmite a sus sucesores el patrimonio que comprende los derechos y las obligaciones dejadas por el fallecido. Se pretendía honrar las obligaciones del causante, por lo que se permitía a los herederos adquirir los bienes del causante para poder pagar esas obligaciones. Los sucesores son liquidadores del patrimonio del causante, pagadas las deudas. Y si hay remanente, entonces serán para éstos.

Consideramos a esta teoría realista y, en cuanto a sus efectos, al no confundir el patrimonio del causante con el del sucesor, la responsabilidad de éste termina siendo limitada a los bienes que recibe, por lo tanto creemos que es una tesis justa y equitativa.

Se podría concluir, como dicen los autores romanistas, que según el sistema romano (continuación de la persona del causante) se produce la sucesión en el patrimonio del causante, por sucesión en la persona que lo deja; mientras que en el germánico (continuación en el patrimonio del causante) se produce la adquisición de los bienes residuales después de descontadas las obligaciones.

- **Fundamentos familiares.** El maestro Cornejo Chávez señalaba que la sucesión se explica dentro del contexto familiar. En efecto, formar un patrimonio demanda esfuerzo y sacrificio, pero su logro no depende

exclusivamente de la persona, pues ésta recibe ayuda directa o indirectamente de su entorno familiar. Entonces, en última instancia, no estamos ante un patrimonio que pertenezca en exclusividad a una persona, sino que la titularidad termina siendo de la familia, una suerte de copropiedad familiar. En esa medida, al morir la persona, sus bienes y derechos deben seguir sirviendo a la familia del causante. Ahora bien, ello termina explicando la presencia de la institución de la legítima y los herederos forzosos, que como sabemos lo son los descendientes, ascendientes y cónyuge del causante, y si no existieran estos herederos forzosos, entonces recién quedaría el de cujus en libertad de disponer de su patrimonio, a favor de personas que no necesariamente son sus familiares. En todo caso, si se tratase de otros parientes, no serían los cercanos pues no los tendría.

Dentro de estos fundamentos familiares, también está el afecto presunto del causante, lo que se traduce en que éste adquiere bienes no sólo por un afán individualista y egoísta, sino en atención a las relaciones afectivas con su entorno familiar, al cual trata de seguir protegiéndolo aun después de muerto, de suerte que cuando testa, dentro de los parámetros de la legítima, va a favorecer a sus parientes próximos y directos, y si no los tiene, entonces se cumplirá su voluntad de atender a los que él crea deban ser atendidos. Si no hubiera testado, entonces la ley, recogiendo esta presunción de favorecer a los parientes del causante, termina convocando a esos parientes para que recojan la herencia, de allí los órdenes de herederos legales de que trata el artículo 816 del Código Civil.

En conclusión, la sucesión se da casi naturalmente, pasando del causante, que deja de existir, a sus parientes próximos, en respuesta a haber contribuido en la formación del patrimonio y atendiendo al afecto de sus parientes.

Estamos de acuerdo con esta tesis, en particular porque la familia requiere un soporte económico para poder desarrollarse y en esa medida, si el causante, integrante de un núcleo familiar, fallece, entonces resulta natural que sus bienes, derechos, se queden en la familia para seguir cumpliendo ese fin.

Esta tesis explica la sucesión legal nítidamente, en tanto que los herederos son necesariamente familiares del causante; sin embargo, se señala que esta tesis no termina de explicar la sucesión testamentaria. Empero, en ésta la ley regula la institución de la legítima, considerando a ciertos familiares cercanos y directos del causante como herederos forzosos, destinándoles una parte del patrimonio hereditario.

Cierto es que existe la posibilidad que el testador, al no tener herederos forzosos, pueda convocar personas ajenas al núcleo familiar o a otros parientes que no tienen la proximidad de vínculo con el causante, como sí la tienen los llamados forzosos.

- Doctrina económica social. Parte de la premisa de la inexistencia del Derecho Sucesorio y de aquí se extraen conclusiones. Así se dice que si la persona no tuviera el derecho de transmitir sus bienes después de su muerte, entonces no habría un aliciente para generar riqueza. Y, como afirma Borda, en vez de productores de riqueza, los hombres se convertirían en destructores, en un peso muerto para la sociedad. Entonces se hace necesario el derecho hereditario como regulador de la transmisión de bienes y derechos de la persona fallecida a favor de sus causahabientes. Además, se señala que un buen sistema legal de transmisión patrimonial resulta siendo motivador y aleccionador para que la persona acumule mayor riqueza, lo cual obviamente redunda en beneficio de la actividad comercial de una sociedad.

  Esta tesis nos parece igualmente importante, aunque más que explicar su existencia, termina explicando la necesidad de un buen derecho hereditario como palanca económica del desarrollo de la sociedad.

- Fundamentos jurídicos. En el plano jurídico, dos son las razones que justifican el Derecho Sucesorio: La propiedad y el derecho obligacional.

  En cuanto a la propiedad privada, siguiendo a Jorge Eugenio Castañeda, diremos que es el presupuesto esencial de la sucesión hereditaria. Este autor nacional enfáticamente señala que con el derecho hereditario se entiende completo el derecho de propiedad.

  Como sabemos, el derecho de propiedad otorga prerrogativas o facultades al titular del bien, como el uso, usufructo, disposición y reivindicación. Pues bien, en lo concerniente al ius disponendi es donde se ve con nitidez la propiedad como sustento de la sucesión, pues ésta termina siendo transmisión de bienes, derechos y también obligaciones después de la muerte de la persona.

  Entonces no se trata sólo de que el titular del bien pueda hacer uso de la facultad de disposición en vida, sino que también lo puede hacer para después de su muerte, ello en función del derecho sucesorio. En la hipótesis de inexistencia de la propiedad privada, los seres humanos sólo serían usufructuarios de por vida del patrimonio que hubieran adquirido y al no tener la posibilidad de que ese patrimonio los trascienda, no habría el incentivo (teoría económico social) para crear riquezas.

En cuanto al derecho obligacional, en lo que se refiere al pasivo que deja el causante, el artículo 1218 del Código Civil señala que la obligación se transmite a los herederos, lo cual implica que la obligación no se extingue con la muerte del obligado, por lo que esta norma hace viable el tráfico jurídico y permite los contratos de tracto sucesivo, lo cual sería imposible si no existiera la sucesión de las obligaciones, en tanto que al extinguirse éstas por muerte del obligado, entonces todo el comercio tendría que hacerse al contado, pues, como dice Borda, nadie podría exponerse al riesgo de la muerte del contratante y la consiguiente extinción de todos los derechos creditorios emergentes del acto celebrado con él.

El Derecho Sucesorio termina siendo un aliado del comercio entre los hombres, quienes al saber que la muerte de una persona no producirá la extinción de la obligación (salvo las personalísimas) entonces se fomenta la celebración de contratos a plazos, de tracto sucesivo, como locación, sociedad, entre otros.

Mostramos conformidad con esta tesis, en tanto que realmente se puede afirmar que la propiedad privada permite la existencia de la transmisión patrimonial mortis causa. En efecto, el titular de sus bienes dispone de ellos, mediante testamento, a favor de sus sucesores. En este caso el titular ejercita su derecho de disposición.

Pero esto no sólo ocurre en la sucesión testamentaria, sino también en la sucesión legal donde por mandato legal el patrimonio del causante intestado se transmite a los causahabientes designados por la ley. A la par de que las obligaciones y los derechos creditorios son transmisibles por causa de muerte, lo que permite una cómoda circulación de la riqueza.

Nuestra Constitución Política, en el artículo 2, inciso 16, reconociendo la íntima relación existente entre la propiedad y la sucesión, consagra el derecho a la propiedad y a la herencia. En cuanto a esta última, su reconocimiento se da en sus dos facetas, que tienen como actores principales al causante y al sucesor. Al primero de ellos con la facultad de poder transmitir por herencia y al segundo con la facultad de aceptar la herencia, salvo que desee repudiar la misma, pues, como lo vamos a señalar más adelante, no hay heredero contra su voluntad.

7. ELEMENTOS DE LA SUCESIÓN

Son tres los elementos de la sucesión: El de cujus o causante, los sucesores o causahabientes, y la herencia o masa hereditaria.

- **Causante.** También denominado de cujus, «de cujus sucesiones agitur», de cuya sucesión se trata. A la persona que al fallecer origina la

sucesión se le denomina causante, pues precisamente con su muerte causa la sucesión, siendo la muerte el hecho determinante para que se abra esta sucesión.

Sólo pueden ser causantes las personas naturales; en cambio pueden ser sucesores tanto las personas naturales como las jurídicas. En consecuencia, la calidad de causante tiene un rasgo personalísimo, que incluso se confunde con la persona humana. Ésta en vida generó una serie de relaciones jurídicas, las cuales no se extinguen con su muerte, sino que las trasciende.

- **Sucesores.** Nuestro Código Civil considera como tales a los herederos y legatarios. A los primeros como sucesores a título universal, y a los segundos como sucesores a título particular. Los herederos (forzosos, voluntarios o legales) reciben los bienes, derechos y obligaciones del causante; son los que se convierten, por la sucesión, en nuevos titulares del patrimonio que deja el causante.

  En lo que se refiere a los legatarios llamados sucesores a título particular, son aquellos llamados por el causante vía testamento a recibir un bien, o una parte de un bien determinado; por lo tanto, salvo que el testador lo disponga, no asumen un pasivo como los herederos, de allí que es cuestionable la calidad de sucesores que el código les otorga, siendo que su calidad se identifica más como la de un acreedor de la masa hereditaria.

- **Herencia.** Llamada también masa hereditaria, patrimonio hereditario, acervo sucesorio, caudal relicto (aun cuando este término alude a los bienes reales que aparecen a la muerte del causante, no considerándose a los bienes ideales); es decir una serie de denominaciones pero con una sola sustantividad, esto es, el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que forman el patrimonio del causante, y que por causa de su muerte ahora va a corresponder a sus sucesores.

No debe confundirse la herencia con la sucesión, pues la primera, como ya se ha señalado, está referida al patrimonio del causante, integrado por los bienes, derechos y obligaciones, los cuales se transmiten a sus causahabientes; mientras que la sucesión es la entrada del sucesor en la posición jurídica del causante.

8. CLASES DE SUCESIONES

La transmisión sucesoria se puede producir por dos vías: La llamada sucesión testamentaria, donde tiene capital importancia la voluntad del causante,

quien ordena su sucesión y transmite su patrimonio para después de su muerte. En defecto de esta voluntad testamentaria, entra a tallar la denominada sucesión legal, llamada también sucesión intestada o ab intestato (sin testamento), donde prima la voluntad de la ley, siendo ella la que se encarga de convocar a los sucesores.

Es posible que coexistan la sucesión testamentaria y la legal, en este caso estaremos ante una sucesión mixta. Ello ocurre, entre otros casos, cuando el testamento es insuficiente y debe recurrirse a la ley para complementar la sucesión.

En nuestro país no existen los llamados pactos sucesorios o contratos sucesorios. Más aun, existe normatividad prohibitiva sobre el particular (ver los artículos 1405 y 1406 del Código Civil). Sin embargo creemos necesario conocer los elementos más importantes de esta llamada sucesión contractual, así como las diversas formas como se manifiesta, y también intentar dar una respuesta sobre las razones por las que no es aceptada en nuestro sistema legal. A continuación revisaremos los rasgos más saltantes de los pactos sucesorios en sus tres formas de aparición: la institución, disposición y la renuncia.

SUCESIÓN CONTRACTUAL

El Diccionario Jurídico de Cabanellas refiere que el pacto de sucesión es una convención mediante el cual una de las partes se obliga frente a otra a procurarle derechos sucesorios, como heredero o legatario en su propia sucesión. También se dice que es el acuerdo de voluntades entre el futuro causante y otros interesados, organizando la sucesión de aquel, o estos interesados sin intervención del causante, cuando estipulan entre sí en vida de éste para transferir o abdicar la expectativa de sus derechos de sucesores.

Guastavino sostiene que pacto sucesorio es el contrato cuyo objeto es toda o parte de una herencia futura, cuyo contenido concierne a su organización o a un aspecto de su organización, que puede ser disposición o transferencia de derechos sucesorios eventuales, o referirse a reglas de distribución de la herencia o a otras cuestiones sucesorias.

Concurren para la existencia del pacto sucesorio tres condiciones: a).- Que se celebre en previsión de una herencia futura en tanto que el causante, titular del patrimonio, no ha muerto, o en otros términos la sucesión aún no se ha abierto. Ello quiere decir que se está contratando sobre bienes respecto de los cuales las partes que contratan con el futuro causante no poseen ni los más mínimos derechos, y en algunos casos sólo tienen una expectativa; b).- Que el objeto del contrato forme parte de esta sucesión, no siendo necesario que esté referido a toda ella. Esta condición resulta obvia, en tanto que si los bienes fuesen ajenos a la misma, no estaríamos entonces en los términos de un pacto sobre

sucesión futura, sino que se trataría de un pacto, convención acuerdo o contrato sobre bienes ajenos a una sucesión; y c).- Que el pacto se celebre en mérito a un derecho hereditario y no a título de crédito u otra clase. Debemos tener en cuenta que el bien no sólo debe encontrarse entre los bienes de la sucesión, sino que esta convención, en la mayoría de los casos, se va a dar entre personas que estarán ligadas directamente con la sucesión (futuro causante, futuro heredero) o entre personas que, por el convenio, se les concederá derechos hereditarios, y no por ningún otro título diferente al de sucesión, como podría ser un título de crédito, circunstancia esta en la que ya no estaríamos ante un pacto sucesorio.

CLASES DE CONTRATOS O PACTOS SUCESORIOS

Son tres, a saber: de institución, renuncia y disposición.

- **Institución.** Convención sobre la propia sucesión, en virtud de la cual el futuro causante conviene con otra persona en designarlo su heredero o legatario, de tal manera que esta adquirirá, mortis causa, derechos sobre la sucesión del causante. Estos derechos son expectaticios, o sea, semejantes a los de un heredero testamentario o legal en donde todavía no se ha abierto la sucesión. El causante conserva la propiedad de sus bienes, sin embargo no puede disponer válidamente a título gratuito por nueva institución, donación o legado de los bienes comprendidos en la institución, pero sí puede disponer a título oneroso.

  El pacto de institución puede realizarse a título universal, supuesto que se conoce como institución contractual de heredero, es decir, el causante instituye convencionalmente heredero a la contraparte, pudiendo recaer la institución en la totalidad de la herencia o en una parte alícuota de esta. Se pueden estipular también los llamados legados convencionales o convenciones de legados, situación en la que la persona instituida sólo va a adquirir un derecho sobre un determinado bien del patrimonio del causante.

  En los dos casos mencionados la convención es obligatoria para las partes, lo cual significa que ninguna de ellas puede apartarse unilateralmente de sus efectos.

  El pacto de institución confiere al instituido, un derecho sobre todo o parte de los bienes de su institución, dejando sin efecto cualquier disposición anterior a la institución que pueda afectar el bien, por lo tanto el instituido no adquiere un derecho actual sino expectaticio hasta que

muera el instituyente, momento en el cual se convertirá en heredero o legatario dependiendo de cómo se celebró el contrato.

- **Pacto de renuncia.** Mediante esta clase de contratos, celebrados entre el futuro causante y su futuro heredero, este último renuncia total o parcialmente a su calidad de heredero, apartándose de toda o de una parte de la herencia que le corresponderá. El objeto de este contrato es que el futuro causante adquiera mayor capacidad sucesoria, desde que podrá disponer, mortis causa, de la parte de la herencia a la que ha renunciado el futuro heredero.

  Uno de los casos donde más se utilizaba este pacto era el contrato de dote celebrado por el futuro causante con su hija. En este contrato la hija que recibía la dote renunciaba a su condición de heredera de sus padres, con lo cual se evitaba que los bienes de la familia paterna o materna pasasen a la nueva familia de la hija.

- **Pacto de disposición.** En este pacto no interviene el causante, pues el contrato es celebrado entre el futuro heredero y un tercero, obligándose el futuro heredero a transferir al tercero su futuro derecho hereditario.

  El efecto de este contrato, llamado también «Pactum hereditate tertil», es muy discutido en doctrina, por una parte se dice que su efecto no es que el heredero transfiera actualmente al tercero su calidad de tal, es decir que el tercero quede convertido en heredero, sino que se obliga a transferir su herencia cuando recaiga en él. En este caso, más que un pacto sucesorio sería un acto inter vivos efectuado entre dos personas sobre la sucesión de una persona viva. Por otra parte, se señala que el efecto del contrato es que el heredero le transfiera al tercero su derecho sobre la parte alícuota de una masa hereditaria no causada, caso en el cual el heredero transfiere al tercero su calidad de tal y por ello sí sería un contrato sucesorio.

CÓDIGO CIVIL PROHÍBE SUCESIÓN CONTRACTUAL

El Código Civil de 1936 y el vigente Código Civil de 1984 prohíben los pactos sucesorios, tal como se aprecia en los artículos 678, 1405 y 1406.

El artículo 678 señala que no hay aceptación ni renuncia de herencia futura, pues no hay sucesión de persona viva. La sucesión mortis causa sólo tiene sentido cuando el causante ha fallecido. Ahora bien, si los pactos sucesorios se

dan en vida del causante y nuestra legislación enfáticamente señala que no es posible aceptar o renunciar una herencia futura, se concluye que no caben los pactos sucesorios en nuestra legislación. Así, en el pacto de renuncia de herencia (donde el futuro heredero renuncia a su derecho de participar en una futura herencia) y en el pacto de disposición (donde el futuro heredero dispone de su expectativa de derecho hereditario a favor de un tercero) se observa que estos pactos se celebran con el causante aún vivo, lo que supone contravenir una prohibición, pues nuestra legislación no permite la sucesión de personas vivas.

Por otro lado, también tenemos el artículo 1405 del Código Civil, que sanciona con nulidad todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora. Teniendo en consideración este artículo, vamos a concluir que los pactos sucesorios no son admitidos, tanto en la modalidad del pacto de institución, en tanto que se pactan derechos hereditarios a favor de un tercero (instituido) respecto de la sucesión de una persona que está viva (instituyente), y los pactos de renuncia y disposición, por cuanto ambos tratan, en un caso de abdicar de una herencia futura, y en el otro de disponer de una expectativa hereditaria.

Por último el artículo 1406 del Código Civil, el cual refiere que es nulo el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro. Esta norma principalmente tiene que ver con los contratos sucesorios denominados pacto de renuncia y, especialmente, de disposición, en tanto que por estos pactos el futuro heredero dispone de su expectativa hereditaria sobre una sucesión que le corresponderá cuando el causante fallezca.

RAZONES POR LAS QUE EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 PROHIBE LOS PACTOS SUCESORIOS

En tanto que sobre este tema no hay exposición de motivos oficiales, nos aventuramos a dar algunas razones que pudo haber tenido el legislador para prohibir los contratos sucesorios:

a) El contrato sucesorio implica un acuerdo de voluntades, por lo que no sería posible resolver el contrato unilateralmente. En tal medida, si el futuro causante ha celebrado un pacto sucesorio tendrá que respetar los términos del mismo, lo que generaría una limitación a su facultad de testar, que como sabemos es un derecho constitucional, tal como se observa en el artículo 2, inciso 16 de nuestra Constitución Política.

b) Los contratos sucesorios pueden afectar las normas sobre la legítima y la sucesión legal, que como sabemos establecen un orden de herederos excluyente y de prelación, normas que son de orden público y que no cabe pactar contra ellas; en consecuencia, los contratos sucesorios, en tanto que posibilitan la creación de sucesores ajenos al entorno familiar, terminarían afectando las normas de orden público sobre la legítima y la sucesión legal.

c) Pactos inmorales, en tanto que la eficacia de los pactos sucesorios dependen de la muerte de una persona. Este argumento descansa en que las convenciones sobre la herencia futura son odiosas, molestas e inmorales, porque se especula con la muerte de una persona; la parte que se beneficia está interesada en que la muerte del dueño de la herencia se produzca cuanto antes.

   Obsérvese que no se trata de un argumento legal, sin embargo creemos que posee importancia por una cuestión ética y moral. Empero debe señalarse que igual crítica se puede hacer sobre la sucesión testamentaria o legal, en tanto que los futuros herederos se convierten en tales cuando ocurre la muerte del causante, siendo la muerte lo gravitante para que operen estas sucesiones.

d) Incertidumbre sobre la propiedad. La facultad de disposición de un caudal no causado, ha llevado a que juristas italianos como Sanelli y Vacca sostengan que los pactos sucesorios hacen incierta la propiedad. Como consecuencia de ello se originaría una disminución en el crédito inmobiliario y se alteraría indudablemente el sistema hipotecario. Este tipo de convenios produciría inseguridad jurídica y afectaría el sistema financiero.

EL ANTICIPO DE HERENCIA Y LA CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS NO PUEDEN CONSIDERARSE PACTOS SUCESORIOS

El anticipo de herencia es una liberalidad que otorga el causante a favor de su heredero forzoso, que se perfecciona en vida del causante. En esa medida se podría decir que esta figura podría asimilarse a un pacto sucesorio, sin embargo ello no es así, pues los pactos sucesorios crean derechos hereditarios, mientras que el anticipo de herencia sólo tienen por objeto transmitir el derecho de propiedad sin crear derechos hereditarios, más aún cuando ello resulta innecesario, pues el anticipado que lo celebra tiene ya la condición de heredero forzoso dado por ley, tal como lo señala el artículo 831 del Código Civil.

El pacto sucesorio produce efectos cuando ocurre la muerte del causante, mientras que en el anticipo de herencia (en su modalidad de donación) el anticipado es propietario del bien desde el momento en que se perfecciona el contrato de anticipo de herencia, no siendo necesaria la muerte del causante para que opere la transferencia de propiedad; todo ello sin perjuicio de la colación.

Además de ello debe indicarse que los anticipos de herencia son contratos gratuitos, mientras que los pactos sucesorios generalmente son onerosos, diferencias que distinguen claramente el anticipo de herencia del pacto sucesorio.

En cuanto a la cesión de derechos hereditarios, debe indicarse que el artículo 1209 del Código Civil la regula, pero en el supuesto que se está ante una herencia causada, es decir, el causante ha fallecido y ya se abrió su sucesión.

Se trata de la venta de derechos que ingresan a la esfera patrimonial del heredero, por lo tanto de ninguna manera se asemeja a los pactos sucesorios, ya que estos tienen presencia cuando el causante aún no ha muerto y se hacen en previsión de una herencia futura, lo cual no es el caso de la cesión de derechos hereditarios de sucesiones causadas.

El contrato denominado cesión de herencia debe tener como cedente a un heredero, que lo es a título universal, siendo éste quien transfiere su derecho a participar en una sucesión ya causada Entonces lo que el heredero transmite es su porción hereditaria abstracta, pero no debe entenderse la cesión en la figura del legatario, sucesor a título particular, pues en este caso al estar identificado el bien materia del legado, la cesión sería de un determinado bien hereditario y no una cesión de herencia.

Para concluir con este tema de los pactos sucesorios, diremos que no son muchas las legislaciones que los regulan, contándose entre éstas a Alemania, Suecia, Suiza, Austria, Finlandia y Dinamarca. En Alemania se conocen como contratos sucesorios, regulándose los contratos sucesorios positivos o adquisitivos (institución de heredero o de legatario) y los contratos sucesorios abdicativos, como la renuncia de la herencia.

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO II
APERTURA DE LA SUCESIÓN

TÍTULO II

APERTURA DE LA SUCESIÓN

En el Derecho romano la transmisión no operaba instantáneamente desde la muerte de la persona, como ocurre hoy, pues se consideraba que la transmisión se producía cuando el heredero aceptaba la herencia. Entonces en el lapso de tiempo comprendido entre la muerte del causante y la aceptación del heredero, la herencia permanecía sin titular aparente. A este ínterin se le denominaba herencia yacente y, como lo refería Holgado Valer, la yacencia desaparecía cuando se aceptaba esa herencia.

El Tratado Internacional de La Habana de 1928, en su artículo 145, señala como norma de orden público internacional que los derechos de la sucesión de una persona se transmiten en el momento de la muerte. En Argentina, dice Maffia, la transmisión opera en el momento mismo de la muerte del causante, procediendo de pleno derecho en ese instante y sin solución de continuidad. Vélez Sarsfield, al comentar el artículo 3228 del Código Civil argentino, señala que la muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante, no hay entre ellas el menor intervalo de tiempo, son indivisibles.

En nuestro país siempre se ha seguido el criterio de la transmisión sucesoria, ipso jure, desde el momento de la muerte del causante. Así el artículo 762 del Código Civil de 1852 señalaba que «El heredero es propietario de la herencia desde la muerte del heredado y son suyos los frutos y las ganancias y pérdidas de los bienes heredados».

En casi idéntico sentido el código civil de 1936 en su artículo 657 decía: «Desde la muerte de una persona se transmiten la propiedad y la posesión de los bienes y derechos que constituyen la herencia a aquellos que deben reci-

birla», mientras que el vigente Código Civil de 1984 en su artículo 660 es más preciso al referir: «Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores». En consecuencia, la apertura de la sucesión implica el momento preciso de la transmisión de un patrimonio hereditario de una persona que ha fallecido, siendo la muerte lo determinante para que se produzca esta apertura de sucesión y, consecuentemente, desde ese mismo momento los sucesores se convierten en los nuevos titulares de ese patrimonio.

Sin perjuicio de la transmisión hereditaria de pleno derecho, se hace necesario que los sucesores exhiban títulos que los acrediten como tales, lo que en algunos casos será el testamento y, en otros, la resolución que los declara herederos.

Con la apertura de la sucesión se inicia el proceso hereditario, que se inicia con la muerte del causante y comprende varias etapas, dentro de las cuales se encuentra el llamado a los sucesores con vocación hereditaria; la aceptación de éstos, que los convierte en sucesores; la determinación de la masa hereditaria; y la liquidación de la misma, a través de la división y partición de la herencia.

En vida el causante estuvo al frente de su patrimonio y cuando se produce su deceso se extingue su personalidad, dejando de ser persona; sin embargo, si bien la muerte extingue la personalidad, ella no extingue las relaciones jurídicas creadas en vida y, por lo tanto, el patrimonio del causante no puede quedar sin titular, con el riesgo de que sea apropiado por terceras personas sin derecho a él. Entonces por la apertura de la sucesión, en el mismo instante de la muerte, opera la transmisión sucesoria a favor de los sucesores o causahabientes. Sobre el particular, debemos recordar que la relación existente entre el causante y su patrimonio desaparece por la muerte de éste, quien será reemplazado por el sucesor.

Resulta trascendente precisar el instante mismo de la muerte del causante, pues en ese instante se produce la transmisión del patrimonio hereditario. Entonces, si conocemos con exactitud ese momento vamos a saber quiénes son sus sucesores, pues los sucesores tienen que sobrevivir al causante, esto es, que cuando se produce la muerte del causante los sucesores ya deben existir como sujetos de derecho, comprendiéndose dentro de ellos a los concebidos.

Asimismo, la muerte del causante también es importante para conocer el patrimonio del causante (conjunto de bienes, derechos y obligaciones), pues los valores que representan estos bienes, derechos y obligaciones que aparecen a su muerte son los que constituyen el caudal relicto, referente importante para

calcular la legítima y la cuota de libre disposición. Por otro lado, se conocerá el destino de los frutos de ese patrimonio, pues corresponde a los sucesores los frutos que se dan en el instante mismo de la muerte y con posterioridad a ella.

1. LA MUERTE COMO HECHO DETERMINANTE PARA LA APERTURA DE LA SUCESIÓN

Se señala que la muerte es el fin de la vida, extinción, cesación. Sobre el particular el Código Civil de 1984 refiere que la muerte pone fin a la persona, en consecuencia, no existe más sujeto de derecho, concluye su capacidad jurídica, por lo tanto la persona deja de ser tal por el hecho de la muerte. Ahora bien, como se ha visto, si bien es cierto que la muerte extingue a la persona, también lo es que la muerte no extingue las relaciones jurídicas creadas por el causante en vida, relaciones jurídicas que en cuanto a su titularidad cambian de sujeto, del causante a sus sucesores, pero estas relaciones jurídicas permanecen inalteradas y así las recibe el sucesor.

La muerte como hecho determinante de la apertura de la sucesión puede ser la biológica o natural y la presunta, ésta última declarada después de una desaparición prolongada del sujeto.

2. MUERTE NATURAL. PREMORENCIA Y CONMORENCIA

La muerte significa jurídicamente la extinción del sujeto de derecho y, por tanto, de su personalidad. Sobre el particular el artículo 61 del Código Civil señala: «La muerte pone fin a la persona». Una vez ocurrida ésta el derecho considera que desde ese momento se transmiten los bienes, derechos y obligaciones de la persona fallecida a sus sucesores.

Ahora bien, la pregunta que cabe formularse es cuándo estamos ante el hecho jurídico relevante de la muerte. Sobre este tema algunos autores, como Fernández Sessarego, consideran la muerte como un proceso, y así nos dice que en este proceso se destaca la muerte relativa, iniciándose en el instante en que las funciones superiores del sujeto se suspenden por breve tiempo, lo que no hace imposible, al menos teóricamente, su reactivación, siempre que no exista una lesión cerebral. Luego Fernández Sessarego destaca la muerte intermedia, donde la paralización de las funciones citadas es irreversible, por lo que resulta imposible cualquier reactivación; no obstante lo cual se comprueban algunas sobrevivencias biológicas que son totalmente insuficientes para constituir vida humana; y concluye con la muerte absoluta, que significa la desaparición definitiva de toda actividad biológica aun a nivel de células y tejidos.

Otros se refieren a la muerte clínica, instante en que al cesar irreversiblemente las funciones respiratorias, cardiaca y cerebral no existe más vida humana.

Sobre este tema el artículo 108 de la Ley 26842, Ley General de Salud, considera la ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que alguno de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de transplante, injerto o cultivo. El diagnóstico fundado en el cese definitivo de la actividad cerebral verifica la muerte, siendo éste el momento de la muerte, instante preciso para el derecho.

El artículo 70 del Código Civil refiere que la muerte debe inscribirse en el Registro de Defunciones de los Registros Civiles, dando origen a la partida de defunción. De acuerdo al artículo 70 inciso c) del Reglamento de Registros Civiles la partida de defunción debe señalar el lugar, la hora, el día, mes y año del fallecimiento de la persona. Estas precisiones son de suma importancia para el Derecho Sucesorio, debido a la posibilidad que dos o más personas que tengan entre sí vocación sucesoria fallezcan el mismo día y, por tanto, la hora de los fallecimientos resultará trascendente para determinar quién sucede a quién.

En conclusión, determinado el momento preciso de la muerte se procede a la apertura de la sucesión del fallecido, en consonancia con el artículo 660 del Código Civil que dice: «Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus herederos».

LA PREMORENCIA Y LA CONMORENCIA

Se presentan casos de personas que, teniendo vocación hereditaria entre ellas, fallecen en una unidad de hecho que causa la muerte, caso por ejemplo de un accidente de aviación, sin saberse quién de ellas murió primero. En esa circunstancia surge el problema de la sucesión, pues al no poderse determinar con exactitud el momento de la muerte de los sujetos involucrados no podemos establecer la sucesión entre ellos. Para resolver este problema los juristas se han dividido al tomar posiciones diferentes, unos aceptando la teoría de la premorencia y otros la conmorencia.

En cuanto a la premorencia nos dicen que es necesario agotar todos los medios de prueba para establecer el momento de la muerte de estas personas y si ello no es posible, entonces hay que aplicar presunciones basadas en el sexo y la edad. Así, si entre las personas fallecidas se encuentran un varón y una mujer, se entiende fallecida primero a la dama. Si entre los fallecidos se encuentran personas de diferentes edades, se entiende fallecido primero al de más edad. La premorencia se origina en el Derecho romano y se basa en presunciones sobre

la preexistencia del más fuerte, según las cuales se estima que una persona ha fallecido antes que otra por considerarla más débil, atendiendo a razones de edad y sexo o, dicho en otros, términos presumiendo la supervivencia del más fuerte. Esta presunción ha sido recogida por la legislación francesa, entendiéndose, como ya lo hemos señalado, en el grado de fortaleza según la edad y el sexo. No creemos aceptable esta tesis pues estas presunciones son arbitrarias y hasta discriminatorias.

Por su parte la teoría de la conmorencia señala que cuando no puede establecerse con precisión el orden de fallecimiento entre dos o más personas que tienen entre sí vínculos hereditarios, se presume que todas ellas fallecieron al mismo tiempo y entre éstas no hay transmisión de derechos hereditarios. Esta presunción es juris tantum, esto es, cabe prueba en contrario.

Coincidimos con esta tesis por ser igualitaria y más realista, la cual es acogida por la mayoría de las legislaciones, entre las que se encuentran Colombia, Chile, Italia, España, entre otras y, por cierto, la legislación peruana, que en el artículo 62 del Código Civil señala «Si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios». Este precepto legal termina siendo gravitante cuando se trata, por ejemplo, de la muerte de una pareja conyugal sin hijos y ambos han muerto en un accidente aéreo, entonces si no se puede llegar a determinar cuál de los dos cónyuges murió primero, entre ellos no habrá transmisión sucesoria y la herencia de cada uno de ellos irá a su propia familia.

3. MUERTE PRESUNTA

La desaparición de una persona por un tiempo prolongado puede deberse a varias causas, dentro de las cuales puede estar la probable muerte de ella, pero no hay certeza del deceso en tanto que no podemos acreditarlo.

Ahora bien, esta desaparición puede haberse producido en circunstancias riesgosas que hacen pensar que el desenlace fatal es lo más probable. Pues bien, en estos casos de desaparición se genera una gran incertidumbre respecto de estas personas, creando inseguridad jurídica, pues esa persona tiene una posición jurídica, un patrimonio, un estado civil, ha creado relaciones jurídicas, y ello no puede permanecer por tiempo indefinido, estancado, de allí que el Derecho debe trazar el camino para que aquellas personas que tengan interés en la persona no habida, puedan solicitar que se dilucide jurídicamente su situación.

Por las particularidades de nuestro territorio son frecuentes los desastres naturales, conflictos bélicos, etc. lo cual ha llevado a regular la situación de las

personas desaparecidas, no habidas y se les dé un trato legal. El Derecho lo ha dado a través de figuras como la desaparición, la ausencia y la declaración de muerte presunta. Esta última, trascendente e importante para el Derecho Sucesorio, en tanto que sus efectos legales se asemejan a la muerte natural, produciéndose la apertura de la sucesión del declarado presuntamente muerto.

Sobre la muerte presunta es ilustrativo lo que refiere Alfredo Orgaz: «La institución de la muerte presunta tiene por objeto salvar los inconvenientes prácticos que derivarían de aquella situación de incertidumbre y de faltas de pruebas».

El Código Civil de 1936 no prescribía una declaración judicial de muerte presunta, sin embargo, en dos casos señalaba que se daba el goce de los derechos sucesorios a los herederos del ausente. El primer caso era cuando habían transcurrido diez años desde las últimas noticias o si el ausente contaba con 80 años de edad. El segundo caso era cuando el ausente desaparecía en circunstancias de peligro de muerte, caso en el cual se requería el transcurso de tres años desde las últimas noticias del desaparecido.

El artículo 63 del Código Civil de 1984 señala tres casos para solicitar la declaración judicial de muerte presunta, entendiéndose esta como lo define Diez Picazo, como una situación jurídica en virtud de la cual se califica a una persona desaparecida como fallecida, se expresa la fecha a partir de la cual se considera ocurrida la muerte de la persona y se abre la sucesión de la misma. Los casos contemplados por el legislador peruano son los siguientes:

a) Al transcurrir diez años desde que se tuvieron las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviera más de 80 años de edad. La desaparición es una situación de hecho de la persona que tiene domicilio conocido, habitual, en un lugar determinado, sin embargo, allí no se le encuentra, no sabemos de su paradero ni qué ha sido de ella. En cuanto al término fijado por el legislador, de diez o cinco, según el caso, se propone rebajarlo para trabajar uno más realista y práctico.

b) Al transcurrir dos años cuando la desaparición tuvo lugar en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, las cuales pueden ser una guerra, un terremoto, un accidente aéreo, etc. Se justifica que se haya reducido el plazo en atención a que la probabilidad de la muerte por los eventos descritos es real.

c) Cuando el cadáver no se ha encontrado o no ha podido ser reconocido, pero existe certeza de la muerte. En este caso no hay plazo. Certeza de

muerte puede ser, por ejemplo, un automóvil que explota y se incendia, carbonizándose el cuerpo del conductor, lo que hace difícil e imposible su identificación.

Debe indicarse que la declaración de muerte presunta procede sin que sea necesaria la previa declaración de ausencia, pues aquella da lugar a la apertura de la sucesión.

Las resoluciones de muerte presunta se inscriben en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, según la Ley 26497 en su artículo 44, inciso e) la resolución deberá indicar la fecha probable de la muerte y el lugar, para los efectos de la transmisión sucesoria.

Resulta importante establecer en los casos de muerte presunta cuándo se abre la sucesión del causante, si en la fecha en que se emite la resolución judicial o en la fecha probable de la muerte presunta consignada en la resolución. Nuestro Código Civil no señala desde cuándo ocurre, sin embargo, creemos que la apertura de la sucesión se va a dar desde la fecha consignada en la resolución como fecha probable de la muerte de la persona. Ello en atención a que el mismo artículo 65, al ordenar que el juez consigne la fecha probable y lugar de la muerte de la persona, persigue un objetivo, esto es, fijar tanto el momento como el lugar de la apertura de la sucesión.

Si se diera el caso de que el declarado presuntamente muerto reaparece, entonces se deberá dejar sin efecto la resolución de muerte presunta y, logrado esto, el reaparecido está facultado para reivindicar sus bienes tal como lo establece el artículo 69 del Código Civil.

4. EFECTOS DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN

El efecto inmediato de la apertura de la sucesión hereditaria es la transmisión sucesoria del patrimonio hereditario o masa hereditaria a los sucesores. Ahora bien, no debe confundirse masa hereditaria o herencia con la sucesión, pues ésta es la entrada del sucesor en la posición jurídica del causante; mientras que la herencia, acervo sucesorio, caudal relicto, patrimonio hereditario, viene a ser el conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles por causa de muerte.

El acervo sucesorio no está conformado por todo el patrimonio, sino por una parte de él susceptible de ser transmitido. A propósito de ello el Código Civil refiere que los bienes, derechos y obligaciones que «constituyen la herencia» se transmiten a sus sucesores. En consecuencia, existen derechos personales y patrimoniales que no se transmiten, veamos:

a) Derechos personales intransmisibles. Los derechos íntimamente ligados a la persona humana, que al desaparecer ésta se extinguen con ella; esta conexión íntima, por ejemplo, se ve reflejada cuando el artículo 5 del Código Civil, dice que el derecho a la vida, ala integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana, son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. En este rubro se incluyen el nombre y el domicilio como atributos de la personalidad.

   A estos derechos debemos agregar también los derechos de familia, tal como lo expresa Lanatta al referir que el estado de familia es uno de los atributos esenciales de la personalidad humana y, como derecho inherente a la persona humana, sólo pueden ser ejercidos por su titular, por lo que no pueden ser transmitidos por sucesión ni forman parte de la herencia. Entre estas relaciones familiares intransmisibles, tenemos el matrimonio, la patria potestad, las acciones de estado, entre otras.

b) Derechos patrimoniales celebrados intuito personae que se extinguen con la muerte, entre estos tenemos los derechos reales como el usufructo, el uso, la habitación; y entre los derechos obligaciones, el comodato, el mandato, que por su carácter son personalísimos.

5. TRANSMISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES

En el caso de las obligaciones la regla general es que éstas son transmisibles a los sucesores, salvo excepciones. Esta regla se encuentra en el artículo 1218 del Código Civil que señala «la obligación se transmite a los herederos salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario». En el caso de las obligaciones personales que no se transmiten tenemos por ejemplo la obligación de hacer (artículo 1149), y las derivadas de contratos de prestación de servicios (artículos 1763 y 1801 inciso 3°); en lo que atañe a las obligaciones que por mandato expreso de la ley no se transmiten, tenemos las obligaciones derivadas del contrato de comodato (artículo 1733), asimismo no son transmisibles las obligaciones cuando las partes han pactado en contrario.

En sede de Sucesiones ha quedado claro que por la muerte de una persona no sólo se transmiten sus bienes y derechos a los causahabientes, sino también las obligaciones que el causante contrajo en vida y que al momento de su deceso se encuentran pendientes. Este tema nos lleva a referirnos al pasivo de la sucesión, conformado por las obligaciones, que reciben el nombre de deudas, y por *las denominadas cargas.*

En efecto en cuanto al pasivo de la sucesión, la ley las separa en deudas y cargas, siendo las primeras las obligaciones directamente contraídas por el cau-

sante; y las cargas son las obligaciones que generalmente aparecen a propósito de la muerte del causante.

Los sucesores al tomar la posición jurídica del causante también asumen este pasivo y debe ser honrado con prioridad; sin embargo, cabe preguntarse si ante un patrimonio hereditario deficitario (más pasivo que activo) los sucesores deben pagar estas obligaciones, incluso con su propio patrimonio, o si la responsabilidad de éstos se limita a lo que han recibido como activo.

En doctrina, estas dos tesis reciben el nombre de responsabilidad intra vires hereditatis o responsabilidad limitada, y responsabilidad ultra vires hereditatis o responsabilidad ilimitada; veamos por separado ambos sistemas:

5. RESPONSABILIDAD INTRA VIRES HEREDITATIS Y ULTRA VIRES HEREDITATIS

Responsabilidad intra vires hereditatis. Locución latina que significa en la medida o dentro del activo de la herencia. En este sistema el sucesor responde por las deudas del causante hasta donde alcance el activo que recibe, por ello asume una responsabilidad limitada. Este sistema se origina en el Derecho germánico donde se sostiene que las deudas de la herencia se transmiten al heredero sólo hasta el monto de los bienes y derechos que ésta contenga. El sucesor no responde con su propio patrimonio por las deudas que hubiese generado el causante en vida, respondiendo por tales pasivos únicamente los activos del patrimonio hereditario.

En nuestro derecho, el Código Civil de 1852 contenía el criterio de aceptación simple y la aceptación con beneficio de inventario. El Código Civil de 1936 en su artículo 658 aceptaba la responsabilidad limitada al señalar que la responsabilidad del heredero por las deudas y cargas de la herencia era hasta donde alcancen los bienes de ella.

El Código Civil de 1984 aparentemente acepta la responsabilidad limitada, así lo hace saber el artículo 661 al referir lo siguiente: «El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta.»; sin embargo al haber añadido la frase «incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial» estaría introduciendo una especie de condición para que opere la responsabilidad limitada.

Si el heredero no prueba que el patrimonio hereditario es deficitario o no hace inventario, entonces su responsabilidad sería ilimitada, y a decir que esto ocurre con el sucesor lo señala Juan Guillermo Lohmann, pues el sucesor here-

da estas obligaciones, por lo cual tendría que concluirse que el sistema peruano se adscribe al sistema de la responsabilidad ilimitada, posición que no compartimos, entre otras razones, por ser totalmente injusta e inequitativa, pues la sucesión estaría perjudicando a los sucesores y porque tales obligaciones fueron contraídas por el causante, sin participación del sucesor. Por otro lado, por qué el acreedor del causante debe sumar al patrimonio del de cujus el patrimonio de los sucesores para satisfacer su crédito. No estamos de acuerdo con la interpretación que se da al artículo en mención, aun cuando reconocemos que la redacción del numeral permitiría ello.

El legislador nos da aparentemente la pauta para que la responsabilidad sea limitada aludiendo, entre otros, a la prueba del exceso, lo que significa que el sucesor debe acreditar, con cualquier medio de prueba, el exceso del pasivo con respecto al activo, lo que implica una carga al sucesor, pues dentro de un proceso judicial o extrajudicial deberá agotar todos los medios, principalmente contables, para acreditar que en el patrimonio heredado existe más pasivo que activo.

En cuanto al beneficio de inventario, aludido por el legislador, diremos que éste aparece en Roma con Justiniano y permite que el patrimonio personal del heredero se separe del patrimonio del causante, de lo contrario los acreedores del causante podrían pretender cobrar sus acreencias con los bienes del heredero y, por qué no, los acreedores del heredero pretenderían cobrar con los bienes hereditarios en perjuicio de los acreedores del causante, aun cuando reconocemos que éstos tienen preferencia sobre aquellos.

El efecto del inventario es, en primer lugar, conocer el contenido de la herencia y, en segundo lugar, evitar la confusión entre los patrimonios del causante y del sucesor. Luis Gáspieri nos dice que el inventario continúa siendo una limitación opuesta por el heredero a su propia aceptación, para significar que lo hace con exclusión de las obligaciones de responder expropriis, locución latina que significa por derecho propio y, por tanto, sin necesidad de concurso ni voluntad de otro.

En consecuencia, el objeto del inventario es establecer la existencia del patrimonio del causante al tiempo de su fallecimiento y declarar formalmente que quiere aceptarlo sólo en los límites del inventario. Sobre el particular, la legislación mejicana establece que toda herencia se entiende recibida a beneficio de inventario, aunque no se determine expresamente, norma justa y práctica que puede servir como modelo a seguir, en tanto que la actual regulación, tal como ya lo hemos manifestado, posibilita una doble interpretación en la que cabe la responsabilidad limitada y la ilimitada.

Responsabilidad ultra vires hereditatis. Significa más allá de la fuerza de la sucesión e implica una responsabilidad ilimitada por parte de los sucesores, quienes ante un patrimonio deficitario deben responder por el pasivo incluso con su propio patrimonio.

Este sistema nace en Roma como efecto de la teoría de la continuación de la personalidad del causante, donde el heredero fusionaba su personalidad con la del causante. Posteriormente este sistema es perfeccionado por los franceses Aubry y Rou, elaborando una teoría del patrimonio personal por el cual el patrimonio es uno e indivisible y, en caso de muerte, la persona del difunto y la del heredero se confunden en una sola, y esta confusión provoca la de los patrimonios que les están adheridos.

Desde nuestro punto de vista es criticable tal sistema, no sólo en cuanto a su base doctrinaria, que ha sido ampliamente superada, pues no puede continuarse la personalidad de alguien que ya no existe, sino también por los efectos prácticos, que termina siendo injusto tanto para los herederos como para los acreedores de éstos.

En el caso del heredero, éste ve afectado su propio patrimonio por deudas en las que no ha participado. Los acreedores del heredero también pueden verse perjudicados al tener que concurrir con los acreedores del causante, inclusive por cuantiosas deudas, pese a haber sido solvente el heredero al abrirse la sucesión. De igual modo podrán verse afectados los acreedores del causante si éste era solvente pero el heredero tiene cuantiosas deudas.

En nuestra legislación peruana podemos inferir de la lectura de los artículos 661 y 662 del Código Civil, que en principio la responsabilidad del sucesor es ilimitada, y si no desea serlo deberá probar que el patrimonio hereditario es deficitario o inventariar los bienes de la sucesión. Además se impone la responsabilidad ilimitada como sanción al sucesor doloso, aquel que oculta bienes hereditarios, simula deudas o dispone de los bienes dejados por el causante en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión.

En conclusión, nuestro legislador, en un intento de armonizar los sistemas de responsabilidad limitada e ilimitada de los sucesores, ha elaborado los artículos 661 y 662 del Código Civil. El primero de éstos empieza siendo una responsabilidad limitada, que es lo más justo y a lo que debería tender el sistema, incluso recogiendo la tesis mejicana sobre el inventario en el que toda herencia debe entenderse recibida con beneficio de inventario. Sin embargo, el agregado de que incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial, termina convirtiendo al sistema en uno de responsabilidad ilimitada cuando no se dé la prueba del exceso ni exista inventario.

En cuanto al artículo 662 del Código Civil, que a la letra dice «Pierde el beneficio otorgado en el artículo 661 el heredero que oculta dolosamente bienes hereditarios, simula deudas o dispone de los bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión», éste deja establecido el sistema de responsabilidad ilimitada sólo como sanción al sucesor doloso. En efecto, creemos que cuando el citado numeral dice que el heredero pierde el beneficio otorgado en el artículo 661, y consigna los supuestos de pérdida, se está refiriendo al beneficio de la responsabilidad limitada o intra vires.

Veamos ahora en qué consiste el ocultamiento doloso de bienes hereditarios. Sobre el particular creemos que éste puede presentarse al momento de probar el exceso de deudas, no declarando bienes que deben integrarse a la masa hereditaria para afrontar las obligaciones correspondientes, o en el momento de hacer el inventario judicial impidiendo que se conozcan todos los bienes heredados.

En lo que se refiere a la simulación de deudas, ésta simulación puede darse cuando el heredero hace figurar que existen mayores pasivos que los existentes, o aumenta el valor de las deudas, y en lo pertinente a la disposición de bienes, debemos precisar que no toda disposición de bienes se encuadra en este supuesto, en tanto que podrían existir casos en los cuales el heredero dispone de bienes para pagar las deudas correspondientes del causante. El tipo de disposición sancionada es aquella en la cual el heredero enajena indebidamente los bienes heredados en su propio provecho, disposición que no se relaciona con la sucesión.

Las situaciones a las que se refiere el artículo 662 del Código Civil convierten al heredero en un sucesor que no puede sustraerse al proceso hereditario, inclusive una posible renuncia quedaría sin efecto. Al respecto, Messineo señala que la responsabilidad ilimitada debe estar en proporción a la cuota hereditaria.

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO III
CONDICIONES PARA HEREDAR

CAPÍTULO PRIMERO

TÍTULO III

CONDICIONES PARA HEREDAR

CAPÍTULO PRIMERO

1. CONDICIONES PARA HEREDAR

La sucesión hereditaria implica la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones del causante a sus sucesores. Para ser sucesor se requiere ciertas condiciones impuestas por la ley, tales como la existencia, la capacidad propiamente dicha, la dignidad y el mejor derecho.

En relación a estas condiciones hay consenso en los autores nacionales al señalar que el sucesor, para serlo, debe existir, ser capaz, digno de merecer la sucesión y tener derecho sucesorio a su favor; veamos por separado estas condiciones:

2. EXISTENCIA, CAPACIDAD, DIGNIDAD Y MEJOR DERECHO PARA SUCEDER

REQUISITO DE LA EXISTENCIA PARA SUCEDER

Se señala que los herederos deben sobrevivir al causante, incluyéndose dentro de ellos a los concebidos. Entonces al producirse la muerte del causante y abrirse la sucesión el sucesor, para serlo, debe existir, lo que implica ser per-

sona o ser concebido, precisándose que en este último caso se requiere que el concebido nazca vivo.

El artículo 1 del Código Civil de 1984 señala que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorezca a condición de que nazca vivo, por lo tanto, el concebido es un heredero, tan cierto es ello que el artículo 856 del Código Civil suspende la partición cuando dentro de los herederos se encuentra un concebido y si no se respeta la norma, tal partición es nula. En cuanto a la probanza de la existencia del concebido, el artículo 2 del Código Civil de 1984 alude al derecho de la mujer a solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo, e incluso del parto con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento. Obviamente se trata de una norma que si bien es cierto es procesal, también lo es que tiene contenido sucesorio, pues se trata de probar uno de los requisitos para heredar como es la existencia, vía el reconocimiento de un concebido o el nacimiento de una persona.

Problema a resolver es si el concepturus, es decir, el no concebido cuando se abre la sucesión, pero que lo estará posteriormente, puede ser considerado sucesor. Sobre el particular Rébora nos dice que el heredero debe existir en el momento en que la herencia se defiere, y quien no ha sido engendrado en el momento en que la sucesión se abre, no hereda.

El planteamiento del problema del concepturus sólo se da en sede testamentaria, pero no en la legal, donde la afirmación de Rébora es totalmente aplicable. Sobre el tema, Lohmann señala que no encuentra impedimento legal para que se impute vocación sucesoria virtual a quien estando designado más o menos explícitamente, no está concebido al momento del deceso del testador (por ejemplo, designar al nieto mayor de mi hermano Pedro) y que este llamamiento sería una convocatoria condicionada a estar engendrado dentro de un plazo y de que llegue a nacer vivo, (Colombia permite asignación testamentaria a personas que no existen al momento de abrirse la sucesión, pero se espera que existan dentro de los 30 años siguientes).

Sobre el particular un planteamiento de esta naturaleza nos parece sumar incertidumbre jurídica al proceso hereditario, por más que el plazo pueda ser corto y no lo vemos conveniente, por lo tanto, e invocando normas del Derecho Sucesorio, nos atrevemos a decir que si bien es cierto que no hay una norma única y clara sobre el tema, sí existen otras de las que podemos inferir que se requiere la existencia del sucesor al momento de abrirse la sucesión. Así, por ejemplo, el 681 del Código Civil, sobre representación sucesoria, la cual señala que «Por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente a recibir la herencia que a éste corres-

pondería si viviese...»; el artículo 683, sobre el mismo tema de la representación sucesoria, cuando dice «En la línea colateral solo hay representación para que al heredar a un hermano concurran con los sobrevivientes...».

En el caso de las personas jurídicas debemos señalar que éstas pueden ser sucesores únicamente en la sucesión testamentaria, pero no pueden ser causantes ni participar en una sucesión legal, sin perjuicio del derecho de las beneficencias sobre las llamadas herencias vacantes o sin dueño.

En lo que se refiere a la existencia de la persona jurídica de derecho privado, de acuerdo al artículo 77 del Código Civil de 1984 esta comienza desde el día de su inscripción en el registro respectivo, sin embargo, cabe preguntarnos por las personas jurídicas no inscritas al tiempo en que se abre una sucesión. ¿También éstas tienen la capacidad de ser sucesores?. Sobre el particular Lanatta señalaba que la persona jurídica no inscrita, pero cuyos asociados han celebrado actos a nombre de ella, sí tiene capacidad de suceder, conforme al segundo párrafo del citado numeral, que señala las eficacia de los actos celebrados por la persona jurídica en su nombre una vez inscrita, es decir, la inscripción tendría efectos retroactivos sobre los actos celebrados con anterioridad, los cuales deben ratificarse. Echecopar toma posición contraria al referir que las personas jurídicas no inscritas no podían heredar, basándose en que la institución de heredero y legatario, debe recaer en persona cierta tal como lo establece el artículo 734 de nuestro Código Civil de 1984.

Nuestra posición se ubica en la tesis de Lanatta y comulgamos con él, en el sentido de que las personas jurídicas no inscritas, pero que lo estarán después, sí pueden suceder porque en la hipótesis de ser convocadas por el causante estarían debidamente identificadas por el testador y por que los actos celebrados por estas personas (caso, por ejemplo, de la aceptación de la herencia) pueden ser ratificados luego de su inscripción. Con esta interpretación rescatamos la voluntad del testador.

Si la persona jurídica es de Derecho Público interno, ésta existe (para los efectos sucesorios) cuando se promulga la ley que la crea, tal como se infiere de lo dispuesto en el artículo 76 del Código Civil.

REQUISITO DE LA CAPACIDAD PARA SUCEDER

Se suele dividir las capacidades en la de goce, referida a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y en la capacidad de ejercicio que, según Vidal Ramírez, es el poder celebrar actos jurídicos por sí. La capacidad para suceder se refiere a la capacidad de goce pues como lo sostiene Fornieles, «la capacidad de adquirir es siempre de derecho, especialmente cuando se adquiere

con independencia de la voluntad del interesado, como en las sucesiones». En consecuencia aquí no entra en juego la capacidad de ejercicio o de obrar.

En el Derecho romano se legisló sobre la incapacidad para suceder de ciertas personas. Así, eran incapaces de suceder los esclavos, los muertos civilmente, los pertenecientes a ciertas razas, como los judíos y los extranjeros. En cuanto a la muerte civil, ésta consistía en una ficción de la ley por la que se consideraba a una persona viva como legalmente muerta respecto al goce y adquisición de derechos civiles, siendo las causas que daban lugar a la muerte civil la condena por delito grave sujeto a deportación o cadena perpetua, el ingreso como regular a una orden religiosa. Entre los efectos de la declaración de muerte civil tenemos los referidos a la apertura de la sucesión, disolución del vínculo matrimonial y pérdida de sus derechos civiles y políticos. En la actualidad ya no existe tan infamante pena.

En la actualidad tampoco se habla de incapacidad sucesoria, al menos en nuestro Código Civil de 1984, pues el sucesor para serlo sólo debe existir, en atención a que la transmisión sucesoria requiere únicamente una capacidad receptiva sin requerirse ninguna condición especial, salvo el de la existencia.

Este es el motivo por el cual se criticó al Código Civil de 1936 al regular, en un título aparte, las incapacidades para suceder, consignando dentro de los incapaces al indigno, la inhabilidad de algunas personas por su relación con el causante para recibir por testamento, la exclusión de la herencia de un hombre casado, del hijo de su cónyuge reconocido por tercero. Sin embargo si observamos con detenimiento, estas dos últimas incapacidades no eran tales, sino prohibiciones para suceder.

En cuanto al indigno, no se trata de una incapacidad, sino una inhabilidad para heredar a ciertas personas por la comisión de un hecho ilícito, en todo caso, vendría a ser una penalidad civil. Incluso el indigno, para ser considerado como tal, debe ser capaz, pues los incapaces por su falta de discernimiento no son pasibles de sanción, lo que no supone que no puedan suceder, sino que estarán inhabilitados respecto de una persona en particular, pero sí serán hábiles respecto de otras, por ello no debe confundirse indignidad con incapacidad, pues como dice Holgado Valer «El incapaz para suceder es aquel que no puede adquirir en forma alguna derecho sucesorio».

En conclusión, es capaz para suceder aquel sujeto que existe al momento de la apertura de la sucesión. Esto se debe a que todo sujeto de derecho, desde su existencia, tiene capacidad de goce y, por tanto, todo sujeto con existencia es

capaz de suceder, lo cual no desvirtúa que en determinados supuestos existan prohibiciones en torno a la sucesión de determinada persona por especiales circunstancias expresamente establecidas por ley.

De acuerdo a lo expuesto, lo que debe interesar al Derecho Sucesorio es la capacidad de goce o de derecho. Sobre el particular Messineo señala que esta capacidad es la aptitud o idoneidad para ser sujetos de derechos subjetivos en general, y en el caso que nos ocupa, derecho a suceder a determinada persona.

REQUISITO DE LA DIGNIDAD PARA SUCEDER

La dignidad está referida a la conducta del sucesor que debe traducirse en consideración, estima, respeto hacia el causante y sus parientes próximos, en atención a que la herencia para los sucesores, es un beneficio que van a recibir sin contraprestación alguna. Entonces lo mínimo que se espera del sucesor es que no ofenda, agravie, lesione al causante. Ahora bien, el Código Civil de 1984 no regula conductas positivas como condiciones para suceder, sino por el contrario, regula inconductas de los sucesores que los conducirán a separarlos de la herencia, y las regula con el nombre de indignidad y desheredación. Más adelante veremos estas formas de exclusión de la herencia.

REQUISITO DEL MEJOR DERECHO PARA SUCEDER

No debe haber otro heredero con derecho preferente para suceder. El orden de preferencia ha quedado establecido en el artículo 816 del Código Civil de 1984 en lo que atañe a la sucesión legal, con criterios sobre la base del parentesco de los sucesores respecto del causante. En cuanto a la sucesión testamentaria, la legítima y sus herederos forzosos determina la concurrencia de éstos y la exclusión de unos respecto de otros. Si no existieran los herederos forzosos, los llamados a suceder quedan a la voluntad del testador, quien puede designar herederos voluntarios o disponer de todos sus bienes a favor de legatarios o hacer concurrir unos con otros.

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO III
CONDICIONES PARA HEREDAR
LA INDIGNIDAD

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

LA INDIGNIDAD

Cuando una persona ha cometido inconductas contra el causante o sus parientes próximos puede ser excluida de la herencia. Esta exclusión impuesta por decisión judicial toma el nombre de indignidad.

El autor uruguayo Hugo Gatti la define como sanción o pena civil dictada por autoridad judicial competente, a pedido de los interesados, y tiene por objeto excluir al indigno de la sucesión, lo que se traduce prácticamente por la caducidad del derecho hereditario.

Salvo la última expresión referida a la caducidad, estamos de acuerdo con dicha definición, pues la indignidad es una forma de exclusión de una sucesión (la otra forma es la desheredación) debido a una inconducta del sucesor, lo cual se traduce en una suerte de pena civil expedida por la autoridad judicial, ya que la indignidad no procede por decisión propia del causante ni de los herederos, sino que debe provenir de una decisión judicial que termina excluyendo de una sucesión a la persona que ha cometido la falta tipificada por la ley.

Existen varias definiciones de la indignidad, como la de Rébora para quien es una anomalía de la vocación hereditaria, o la de Albadalejo, quien la califica como ineptitud para suceder. En el Perú, Luis Echecopar refiere que se trata de una sanción al sucesor en virtud de la cual no puede heredar por haber cometido actos graves contra el causante, actos que han originado disolución de todo vínculo moral entre el causante y el sucesor. Para nosotros queda claro que se trata de una sanción judicial impuesta al sucesor que ha cometido actos contra la persona o los intereses del causante, o contra sus cercanos y directos parientes.

1. DIFERENCIAS DE LA INDIGNIDAD CON OTRAS INSTITUCIONES QUE, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, ALUDEN A LA SEPARACIÓN DE UNA SUCESIÓN

Con la desheredación. Tanto la indignidad como la desheredación son formas de exclusión de una sucesión por inconductas, sin embargo la desheredación juega exclusivamente con los herederos forzosos y se mueve únicamente en la sucesión testamentaria; mientras que la indignidad se da en todo tipo de sucesores, sean herederos forzosos, voluntarios, legales y legatarios. Asimismo, la indignidad se da tanto en la sucesión intestada como en la testada. Por otro lado, la desheredación depende exclusivamente de la voluntad del testador y, salvo la contradicción, opera sólo con el testamento que la contenga, mientras que la indignidad requiere necesariamente de una decisión judicial.

Con la preterición. La palabra preterición proviene del vocablo latino praeterire (pasar por delante) y significa hacer caso omiso de una persona o cosa. Luis de Gasperi refiere que el heredero preterido viene a ser la omisión efectuada por el testador de los herederos forzosos legítimos, bien sea prescindiendo el testador de los herederos forzosos legítimos, instituyendo a otros en su lugar o, en su caso, no instituyendo heredero alguno.

En consecuencia, el testador no considera dentro de su sucesión al heredero forzoso y esta marginación puede deberse a un acto consciente o inconsciente del testador, pues lo relevante es que el heredero forzoso no es tomado en cuenta, no existiendo causal de desheredación alguna, lo cual va a producir la caducidad de la institución de heredero voluntario que se haya convocado, tal como lo consigna el artículo 806 del Código Civil de 1984.

De lo señalado podemos establecer las diferencias con la indignidad, pues ésta se da en la sucesión testamentaria e intestada, mientras que la preterición es una figura exclusiva de la sucesión testamentaria. Asimismo la preterición sólo se da respecto de los herederos forzosos, mientras que la indignidad puede afectar a cualquier tipo de sucesor, trátese de forzosos, legales, voluntarios y legatarios.

Con la incapacidad. El legislador del Código Civil de 1936 trató la indignidad como una de las incapacidades para suceder. Sobre el particular ya hemos manifestado nuestro parecer respecto de la confusión de ese cuerpo de leyes, pues la indignidad no es una incapacidad, sino una sanción judicial por hechos imputables al sucesor. Por otro lado no existe incapacidad para suceder, en tanto que todos somos capaces de adquirir derechos sucesorios, pues se trata de la capacidad de goce, que la tenemos por ser personas o sujetos de derechos.

Si efectivamente existiera incapacidad para suceder, el incapaz no podría suceder a nadie, entonces no se trata de incapacidad, lo cual no significa que determinadas personas sean excluidas de determinadas sucesiones por hechos configurados por la ley como pasibles de esa sanción civil. Además el excluido de una sucesión por indignidad no hereda al causante que agravió, sin embargo, sí puede suceder a otras personas. No hay en el Perú incapacidad para suceder, lo que existe son inhabilidades para suceder en determinados supuestos, encontrándose el indigno en uno de esos supuestos.

2. RESEÑA HISTÓRICA DE LA INDIGNIDAD

Procede del Derecho imperial romano. La indignidad se derivó de dos instituciones: La ex heredatio como posibilidad de que el padre pudiera privar de los bienes a sus hijos, lo que dio lugar a litigios; y el ereptorium, por el cual, en caso de silencio del difunto la ley apartaba a ciertos herederos cuando eran indignos de heredar.

Procede de la palabra latina ereptorius a um, lo que debe ser quitado o arrebatado. Las causas de indignidad estaban contempladas en el Digesto y en general se refieren a conducta inmoral, delictiva o deshonrosa del heredero respecto del causante.

En el Derecho germánico se admitió la indignidad en los únicos casos que contemplaba el precepto legal, con exclusión del incontrolado arbitrio del causante. Según éste, quedaban privados de la herencia el que niega subsidio al pariente, quien podía por este hecho transferir a un extraño todo su patrimonio; el hijo que usa violencia contra el padre; el hermano u otro pariente que asesina o intenta asesinar a la persona de cuya sucesión se trata; la hija que desobedece al padre, especialmente cuando rompe los esponsales concluidos por él y se casa con hombre de condición servil.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Binder y Maffia opinan que se trata de una penalidad civil, pues no se trata de una incapacidad. Ésta, a decir de Cornejo Chávez, se refiere al ser mismo, mientras que la indignidad se refiere a actos sancionables cometidos por el heredero.

Por nuestra parte consideramos que estamos ante una pena o condena civil. En efecto, el legislador usando su criterio establece determinadas conductas y las considera agraviantes contra el causante y en función de ello determina

una sanción civil, la cual se traduce en una inhabilidad sucesoria, pues se aparta al ofensor de la herencia de su causante.

4 FUNDAMENTOS

La razón fundamental que explica la indignidad sucesoria radica básicamente en el respeto y gratitud que debe guardar todo posible sucesor hacia su causahabiente, no contrariando con su conducta los sentimientos de afecto en que se basa la sucesión hereditaria como su motivación natural. Coincidimos con José Arias pues, al igual que él, consideramos que la sucesión encierra un beneficio para el sucesor, quien recibe pura y simplemente sin dar nada a cambio. Dice Arias: «La herencia es por lo corriente un favor, un beneficio, tal es así que el orden de la sucesión intestada se funda en el posible afecto del de cujus. Es natural pues que, con el mismo fundamento, se le prive de la herencia a aquel cuya conducta ha debido destruir o disminuir tal sentimiento y se lo excluya por indignidad».

A todo ello debemos agregar una suerte de moral pública que el Derecho debe tutelar, en este caso el cumplimiento de los deberes morales tanto de los cónyuges, como de los padres e hijos recíprocamente, y lo hace fijando una sanción al privar de la herencia a aquel que incumple estos deberes. En este contexto se ubica la indignidad.

5 ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE INDIGNIDAD

El artículo 667 del Código Civil, al señalar que son excluidos de la sucesión de determinadas personas por indignidad como herederos o legatarios, alude no sólo al desplazamiento del heredero de la sucesión que le habría correspondido participar, sino que esa indignidad se retrotrae al momento en que se abre la sucesión. En tal mérito al indigno debe considerársele como si nunca hubiera sido heredero, por lo que hace bien el Código al emplear el término exclusión y no pérdida, pues el indigno nunca tuvo derecho a nada y en tal mérito no perdió nada, por que nada tenía.

Igualmente debemos ponderar la forma clara en que el legislador se refiere a la indignidad respecto de todo tipo de sucesor y así comprender al heredero, que puede serlo el forzoso, el legal, el voluntario y también, en términos del Código, al legatario o sucesor particular.

Las causales de indignidad están señaladas en el artículo 667 del Código Civil de 1984, siendo pertinente señalar que éstas son taxativas, por lo que sien-

do restrictivas de derecho no cabe aplicación por analogía, de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

La causal debe estar configurada al momento de abrirse la sucesión para que pueda funcionar, sin embargo, en forma excepcional, creemos que podría considerarse la situación del heredero voluntario o legatario sujeto a condición, procediendo la indignidad por causal ocurrida después de la muerte del causante, pero antes de verificarse la condición. Ello porque la calidad de heredero o legatario no está determinada al abrirse la sucesión, sino después de que se verifique la condición.

A continuación analizaremos cada una de las causales, haciendo los comentarios respectivos y las críticas que resulten del trato legislativo dado por el legislador.

a.- Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa cometida contra la vida del causante, sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal no desaparece por indulto o prescripción de la pena.

En cuanto al homicidio doloso debe tenerse en cuenta que no sólo se circunscribe al causante, sino que se hace extensivo a sus familiares más cercanos, como sus ascendientes, descendientes y su cónyuge. Ahora bien, el homicidio debe haber sido cometido con intención, lo cual demuestra no sólo animadversión del sucesor hacia su causante, sino odio contra éste o sus cercanos familiares.

En lo que atañe a la tentativa ésta consiste en un hecho penal en sí, que si bien no constituye comienzo de ejecución y no llega a realizar el tipo legal, sin embargo, basta que el sucesor intente privar de la vida al de cujus, a sus ascendientes, descendientes o cónyuge, bajo cualquiera modalidad de la tentativa como puede ser la acabada, inacabada, el delito frustrado o imposible, para que se incurra en indignidad.

En cuanto a la calificación que hace el Código Civil, utilizando las palabras «autores o cómplices», creemos que hubiera sido deseable referirse a los condenados por estos delitos, pues entendemos que al no existir condena, entonces estamos ante la figura de los procesados, los cuales no tienen aún dilucidada su situación jurídica y, por lo tanto, siguen gozando todavía de la presunción de inocencia. Lo curioso sobre este tema es que en este primer inciso, tal como ya lo hemos referido, no se emplea el término condenado como sí lo hace en el inciso segundo al referirse a los condenados por delito doloso contra el causante.

Asimismo, se alude a que la causal no desaparece por indulto o prescripción de la pena. Sobre el particular debemos señalar en cuanto al indulto que éste

borra la pena pero no el delito, y la prescripción de la pena implica la existencia de una condena no cumplida, pero ello puede responder a otros factores que desde nuestro punto de vista no deben afectar el concepto civil de indignidad.

b.- Condenados por delito doloso cometido en agravio del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge.

Obsérvese que no se hace referencia en cuanto a la clase de delito ni pena, pero sí exige que el delito sea doloso y que haya sido materia de condena penal.

Según Hurtado Pozo el delito doloso es aquel cometido con conciencia y voluntad. Conciencia al saber que su acto infringe la norma que sirve de base a la disposición penal, y voluntad que comprende precisamente el conocimiento de los elementos del acto y de su carácter ilícito. Por lo tanto, caen en este supuesto todas las figuras delictivas que lesionen bienes jurídicos, como son la vida, la honra, el activo patrimonial entre otros.

Esta generalidad (condenados por delito doloso) trae el riesgo de que dentro del supuesto comentado, pudiera comprenderse delitos leves cuya pena sería una multa, por ello existen opiniones a favor de limitar la causal de indignidad a aquellos delitos que la ley sanciona con pena privativa de libertad por un período determinado, que podría ser cinco años, sin embargo también se sostiene contra esa propuesta que lo que se sanciona es la conducta del sucesor contra el causante y sus próximos parientes, ello es lo relevante, y tal conducta prevista en la legislación positiva con una determinada pena es suficiente para configurar la causal, pues la conducta encierra un desprecio contra el causante y atenta contra la consideración y estima que deben guardar los sucesores.

Nuestro punto de vista más bien se encuentra en consonancia con esta última posición, independientemente de la condena que pueda sufrir el sucesor, más aún cuando conocemos que si la falta es leve y merece sanción igualmente leve, entonces no estaríamos ante un delito sino ante una falta, lo cual escaparía del tipo sancionado con la indignidad que expresamente alude a delito.

c.- Los que calumniosamente denuncian al causante por delitos que la ley sanciona con pena privativa de la libertad.

Sin perjuicio de señalar que esta causal está referida exclusivamente al causante, no mencionándose, como en los otros dos incisos, a los parientes cercanos del de cujus, queremos resaltar dos conceptos importantes en este supuesto: el primero consiste en limitar el alcance de la causal solo a la denuncia calumniosa, o sea la denuncia formalizada con mala fe, por lo tanto falsa; y el segundo

concepto, consiste en expresar en cuanto a la gravedad de los delitos denunciados, que son aquellos a los que la ley sanciona con pena privativa de libertad.

En cuanto al primer concepto, se ha superado la discusión existente en el Código Civil de 1936 respecto de la denuncia verdadera y la calumniosa, siendo obvio que la causal debe operar sólo cuando la denuncia es calumniosa, pues si la denuncia fuera cierta ya no sería calumnia. La sanción está referida al que denuncia sabiendo que son falsos los hechos denunciados, pues allí se observa claramente la intención de causar daño. En cuanto al segundo concepto, la de fijar la sanción refiriéndola a las penas privativas de libertad y excluyendo del mismo a las penas de multa e inhabilitación, se comprende en atención a que la conducta sancionada con esta clase de pena revela peligrosidad en el agente, lo que nos lleva a afirmar la gravedad de la ofensa del sucesor respecto del causante.

Se ha planteado respecto a esta causal si es condición para que opere como tal, la existencia de una condena al calumniador. Sobre el particular cabe señalar que si esta condena existe, en buena hora para los efectos de la probanza en el proceso de indignidad. Sin embargo, ello no es indispensable, pues en el proceso civil de indignidad deberá probarse los hechos alegados como falsos y calumniosos.

d.- Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir que el causante otorgue testamento, para obligarlo a hacerlo o para que revoque total o parcialmente el otorgado.

Obsérvese que los tres primeros supuestos de indignidad analizados están referidos a conductas que tienen implicancias de orden penal, en cambio la cuarta y quinta causal se refieren a la libertad de testar, que como tal debe responder a un acto libre, mediante el cual se manifiesta la voluntad de una persona de ordenar su propia sucesión.

En esta causal que comentamos se ha separado el dolo de la violencia, pues no todo actuar doloso implica violencia, coacción. Cierto que el dolo y la violencia están vinculados a los vicios de la voluntad en el acto jurídico, en tal virtud deben observarse los artículos 210 y 214 del Código Civil. De acuerdo al artículo 210 del Código Civil son elementos del dolo el comportamiento engañoso y ánimo de engañar (en el autor del dolo), producción del engaño y error determinante (en el causahabiente), por lo tanto, las mentiras alcanzan al testador y lo determinan de tal manera que sin el dolo no hubiera otorgado, revocado total o parcialmente su testamento o se utilizan para impedir su otorgamiento.

En cuanto a la violencia, es la amenaza de un mal injusto y notable, la cual inspira temor en la persona, la induce a actuar de tal manera que de otra forma no lo hubiera hecho. Bajo la violencia o intimidación no hay libertad para decidir. Ahora bien, sin perjuicio de la violencia moral, también es posible referirnos a la violencia física sobre todo en determinadas clases de testamento como el ológrafo, en cuyo caso no hay vicio de la voluntad, sino que sencillamente no hay voluntad propia.

e.- Aquellos que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata, y de quienes sabiendo que un testamento es falsificado hagan uso de éste.

Como se ve es una causal nueva que comprende los casos en que el sucesor no ha actuado sobre el testador, sino sobre el testamento otorgado por el causante, con el propósito de destruirlo, ocultarlo, falsificarlo o alterarlo y comprende también a quienes hagan uso dolosamente de un testamento falsificado.

Sobre los testamentos que podrían ser objeto de destrucción u ocultación, Lanatta refiere que ello puede ocurrir con el testamento ológrafo y el cerrado, mientras que la falsificación o alteración podrían producirse en el testamento ológrafo o en el pliego interno del cerrado, razones por las cuales estos testamentos ofrecen menos garantías que el otorgado por escritura pública, aún cuando debe decirse que el testamento cerrado ahora queda en poder del notario, por lo que sería difícil su destrucción u ocultamiento.

En cuanto a la ocultación, debemos entender, como lo señala De Gaspieri que ésta no traduce idea de hurto o robo como un fin en sí mismo, sino como medio de burlar la fe pública cifrada en el instrumento desaparecido.

En lo concerniente a la falsificación del testamento, se suplanta la voluntad del testador por otra falsa que se le atribuye y que ocasiona mayores daños a terceros. En cuanto al uso del testamento como causal de indignidad, está referido al heredero o legatario que a sabiendas haga uso de un testamento falsificado. Aunque tal falsificación no fuera obra suya será igualmente indigno, pues conoce que dicho documento carece de autenticidad.

6. EFECTOS DE LA INDIGNIDAD

Encontramos en el Derecho de Familia y en el de Sucesiones las consecuencias de la declaración judicial de indignidad. Veamos por separado éstas.

a. Es personal. Emilio Valverde decía que los hechos constitutivos de indignidad y desheredación tienen un significado eminentemente perso-

nal, que comienza y termina con el indigno o desheredado y, por ello, no son susceptibles de trascender a sus descendientes.

En efecto, el artículo 670 del Código Civil refiere que «la indignidad es personal, los derechos sucesorios que pierde el heredero indigno pasan a sus descendientes, quienes los heredan por representación». Sobre el particular debemos señalar que es impreciso el Código Civil al referirse a la pérdida de derechos por parte del indigno, en tanto que, como ya lo hemos dejado establecido, la resolución judicial que declara indigno se retrotrae al momento en que se abre la sucesión, por lo tanto el indigno no pierde nada, pues nada tuvo. Lo correcto es referirse a la exclusión del indigno.

Ahora bien, existe una interesante opinión respecto a que no siempre los derechos sucesorios que le hubieran correspondido al indigno pasan a sus descendientes, tal como lo deja entrever el artículo 670 del Código Civil. Podría darse el caso del heredero legal indigno de sexto orden (primos hermanos, sobrinos nietos o tíos abuelos del causante), pues los descendientes de este indigno no lo representarán, ya que estos descendientes del heredero de sexto orden no tienen vocación hereditaria con respecto al causante, ello en estricta aplicación del artículo 236 del Código Civil sobre los efectos del parentesco, que como sabemos se extienden sólo hasta el cuarto grado en la línea colateral, por eso se afirma que debió cambiarse la frase de «quienes los heredan por representación» por la frase «si se da la representación».

b. Indigno pierde los derechos de usufructo y administración de los bienes que por esa causa pasan a sus descendientes. Se pretende que la sanción al indigno sea total, pues si no fuera así podrían quedar los frutos de esos bienes en poder del indigno a través de la patria potestad que se ejerce sobre los descendientes, los mismos que ahora se han convertido en propietarios de esos bienes. De allí que en el Libro de Familia, en el artículo 436, inciso tercero, se señala que están exceptuados del usufructo legal, la herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres, indignidad que también los excluye de la administración.

Resulta curioso comprobar como el legislador, al tratar de sancionar al indigno, termina liberándolo de un deber de la patria potestad como es el deber de administrar los bienes de sus hijos, que como salta a la vista, más que un derecho es un deber. Sin embargo, entendemos la posición del legislador de apartar al indigno en forma total de los bienes de sus hijos a fin de evitar cualquier aprovechamiento.

c. El indigno es privado de los derechos que le hubieran correspondido como heredero o legatario. Este es el principal efecto de la indignidad. En tal mérito, el heredero indigno no tiene derecho a participar en la sucesión. No se trata de que pierda un derecho, pues los efectos de la indignidad se retrotraen al momento en que se abre la sucesión, por lo tanto nunca fue sucesor, de allí que no se pueda hablar de pérdida de derecho pues nunca lo tuvo. En lo que atañe al sucesor a título particular, esto es, al legatario, igualmente, al ser excluido de la sucesión, no tiene derecho al bien materia de legado, el cual retorna a la masa hereditaria para acrecer las cuotas de los herederos.

d. Caducidad de la institución de heredero. Otro efecto de la indignidad lo encontramos en el artículo 805, inciso tercero del Código Civil, a propósito de la sucesión legal, referido a que el testamento caduca en cuanto a la institución de heredero si éste pierde (exclusión) la herencia por declaración de indignidad y no deja descendientes que puedan representarlo.

e. Declarada la exclusión el indigno debe devolver los bienes hereditarios y los frutos. El artículo 671 del Código Civil señala que declarada la exclusión el indigno éste queda obligado a restituir a la masa hereditaria los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos.

   Sobre el particular debemos señalar que los efectos de la indignidad se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión, por lo tanto el indigno nunca fue sucesor y carecería de título sucesorio, sólo ha tenido una apariencia de heredero, pero nunca lo fue, por ello es un poseedor de mala fe. En tanto que el indigno ha tomado posesión de todos los bienes o de cualquiera de ellos, debe reintegrar dichos bienes a la masa hereditaria.

   También se regula la situación de los bienes hereditarios dispuestos por el indigno, así quien los adquirió actuó de mala fe queda obligado a devolver el bien a los herederos, los frutos percibidos y una indemnización (en este caso procede la acción reivindicatoria por parte del heredero). El adquirente a título gratuito de buena fe sólo devuelve el bien a los herederos. En lo que se refiere al adquirente de buena fe a título oneroso (en este caso no procede la acción reivindicatoria) si aún debiera algún saldo debe cancelarlo al heredero, entendiéndose que éste cobrará al indigno el saldo del precio más frutos e indemnización.

Problema a resolver lo constituye el heredero que fue anticipado por su causante y luego de ello incurre en una falta, que posteriormente lo va a llevar a

ser declarado indigno. En este supuesto cabe preguntarse si el indigno debe devolver el bien que recibió como anticipo. Sobre el particular Esther Berasategui señala que el indigno no está obligado a devolver el bien vía colación, pues el indigno no es heredero y sólo los herederos pueden colacionar. Además se afirma que el causante siempre estuvo en la posibilidad de revocar esa liberalidad, en tanto que las causales para que proceda la revocación se dan precisamente por inconductas que conducen a la indignidad o desheredación. Esta posición aun cuando parece injusta, legalmente sería la correcta, por lo que el indigno no debe devolver el bien recibido en vida del causante.

7. QUIÉNES PUEDEN PROMOVER LA INDIGNIDAD

No son pasibles de ser desheredados ni excluidos por indignidad los incapaces menores de edad ni los mayores privados de discernimiento, en atención a que carecen de plena capacidad de discernimiento lo que los incapacita para practicar actos jurídicos y, por lo tanto, se les considera irresponsables, así lo sanciona el artículo 748 del Código Civil.

En cuanto a la procedencia de la indignidad debemos decir que ésta no opera automáticamente, sino que necesariamente debe ser declarada judicialmente, lo que implica un proceso judicial abierto, con pruebas actuadas, defensa del indigno y resolución motivada del juez.

La ley faculta a determinadas personas para promover la acción judicial de indignidad, se trata de una facultad conferida al sucesor o sucesores y también al causante vía la desheredación, invocando precisamente las causales de indignidad. En efecto, el testador puede desheredar a su heredero forzoso no sólo invocando las causales propias de la desheredación, sino que también puede hacer uso de las causales de indignidad (artículo 669 del Código Civil), lo que nos parece pertinente pues otorga al causante un abanico más amplio de posibilidades cuando pretenda desplazar al heredero de su sucesión.

Según el artículo 668, pueden promover la demanda judicial contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. Sobre el particular debemos reparar que la falta ha sido cometida contra el causante o sus familiares cercanos de los que trata la ley; sin embargo, si se trata de herederos forzosos el causante no invoca tal falta para desheredar y ello puede ocurrir porque ignoraba el causante tal falta o, conociéndola, no quiso pronunciarse. En tal circunstancia los sucesores tienen derecho a pedir la exclusión del indigno de la sucesión que le corresponde.

Entonces, puede demandar todo aquel que de no haber indignidad hubiera concurrido con el indigno. Por ejemplo, tres hijos del causante, uno de ellos ha cometido la falta que da lugar a la indignidad. En ese caso, sus hermanos pueden demandar la indignidad. Igualmente puede demandar todo aquel que se crea con derecho sucesorio por efecto de la exclusión del indigno. Como ejemplo, la situación de un hijo único del causante y no hay otros parientes del causante, excepto un hermano del causante y por lo tanto ese hijo es el único heredero pero ha cometido una falta que da lugar a la indignidad. En ese supuesto, el hermano del causante puede accionar la exclusión del sobrino y si logra vencer en el proceso él será el heredero del causante. Valverde refiere que esta acción no podrá ejercitarla el legatario ni el acreedor del heredero.

8. PLAZO PARA DEMANDAR

La indignidad debe ser declarada judicialmente y el plazo para demandar es de un año, contado no necesariamente desde la muerte del causante, sino desde que el indigno entró efectivamente en posesión de cualquiera de los bienes dejados por el de cujus.

Sobre el particular resulta interesante lo dispuesto en el artículo 1010 del Código Civil boliviano, el cual no consigna plazo para demandar y prevé la indignidad de pleno derecho, bastando sólo la sentencia penal condenatoria para excluir al indigno cuando se trata del condenado por haber dado muerte voluntariamente al de cujus, su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o sobrinos consanguíneos, señalándose que esta indignidad comprende también al cómplice.

9. PERDÓN AL INDIGNO

El artículo 669 del Código Civil de 1984 refiere que el causante puede perdonar al indigno de acuerdo a las normas de desheredación, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 753 del Código Civil, considerándose que el causante ha perdonado al indigno si lo instituye heredero y lo declara expresamente en su testamento o escritura pública.

Sobre el particular nos parece un error del artículo 753 aludir a la escritura pública, pues la única forma de instituir heredero o revocar la institución es el testamento, tal como aparece en los artículos 734 y 799 del Código Civil. Por otro lado, habría que señalar que el perdón supone que el causante conoció la falta, por ello el perdón tiene que ser expreso, pues si el causante no conoció la falta ¿cómo operaría el perdón?. Se perdona cuando se conoce la falta, por tanto, la sola designación de heredero no basta para que opere el perdón, pues

para que éste funcione el testador debe declarar que ha perdonado al heredero y en atención a ello lo instituye como tal.

Una situación similar al perdón, en cuanto a los efectos, se da cuando los sucesores llamados a accionar no lo hacen dentro del término de ley que fija el artículo 668 del Código Civil de 1984. En tal caso no opera la indignidad y el sucesor que cometió la falta participa de la herencia como cualquier otro sucesor.

El perdón, al reponer al indigno en todos sus derechos de sucesor, implica que al abrirse la sucesión los sucesores no podrán iniciar acción alguna sobre la indignidad.

10. OTROS CASOS DE EXCLUSIÓN DE HERENCIA QUE RESPONDEN AL CRITERIO DEL LEGISLADOR Y QUE SE UBICAN DENTRO DEL CAMPO DE LAS PROHIBICIONES

a) La situación de los extranjeros

Refiere el artículo 71 de la Constitución Política que dentro de los 50 Km. de las fronteras los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por ningún título, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente o en sociedad, bajo pena de perder en beneficio del Estado el derecho adquirido, salvo casos de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo.

En tal mérito el extranjero no puede adquirir bien alguno por sucesión si el bien se encuentra dentro de los 50 Km. de las fronteras. Si se trata de sucesión testamentaria tal disposición testamentaria sería nula, pues va contra una norma prohibitiva y, por lo tanto, imperativa.

Si se tratase de una sucesión legal, la opinión de Aníbal Corvetto nos parece pertinente, el mismo que comentando el artículo 36 de la Constitución Política de 1933, norma similar a la que analizamos, refiere que los extranjeros debían denunciar su situación y, justipreciando el bien, el Estado les debería pagar su equivalente por lo dispuesto en el artículo 29 de dicha norma, artículo que en nuestra Constitución Política vigente vendría a ser el artículo 70, referido a la expropiación.

b) Reconocimiento tardío de hijo extramatrimonial

Como sabemos, el reconocimiento es el acto jurídico por el cual una persona admite su paternidad o maternidad respecto de otra. Ahora bien, lo sano es que este reconocimiento se efectúe cuando el hijo más lo requiera y esta etapa se da cuando el citado hijo es menor de edad; sin embargo, hay situaciones en que el padre o madre reconoce a su hijo

cuando éste ya es mayor de edad. En tal circunstancia es lícito preguntarse si el reconocimiento es interesado, si se efectúa para pensionarse a costa del hijo reconocido o convertirse en un heredero forzoso de éste.

El artículo 398 del Código Civil de 1984 señala que el reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios, salvo que el hijo tenga, respecto del causante, la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento. Esta norma pretende proteger el patrimonio del hijo, pero no sólo de él, sino también el de los descendientes del hijo muerto, a quien se pretende reconocer, pues es posible reconocer a un hijo fallecido que ha dejado descendientes, conforme lo señala el artículo 394 del Código Civil.

c) Declaración judicial de paternidad

El hijo extramatrimonial asume su condición de hijo respecto de un determinado padre o madre sólo por reconocimiento (acto voluntario). Si éste no se da, entonces el camino a seguir será la declaración judicial de paternidad, luego de agotado el proceso de filiación respectivo.

En este último caso, el padre (y eventualmente la madre) que lo será por sentencia judicial, no tiene derecho sucesorio respecto del hijo. La norma consignada en el artículo 412 del Código Civil es sancionadora y nos parece acertada, incluso cumple el papel de ser previsora, a fin de que los padres de hijos extramatrimoniales no esperen a ser demandados, sino que asuman su calidad de tales vía el reconocimiento, como una suerte de imperativo moral antes que legal.

Es claro que en el reconocimiento tardío y en la declaración judicial, la sanción es para los padres, quienes no serán sucesores de sus hijos, pero estos sí lo serán respecto de sus padres.

d) No tienen efectos las disposiciones testamentarias del ex pupilo a favor del ex tutor

El tutor ha administrado el patrimonio de su pupilo y al extinguirse la tutela la ley le impone la obligación de rendir la cuenta judicial sin excepción alguna. Mientras no se rinda la cuenta, cualquier acto de liberalidad queda suspendido, en cuanto a sus efectos, hasta la rendición final con la aprobación respectiva.

El artículo 546 del Código Civil, nos señala que las disposiciones testamentarias del ex pupilo a favor del que fue su tutor no tienen efecto si no se aprobó judicialmente la cuenta final. Como resulta obvio esta norma no alude a los legitimarios, quienes por ley son herederos forzosos, pero si tiene aplicación para los herederos voluntarios o legatarios.

Si el ex pupilo testa e instituye al ex tutor como heredero voluntario o legatario y éste no ha rendido la cuenta final, tal cláusula no surte efecto; sin embargo, el legislador a propósito de las liberalidades del ex pupilo a su tutor, refiere en el artículo 1628 del Código Civil que la donación a favor de quien ha sido tutor o curador del donante está sujeta a la condición suspensiva de ser aprobadas las cuentas y pagado el saldo resultante de la administración. Entonces cabe preguntarse si el artículo 1628 del Código Civil de 1984 es aplicable a la institución de heredero o legatario y, por lo tanto, si al abrirse la sucesión, ese heredero o legatario (antes tutor) no hubiera cumplido con la rendición de la cuenta final, debemos pensar que esa convocatoria testamentaria estaría sujeta a la condición suspensiva de la rendición de la cuenta o tal disposición testamentaria sería nula como sostenía Jorge Eugenio Castañeda, fundando su opinión en que se trata de norma prohibitiva.

Al margen de nuestra disconformidad con la existencia de dicha norma, creemos que se trata de un caso de caducidad de la cláusula, pues ésta no producirá efectos pese a la validez de la disposición y de ninguna manera se convalida tal disposición con la rendición de cuentas posterior a la apertura de la sucesión.

Hemos señalado que no estamos de acuerdo con el artículo 546 del Código Civil de 1984, pues nos parece una norma prescindible. Repárese que quien instituye al sucesor goza de absoluta capacidad y es libre de disponer de su patrimonio, sobre todo cuando no se trata de cláusulas que atentan contra la legítima, pues como ya se dijo se trata de normas que se ubican en el ámbito del heredero voluntario, lo que supone la no existencia de herederos forzosos. En el caso de legatario, éste último se ubica dentro de la porción disponible del sucesor, entonces el llamado o convocatoria a su ex tutor a nadie afecta, por ello nos parece un exceso del legislador, quien sigue protegiendo al ex pupilo aun cuando éste ya es capaz y la tutela ya se extinguió.

e) No procede sucesión del viudo o viuda cuyo cónyuge muere dentro de los 30 días de celebrado el matrimonio

Se trata de evitar matrimonios interesados, de allí la prohibición que contempla el artículo 826 del Código Civil, norma que se ubica en la sucesión intestada.

Refiere la norma que la sucesión que corresponde al viudo o a la viuda no procede cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los 30 días siguientes, salvo que el matrimonio hubiera sido celebrado para regularizar una situación de hecho. Con ello la norma busca proteger el

patrimonio del causante, pues impide que quien se haya casado con él pretenda heredar por el sólo hecho de ser cónyuge.

Uno de los supuestos del artículo 826 está referido a que la muerte ocurra por causa de una enfermedad que padecía el causante cuando celebró el matrimonio; sin embargo, podríamos plantearnos el caso de que la cónyuge hubiera ignorado tal enfermedad y de buena fe celebró el matrimonio. Creemos que aun cuando ello se demuestre, la norma es clara y sólo podría heredar cuando el matrimonio se hubiera celebrado para regularizar un concubinato, situación ésta que elimina cualquier posibilidad de interés patrimonial en el matrimonio.

f) El cónyuge separado por culpa suya pierde sus derechos hereditarios.

No cabe duda que estamos ante una norma sancionadora del Derecho de familia, que regula una de las consecuencias de la separación legal, que como sabemos suspende la vida en común, pone fin al régimen de sociedad de gananciales y, cuando se trata de separación por causal, el culpable pierde los derechos hereditarios que le hubieran correspondido en su calidad de cónyuge, según lo establecido por el artículo 343 del Código Civil.

Repárese que se trata de un matrimonio que aún subsiste, pues no se ha roto el vínculo conyugal y la fuente del derecho hereditario de los cónyuges, esto es la institución matrimonial, debería seguir produciendo efectos, sin embargo en el caso bajo comentario no los produce, como una sanción al cónyuge que provocó la separación legal.

Sobre el particular y a propósito del divorcio, el Libro de Familia contiene el artículo 353, la cual señala que los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredarse entre sí, el cual consideramos innecesario, pues si la fuente del derecho hereditario entre los cónyuges es el matrimonio, al desaparecer éste (y el divorcio produce este efecto) entonces los cónyuges dejan de serlo, por lo que no tienen derechos hereditarios entre sí.

En cambio sí tiene sentido el artículo 343 del Código Civil pues allí los cónyuges, pese a que están separados, siguen siéndolo y si en esa circunstancia el causante muere, encontrándose separado legalmente por culpa de su cónyuge, éste no hereda por la situación comentada.

g) Son nulas las disposiciones testamentarias a favor del notario ante quien se otorga el testamento.

Norma previsora que busca cautelar la auténtica y libre voluntad del testador al momento de hacerlo. En efecto el artículo 688 del Código Civil refiere que son nulas las disposiciones testamentarias a favor del

notario ante quien se otorga el testamento, sanción que se extiende a su cónyuge, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad (primos hermanos, sobrinos nietos, tíos abuelos) y segundo de afinidad (cuñados), así como de los testigos testamentarios.

Según Fernández Arce, la norma se aplica al testamento por escritura pública, donde el pliego testamentario es conocido por el notario y los testigos, pero no se aplica al testamento ológrafo, pues aquí no interviene el notario ni los testigos, ni al cerrado, ya que aquí no se conoce la voluntad testamentaria, pues ésta se encuentra en un sobre cerrado. Por su parte, Lanatta señala que, por razones de prudencia, la sanción funciona tanto para el testamento por escritura pública como para el cerrado.

Si nos atenemos a la finalidad de la norma, que busca evitar influencias sobre la voluntad del testador, la influencia sobre la voluntad del testador puede ocurrir en un testamento que se está otorgando, pues el notario o los testigos pueden conocer el contenido del testamento; pero ello no es posible en el testamento cerrado, pues aquí el notario, en presencia de los testigos, sólo interviene para recibir un sobre cerrado que contiene la voluntad del testador, entonces cómo podría ocurrir aquí la influencia sobre el testador. Creemos que la norma contiene un exceso.

La norma comentada debe concordarse con el artículo 704 del Código Civil, que impide al notario que sea pariente del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o autorizar el cerrado; así como con el inciso a) artículo 17 de la Ley de Notariado que prohíbe al notario autorizar instrumentos públicos en los que se concedan derechos o impongan obligaciones a él, su cónyuge, a sus ascendientes, descendientes y parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto grado y segundo grado respectivamente.

h) Magistrados no pueden aceptar sucesión testamentaria de sus litigantes.

El artículo 196, inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe a los magistrados aceptar de los litigantes, sus abogados o por cuenta de ellos, sucesión testamentaria en su favor o a favor de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, ello para evitar parcialidad en sus fallos.

Sobre el particular creemos que debió comprenderse también a los parientes hasta el cuarto grado en la línea colateral. Ahora bien, la sanción sería declarar la nulidad del testamento o de la cláusula testamentaria que la contenga.

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO IV
ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA

ACCIONES REALES EN EL DERECHO SUCESORIO

ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA

Al ocurrir el deceso del causante se abre su sucesión, lo que da lugar a que se convoque a la herencia a las personas con derecho a concurrir a esa sucesión abierta.

La convocatoria se puede dar a través de dos vías: Mediante el llamado que hace el causante a través de su testamento, entonces el título del convocado será el testamento; o por el llamado de la ley, en defecto del testamento; en cuyo caso el título estará representado por la designación que hace la ley de los herederos del causante.

Siguiendo esta línea de razonamiento, diremos que cuando el causante fallece existen personas con interés en participar de la sucesión, interés que puede estar representado por el parentesco que les une con el de cujus o por el llamado de que han sido objeto vía testamento por el causante.

Todo aquel que se siente con derecho a participar de una sucesión (por el parentesco con el causante o porque tiene conocimiento que será convocado por testamento) tendrá vocación sucesoria; sin embargo, no todo el que tiene vocación sucesoria será sucesor. Lo serán los que ya ostentan el título de heredero y, como tales, pueden aceptar o renunciar a la herencia, opción ésta que se le denomina derecho de delación.

A continuación pasaremos a definir cada uno de estos conceptos, diferenciándolos y analizaremos la aceptación y renuncia.

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO IV
ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA

ACCIONES REALES EN EL DERECHO SUCESORIO

CAPÍTULO PRIMERO

1. VOCACIÓN SUCESORIA

La vocación sucesoria significa tener la posibilidad de ser sucesor aunque no se llegue efectivamente a serlo. Omar Barbero denomina sucesible al que tiene vocación sucesoria debido a una designación (testamento) o a un llamamiento (legal). Como ya lo hemos referido, el sucesible no necesariamente se convertirá en heredero, así por ejemplo, no puede llegar a ser heredero por efecto de una indignidad, renuncia o prevalencia de otros sucesores. La vocación sucesoria constituye entonces un llamamiento genérico y abstracto a todos los posibles sucesores.

2. DELACIÓN

La delación supone establecer una clasificación que da lugar a una delimitación y preferencia entre quienes tienen vocación sucesoria, esto es, una o más personas con vocación, luego de hacerse la delimitación, están ahora en aptitud legal de aceptar o rechazar la herencia. Lohmann dice al respecto que puede haber vocación sin delación, pero no puede haber delación a favor de quien carece de vocación.

La delación conocida como ius delatione o derecho de opción, viene a ser la potestad reconocida al sucesor para manifestar su voluntad sobre el acervo hereditario dejado por el causante. Este derecho se traduce en la aceptación o el rechazo de la herencia, lo que se conoce también como renuncia a la herencia.

La delación es un derecho inmaterial que no deriva del causante, sino que es un derecho propio del sucesor, quien actuando con plena libertad puede decidir participar o no en una sucesión a la que tiene derecho.

En el Perú no hay herencia impuesta, forzosa, salvo el caso equívoco del artículo 673 del Código Civil que alude a una aceptación presunta del sucesor si no renuncia a la herencia dentro del plazo de tres o seis meses. En ese caso,

en forma errada se dice que se presume aceptada la herencia, tema que más adelante abordaremos.

En conclusión, se es heredero no por existir una designación legal o testamentaria (que sólo constituyen el título de la vocación), ni por la muerte del causante. Se es heredero por un acto de libre de voluntad de querer suceder. El heredero lo es porque quiere serlo, porque quiere participar en una sucesión.

Por la delación el llamado a ser heredero adquiere automáticamente el derecho a ser efectivamente sucesor mediante la aceptación o, en su defecto, puede no aceptar la herencia, lo que implica el repudio a la misma. Mientras no se produzca la aceptación no hay un sucesor. En palabras de Barbero, habrá un sucesible pero no un sucesor, pues éste lo será cuando acepte la herencia.

La aceptación convierte al heredero en nuevo titular del patrimonio del causante y lo será no desde el momento de la aceptación, sino desde que se abre la sucesión, pues los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión. Por otro lado, la renuncia implica que el sucesor nunca lo fue, pues igualmente sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión. Por lo tanto, los derechos que le hubieran correspondido al renunciante pasan, si se da la representación sucesoria, a sus descendientes y si ello no es posible, esa parte acrecerá la de los otros herederos que hubieren aceptado la herencia.

El hecho de que la aceptación convierta al heredero en tal, no significa que mientras no se produzca la aceptación no pueda entrar en posesión de los bienes de la herencia desde el mismo momento en que ocurre el deceso del causante.

Sobre el particular, Lanatta comenta la institución de la saisine, que significa asir, lo cual implica que el sucesor entra en forma automática en posesión de esos bienes y para ello no requiere autorización judicial. Sin embargo la titularidad le va a ser dada, a propósito de que se produzca la aceptación, retrotrayéndose al momento en que se abra la sucesión, ello en estricta aplicación del numeral 660 del Código Civil, norma que refiere que la transmisión patrimonial se produce al momento de la muerte del causante.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA ACEPTACIÓN Y LA RENUNCIA

Refiere el artículo 678 del Código Civil que no hay aceptación ni renuncia de herencia futura, por lo que la delación debe ser ejercida una vez que ocurra el deceso del causante, antes no es posible, pues no hay sucesión de persona viva.

Este artículo 678 concuerda con las normas prohibitivas sobre sucesión contractual, representadas en los numerales 1405 y 1406 del Código Civil, ya comentadas a propósito del análisis que hicimos de los contratos sucesorios. Veamos a continuación las características.

a) **Son totales**

El artículo 677 del Código Civil señala que la aceptación y la renuncia no pueden ser parciales, ello debido a la unidad del patrimonio que se transmite: El sucesor entra en la posición jurídica del causante, por lo que lo reemplaza y este reemplazo no puede ser parcial. Entonces no se puede aceptar o renunciar una parte de la herencia, no puede haber heredero parcial. Se es heredero o no lo es, no puede haber heredero a medias.

b) **No pueden ser condicionales ni a término**

Quien acepta o renuncia una herencia no puede sujetar tales declaraciones a condición o término. En cambio es posible, tratándose de los herederos voluntarios o legatarios, que el causante condicione estos llamamientos. En el caso de los legatarios también puede sujetar el llamamiento a término. La aceptación o renuncia tiene que ser pura y simple.

Comentario obligado suscitan los artículos 240 y 290 de la Ley General de Sociedades, que imponen al heredero de acciones y participaciones la obligación de transferir esas acciones a los accionistas. Guardamos distancia con esta norma pues el heredero sucede al causante e ingresa en la posición jurídica de éste, reemplazándolo en todas las situaciones jurídicas de las que fue titular, por lo que la norma enerva este concepto clásico de la sucesión.

c) **Son irrevocables**

La aceptación o renuncia son actos trascendentales que tienen consecuencias jurídicas y, por lo tanto, al producirse, dan lugar a derechos adquiridos. En esa medida se requiere que estos actos tengan estabilidad, en atención a ello se trata de dar seguridad jurídica, impidiendo que el aceptante o renunciante modifique su elección arbitrariamente.

d) **Son retroactivos**

La aceptación o renuncia se consideran verificadas en el momento de la apertura de la sucesión, por lo que desde ese momento se dan los efectos.

La aceptación o renuncia no se producen, como es obvio, en el momento de la muerte del causante, sino que ello ocurre con posterioridad.

Pues bien, por la característica que estamos comentando, el aceptante será propietario de los bienes heredados no desde la fecha de su aceptación, sino desde el mismo momento en que se abre la sucesión, por ende, también le corresponden al aceptante los frutos devengados desde el momento de la apertura de la sucesión.

Por otro lado, al retrotraerse la renuncia al momento de la apertura de la sucesión debe concluirse que el renunciante nunca fue heredero, es como si nunca hubiera existido.

e) Son transmisibles a los herederos

El derecho por el cual la delación se transmite a los herederos del heredero convocado que no llegó a ejercerlo, es conocido en doctrina como "sucesión por transmisión", en contraposición a la "sucesión por representación" y a la "sucesión directa".

La sucesión por representación o representación sucesoria, implica que el primer llamado a la herencia no es hábil para heredar al causante, por lo que la ley llama a sus descendientes, quienes ocupan el lugar y grado del representado y recogen la herencia que le hubiera correspondido a éste de no haber premuerto, renunciado o haber sido excluido de la herencia por indignidad o desheredación.

La sucesión directa no ofrece mayores dudas, en tanto que al abrirse la sucesión el heredero convocado es hábil y recibe en cabeza su herencia, concurriendo directamente a la sucesión y no a través de terceras personas.

La delación, es decir, el derecho de decir sí o no a la herencia, es un derecho inmaterial y corresponde al sucesor, pero este derecho debe ejercerse en un plazo legal: tres meses si el heredero reside en el lugar donde se produjo el deceso del causante o seis meses si reside en el extranjero cuando se produjo la apertura de la sucesión.

Puede suceder que el llamado a suceder fallezca antes de ejercer ese derecho, esto es, no se pronunció ni por la aceptación ni la renuncia dentro del término legal. A este supuesto se refiere el artículo 679 del Código Civil al señalar que el derecho de aceptar o renunciar una herencia se transmite a los herederos que a su vez tenga el llamado.

Los herederos del primer llamado, al recibir el patrimonio que ha dejado su causante, también reciben como parte de ese patrimonio hereditario este derecho de delación, por lo cual pueden aceptar la herencia de su causante inmediato (primer llamado) y pronunciarse respecto de la herencia del causante originario, aceptando la herencia o renunciando a ella.

Lanatta señalaba que se podía aceptar la herencia del primer llamado y renunciar a la de su causante o viceversa, esto es, que se podía renunciar a la herencia del primer llamado y aceptar la herencia del causante, ello en atención, decía, a que se trataba de dos herencias diferentes. Valverde opinaba en el mismo sentido; sin embargo, creemos que estas interpretaciones son erróneas tal como a continuación vamos a tratar de demostrar.

Al abrirse la sucesión del causante se convoca al sucesor y éste tiene el derecho de aceptar o renunciar a la herencia. Si este heredero, a quien llamaremos el primer convocado, fallece sin haber ejercido su derecho a la delación, entonces el derecho de delación pasa a sus herederos, quienes ahora tienen la posibilidad de ejercer el derecho de delación respecto de su propio causante. Ahora bien, si en ejercicio de ese derecho aceptan la herencia de su causante, entonces adquieren el derecho de delación con respecto al causante originario y podrán aceptar su herencia o renunciar a ella, pero si renuncian a la herencia de su causante inmediato (primer llamado), entonces ya no tendrán el derecho de delación con respecto al causante originario, pues la renuncia es total (no hay renuncia parcial). En ese sentido, la renuncia a la herencia del primer llamado implica la renuncia a la herencia del causante; por lo tanto, para ejercer el derecho de delación con respecto al causante originario es indispensable se haya aceptado la herencia del primer convocado. Repárese en que los herederos del primer llamado no ocupan su lugar, sino que heredan el derecho que éste tenía de aceptar o renunciar una herencia.

Sobre este tema son ilustrativas las legislaciones venezolana, chilena y colombiana, donde para ejercer el derecho de transmisión (delación) es necesario que se haya aceptado previamente la herencia del primer convocado. En Chile el artículo 957 del Código Civil señala:«No se puede ejercitar este derecho sin aceptar la herencia de la persona que la transmite».

El artículo 1014 del Código Civil colombiano prescribe lo siguiente: «Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, trasmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado o repudiarlos, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo trasmite».

Sobre el particular nos parecen pertinentes y lógicas las normas chilena y colombiana porque el fundamento del derecho de transmisión es que la facultad de pronunciarse sobre la asignación va incluida en la universalidad de la herencia y si ésta no es aceptada, tampoco puede adquirirse aquel derecho.

En conclusión, a la muerte del transmitente se abre su sucesión, en cuya herencia se encuentra el ius delatione para la primera herencia. Esa herencia del transmitente, con el ius delatione incluido, se transmite a sus sucesores y, por ende, la renuncia a la herencia del primer llamado implica la renuncia a la del causante, siendo éste el correcto sentido del artículo 679 del Código Civil.

El numeral que estamos comentando dice en su parte final que cuando se ha transmitido la delación, el término de los tres o seis meses del artículo 673 corre a partir de la fecha de la muerte del primer llamado. Sobre el particular, y sin perjuicio de analizar el plazo y su cómputo, decimos que es lógico que ese término para ejercitar el derecho de delación deba correr no a partir de la muerte del causante, sino desde la muerte del primer llamado, pues precisamente es en este momento que se transmite el derecho.

4. QUIÉNES PUEDEN ACEPTAR O RENUNCIAR LA HERENCIA

Respecto al tema planteado El Código Civil sólo tiene el artículo 674, referido exclusivamente a la renuncia, pero no tiene una norma específica sobre la aceptación. Veamos por separado si se requiere cumplir alguna condición para ejercer el derecho de aceptar o renunciar a una herencia.

- Aceptación. Para aceptar una herencia no se requiere la capacidad de ejercicio, pues los que no la tienen aceptan herencias a través de sus representantes legales. Sobre el particular diremos que los menores que se encuentran bajo patria potestad, aceptan la herencia a través de sus padres que son los que asumen la representación legal de ellos, pero si estas herencias vienen con cargas la aceptación tendrá que ser autorizada por el juez, como lo establece el artículo 448, inciso 9, del Código Civil.

  Similar norma se da cuando se trata del pupilo, el cual acepta a través de su tutor con la debida autorización judicial (artículo 532) y la del curado que acepta a través de su curador (647).

  En el caso de los menores bajo patria potestad con discernimiento, éstos pueden aceptar herencias o legados sin carga y para ello no requieren la presencia de sus padres.

  Claro que debe dilucidarse en cada caso concreto quién tiene discernimiento (discernir es saber separar, distinguir). El discernimiento implica la capacidad de conocer con el pensamiento las cosas, también se alude al que distingue entre el bien y el mal, entre lo conveniente e inconveniente, lo útil de lo inútil. Sobre el particular el artículo 455 del

Código Civil señala: «El menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples, sin intervención de sus padres. También puede ejercer derechos estrictamente personales». Obsérvese que pese, a estar bajo patria potestad el menor con discernimiento acepta herencias, legados sin cargas y para ello no requiere la intervención de sus padres.

En lo que atañe a las personas que gozan de capacidad de ejercicio no habría problema alguno en aceptar herencias, manifestando su voluntad expresa o en forma tácita.

- Renuncia. El artículo 674 del Código Civil refiere que pueden renunciar herencias o legados quienes tengan la libre disposición de sus bienes, lo cual implica que para renunciar a una herencia la persona debe estar en plena capacidad de ejercicio, pues sólo ella tiene la libre disposición de sus bienes, lo cual nos lleva a señalar que los incapaces de ejercicio no podrían renunciar herencias; sin embargo esta afirmación no es totalmente cierta, pues los incapaces, si la renuncia les favorece, pueden repudiar herencias a través de sus representantes legales, con la debida autorización judicial. Así nos lo hacen saber los artículos del Código Civil 448, inciso 4° (patria potestad), 532 (tutela) y 568 (curatela).

  Situación interesante se presenta con respecto a los cónyuges, pues si uno de ellos desea renunciar a una herencia o legado debe recabar previamente la autorización de su consorte. En efecto, el artículo 304 del Código Civil, ubicado en las normas del Derecho de Familia, dice «Ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro». La norma se justifica en tanto que si bien es cierto que los bienes o derechos que constituyen la herencia o legado a favor de un cónyuge tienen la calidad de bienes propios, también lo es que los frutos, rentas, o productos que generen esos bienes tienen la calidad de bienes sociales, es decir les pertenece a los dos cónyuges, por lo tanto el cónyuge del renunciante terminaría afectándose con esa renuncia, de allí la legitimidad e interés del cónyuge del renunciante, por lo cual se le hace participar manifestando su consentimiento.

5. FORMA DE LA ACEPTACIÓN Y RENUNCIA

Se diría que un acto tan trascendental como establecer o no relación con un patrimonio hereditario requiere un acto muy formal; sin embargo, como lo vamos a ver, ello no siempre es así. En lo que atañe a cómo aparecen la aceptación y la renuncia, el legislador ha contemplado una forma solemne para la renuncia, lo que implica que si no se cumple con dicha forma no hay renuncia.

En lo que respecta a la aceptación no hay una forma única, ni mucho menos solemne, quizás porque la aceptación resulta siendo lo más usual ante una sucesión abierta, pues generalmente las personas aceptan la herencia, siendo lo inusual que la persona se aparte, repudie, renuncie a la herencia. Por eso, para aquella no se señala una forma única, mientras que para ésta sí.

ACEPTACIÓN

El artículo 672 del Código Civil señala que la aceptación puede ser expresa, por instrumento público o privado, o tácita.

En cuanto a la aceptación expresa repárese que no se exige una forma determinada y, lo que es más importante, no se sanciona con nulidad el incumplimiento de esta norma, por ello se trata de un acto jurídico ad probationem.

Cualquiera que sea la forma como se dé la aceptación, ésta surtirá sus efectos, así puede aparecer bajo la forma de un instrumento público otorgado ante notario, por documento privado con firma legalizada, por un documento privado como una carta o una nota escrita. Sin embargo, inferimos que el legislador quiere fundamentalmente es que la aceptación sea escrita, de allí que el artículo bajo comentario haga expresa mención al «instrumento», pues la aceptación verbal tiene los problemas de seguridad en cuanto a si efectivamente se dio o no, dependiendo ello de testigos que puedan declarar sobre el particular.

En cuanto a la aceptación tácita, ésta se infiere de actos, conductas que no dejan dudas de la voluntad del heredero de participar en la sucesión a la que ha sido convocado. Holgado Valer, a título de ejemplo, señala algunos actos, como disposición de bienes hereditarios, exigencia del pago de deudas, acciones judiciales contra coherederos, a los que debe sumarse por ejemplo el inicio de un proceso de declaratoria de herederos. Sin embargo, el artículo 680 del Código Civil señala que la aceptación debe diferenciarse de los actos de mera administración, como los actos de custodia o vigilancia, las reparaciones ordinarias.

En efecto, este numeral dice: «los actos de administración provisional y de conservación de los bienes de la herencia, practicados por el heredero mientras no haya vencido el plazo del artículo 673 (tres meses o seis meses para renunciar herencias), no importan aceptación ni impiden la renuncia».

Una tercera forma como puede darse la aceptación según nuestro Código Civil es a través del silencio, esto es, el convocado a la herencia deja transcurrir el término legal para renunciar a la herencia, entonces, según nuestros legisla-

dores, este silencio nos debe conducir a la presunción de que el heredero aceptó la herencia. El artículo 673 textualmente dice: «La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses si el heredero está en el territorio de la república, o de seis si se encuentra en el extranjero y no hubiera renunciado a esta. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa». Cierto es que el legislador es consecuente con los efectos jurídicos que se da al silencio, así en el Libro de Actos Jurídicos el artículo 142 alude a que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyan ese significado. Como vemos en el caso bajo comentario, la ley le atribuye una manifestación de voluntad, que en este caso sería la de aceptar la herencia; sin embargo, creemos que presumir una voluntad que no existe es incorrecto. Sobre este tema Barbero dice que sería un caso de adquisición sin aceptación.

En uno de los proyectos de enmiendas que se trabajó sobre el libro de sucesiones se sustituye el término presumir por considerar, lo que nos parece más acertado.

RENUNCIA

Si la aceptación es lo ordinario, la renuncia vendría a ser lo extraordinario y, por lo tanto, se le rodea de formalidades de obligatorio cumplimiento. Así el artículo 675 del Código Civil refiere que la renuncia requiere ser expresada en instrumento público o en acta otorgada ante el juez que corresponde conocer la sucesión, debiendo ser dicha acta obligatoriamente protocolizada. Si no se cumple con las formalidades entonces el acto es nulo.

En lo que atañe al acta ante el juez que conoce la causa, la norma alude a la competencia del juez en asuntos de sucesiones, por lo que conforme al artículo 663 del Código Civil corresponde al juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el país, norma que se repite en el artículo 19 del Código Procesal Civil, la que señala: «En materia sucesoria es competente el juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país. Esta competencia es improrrogable».

Un ejemplo podría ser el caso de un proceso no contencioso, donde se ha solicitado la declaratoria de herederos. Uno de los herederos puede solicitar al juez que levante el acta de renuncia a la herencia, la que luego se protocolizará y con ello se habrá consumado la renuncia a la herencia.

Aun cuando resulta obvio, debemos señalar que no hay renuncia tácita, ésta tiene que ser expresa y observando las formas ya estudiadas.

6. CÓMPUTO DEL PLAZO PARA RENUNCIAR A LA HERENCIA

El artículo 673 del Código Civil que contiene la aceptación tácita de la herencia, establece dos plazos para renunciar herencia: Tres meses si el heredero está en el territorio de la República. Seis meses si se encuentra en el extranjero; sin embargo la norma no señala desde cuándo se computa el plazo.

Aparentemente puede resultar obvia la respuesta señalándose el plazo se computa desde la apertura de la sucesión, esto es, desde el deceso del causante, empero no todos los herederos están en capacidad de conocer cuando se produce la muerte del causante, quizá ello lo será respecto de una sucesión intestada, donde los sucesores necesariamente son los parientes del causante, quienes están en relación directa con el de cujus y, por lo tanto, se enteran del deceso del mismo. El escenario es distinto cuando estamos ante una sucesión testada, en la que pueden existir herederos voluntarios y legatarios sin ningún parentesco con el causante y, quizá, sin relación directa con el de cujus, por lo que la muerte de éste no necesariamente será conocida por estos sucesores voluntarios. Entonces si los plazos a que alude el artículo 673 del Código Civil se computaran desde la muerte del causante, terminarían siendo arbitrarios, por ello consideramos que, sobre todo, en el caso de sucesiones testadas el término inicial debería computarse no desde la muerte del causante, sino desde que los sucesores toman conocimiento de su designación. Sobre el particular una propuesta modificatoria sugiere el plazo de 90 días, computable desde el conocimiento del testamento o de haber adquirido firmeza la declaración de sucesión legal.

7. DERECHOS DEL ACREEDOR DEL SUCESOR RENUNCIANTE

Ha quedado claro que no hay heredero contra su voluntad. El heredero lo es porque quiere serlo y no porque le sea impuesta tal situación, salvo la errada presunción de la aceptación de herencia por no renunciar dentro del término legal. En consecuencia, el heredero que no desee participar de una sucesión puede manifestarlo a través de la renuncia de la misma.

Si la renuncia no lesiona ni perjudica a nadie, tal acto jurídico de repudio a una sucesión no podrá ser cuestionado, pero si la renuncia causa perjuicio a terceros, caso por ejemplo de los acreedores que tendrán dificultades para recuperar su crédito, entonces es lógico que el Derecho señale un camino para que esos terceros, en defensa de su crédito, puedan hacer valer su derecho contra la renuncia del sucesor.

El artículo 676 del Código Civil alude a este tema, señalando que si la renuncia causa perjuicio a los acreedores del renunciante, éstos pueden impug-

narla dentro de los tres meses de tener conocimiento de ésta, para que sea declarada sin efecto en la parte que perjudica sus derechos.

Sobre la naturaleza jurídica de la acción del acreedor del sucesor renunciante se esbozaron hasta tres tesis que tratan de fundamentar la legitimidad e interés para accionar, a fin de que su crédito no se vea perjudicado con la renuncia. Veamos:

Una primera tesis alude a la declaración de ineficacia de la renuncia en cuanto perjudica los derechos del acreedor, posibilitando a este último aceptar la herencia o legado en la parte proporcional a su crédito. Siguen esta solución legislaciones como la chilena, boliviana, brasileña, entre otras. Sobre el particular, el jurista español Albadalejo refiere que la aceptación de la herencia por el acreedor, sólo por la parte de su crédito, permite que el saldo se adjudique a los otros coherederos que sí aceptaron la herencia.

Se critica esta tesis señalándose que el acreedor es una persona ajena a la sucesión y no tendría título para aceptar la herencia, pues el crédito no le da derecho a participar de una sucesión en la cual él es completamente ajeno.

Una segunda tesis que trata de fundamentar el derecho del acreedor del renunciante es la acción subrogatoria u oblicua, por la cual el acreedor estaría facultado para ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa y en mérito a ello solicita se deje sin efecto la renuncia en la parte que afecta su crédito.

Según Lanatta y León Barandiarán esta tesis fue la que recogió el Código Civil de 1936, según interpretación del artículo 678 de dicho cuerpo normativo; empero el referido artículo no llegó a precisar la acción, limitándose a decir que el acreedor del heredero renunciante de la herencia o legado podía reclamar la parte que cubra su crédito.

Una tercera posición, sostenida entre otros por Santos Briz, se orienta a dar autonomía a la acción del acreedor. Así la acción del acreedor permitiría a este actuar por sí mismo y solicitar que se deje sin efecto el acto realizado por su deudor siempre que la renuncia le cause perjuicio a su crédito. Es de observar que esta tercera tesis nos conduce a mal llamada acción revocatoria o, llamada con propiedad, acción pauliana.

De la redacción del artículo 676 del Código Civil creemos que el legislador ha recogido esta última tesis como fundamento de la acción del acreedor del renunciante para hacer valer su derecho. Ahora bien, este artículo debe ser

concordado con el artículo 195 del Código Civil, cuando éste en su primer párrafo señala que el acreedor, aunque su crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor, precisándose que se presume la existencia del perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida o se dificulta la posibilidad del cobro. Esta norma resulta útil y necesaria, pues si el acreedor tuviese que esperar que se verifique la condición o venza el plazo, entonces la acción resultaría inoperante.

En consecuencia, la acción pauliana en el Código Civil se presenta como el instrumento eficaz para que el acreedor del renunciante solicite la declaración de ineficacia de la renuncia que perjudique sus derechos y sólo hasta la parte de su crédito, pues el saldo o diferencia corresponderán, si se da la representación sucesoria, a los descendientes del renunciante y si ello no fuera posible, entonces acrecerá la parte de los coherederos que aceptaron la herencia.

El plazo para interponer la demanda es de tres meses computados desde el día que se tuvo conocimiento de la renuncia, con lo cual el plazo se deja en manos del acreedor, pues el criterio utilizado es subjetivo, dependiendo de éste para saber cuándo tomó conocimiento de la renuncia.

La segunda parte del artículo 676 del Código Civil señala que la resolución que declare fundada la demanda dispondrá, según la naturaleza de los bienes, su administración judicial o su venta en subasta pública para el pago de las deudas del renunciante. Sobre el particular cabe señalar que la administración judicial sólo será posible si no hay albacea en ejercicio de sus funciones.

Además dicho artículo es equívoco al precisar los bienes de la herencia. En efecto, no es correcto referirse a los bienes, pues en una sucesión indivisa con pluralidad de sucesores los coherederos son dueños del todo en proporción a sus cuotas, pero no son titulares de bienes singulares, pues estos sólo serán adjudicados a favor de cada heredero cuando se produzca la división y partición.

Debe entenderse que el deseo del legislador es dar pautas cuando se ha dejado sin efecto la renuncia del sucesor por afectarse un legítimo crédito.

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO IV
ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA

ACCIONES REALES EN EL DERECHO SUCESORIO

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

1. ACCIONES REALES EN EL DERECHO SUCESORIO

El Código Civil peruano ha establecido con meridiana claridad que la transmisión del patrimonio del causante hacia sus sucesores se produce desde el instante mismo de la muerte de aquel, por lo tanto, a partir de dicho instante el sucesor se convierte en propietario de los bienes y derechos del causante y asume las obligaciones transmisibles. En tal mérito, el sucesor viene a ser el nuevo propietario de los bienes que fueron del causante y, en atención a ello, debe gozar de todos los atributos que confiere la propiedad, esto es, entrar en posesión, uso, disfrute y disposición de los bienes que recibe.

Puede ocurrir que los bienes se encuentren en manos de terceras personas, entonces el Derecho debe trazar un camino para que el sucesor pueda recuperar esos bienes que le pertenecen. Esas acciones en el Derecho Sucesorio se conocen como acciones petitoria y reivindicatoria, ambas con características de acciones reales.

En el Derecho romano se contempló a favor de los herederos las acciones conocidas como hereditatis petitio o vindicatio generalis, las cuales eran otorgadas al heredero testado o intestado, que dirigía su acción contra el poseedor pro heredere, quien arrogándose calidad de heredero se apropiaba de ciertos bienes que, de hecho o de derecho, pertenecían a la herencia o se negaba a pagar al de cujus. Igualmente esta acción podía dirigirse contra el pro posesor, es decir, contra quien no invocaba ningún título que fundara su posesión.

Se otorgó la hereditatis petitio o vindicatio generalis al heredero para que proteja su posición jurídica y se le reconozca su condición de heredero y, consecuentemente, lograr la restitución de los bienes. Por eso, como dice Margarita Fernández Arroyo, mediante esta acción el heredero conseguía el reconocimiento de su condición y la restitución de los bienes hereditarios.

El Código Civil de 1936 no distinguió entre la acción petitoria de herencia y la reivindicatoria, pues sólo con el nombre de reivindicación de herencia reguló la acción del heredero para recuperar bienes de la herencia. Sobre el particular Jorge Eugenio Castañeda decía que esta acción no sólo se dirigía contra quien posee pro heredere, sino también contra quien posee pro possesore, es decir, contra el que no invoca título de heredero pero posee el bien.

El Código Civil de 1984 sí hace el distingo entre las acciones petitoria de herencia y reivindicatoria. Veamos por separado cada una de éstas.

2. ACCIÓN PETITORIA DE HERENCIA

Planiol señala que es la acción real que goza un heredero, en virtud de la cual puede exigir la entrega de los bienes de la sucesión que detenta, en todo o en parte, otra persona, que pretende tener derecho a ellos en calidad de heredero. Cornejo Chávez señala que es una acción real que se otorga al heredero que no posee la herencia por encontrarse en poder de otro.

A la luz de nuestra legislación debemos entender la acción petitoria de herencia como la que corresponde al heredero que no posee los bienes que le pertenecen, y se dirige contra quien los posee en todo o en parte a título de heredero, para excluirlo o concurrir con éste.

El heredero puede demandar al tercero que también es coheredero. En este caso su pretensión es la de concurrir con el coheredero, pero también podrá demandar al tercero que resulta siendo un heredero aparente, entonces su pretensión será para excluirlo en tanto que tiene mejor derecho que el heredero aparente (por ejemplo, el indigno).

A continuación presentamos algunos casos de petición de herencia, algunos glosados por Fernández Arce en el Libro Homenaje a Rómulo Lanatta. Veamos: Heredero instituido porque el testador creyó que su heredero forzoso había muerto. Si esto no es así, entonces el heredero forzoso dirigirá su acción contra el instituido para recuperar los bienes porque tiene mejor derecho que él. Aquí el objeto de la acción es excluir al instituido.

El testador que no tiene herederos forzosos, por lo que instituye a su hermano, pero posteriormente contrae matrimonio, le sobreviven hijos y no modifica su testamento, entonces al abrirse la sucesión, si el hermano ha entrado en posesión de esos bienes, los herederos forzosos del causante, se dirigirán contra el hermano del causante para excluirlo porque se trata de un heredero aparente.

También puede sumarse a estos ejemplos el caso de tres hijos del causante con derechos hereditarios idénticos, dos de ellos consiguen declararse herederos marginando al tercero y entran en posesión de los bienes de la herencia. Posteriormente el preterido dirige su acción contra los otros coherederos, para concurrir con ellos en el goce del patrimonio hereditario.

En la petición de herencia no se discute ni impugna el derecho de propiedad del de cujus, sino que el actor debe probar su mejor derecho a heredar que el demandado o su derecho a heredar en concurrencia con él. El demandante deberá acreditar su calidad de heredero, siendo este el elemento el más importante y trascendente, pues en realidad la petición de herencia no debe tener únicamente la pretensión de devolución de bienes, sino que se reconozca al demandante su calidad de heredero y, como consecuencia de ello, la devolución de los bienes.

La petición de herencia, reiteramos, no debe entenderse exclusivamente como una pretensión sobre bienes concretos, sino como una petición de una posición jurídica, en este caso la de sucesor y, como consecuencia de ello, la recuperación de los bienes y derechos de la herencia, lo cual la distingue claramente de la acción reivindicatoria, pues ésta tiene como única finalidad recuperar un bien, como decían en el Derecho Romano «es res singula».

Por lo tanto, la acción petitoria debe estar dirigida a lograr el reconocimiento de la calidad de heredero del peticionante y, producido ello, la devolución de los bienes de la herencia.

Sobre el particular, el Código Civil peruano al describir la acción petitoria en el artículo 664, prioriza la devolución de los bienes al punto que parecería que el único fin de esta acción es lograr que el heredero recupere los bienes de la herencia.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN PETITORIA

La mayoría de autores se pronuncia por la naturaleza real de la acción petitoria, otros la consideran una acción personal, e incluso se le considera una acción mixta.

En cuanto a la naturaleza real de la acción petitoria los autores señalan que su carácter deriva del derecho de derecho persecución de la acción real. La acción petitoria se otorga entonces al heredero para recuperar los bienes que están en posesión de un tercero.

La sucesión tiene por objeto la transmisión de la propiedad de las cosas heredadas, por lo tanto, el heredero se convierte en el propietario de esos bienes y si estos se encuentran en manos de un tercero, entonces el heredero tiene derecho a recuperarlos.

Sobre el particular, José León Barandiarán decía que la petición de la herencia tiene naturaleza real porque tiende a recuperar la posesión de los bienes.

Quienes sostienen que la petición de herencia es una acción personal lo hacen por considerar su objeto es obtener el reconocimiento de la condición de heredero del actor. Uno de los principales exponentes de esta tesis es Pillet, quien reduce la acción a la mera declaración de la calidad de heredero.

Sobre el particular, repárese en la descripción que hace el Código Civil peruano, al señalar que el derecho de petición de herencia corresponde a los herederos. En consecuencia, para ejercer el derecho, como requisito indispensable, el actor deberá probar su calidad de heredero, por que solicita el reconocimiento de su posición jurídica de sucesor antes que la devolución de bienes, pues al ser declarado su título de heredero, entonces se produce la devolución de los bienes de la herencia.

En cuanto a considerar la petición de herencia como una acción mixta, tenemos la tesis de Baudry-Lacantinerie, quien refiere que es personal en cuanto se demanda el reconocimiento de la calidad de heredero, y es real porque se pretende una reivindicación general del patrimonio.

A la luz de la legislación nacional, consideramos a la petición de herencia como una acción reservada exclusivamente al heredero, quien tiene que probar su condición de tal para poder accionar. Probado ello, recién tendrá acceso a la titularidad de los bienes materia de la sucesión. Si es una acción que para ser ejercida requiere acreditar la posición jurídica de sucesor ello significará una acción personal, pero enseguida el objeto de la acción se concreta en la recuperación de bienes del patrimonio sucesorio, esto es, acción real, en tanto pretende recuperar la posesión de esos bienes que se encuentran en manos de terceras personas.

DESCRIPCIÓN LEGAL DE LA PETICIÓN DE HERENCIA

El artículo 664 del Código Civil describe esta acción señalando que el derecho de petición de herencia corresponde a los herederos (lo que implica que deberá probarse tal calidad para poder accionar) que no poseen los bienes que consideran que les pertenecen (la consideración a la pertenencia está dada por

su calidad de heredero) y se dirige contra quien los posea, en todo o en parte, a título sucesorio (puede tratarse de un heredero cierto o aparente), para excluirlo o concurrir con él. Ahora bien, se dará la concurrencia a la sucesión si el poseedor del bien también es un heredero, mientras que se dará la exclusión de la sucesión si el poseedor es un heredero aparente.

Señala la norma que a esta pretensión puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ello se ha preterido su derecho. Sobre el particular habría que referir que en este supuesto cae por ejemplo el caso de un hijo del causante que solicita, exclusivamente para él, declaratoria de herederos sin considerar a la cónyuge de su padre. En tal caso, la viuda pedirá en primer lugar se le declare heredera, en su calidad de cónyuge supérstite y, como consecuencia de ello, acumulativamente solicitará la concurrencia a los bienes de la herencia conjuntamente con el hijo del causante.

Concluye la norma refiriendo que estas pretensiones son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento. En cuanto a la imprescriptibilidad de la acción un cierto sector de la doctrina nacional no está de acuerdo con ello, abogando porque se considere un término de diez años como plazo máximo para accionar, coincidente con la prescripción de la acción real y personal (artículo 2001 inciso primero del Código Civil).

La vigente norma que contempla la imprescriptibilidad de la acción lo hace en función de considerar que si la acción se da entre herederos (en este caso sería para concurrir a la herencia) que tienen la condición legal de condóminos, entonces no existe entre ellos la posibilidad de la usucapione, (el artículo 985 del Código Civil alude a que ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes), entonces resulta siendo congruente la imprescriptibilidad e incluso ociosa la norma por obvia.

La otra posibilidad es que la acción de petición de herencia se dirija contra el heredero aparente para excluirlo. En este supuesto el poseedor no es heredero, por lo que debería establecerse un plazo de prescripción, pues de lo contrario se estaría negando al tercero poseedor el derecho a la prescripción adquisitiva de dominio. Creemos que aquí sí cabe establecer el plazo de diez años, como acción real que es.

3. ACCIÓN REIVINDICATORIA DE BIENES DE LA HERENCIA

El heredero se convierte en propietario de los bienes que sucede y tiene derecho a estos, sin embargo, puede ocurrir que los bienes se encuentren en

posesión de terceros que no exhiben título de heredero o pueden tener título de adquisición pero no de sucesor. En atención a ello, el heredero puede dirigir su acción de reivindicación de los bienes, por lo tanto, estamos ante una acción en la que el propietario pretende recuperar los bienes que le pertenecen.

Laurent refiere que esta acción se desprende de uno de los atributos de la propiedad, cual es excluir a terceros del ejercicio de esta. Fernández Arce señala que esta acción es de carácter real y constituye el remedio procesal para que el propietario no poseedor de un bien sea restituido en su derecho incluyendo, en los casos de mala fe, la restitución de los frutos e indemnización.

Cierto sector de la doctrina nacional ha criticado esta regulación por reiterativa, pues el artículo 923 del Código Civil señala que la acción reivindicatoria es uno de los atributos de la propiedad, por lo que el heredero al reivindicar los bienes no actúa como heredero sino como propietario. En tal mérito estaría ejerciendo un derecho que la ley confiere a todo propietario.

Sobre el particular debemos señalar que el heredero actúa como propietario, pero ese derecho de propiedad deriva de su calidad de heredero, la que tiene características propias. En consecuencia, creemos que si bien puede resultar repetitivo el tratamiento legislativo, también es cierto que por las particularidades derivadas de su condición de heredero, debe mantenerse su regulación en el Libro de Sucesiones.

Existen diferencias entre ambas acciones por lo que se regulan separadamente. Vemos algunas de estas diferencias.

La acción reivindicatoria de la herencia beneficia no sólo al heredero accionante, sino también a todo sucesor que conjuntamente con el actor concurra a la sucesión, por ello no se requiere el consentimiento de los otros sucesores para accionar, pudiendo hacerlo alguno de ellos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 979 del Código Civil cuando señala que cualquier copropietario puede reivindicar el bien común.

Por otro lado esta acción se dirige a recuperar bienes determinados, concretos, específicos, y no la totalidad de la herencia como ocurre en la petición de herencia, a no ser que el único bien que constituye la herencia esté en manos del tercero. En la acción reivindicatoria de herencia, los terceros no apoyan su derecho a poseer el bien en un título hereditario, como en la petición de la herencia, sino en un título adquisitivo de dominio diverso como puede ser una cesión, una compraventa e, incluso, puede no tener título alguno, como es el caso del precario. Por otro lado, la única finalidad de la acción reivindicatoria de la he-

rencia es excluir al tercero del bien, mientras que en la petitoria de la herencia la acción está dirigida a excluir al poseedor o a concurrir con él, obsérvese de estas diferencias las particularidades de una y otra acción, que las hace distintas.

4. NATURALEZA JURÍDICA

La acción reivindicatoria es una acción real debido a que se basa en el derecho de propiedad y posesión de los bienes, los cuales constituyen su objeto. Esta acción es inherente a la condición de heredero, empero aquí no se reclama una posición sucesoria, como lo hemos visto en la petición de herencia, aquí el objeto es claro y directo: El reclamo de bienes determinados que están en manos de terceros ajenos a la sucesión, bienes que fueron del causante y que el tercero no los ha adquirido de éste o de un legítimo sucesor, o sencillamente el tercero carece de título.

En cuanto a la imprescriptibilidad de la acción o plazo para accionar, no existe norma como sí existe para la acción petitoria. Recordemos sobre el particular que el artículo 664 del Código Civil alude que la acción petitoria es imprescriptible.

En efecto, el artículo 665 no señala plazo para la acción reivindicatoria, sin embargo vemos que el artículo 927 del Código Civil, ubicado en el Libro de Derechos Reales, señala «La acción reivindicatoria es imprescriptible, no procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción»; en consecuencia, esta acción reivindicatoria de herencia igualmente no tiene plazo, lo que nos parece razonable, pues si se le hubiera fijado un plazo prescriptorio tendría que haber sido la de la acción real (diez años), término éste que igualmente lo es para la prescripción adquisitiva larga.

5. DESCRIPCIÓN LEGAL DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

El artículo 665 del Código Civil describe la acción reivindicatoria, la cual procede contra el tercero que sin buena fe adquiere los bienes hereditarios por contrato a título oneroso celebrado por el heredero aparente que entra en posesión de los bienes. También procede contra quien posea a título gratuito o sin título.

Sobre el particular debe indicarse que en esta acción no se pretende reconocer la posición jurídica de sucesor, sino únicamente la devolución de los bienes. El actor debe probar su calidad de propietario de los bienes con su título de heredero, que es la fuente de su derecho de propiedad.

La acción se dirige contra el tercero que sin buena fe adquiere los bienes hereditarios del heredero aparente. Al respecto habría que señalar que resulta curioso el término «Sin buena fe» y cabe preguntarnos qué ha querido decir el legislador con esta fórmula, Será, acaso, que el tercero es un adquirente de mala fe en tanto que al adquirir el bien está en pleno conocimiento que su adquisición no era lícita. Parece ser que ello es el sentido de la norma.

El tercero ha adquirido bienes hereditarios que pertenecen a la sucesión, de la cual el actor es parte, y los ha adquirido por un contrato a título oneroso celebrado con el heredero aparente. En consecuencia el tercero exhibe un título (por ejemplo, una compraventa), pero ese título no es sucesorio, situación que lo hace ajeno a la sucesión.

Ahora bien, el tercero ha celebrado un contrato con el heredero aparente, esto es, con quien no es el verdadero heredero, pues éste sólo tiene la apariencia, caso por ejemplo del heredero indigno o desheredado, o puede ser un heredero instituido en testamento pero que debe ceder su posición ante otro heredero preferencial (caso del heredero voluntario frente al forzoso). Este heredero aparente entró en posesión de los bienes de la herencia y los transfiere al tercero. Este tercero tenía pleno conocimiento que estaba contratando con una persona que no tenía título indubitable o tenía un título cuestionable.

La primera parte del artículo 665 termina señalando que la acción también se puede dirigir contra el tercero que posea el bien a título gratuito, por lo tanto aquí la acción reivindicatoria deberá proceder sin ningún inconveniente, resultando justo y equitativo la devolución del bien que no le costó nada al tercero, que en nada se perjudica.

Por último, se señala que procede la acción reivindicatoria contra el tercero que no exhibe título alguno. En este supuesto, estamos ante la figura del precario, aquel que en forma ilegal entró en posesión del bien, pues no exhibe título que se derive de algún sucesor o del causante; por lo que la restitución del bien se torna justa.

En la segunda parte del artículo 665 se describe la buena fe del adquirente. Repárese que en la primera parte del artículo el legislador utilizó el término sin buena fe, consecuente con ello, ahora se pone en el escenario del tercero que adquiere, o se presume que adquiere, de buena fe. En efecto, dice el numeral que la buena fe se presume si tratándose de bienes registrados antes de la celebración del contrato, hubiera estado inscrito en el registro respectivo el título que amparaba al heredero aparente y la transmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada demanda ni medida cautelar que afecte los derechos inscritos.

Se exige que antes de celebrarse el contrato por el cual el tercero adquiere el dominio del inmueble hereditario, se encuentre debidamente inscrito en los Registros Públicos el título que amparaba al heredero que hizo la transferencia, que puede ser el testamento o la declaración de heredero a su favor, y la traslación de dominio al heredero aparente, y que no haya anotada demanda ni medida cautelar que afecte los derechos inscritos.

Es de observar que se protege al tercero que actúa de tal forma, ello en aplicación del artículo 2014 del Código Civil, que regula la buena fe registral, numeral que señala que el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho, de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos.

Tratándose de actos gratuitos (liberalidades) o sin título alguno (precariedad) la acción reivindicatoria siempre prospera. En el primer caso porque no ha habido contraprestación alguna y tampoco cuenta la buena fe porque más pesa el empobrecimiento del heredero. En el caso del precario, al carecer de título este tercero no tiene cómo ampararse para defender su supuesto derecho.

El artículo 665 del Código Civil regula la situación de los bienes registrados, sin embargo, no se pone en los supuestos de los bienes no registrados materia de reivindicación. En este escenario cabe preguntarse sobre los requisitos exigibles para la procedencia de la acción reivindicatoria. Creemos que en este caso deberían ser de aplicación las reglas de la transmisión de la posesión y de la propiedad. Se entiende que la reivindicación procede tanto en las transferencias de bienes registrados como los no registrados, sean a título oneroso o gratuito, como también cuando se carezca de título alguno.

6. EFECTOS DE LA BUENA O MALA FE EN EL POSEEDOR QUE ENAJENA BIENES HEREDITARIOS

El artículo 666 del Código Civil establece las diferentes consecuencias que tiene la buena o mala fe en el poseedor de bienes hereditarios, que careciendo de derechos sobre estos, los enajena. Así se señala que el poseedor de buena fe que enajena el bien sólo restituye el precio (la norma no se refiere al valor del bien, sino al valor de la transacción). Ejemplo de ello podría ser el heredero voluntario instituido como tal por el testador que ignora la existencia de un heredero forzoso, abierta la sucesión e inscrito el título de heredero en el registro respectivo y la propiedad del bien, posteriormente lo transfiere y aparece el heredero forzoso quien reclama el bien. En esta circunstancia, al no proceder

la reivindicación del bien, pues el tercero también habría actuado de buena fe, entonces el transferente deberá devolver solo el precio del bien al heredero forzoso.

En cuanto al poseedor de mala fe que enajena el bien, debe resarcir al heredero el valor del bien (aquí la norma no se refiere al valor de la transacción), los frutos y a indemnizarle por los perjuicios ocasionados. Ejemplo de ello sería el caso del heredero que con pleno conocimiento de la existencia de otro heredero, con derecho igual a él (por ejemplo dos hijos del causante, y uno solo se ha hecho declarar heredero), inscribe su título de heredero y la propiedad del bien a su nombre, luego enajena el bien al tercero quien adquiere bajo la fe registral. En esa circunstancia, el otro heredero se dirige al transferente para solicitarle la parte que le corresponde del valor del bien, los frutos y una indemnización.

Obsérvese que el artículo 666 del Código Civil, al regular la buena o mala fe, no lo hace respecto del tercero adquirente (si el tercero actuó de buena fe no procederá la reivindicación; en caso contrario, la reivindicación está expedita), sino que se trata de la buena o mala fe del heredero aparente, quien dispone del bien de la sucesión. En consecuencia, el artículo 666 del Código Civil debe entenderse en el supuesto de que la acción reivindicatoria no procede por haberse transferido el bien a un tercero a título oneroso quien lo ha adquirido de buena fe, pues si no fuera así procedería la reivindicación del bien. Debemos concluir que sólo cuando el bien no es recuperable se justifica regular legalmente la compensación del precio recibido o, en su caso, el valor del bien.

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO V
REPRESENTACIÓN SUCESORIA

TÍTULO V
REPRESENTACIÓN SUCESORIA

En el Derecho Sucesorio existen instituciones que por su complejidad deben ser desarrolladas legislativamente en forma clara y minuciosa, de lo contrario corremos el riesgo de interpretaciones diversas y confusiones, lo que redundará en mayores problemas de orden judicial. Una de estas instituciones es la representación sucesoria (otras pueden ser la colación, la sucesión por transmisión, el derecho de habitación del cónyuge supérstite, etc.), la cual ha sido regulada en nuestro código con algunas imprecisiones, aparentes contradicciones y vacíos, de allí que el estudio de esta institución debe hacerse no sólo analizando la normatividad legal, sino que la apreciación debe ser crítica, sugiriendo modificaciones donde sea procedente hacerlas, con la finalidad de describir la representación sucesoria en forma más didáctica para los operadores del derecho.

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO V
REPRESENTACIÓN SUCESORIA

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

1. INTRODUCCIÓN

Tal como ya se ha señalado, la sucesión mortis causa implica la muerte de una persona y la transmisión de sus bienes, derechos y obligaciones a sus causahabientes o sucesores. Al abrirse la sucesión de una persona se llama a aquellos que tengan vocación sucesoria. Esta convocatoria puede deberse al llamado que haga el propio causante a través de un acto eminentemente formal llamado testamento, o puede deberse al llamado que haga la ley en defecto de testamento en los supuestos contemplados en el artículo 816 del Código Civil.

Cuando una persona es llamada a una sucesión y no puede o no quiere aceptar la herencia, entonces la ley llama a sus descendientes, quienes reciben la herencia que le hubiera correspondido a su ascendiente inhábil.

Cuando referimos que el sucesor no puede aceptar la herencia lo hacemos en atención a que ha premuerto al causante (ha muerto antes que él) o ha sido excluido de la herencia por indignidad o desheredación. Cuando aludimos a no querer aceptar la herencia es porque el sucesor libremente se aparta de la herencia a través de la renuncia, pues como es sabido no existe heredero a la fuerza, el heredero lo es porque quiere serlo y no porque lo obligan a hacerlo.

Cuando los descendientes son llamados a recibir la herencia de su ascendiente que no quiere o no puede recibir la herencia, ejercen un derecho que toma el nombre de representación o más comúnmente representación sucesoria.

La división de la herencia por representación opera por estirpes y no por cápita. Se dice estirpe al conjunto de personas que descienden de un sujeto, y por cápita o cabeza cuando se alude a la herencia, la cual se divide en partes iguales entre los que concurren directamente. Así ante una sucesión en la que el

causante deja tres hijos, la herencia se dividirá en tres partes, entonces la sucesión se ha dado por cabeza, en partes iguales. Pero si esa sucesión comprende a dos hijos del causante que le sobreviven y el tercer hijo ha premuerto al causante, que ha dejado a su vez cinco descendientes, entonces la herencia se dividirá en cápita a favor de los hijos sobrevivientes del causante, esto es un tercio para cada uno y el tercio restante será para los cinco hijos del heredero premuerto, el que se distribuirá en partes iguales, entonces se dice que estos descendientes han heredado por estirpe.

La división por estirpes, en los países de tradición romanística debe remontarse a las Institutas (III, I, 6) donde se señalaba «Cuando existe un hijo o una hija, con un nieto o una nieta habidos de otros hijos son llamados juntamente a la herencia del abuelo, y el más próximo en grado no excluye al más distante. La equidad aconseja, en efecto, que los nietos y nietas sucedan en lugar del padre».

En sus Instituciones del Derecho Civil español, Clemente de Diego nos dice lo siguiente: «Cuando existía una pluralidad de sui (alude al Derecho romano) de diferente grado (hijos, nietos) los primeros sucedían en cápita; los segundos adquirían lo que a su padre habría correspondido, es decir, sucedían en estirpes...».

Con Justiniano se consagró la representación sucesoria (aun cuando no era empleado todavía este término) hasta el infinito en la línea recta descendente y en la línea colateral sólo a favor de los hijos de los hermanos pre fallecidos, desconociéndose ese beneficio para la línea ascendente, así como para el cónyuge.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

Según Eduardo Zannoni, el término representación surge en el Medioevo concibiéndose a la sucesión por estirpes como el ejercicio del derecho que les correspondía a los descendientes del ascendiente premuerto. Eran representantes del ascendiente fallecido con anterioridad al causante ante la sucesión de este último, estos descendientes ocupaban el lugar de su ascendiente, así surge la teoría de la ficción definida en el artículo 739 del Código de Napoleón como «Una ficción de la ley cuyo efecto es hacer que los representantes ocupen el lugar, grado y los mismos derechos que el representado».

La teoría de la ficción está siendo dejada de lado, pese a que aún se mantiene en algunas legislaciones como la chilena, que en su artículo 934 refiere «Se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre...».

En la teoría de la subrogación, sostenida por italianos como Betti y españoles como José María Manresa y Navarro, el derecho de representación se interpreta como una subrogación debido a que el representante se coloca en el mismo grado, orden y prelación del representado, recibiendo lo que le hubiera correspondido a éste.

Sin embargo, que los representantes reciban lo que les hubiera correspondido al representado no implica necesariamente una subrogación. Sobre el particular y sólo a manera de ejemplo, la cesión de obligaciones y la cesión de posición contractual no son formas de subrogación, además, como refiere Augusto Ferrero en su Manual de Sucesiones, si fuera un caso de subrogación el subrogante asumiría la posición jurídica del subrogado y esa posición no es otra que la premorencia, renuncia, indignidad o desheredación que son los supuestos donde procede la representación, por lo que ubicado el subrogante en alguno de estos supuestos ya no tendría la posibilidad de heredar.

Francesco Messineo en su libro Derecho Civil y Comercial aporta la teoría de la sustitución legal como fenómeno que explica la naturaleza jurídica de la representación sucesoria. Así dice que la ley dispone el instituto de la representación en todos los casos en que el llamado no quiera o no pueda suceder, con la cual se permite que al llamado (representado) lo sustituyan sus descendientes (representantes). Sin embargo la sustitución tiene contenido propio en el Derecho Sucesorio (artículo 740 del Código Civil), el cual alude a la designación de una persona por el testador para que reciba la herencia o legado a falta del primer llamado. Entonces la representación sucesoria tendría la misma naturaleza que la sustitución jurídica, conocida también como sustitución vulgar. La diferencia está en que en un caso el agente de la sustitución es la ley, mientras que en el otro es el testador.

3. REPRESENTACIÓN SUCESORIA COMO INSTITUCIÓN AUTÓNOMA

Desechando las tesis que tratan de explicar la representación sucesoria a través de la ficción, subrogación o sustitución, existe toda una corriente para ubicar a la representación como una institución autónoma, con características propias, así por ejemplo Carlos Vattier Fuenzalida define el derecho de representación sucesoria como «Una institución sui géneris y autónoma que se explica por sí misma y no depende de otras, cuya singularidad radica como sabemos en la determinación del quantum que se refiere al representante o representantes, que la ley lleva a cabo mediante la división de la herencia por estirpes».

Siguiendo esta corriente de reconocer autonomía a la representación sucesoria, a continuación exponemos nuestra posición respecto de cada una de

las teorías que tratan de explicar la representación sucesoria, como la ficción jurídica donde se entiende que todo sigue igual, como si el representado no hubiera fallecido y lo único que hacen sus descendientes (representantes) es ocupar su lugar y recoger lo que le hubiera correspondido a éste, desconociendo que el representante actúa por derecho propio y lo que hereda es para él y no recibe nada para el representado, derivando su derecho no del representado sino del causante como una suerte de vocación hereditaria indirecta; precisamente porque el representante sucede por derecho propio es que su habilidad para suceder se establece en relación a la persona del causante, mientras que las eventuales causas de inhabilidades para suceder en relación al representado son irrelevantes.

Por otro lado, la teoría de la subrogación tampoco resulta satisfactoria, en tanto que el representado (subrogado) nunca tuvo derecho a la herencia. Recordemos que los supuestos para que opere la representación son: La premorencia, que significa la muerte del representado antes que la del causante, por lo tanto, al abrirse la sucesión de éste no se cumplía con el requisito de la sobrevivencia o existencia. La renuncia, indignidad o desheredación, existentes ab initio, es decir, con efectos retroactivos al momento en que se abre la sucesión, por lo que en consecuencia el representado nunca fue heredero.

En cuanto a la tesis de la sustitución legal, que es la más cercana a la naturaleza jurídica de la representación. Efectivamente se trata de un segundo llamado que hace la ley a los descendientes del primer llamado inhábil para heredar, quienes sustituyen al representado; sin embargo, tal como lo hemos mencionado, la sustitución jurídica en el Derecho Sucesorio tiene contenido propio y no responde al llamado de la ley, sino al del mismo testador.

Para ubicarnos en lo que consiste para nosotros la representación sucesoria, debemos en primer lugar hacer un distingo con la representación a que se contrae el artículo 145 del Código Civil (el acto jurídico puede ser realizado mediante representante). En efecto, se presta a confusión el término representación que tiene ya un contenido en el libro de Acto jurídico; sin embargo, en sede de sucesiones el representante no actúa por el representado ni adquiere nada para el representado, pues lo adquirido es por derecho propio y para sí mismo. Por otro lado, la representación inter vivos se extingue con la muerte del representado, mientras que en la representación sucesoria la muerte del representado no extingue derecho alguno, sino todo lo contrario, va a tener relevancia jurídica cuando se abra la sucesión del causante, pues en ese momento comenzará a producir efectos, por lo tanto estamos ante dos instituciones que, aun cuando compartan el mismo nombre, son totalmente diferentes.

También debemos señalar que la representación hace pensar que el derecho del representante nace del representado, pero ello no es así, pues los represen-

tantes adquieren su derecho directamente del causante por un llamamiento que les hace la ley, sucediendo por derecho propio y no a través del representado.

Albaladejo dice al respecto que los sucesores del representado no reciban para éste, sino que heredan para sí, luego no hay una verdadera representación, pues ésta es un obrar por otro, el cual recibe los efectos de la actuación del representante.

Tampoco se puede identificar el derecho de representación con el derecho de transmisión del artículo 679 del Código Civil, referido a que el derecho de aceptar o renunciar una herencia se transmite a los herederos. Entre ambas figuras existen diferencias importantes que las distinguen, así el derecho de representación tiene entre una de sus causas de procedencia la premorencia del convocado, en este caso el representado, quien por esa causa no llega a ser heredero. En el Derecho de transmisión el transmitente debe sobrevivir necesariamente al causante, muriendo después sin haber ejercido su derecho de delación (opción para aceptar o renunciar una herencia). Asimismo, la representación se verifica sólo a favor de los descendientes del causante y de los hijos de los hermanos del causante, o sea, el representante tiene vocación propia y de no existir representación serían llamados en el orden sucesorio que les corresponda. En el caso del transmisario (aquel que por sucesión recibe la delación) no necesariamente se tiene vocación con respecto al causante e incluso puede no ser heredero de éste, como en el caso de los descendientes de los colaterales del cuarto grado, que son herederos del causante pero en sexto y último orden. Los descendientes de estos colaterales no tienen vínculo de parentesco con el causante, pues al ser descendientes del sucesor de sexto orden ya no les alcanza parentesco respecto a éste (véase el artículo 236 del código civil, referido a los efectos del parentesco, que sólo se extienden hasta el cuarto grado en la línea colateral), o el caso de la cónyuge del transmitente sin descendencia, que al ser su heredera y aceptar la herencia del transmitente puede aceptar la herencia del causante originario, lo que no podría haber ocurrido directamente, pues como sabemos la nuera no hereda a su suegro, en tanto que el parentesco por afinidad no genera derecho sucesorio.

Asimismo, en la representación el representante actúa por derecho propio, pues su derecho no deriva del representado, mientras que en la transmisión el derecho del transmisario proviene del derecho del transmitente, porque si no es heredero de éste no podrá ejercitar el derecho de opción de la herencia del causante.

Como se ha visto, la representación sucesoria no puede considerarse como una ficción jurídica, ni tampoco puede asimilarse a la subrogación, ni creemos que deba asimilarse a la figura de la sustitución. Para nosotros se trata de una institución con características propias. En el fondo viene a ser una técnica o

herramienta jurídica que posibilita una excepción a la regla sucesoral de que el pariente más próximo en grado al causante excluya al más remoto, regla que como veremos más adelante no necesariamente coincide con los sentimientos del causante. Entonces, al ser una excepción, se evita que ante la falta de un hijo a la herencia de sus padres, sean excluidos los nietos de estos.

4. FUNDAMENTO DE LA INSTITUCIÓN

El Derecho Sucesorio y el Derecho de Familia se encuentran tan estrechamente ligados que el Derecho de Familia termina siendo el sustento del Derecho de Sucesiones.

Así, por ejemplo, se suele decir, certeramente, que quien no es pariente del causante no hereda, situación que ocurre tanto en la sucesión testamentaria (donde los descendientes, ascendientes y cónyuge del causante son considerados herederos forzosos), como en la sucesión intestada, pues en esta sucesión legal no existe excepción a esta regla, así el legislador nos describe en el artículo 816 del Código Civil los seis órdenes de herederos legales (descendientes, ascendientes, cónyuge; parientes colaterales de segundo, tercero y cuarto grado) y todos ellos son parientes del causante a excepción del cónyuge, cuya fuente del derecho hereditario está en el matrimonio.

Si bien los parientes tienen vocación hereditaria, esto es, la posibilidad de ser sucesores, no todos ellos tienen iguales derechos hereditarios ni necesariamente se convertirán en sucesores, pues para ello debe hacerse una clasificación sobre la base de los órdenes de parentesco respecto al causante, considerándose con preferencia hereditaria a aquellos que se encuentren más próximos al causante. Así por ejemplo, el parentesco en línea recta (personas que descienden unos de otros) excluye al parentesco en línea colateral (personas que sin descender unas de otras tienen un ascendiente común). Dentro de la línea recta la rama descendente excluye a la rama ascendente, y dentro de los órdenes hereditarios (descendientes, ascendientes y colaterales) el pariente más próximo en grado al causante excluye al más remoto.

Luego de realizar la clasificación con los criterios antes mencionados recién tendremos a los sucesores, aquellos que tienen el derecho de opción o ius delatione, con la posibilidad de convertirse en verdaderos herederos si deciden aceptar la herencia o negarse a serlo apartándose de la misma a través del repudio o renuncia a la herencia.

Ha quedado claro el principio de que el pariente más próximo en grado al causante excluye al más remoto, en tal sentido, los parientes más cercanos al causante tienen mejor derecho hereditario respecto a los más alejados.

En el Derecho Sucesorio el heredero es excluido cuando se encuentra en un grado más lejano que otro heredero del mismo orden. Es aquí donde, sobre todo por razones de equidad, interviene la representación sucesoria como una excepción a esta regla al permitir que herederos lejanos del causante concurran con herederos más cercanos a éste, pues de otra forma serían excluidos de la sucesión.

Cuando utilizamos el término equidad para explicar la representación sucesoria, lo hacemos por considerar que efectivamente son razones justas las que terminan fundando la institución, pues como dice Ramón Domínguez Benavente, el principio de la prioridad del grado de parentesco no necesariamente traduce el verdadero orden de los afectos y relaciones familiares del causante. Así, de no existir la representación al faltar el hijo a la sucesión de su padre los nietos quedarían excluidos, lo que obviamente pensamos no hubiera sido el deseo del causante, a la par de consumarse una injusticia, pues como refiere León Barandiarán, se estaría yendo contra el afecto presunto del causante, el cual se entiende que por razones de consideraciones de orden afectivo, hubiere deseado que los hijos u otros descendientes de su heredero, no quedaren en el desamparo por la premuerte, indignidad, desheredación o renuncia.

Clovis Bevilaqua señala que la representación es un precepto de equidad que tiende a reparar, desde el punto de vista hereditario, el mal sufrido por el descendiente con la muerte prematura del ascendiente.

5. DEFINICIÓN DE REPRESENTACIÓN SUCESORIA

Reiterando lo señalado en torno a la impropiedad del término, pues el derecho del representante no nace del representado, sino que se adquiere el derecho directamente del causante por un llamamiento que hace la ley, diremos que el Código Civil de 1984 contiene una definición que, aun cuando no muy precisa, da una idea de la institución.

Autores calificados como Clovis Bevilaqua, Planiol, Ripert, Boulanger están de acuerdo en considerar que la representación sucesoria es un beneficio concedido por la ley a los descendientes; sin embargo, difieren en cuanto a la definición de la institución, pues Bevilaqua pone el acento en la sustitución legal, y así nos dice que se trata de un beneficio de la ley en virtud del cual los descendientes de una persona fallecida son llamados a sustituirlos en su calidad de herederos legítimos, considerándoseles del mismo grado que la persona representada y ejerciendo a plenitud el derecho hereditario que a ella corresponde.

Planiol, poniendo énfasis en la concurrencia a una sucesión de parientes lejanos con cercanos, dice que es un beneficio de la ley en virtud del cual se ad-

mite que un heredero de grado más lejano recoja la parte que habría obtenido su padre o madre premuertos (o impedidos), en concurso con herederos más próximos que él.

En el Perú, Luis Echecopar García decía de la representación sucesoria es un beneficio que la ley concede a los hijos y, en ciertos casos, a los descendientes de una persona que ha fallecido o que ha perdido derecho a una herencia por renuncia, indignidad o desheredación, para ocupar en la sucesión de otra persona el lugar que a ella le hubiera correspondido de haber vivido, no haber renunciado a la herencia, no haber sido declarado indigno o no haber sido desheredado.

El artículo 681 del Código Civil de 1984 señala que por la representación sucesoria los descendientes tienen el derecho a entrar en el lugar y grado de su ascendiente, recibiendo la herencia que al último correspondería si viviese o si no la hubiese renunciado o perdido por indignidad o desheredación.

Repárese que los efectos de la indignidad o desheredación se retrotraen al momento en que se abre la sucesión, por ello al indigno o desheredado se les tiene como que si nunca fueron herederos, en esa medida no pudieron perder nada, pues nada tuvieron. En consecuencia, el artículo 681 debió utilizar el término excluido por el de perdido.

De la definición dada por el Código Civil de 1984 podemos inferir que el legislador considera a la representación sucesoria como una institución autónoma, no haciéndola depender de otras instituciones como la sustitución o la subrogación; a la par de no condicionar su procedencia a que los representantes tengan que concurrir con otros herederos más próximos al causante.

6. CONDICIONES PARA LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

Debe existir una sucesión abierta para que funcione la representación sucesoria, pues si el causante estuviera vivo no podríamos hablar de herencia alguna y sería irrelevante los supuestos de la procedencia de la institución. Así la premorencia de uno de los herederos no tendría repercusión alguna en tanto aún no se ha abierto la sucesión del causante.

En cuanto a la renuncia, sabemos que no es posible renunciar herencias futuras; en el caso de la indignidad ésta opera judicialmente luego de abrirse la sucesión; mientras que la desheredación sólo se efectúa por testamento, el cual sólo va a tener efecto al producirse el deceso del testador.

Abierta la sucesión del causante, debe haber una primera convocatoria o llamado a los herederos y si los herederos o alguno de ellos no es hábil para

heredar por premorencia, renuncia, indignidad o desheredación, entonces se procede al llamado de sus descendientes.

La premorencia (es decir, la situación que se produce cuando el convocado muere antes que el causante) implica no haber satisfecho uno de los requisitos para heredar, esto es, la existencia o sobrevivencia al causante, pues sólo heredan los que existen al momento en que se abre la sucesión, comprendiéndose dentro de la existencia a los concebidos con la condición de que nazcan vivos.

Cabe preguntarse si opera la representación sucesoria en los casos de muerte conjunta del convocado y su descendiente, es decir, en aquellos casos donde no pueda verificarse quién de los dos murió primero. Al respecto, debe recordarse que el artículo 62 del Código Civil recoge la teoría de la conmorencia, señalándose que entre ambos fallecidos no hay sucesión, pero si el heredero del causante ha dejado su propia descendencia ¿Acaso éstos no tendrán derecho a representarlo y concurrir a la sucesión, por ejemplo, con otro hijo hábil del causante?.

Sobre el particular hay dos tesis contradictorias: una que niega la representación, en tanto que al no haber transmisión entre ellos por haber muerto juntos, mal pueden los descendientes del heredero esgrimir la representación de un derecho que el ascendiente jamás tuvo. Al respecto Vattier dice que falta el marco de referencia que la ley tiene en cuenta para determinarlo. En este caso la conmorencia equivaldría a la inexistencia del sucesor, por lo que al no darse la representación los otros hijos hábiles del causante acrecerían su cuota, y de no haber hijos del causante los descendientes de quien podría haber sido representado heredan como nietos del causante.

La segunda tesis aboga por la procedencia de la representación, pues la premisa para que opere la representación es que el sucesor no hereda por no poder hacerlo, situación que ocurre cuando muere conjuntamente con su descendiente. En este caso se equipara al conmorente con el premorente, en cuanto a los efectos de este último. Al respecto, Borda y Zannoni señalan que la ley sólo requiere que el representado no viva al momento de la apertura de la sucesión, lo cual ocurre en el tema planteado.

Por nuestra parte creemos que la razón de equidad que justifica la representación también se da en el tema de la conmorencia, esto es, no dejar de lado a los descendientes del heredero, por lo tanto, estamos a favor de que opere la representación sucesoria en el caso de la conmorencia. Así, por ejemplo, si el causante tuvo dos hijos, Carlos y Julio, y Carlos tiene un hijo de nombre Pedro, nieto del causante, al ocurrir la muerte conjunta del causante y Carlos, entonces

la sucesión se dará a favor de Julio, como hijo sobreviviente del causante, y Pedro en representación de su padre premuerto Carlos.

Siguiendo con la inhabilidad del heredero, éste también lo puede ser por renuncia. Como sabemos no hay herencia impuesta. El heredero lo es porque quiere serlo, no porque lo obliguen a ello. La renuncia debe ser efectuada dentro de los tres meses de la apertura de la sucesión (aún cuando el Código Civil no señala desde cuándo comienza a hacerse el cómputo) si es que el heredero se encuentra dentro de la República o seis meses si se halla en el extranjero, debiendo precisarse que la renuncia se retrotrae al momento en que se abre la sucesión.

En lo que atañe a la indignidad, ésta es declarada judicialmente debiendo interponerse la demanda dentro del año de la toma de posesión de los bienes de la herencia. La indignidad igualmente se retrotrae a la apertura de la sucesión. En cuanto a la desheredación, ésta sólo aparece por testamento y sus efectos también son retroactivos al momento de la apertura de la sucesión.

En cualquiera de los supuestos mencionados (premorencia, indignidad, desheredación y renuncia) la convocatoria no tuvo éxito, por lo que se procede a un segundo llamado.

La representación sucesoria es una figura netamente familiar a través de la cual, por consideraciones de orden ético, se pretende amparar a los familiares del causante que, al encontrarse en grados distantes a él y concurrir con otros familiares más próximos al causante, se verían perjudicados al ser excluidos de la herencia por la regla del pariente más próximo en grado al causante excluye al más remoto. La representación interviene como excepción a esa regla, debiendo repararse que la finalidad que se persigue es que el patrimonio del causante no salga de su entorno familiar.

En esa medida, se exige que el representante en línea recta sea también un descendiente del causante, y en línea colateral sea un sobrino del causante; por lo tanto, si estuviéramos en la hipótesis de una convocatoria de herederos voluntarios (ante la ausencia de forzosos) ajenos familiarmente al causante y ocurriera un supuesto de procedencia de la representación sucesoria, entonces ésta no operaría en tanto que los descendientes del heredero voluntario no tendrían nexo familiar con el causante. Así por ejemplo, el causante sin herederos forzosos instituye a tres amigos como sus herederos voluntarios y al abrirse la sucesión del causante le sobreviven sólo dos de sus amigos, pues uno de ellos ha premuerto dejando descendencia, en cuyo caso no operaría la representación sucesoria a favor de estos descendientes del premuerto. Por lo tanto, de-

pendiendo de la forma cómo se ha instituido a estos sucesores, acrece las cuotas de los herederos voluntarios o retorna la cuota del heredero inhábil a la masa hereditaria para ser distribuida entre los herederos legales si los hubiere.

Un requisito indispensable para heredar lo constituye la habilidad sucesoria en el convocado. Habilidad significa aptitud para ser heredero, por lo tanto no debe haber sido excluido por indignidad o desheredación, a la vez de que exista al momento en que se abre la sucesión y que no haya renunciado a la misma. Estos mismos condicionamientos se exigen al representante respecto del causante, lo que significa que el representante debe ser hábil para heredarlo. Repárese que no estamos señalando que la habilidad se refiera con respecto al representado, pues eso no interesa e, incluso, puede darse el caso de que el representante sea inhábil con respecto al representado (indigno, desheredado o renunciante), pero ello no le impide ser representante, pues de lo que se trata es de la sucesión del causante y no de la sucesión del representado.

Sobre el particular recordemos que el derecho del representante no proviene del representado, sino directamente del causante. En consecuencia se trata de una sola sucesión, la del causante al representante. Esto lo decimos sobre todo para precisar cuando estamos en el supuesto de la premorencia, en la que el heredero del causante ha fallecido antes que él. Cierto es que se abrirá la sucesión de ese heredero y se llamará a sus sucesores, sin embargo, no es esa sucesión la que interesa, sino la del causante de ese heredero, a quien se llamó para participar en ésta, pero no pudo hacerlo por su muerte y entonces se procedió a llamar a sus descendientes para que concurran a esa sucesión.

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TITULO V
REPRESENTACIÓN SUCESORIA

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

1. REPRESENTACIÓN SUCESORIA EN LÍNEA RECTA DESCENDENTE Y COLATERAL

Dos son las formas como aparece la representación sucesoria, la de los descendientes del heredero del causante, llamada representación en línea recta, que alude al parentesco en línea recta (personas que descienden unos de otros); y la que atañe a los parientes colaterales del causante (personas que sin descender unos de otros tienen un ascendiente común), llamada también representación sucesoria en línea colateral, la cual parte de una premisa, la inexistencia de herederos forzosos del causante, pues si los hubiera no procedería ningún llamamiento sucesoral de los colaterales, en tanto que los parientes en línea recta (herederos forzosos) excluyen a los parientes en línea colateral.

Antes de analizar por separado la representación sucesoria en línea recta y colateral, es necesario precisar que en nuestro país no se acepta la representación sucesoria en línea ascendente ni tampoco la del cónyuge, veamos por qué ocurre ello.

2. NO HAY REPRESENTACIÓN EN LÍNEA RECTA ASCENDENTE

Admitir la representación sucesoria en línea recta ascendente significaría, como se suele decir, reconocer el derecho de un abuelo para representar a su hijo en la herencia de su nieto. Señalan algunos que normar una situación de esta naturaleza sería contrariar el orden natural de las cosas. Sobre el particular, la nota de Vélez Sarfield al artículo 3559 del Código Civil argentino resulta interesante: «La representación no tiene lugar a favor de los ascendientes, porque no está en el orden de la naturaleza que los ascendientes representen a los descendientes. El derecho de los descendientes a suceder, decía un orador

francés es tan natural como legítimo, mas el de los ascendientes es contra la marcha ordinaria de los sucesos. Se cree ver un río hasta su origen, el orden de la naturaleza está invertido. No debe, pues, haber representación para este caso extraordinario».

En nuestra legislación cuando no hay descendientes heredan los ascendientes, aplicándose en este caso la regla del pariente más próximo en grado excluye al más remoto. Así, al faltar los padres a la herencia de su hijo le suceden los abuelos y en defecto de ellos los bisabuelos y así indefinidamente. Cuando no hay ascendientes ni cónyuge, suceden los colaterales; por tanto resulta innecesario regular esta representación sucesoria en atención a que si el causante no ha dejado hijos, la misma ley llama a sus padres para que los hereden, los dos o si sólo uno de ellos sobrevive éste se quedará con la herencia y en defecto de ellos a los otros ascendientes.

Legislaciones como la brasileña y española la prohíben, así esta última dice en su artículo 925 del Código Civil español «El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente pero nunca en la ascendente.». Repárese que no resulta necesario ni útil regular la representación a favor de los ascendientes, pues las razones que justifican la institución no se dan en este caso. Los ascendientes no corren el riesgo de ser excluidos de la sucesión del causante sin descendientes, pues son ellos los llamados naturalmente a suceder e, incluso, concurren con el cónyuge del causante.

Ferrero nos dice que la representación sucesoria es admitida en Alemania, que legisla sólo la representación en la línea recta para descendientes como ascendientes, pero no la concede para la línea colateral, así al no existir los padres heredan los hermanos del causante como hijos de aquellos.

3. NO HAY REPRESENTACIÓN SUCESORIA EN EL CASO DEL CÓNYUGE

Podría plantearse el tema dado que a la cónyuge le corresponde una cuota igual a la del hijo del causante, pero no la cónyuge no tiene derecho de representación sucesoria, pues admitir ello sería reconocer el derecho de representación de la nuera respecto de su cónyuge para acudir a la sucesión de su suegro (causante). En Argentina la Ley 17111, de 1968, aparentemente la admite señalando «La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviese hijos o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho de la cuarta parte de los bienes que hubiesen correspondido a su esposo en dicha sucesión».

Borda, justificando ello, dice que si la viuda tuviese hijos éstos heredarían a sus abuelos en representación de su padre y durante su minoridad la madre tendría el usufructo; sin embargo, Borda reconoce que la nuera hereda por derecho propio, por faltar notas típicas de la representación. En nuestro país ello no es admitido, no hay sucesión entre afines, y no podría haber representación para el caso de que, por ejemplo, un causante deje dos hijos y a su muerte le sobreviva uno de ellos, pues el otro premurió dejando viuda y sin hijos. En este caso no se cumpliría el cometido de proteger a descendientes del causante, pues no los hay, además la viuda no tiene vocación propia con respecto al causante, siendo este el elemento más importante para que proceda la representación.

Sobre los derechos de la viuda respecto de su propio causante, nuestra legislación tiene normas bastante protectoras, concediéndole derechos que no tienen otros herederos, tales como el derecho preferencial de adjudicación de la casa conyugal, el derecho de habitación del cónyuge supérstite, el derecho de usufructo sobre la tercera parte del patrimonio hereditario y el derecho preferencial de herencia, pues es un heredero de tres órdenes en tanto que concurre con hijos del causante y con los ascendientes del causante, por último, si no hubieran descendientes ni ascendientes, le corresponde la totalidad de la herencia.

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO V
REPRESENTACIÓN SUCESORIA

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO

1. REPRESENTACIÓN SUCESORIA EN LÍNEA RECTA

El artículo 682 del Código Civil es claro al señalar que la representación sucesoria en línea recta descendente es ilimitada a favor de los descendientes de los hijos sin distinción alguna, lo que significa que en la representación pueden concurrir nietos del causante con hijos del causante, o biznietos con nietos del causante y así indefinidamente.

Es conocido que la Constitución de 1979 consagró la igualdad de los hijos (la Constitución de 1993 también la reconoce), igualdad que tuvo gran repercusión en el Derecho familiar y por cierto también en el sucesorio, así por ejemplo se dejó atrás la norma del artículo 762 del Código Civil de 1936, que refería que los hijos ilegítimos heredaban la mitad de lo que heredaban los legítimos. Hoy todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respectos de sus padres, así los matrimoniales, los extramatrimoniales y entre éstos los reconocidos y declarados, los adoptivos, todos ellos tienen iguales derechos sucesorios; sin embargo, esta igualdad declarada en el artículo 818 del Código Civil de 1984, que no deja lugar a dudas, lleva a preguntamos si también lo es con respecto a los otros descendientes, esto es, los nietos ¿También todos ellos tendrán iguales derechos no interesando si provienen de una relación matrimonial o extramatrimonial, con reconocimiento o declaración judicial e incluso los adoptivos?.

El artículo 818 del Código Civil comentado dice textualmente: «Todos los hijos tienen iguales Derechos Sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de estos y a los hijos adoptivos».

No hay duda de que en la sucesión de los descendientes del causante (no los hijos) tienen tanto derecho a la herencia los que lo son por línea de filiación matrimonial como los que lo son por línea extramatrimonial, siempre y cuando hayan sido reconocidos o declarados judicialmente, casos donde se ha logrado establecer la relación paterno-filial que se extiende a la línea recta ascendente y descendente; pero en el caso del adoptivo ¿También podríamos considerar una relación de abuelo y nieto por línea de adopción?.

Sobre el particular aparentemente el artículo 818 del Código Civil estaría negando esta posibilidad, pues el referido numeral hace una clasificación de sucesores descendientes; por un lado, los hijos respecto de sus padres, donde no hay dudas que todos los hijos, sean matrimoniales o extramatrimoniales o adoptivos, heredan a sus padres en cuotas iguales; por otro lado se refiere a los otros descendientes del causante, entonces allí dice el artículo en mención, que con respecto a los parientes del padre (entiéndase abuelo respecto de sus nietos) suceden los descendientes matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos o declarados, dejando de lado a los adoptivos, con lo cual éstos últimos sólo heredarían a sus padres adoptantes pero no a los padres de éstos.

Pareciera existir consenso en las legislaciones extranjeras en lo referente a la sucesión de los adoptados con respecto a sus adoptantes y, por ende, la representación sucesoria de los descendientes del adoptado para representarlo en la sucesión del adoptante. Ello por una razón, que la adopción sólo surtiría efectos desde el adoptante hacia abajo, es decir, adoptante, adoptado y sus descendientes, pero no generará efecto alguno con respecto al adoptado y los parientes consanguíneos del adoptante. En esa medida no cabría representación sucesoria del adoptivo respecto a la sucesión del padre del adoptante. En consecuencia, el adoptivo no podría representar a su padre adoptante para ir a la sucesión del padre de éste. Sobre el particular, recordemos nuestro Código Civil de 1936 que en su artículo 333 decía: «El parentesco proveniente de la adopción se limita al adoptante, al adoptado y a los descendientes legítimos de éste» y el artículo 338 precisaba que el adoptado y sus descendientes eran herederos del adoptante.

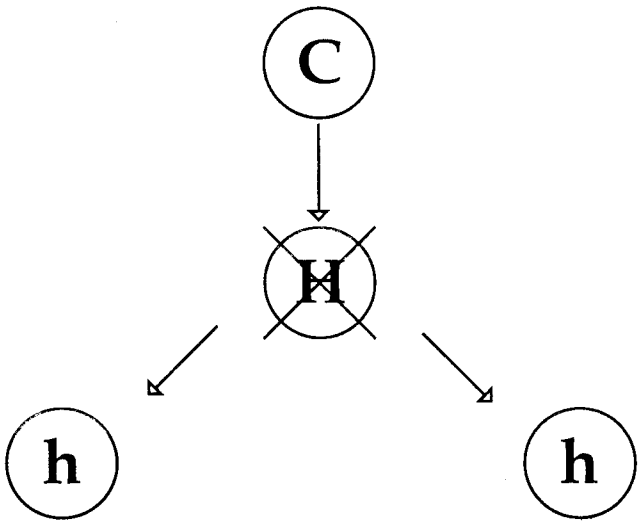
Nuestro parecer difiere con la posición que termina negando la representación de los descendientes por línea de adopción respecto del padre del adoptante, por cuanto se estaría yendo contra el principio de la igualdad contemplado en el artículo 6 de la Constitución, cuya aplicación en el ámbito del Derecho Sucesorio es que todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios, que comprende no sólo el derecho a cuotas iguales, sino también el derecho a la representación sucesoria cuando se dé el caso. Por lo tanto, el hijo adoptado también tendría derecho a representar a su padre en igual condición que cualquier otro

hijo. Una interpretación distinta sería una actitud discriminatoria, pues a un hijo se le estaría concediendo derecho de representación mientras que a otro se le estaría negando. Además, se desconocería lo que significa la adopción, ignorando que el adoptado tiene la calidad de hijo y, en tal virtud, los mismos derechos que cualquier otro hijo. En esa medida no sólo se establecen relaciones exclusivas con el adoptante, sino que al convertirse en hijo del adoptante ingresa a la familia de éste, y si el adoptante tiene familia también establece lazos de parentesco con esa familia.

En el caso particular del adoptante y su ascendiente, el adoptado también establece un lazo de parentesco con el padre del adoptante, convirtiéndose en nieto de él por línea de adopción, con lo cual accede al derecho de representación sucesoria. Por ello no estamos de acuerdo con una interpretación del artículo 818 del Código Civil que niegue representación sucesoria al adoptado respecto de la sucesión de su padre adoptante.

2. REPRESENTACIÓN SUCESORIA CON UN SOLO HIJO DEL CAUSANTE. ¿ES NECESARIO PARA QUE PROCEDA LA REPRESENTACIÓN QUE HAYA DOS O MÁS HIJOS DEL CAUSANTE, LO QUE DARÍA LUGAR A DOS O MÁS ESTIRPES?

Se plantea la hipótesis del causante que tiene un solo hijo y éste a su vez tiene sus propios descendientes. En ese supuesto ante la inhabilidad del hijo del causante y abierta la sucesión de éste cabe preguntarse si los descendientes concurren a la herencia del causante como nietos o como representantes de su ascendiente inhábil.



Sobre el particular existen dos tesis que tratan de responder esta pregunta.

Una primera niega esta posibilidad de representación sucesoria, señalando que los nietos concurrirán a la sucesión del causante como tales y no como representantes del padre inhábil. Se precisa que en este caso no es necesaria la representación, pues los nietos no corren ningún peligro de ser excluidos de la herencia, peligro éste que justamente trata de evitar la representación sucesoria que, como sabemos, posibilita la concurrencia de parientes lejanos del causante con otros cercanos al mismo.

Una segunda posición acepta la representación sucesoria en estricta aplicación del artículo 682 del Código Civil de 1984, el cual alude a la representación en línea recta descendente a favor de los descendientes del hijo, la cual es ilimitada y sin distinción alguna. Por lo tanto, en los supuestos de concurrencia de descendientes del hijo del causante ellos acudirán a la sucesión por vía de representación.

En lo que atañe a la primera posición se afirma, que de no aceptarse la representación sucesoria, ello llevaría a que si el hijo inhábil del causante recibió un anticipo de herencia, entonces sus descendientes, al concurrir a la herencia como nietos del causante, no estarían obligados a colacionar (la colación de los bienes se hace a elección de quien colaciona, devolviendo el bien a la masa hereditaria o reintegrando a ésta su valor), pues no ocupan el lugar de su padre inhábil. En esa medida, la cuota de libre disposición del causante quedaría disminuida debido a que el patrimonio hereditario no se incrementa por no haber colación, considerándose el anticipo de herencia como una liberalidad realizada a favor de un tercero cualquiera.

Esta posición no es realista, pues en el supuesto de un solo heredero del causante el tema de la colación termina siendo irrelevante, en tanto que si al causante le sucede un solo sucesor entonces no habría otro heredero forzoso que demande la colación, pues, como se verá líneas más adelante, uno de los requisitos para que proceda la colación es la existencia de pluralidad de herederos forzosos, dentro de los cuales se encuentre el que recibió el anticipo y los no anticipados, quienes son precisamente los que tienen el derecho a demandar la colación.

Si asumimos la segunda posición de que hay representación sucesoria incluso con un solo hijo del causante, en estricta aplicación del artículo 682 del Código Civil, entonces esos descendientes heredarían ocupando el lugar y grado de su ascendiente inhábil.

Creemos que lo antes descrito se trata sólo de una discusión académica, en tanto que los efectos son los mismos, sea que concurran como nietos o como

representantes de ascendiente inhábil, pues en ambos casos se distribuirían la herencia en partes iguales. Además resulta inoficiosa tal discusión, en el sentido de que la representación tiene entre otros objetivos que los descendientes en grado más lejano al causante, al concurrir con otros sucesores más cercanos a él, no puedan ser desplazados por éstos y en el caso planteado ello no sucede debido a que los nietos que concurren solos no corren el riesgo de ser desplazados por nadie.

Ahora bien, si alguno de los nietos fuera inhábil y dejara descendientes, entonces estos representarán a su ascendiente inhábil y concurrirían con los hábiles. En esta circunstancia tendríamos una concurrencia de nietos del causante con biznietos.

Por nuestra parte y reiterando que la discusión es más académica que práctica, consideramos que sí procede la representación sucesoria aun en el caso del causante que sólo ha dejado un hijo y éste a su vez tiene descendencia, ello en estricta aplicación del artículo 682 del Código Civil que en forma clara señala que la representación en línea recta descendente es ilimitada sin distinción alguna.

Coincidiendo con nuestra posición, uno de los proyectos de reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil propone modificar el artículo 682 por la siguiente fórmula «La representación es ilimitada en la línea de los descendientes, aunque haya una sola estirpe».

3. ¿LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA REQUIERE LA CONCURRENCIA DE REPRESENTANTES CON UN PARIENTE MÁS PRÓXIMO EN GRADO AL CAUSANTE QUE ELLOS O PUEDE DARSE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA CON DESCENDIENTES DEL CAUSANTE DEL MISMO GRADO DE PARENTESCO?

La representación sucesoria más común y corriente es la que se presenta cuando, por ejemplo, al fallecer el causante que tenía dos hijos sólo le sobrevive uno, mientras que el otro hijo que falleció antes que el causante (premorencia) deja su propia descendencia. En este caso el hijo sobreviviente hereda en cabeza mientras que los otros descendientes heredan por estirpe, recibiendo estos lo que habría recibido su padre premuerto.

Sin embargo, la pregunta formulada gira en torno a otro escenario, donde el causante que tenía dos hijos al fallecer no le sobreviva ninguno de sus hijos y cada uno de estos ha dejado su propia descendencia. Estos descendientes, que son nietos del causante, concurren a la herencia como tales y, por lo tanto, cabe preguntarse si los nietos heredan en cabeza o por representación sucesoria, caso este último en que cada estirpe representa a su padre premuerto y la herencia se divide en dos partes.

Para resolver este tema, hasta hace poco muy polémico, tenemos dos normas aparentemente en conflicto, se trata de los artículos 682 y 819 del Código Civil. Mientras que el artículo 682 alude a la representación sucesoria en línea recta ilimitada sin distinción alguna; el artículo 819 precisa que para la representación sucesoria es necesario que los representantes concurran con un hijo del causante, señalando además que si todos los descendientes son de igual grado heredarán por cabeza.

Debe repararse que el artículo 682 del Código Civil se ubica en la representación sucesoria, por lo que es una norma específica; mientras que el artículo 819 se encuentra entre las normas de la sucesión legal.

El numeral 682, al señalar que la representación sucesoria en línea recta a favor de los descendientes del hijo es ilimitada y sin distinción alguna, alude a que no se requiere ningún requisito para que opere, lo cual no es novedad, pues igual principio estaba contenido en el artículo 681 del Código Civil de 1936 el cual decía: «La representación es ilimitada en la línea de los descendientes». Por su parte, el artículo 761 decía «Los hijos, si todos son legítimos o si todos son ilegítimos, heredan por partes iguales. Los demás descendientes, solos o en concurrencia con hijos, heredan por estirpes».

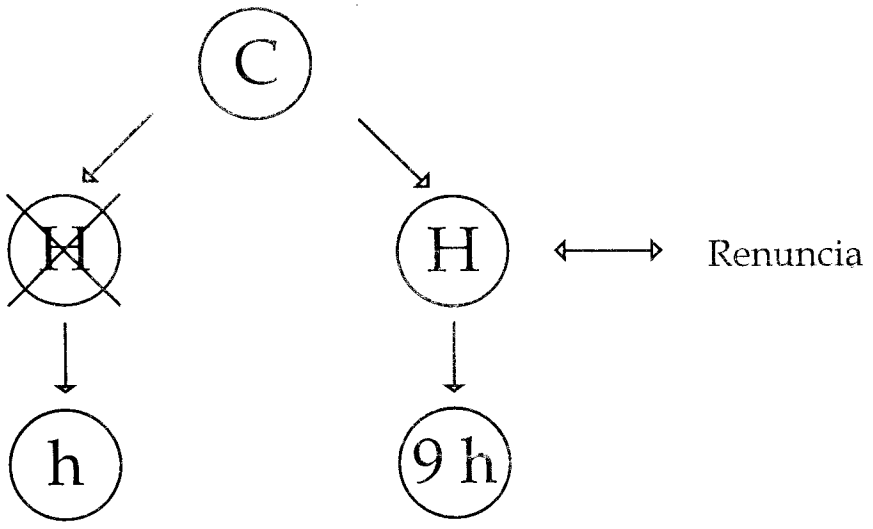
El Código Civil de 1984 ha seguido este principio por el cual más que las personas, son las estirpes las llamadas a heredar, como acertadamente señala Augusto Ferrero.

El artículo 819 hace pensar que sólo cabe la representación sucesoria cuando los representantes concurran a la herencia con parientes más próximos en grado al causante; sin embargo, no cualquier pariente, sino que necesariamente deberá ser un hijo del causante, y si no lo hubiera no procedería la representación.

Sobre el particular nuestro parecer es distinto. Creemos que tal norma contradice el sentido del artículo 682 y la tradición jurídica sobre la materia, lo que a lo mejor responde a un descuido o una descoordinación del legislador quien no tuvo en cuenta el citado numeral. Además cabe hacer presente que el doctor Rómulo Lanatta, ponente principal de nuestro libro de sucesiones, al proyectar el artículo 684 del Código Civil consignó una segunda parte que precisamente aludía a la concurrencia de descendientes del mismo grado con respecto al causante, que en ese supuesto entonces heredaban en cabeza y no por estirpe. Así el proyecto del artículo 684 tenía la siguiente fórmula: «Quienes concurran a la herencia en virtud de la representación sucesoria, reciben por estirpe lo que habría correspondido al heredero a quien representan. Pero si todos los herederos del causante tuvieran con respecto a este el mismo grado de parentesco, la sucesión

será por cabezas». Esta segunda parte del proyectado artículo fue eliminado y hoy el artículo 684 dice: «Quienes concurren a la herencia por representación sucesoria reciben por estirpes lo que habría correspondido al heredero a quien representan». En consecuencia, debemos inferir que la posición de nuestro legislador se ha mantenido en la línea de la representación sucesoria en forma ilimitada sin condicionamiento alguno.

La representación sucesoria en línea recta descendente a favor de los descendientes de los hijos es ilimitada y debe serlo porque ello responde a un criterio de equidad, pero además porque le pone una barrera a aquellos herederos que pretendiendo beneficiar a una prole numerosa, no dudarían en instrumentalizar la renuncia para hacer inoperante la representación si ésta no fuera ilimitada. En efecto, veamos con un ejemplo sencillo lo qué pasaría si la representación sucesoria no fuera procedente con descendientes de igual grado con respecto al causante. Tratemos el caso de un causante que tiene dos hijos y uno de los hijos tiene, a su vez, un solo hijo mientras que el otro tiene nueve hijos. Al abrirse la sucesión del causante no le sobrevive el hijo que tiene un solo descendiente, pero si el otro. Si el causante ha dejado como patrimonio hereditario 100 mil dólares entonces al hijo del causante que hereda por cabeza le corresponde 50 mil, mientras que al nieto del causante que hereda por representación sucesoria le corresponde 50 mil. En esa circunstancia el hijo del causante, considerando que la distribución del patrimonio hereditario es injusto con su familia, podría renunciar a la herencia, para que al no haber hijo hábil del causante, la sucesión solo sea con descendientes del mismo grado con respecto al causante, y en tal mérito la herencia se divida por cabeza entre todos los nietos del causante, a quienes les correspondería 10 mil a cada uno.

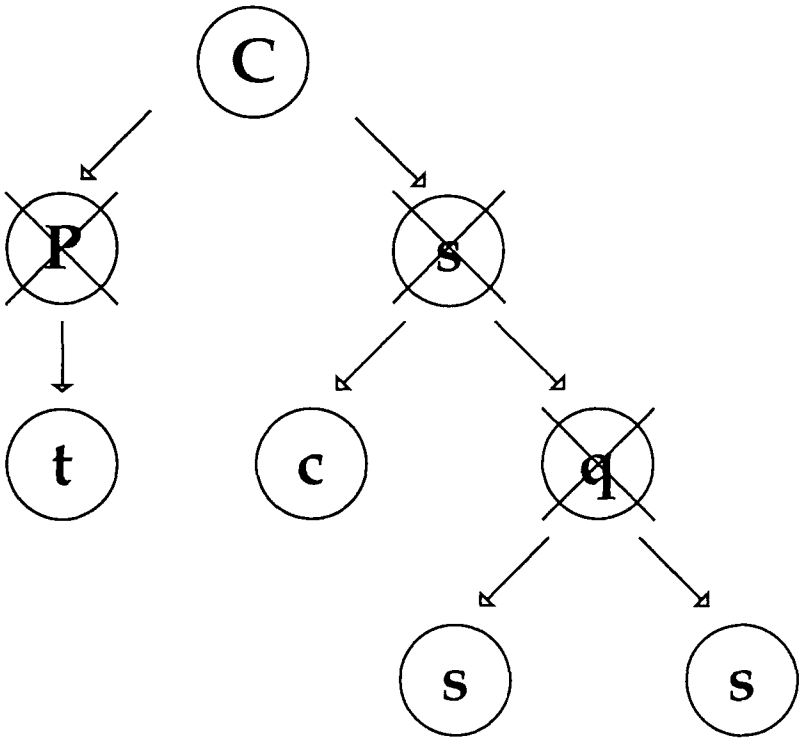


Obsérvese que el hijo del causante, en un afán de beneficiar a su prole numerosa (en última instancia se beneficia él), ha utilizado la renuncia para que no proceda la representación, lo cual no es regular ni honesto. Ello se evita con la representación sucesoria en forma ilimitada. Así, aun en el supuesto planteado del renunciante no se alteraría en nada la distribución de la herencia, pues el patrimonio se dividiría a favor de las dos estirpes: Una parte para el hijo sobreviviente del causante y otra para el representante del hijo premuerto.

Tampoco se debe perder de vista que, al proceder la representación aun en los casos de descendientes del mismo grado con respecto al causante, también procede la colación (en el caso de un anticipo de herencia) y con ello estaríamos cumpliendo la voluntad del causante en cuanto a proteger su cuota de libre disposición, en tanto que con la colación se incrementa el patrimonio del de cujus y con ello la cuota disponible, mientras que al no haber representación no habría obligación de colacionar y, por lo tanto, el patrimonio del causante no se vería incrementado ni tampoco se incrementaría la cuota de libre disposición.

Por otro lado, creemos que el artículo 819 del Código Civil de 1984 comete un error al referirse al hijo del causante, pues si la intención del legislador es que los representantes concurran con un pariente más próximo en grado que ellos al causante, debió decirlo y no utilizar el término hijo del causante, pues no necesariamente el hijo va a estar presente en la sucesión de su padre, por cuanto podría ocurrir que a la muerte del causante sus hijos no sean hábiles para heredar, pero existan otros descendientes de diferente grado, esto es nietos con biznietos, o biznietos con tataranietos. Ante esta eventualidad, nos preguntamos ¿Si no hay un hijo del causante no va a proceder la representación sucesoria?, y si eso es así, entonces cómo queda el artículo 682 que alude a la representación sucesoria en línea recta descendente a favor de los descendientes del hijo, señalando que la misma es ilimitada.

Para explicar este tema acudamos a un ejemplo que nos proporciona Collin y Capitant sobre concurrencia de descendientes ulteriores del causante sin hijos hábiles de éste: El causante tenía dos hijos, Primus y Secundus, que murieron antes que él (premorencia), dejando Primus, a su hijo Tercius; y Secundus dos hijos, Cuartus y Quintus; y Quintus ha muerto también dejando dos hijos, Sextus y Septimus.



Los herederos llamados a la sucesión serán: a) El nieto Tercius quien recibe la mitad de la sucesión en representación de su padre Primus. b) El nieto Cuartus y los biznietos Sextus y Septimus quienes vienen por representación de Secundus. La mitad transmitida al tronco procedente de Secundus se dividirá entre las dos ramas: Cuartus y Quintus. Cuartus recibirá la mitad de éstas, es decir, la cuarta parte de la sucesión. Sextus y Septimus se dividirán por cabeza la otra mitad y de esta suerte recibirán cada uno una octava parte de la sucesión.

Obsérvese de este ejemplo que la representación sucesoria funciona con descendientes del causante, aun cuando los hijos de éste no sean hábiles para heredar, concurriendo nietos con biznietos del causante. Ahora bien, con la fórmula planteada por el artículo 819 del Código Civil de 1984 no podría tener cabida el ejemplo de Collin y Capitant, en tanto que no habría un hijo hábil del causante. La representación sucesoria en línea recta es ilimitada sin condicionamiento alguno, permitiendo la concurrencia de hijos del causante con nietos de éste, pero también nietos con biznietos del causante e incluso biznietos con tataranietos del causante. En todos estos casos se cumple el cometido de la representación, que es permitir que parientes más lejanos del causante concurran con parientes más cercanos, lo que nos lleva a reiterar el concepto ya trabajado de que la representación viene a ser una excepción a la regla sucesoral de que el pariente más próximo en grado al causante excluye al pariente más lejano.

El legislador no debió referirse en el artículo 819 al hijo del causante sino al pariente más próximo en grado hacia el causante, pues muchas veces el hijo no puede estar presente en la sucesión.

En conclusión, cabe representación sucesoria incluso cuando todos los descendientes del causante son de igual grado, circunstancia en la cual la herencia se divide por estirpes y no por cabeza. Además, no olvidemos que la representación ayuda igualmente a que funcione la colación cuando alguno de los hijos del causante hubiera recibido un anticipo de herencia, tornando la situación mucho más justa y equitativa en cuanto a su distribución, ya que al funcionar la representación el representante no sólo adquiere bienes y derechos, sino también las obligaciones del representado, en este caso, la colación.

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO V
REPRESENTACIÓN SUCESORIA

CAPÍTULO CUARTO

CAPÍTULO CUARTO

1. REPRESENTACIÓN SUCESORIA COLATERAL

La representación sucesoria colateral es otra de las formas como aparece la representación sucesoria, en este caso alude a la representación en línea colateral y parte del supuesto de que al causante no le ha sobrevivido ningún heredero forzoso o, con mayor propiedad, no hay ningún heredero forzoso hábil, esto es, descendientes, ascendientes o cónyuge. En este caso la herencia, como decía el maestro Jorge Eugenio Castañeda, se desplaza hacia los costados y se llama a los hermanos del causante; sin embargo, puede ocurrir que alguno de estos hermanos sea inhábil para heredar, entonces se llama a los descendientes de éste, quienes concurren a la herencia del causante no como sobrinos de éste, sino como representantes de su ascendiente inhábil.

2. CASOS EN QUE FUNCIONA LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA COLATERAL

La representación sucesoria en línea colateral funciona en los supuestos de premorencia, renuncia e indignidad, pero no en la desheredación, pues ésta es una figura típica de la legítima y, como sabemos, el hermano no es un legitimario (heredero forzoso); por lo tanto, el artículo 683 del Código Civil, que trata este tema, yerra cuando, al regular la representación colateral, remite a todos los supuestos del artículo 681, numeral éste que señala los cuatro supuestos de procedencia de la representación, en los cuales se ubica la desheredación que sí funciona en la representación sucesoria en línea recta, pues los descendientes sí son herederos forzosos.

El artículo 683 del Código Civil de 1984 dice: «En la línea colateral sólo hay representación para que, al heredar a un hermano, concurran con los sobrevi-

vientes los hijos de los hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el artículo 681». Obsérvese que se pone énfasis en los hermanos premuertos, con lo cual pudiera entenderse que la representación sólo funciona en los casos de premorencia, tal como ocurrió el artículo 680 del Código Civil de 1936 («En la línea colateral sólo hay representación para que al heredar a un hermano se considere con los sobrevivientes a los hijos de los hermanos premuertos, quienes recibirán las partes que a éstos corresponderían si viviesen»). Sin embargo según el Código Civil de 1984 la representación sucesoria en línea colateral funciona no sólo en el caso de la premorencia, sino también en la renuncia e indignidad, pero no en la desheredación debido a que el hermano no es heredero forzoso.

3. EN LA REPRESENTACIÓN COLATERAL LOS SOBRINOS EXCLUYEN A LOS TÍOS

En la representación sucesoria en línea colateral los sobrinos del causante terminan excluyendo a los tíos del causante en caso que le sobreviva al causante un hermano, descendientes de un hermano inhábil y un tío. Decimos que el sobrino termina excluyendo al tío que igualmente es pariente colateral de tercer grado como el sobrino, y ello sucede porque los sobrinos no concurren a la herencia como tales sino ocupando el lugar y grado de su ascendiente, esto es, hermano del causante y, por lo tanto, de segundo grado, entonces los sobrinos al ocupar el segundo grado excluyen a los del tercer grado que vendrían a ser los tíos del causante.

4. EXIGENCIA PARA QUE PROCEDA LA REPRESENTACIÓN

El legislador exige para que proceda la representación la existencia de un hermano del causante hábil para heredar, pues en caso contrario no procedería la representación y todos los sobrinos concurrirían como tales. Sobre el particular cabe preguntarse por qué esta exigencia y por qué no se puede dar la representación con parientes del mismo grado con respecto al causante, esto es, con sobrinos del causante.

Sobre el particular creemos que es necesaria y justa la exigencia, en tanto que los sobrinos del causante al ser parientes colaterales de tercer grado de éste en la representación no concurren como tales, sino ocupando el segundo grado que era de su ascendiente (hermano del causante) y en esa situación excluyen a cualquier otro pariente colateral de grado más lejano. Ahora bien, si se permitiera que la representación funcione sólo con sobrinos del causante, lo que supone que cuando éste fallece no deje ningún hermano hábil, entonces los sobrinos estarían ocupando dos grados: el tercero que les corresponde

por parentesco, y el segundo en aplicación de la representación. Pero lo que es más grave, si al causante le sobreviven sobrinos y tíos, entonces al funcionar la representación sólo con sobrinos, éstos terminarían excluyendo a los tíos que son igualmente parientes colaterales del tercer grado, lo que nos parece injusto. Abundando sobre el particular, si no existieran hermanos hábiles del causante, los hijos de estos, que serían los sobrinos del causante, no correrían el riesgo de ser desplazados por nadie y, por lo tanto, no habría argumento que justifique la representación.

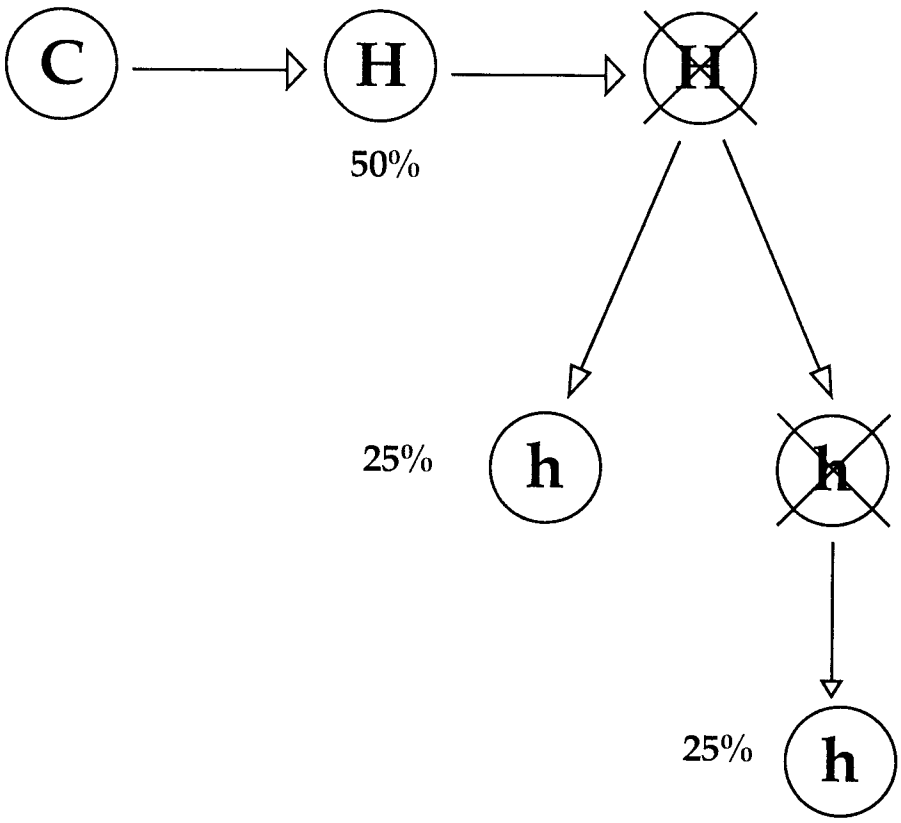
La exclusión de los tíos se explica porque al abrirse la sucesión sobreviva un hermano hábil del causante, hermano que es pariente colateral de segundo grado, entonces al concurrir con los sobrinos que representan a su ascendiente inhábil, estos se ponen igualmente en el segundo grado (ocupan su lugar) y en esa medida, al ser más próximos al causante, tienen mejor derecho que los del tercer grado (tíos), pero al no existir ningún pariente colateral de segundo grado hábil entonces no puede darse la exclusión, pues ello sería injusto para los tíos del causante quienes al estar en igualdad de grado con los sobrinos, terminarían siendo excluidos y entonces dónde quedaría el principio de que a igual grado de parentesco igual derecho. Estas son las razones que creemos sustentan la exigencia de que para que proceda la representación sucesoria en línea colateral se requiere la sobrevivencia de un hermano del causante que sea hábil para heredar.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta en esta representación sucesoria colateral, el artículo 829 del Código Civil que dice: «En los casos de concurrencia de hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos recibirán doble porción que estos», norma que ha sido tomada de la legislación española y alemana, y que desde nuestro punto de vista no tiene justificación alguna, aun más, termina siendo discriminatoria e injusta por cuanto los hermanos germanos (de padre y madre), como los hermanos de padre o de madre respecto al causante, se encuentran en el mismo grado de parentesco y a un mismo grado e igual derecho, entonces cabe preguntarse ¿Por qué existe esta norma? (que no existía en el código de 1936), ¿Qué es lo que pretende?, quizás considere que los hermanos de doble vínculo tienen relaciones afectivas mucho más fuerte que la de los medio hermanos, pero si ello fuera así sería muy subjetivo. Lo cierto es que estamos ante una norma que establece una diferencia odiosa y va contra la igualdad de derechos.

Pues bien, en el caso de la representación sucesoria colateral debe tenerse presente la referida norma y así, si a una herencia concurren hermanos del causante y uno de ellos (medio hermano) resulta inhábil para heredar, entonces sus descendientes lo representarán, pero lo que les corresponde es lo que le hubiera

correspondido a su padre inhábil, en este caso, la mitad de lo que le corresponde al hermano de padre y madre.

Debe tenerse en cuenta que la representación sucesoria en línea colateral sólo abarca a los parientes colaterales de tercer grado del causante, entiéndase sobrinos del causante, no pudiéndose extender a otros parientes colaterales (por ejemplo sobrinos nietos) como sí ocurre en otras legislaciones como Francia, Italia y Argentina, en los que se comprende incluso parientes colaterales de cuarto grado, esto es sobrino, nieto del causante. Así, por ejemplo, si el causante tiene dos hermanos y al abrirse la sucesión uno de los hermanos ha premuerto, pero ha dejado dos hijos y uno de estos hijos ha muerto y ha dejado un hijo, entonces concurren a la herencia el hermano sobreviviente hábil a quien le corresponde el 50% del patrimonio (hereda en cabeza) y el sobrino del causante hábil a quien le corresponde el 25% del patrimonio en representación de su padre premuerto, el sobrino nieto del causante a quien le corresponde el otro 25%, este último en representación de su padre muerto, que era sobrino del causante.



Uno de los proyectos de reforma del Código Civil en el libro de sucesiones, propone modificar el artículo 683 con la siguiente fórmula: «En la línea colateral, los descendientes de los hermanos y tíos carnales tienen derecho de representación según el lugar y grado de estos, a recibir la herencia que a ellos les correspondería si viviesen o la que hubieran renunciado o perdido por indignidad». Obsérvese que se propone ampliar los casos de representación colateral, incluyéndose, entre otros, a los descendientes ulteriores del hermano inhábil (sobrinos nietos).

SECCIÓN PRIMERA
SUCESIÓN EN GENERAL

TÍTULO V
REPRESENTACIÓN SUCESORIA

CAPÍTULO QUINTO

CAPÍTULO QUINTO

1. EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

El artículo 684 del Código Civil refiere que quienes concurran a la herencia por representación sucesoria reciben por estirpes lo que habría correspondido al heredero a quien representan. Sobre el particular, la estirpe alude al conjunto de personas que descienden de un sujeto, por lo tanto, si la estirpe de un representado lo componen diez personas, significará que lo que le habría correspondido al representado se divide por igual entre los diez descendientes, y si la estirpe la constituye un solo hijo, entonces él solo recibe lo que habría correspondido a su representado.

De la definición que dimos de la representación sucesoria podemos extraer algunos efectos de la misma. Así, el representante ocupa el lugar de su representado y adquiere el mismo grado de éste, poniéndose a la par de otros parientes realmente más próximos que ellos al causante. En efecto, si el causante tiene dos hijos (parientes consanguíneos en línea recta de primer grado) y al abrirse la sucesión le sobrevive solo uno de ellos, entonces sus descendientes representan al hijo premuerto, que vendrían a ser nietos del causante (parientes consanguíneos en línea recta de segundo grado), sin embargo, no concurren a la herencia como nietos, sino como representantes del padre premuerto y en esa medida ocupan su lugar y ostentan el primer grado, con lo cual se han puesto a la par del otro hijo del causante.

Sobre este efecto de la representación, Fernández Arce, en su texto de sucesiones, critica el tema señalando que es una ficción que el representante ingrese en la posición del representado. Dice que ello no es cierto porque no lo necesita, refiere que es una suerte de presunción de que el derecho del representante proviene del representado, lo que es erróneo porque el derecho del representante le es propio por disposición legal. Asimismo dice que no es exacto afirmar que el

representante entre en el lugar y grado del representado porque no se da la subrogación, no hay una traslación de derecho del padre o madre (representados) a favor del hijo (representante), porque realmente el representante adquiere sus derechos hereditarios directamente del causante.

Sobre el particular, diremos que en efecto no se trata de una subrogación, tesis que hemos criticado a propósito de la naturaleza de la representación, ni tampoco podemos presumir que el derecho del representante deriva del representado, en tanto que el derecho del representante nace del causante y le es reconocido por ley, y que el representado sólo es un marco de referencia pero nada transmite porque no llegó a ser heredero. Sin embargo, entendemos que el legislador considera que el representante ocupa el lugar y grado del representado con la finalidad de darle sustento a la concurrencia de parientes más lejanos con parientes más cercanos, en particular, tratándose de la representación colateral justifica la exclusión de parientes colaterales del tercer grado (tíos del causante) por parientes igualmente colaterales del tercer grado del causante (sobrinos del causante) cuando estos últimos concurren con un hermano hábil del causante.

En esa hipótesis, los sobrinos que concurren a la sucesión terminan excluyendo a los tíos del causante y lo hacen por ocupar el grado del hermano inhábil del causante (segundo grado), entonces al ocupar ese lugar y grado los parientes colaterales (sobrinos) terminan excluyendo a sus pares (tíos), lo que no podría ocurrir si no tomaran el grado de su ascendiente inhábil.

El representante adquiere los bienes y derechos que le hubieran correspondido al representado. Se ha señalado que el representante no adquiere nada para el representado, que todo lo adquiere para sí pues actúa por derecho propio, cierto es que lo que adquiere lo habría adquirido el representado de haber sido hábil, pero no lo fue por lo que nunca fue heredero y su presencia sólo es un marco de referencia para la representación sucesoria. Al heredar por estirpe, significa que los bienes y derechos corresponden en partes iguales a todos los representantes si hubiera pluralidad de ellos o, si fuera uno solo, él será el que adquiera la totalidad de esos bienes y derechos.

Los representantes, al ocupar el lugar del representado, no sólo adquieren bienes y derechos, sino también obligaciones así, si el representado hubiera recibido del causante un anticipo de herencia, entonces los representantes están obligados a colacionar (salvo dispensa), y lo están en función de que el representante adquiere todo lo que hubiera adquirido y le hubiera correspondido al representado, no siendo equitativo ni justo que sólo se limite a recibir bienes y derechos, cuando el representado también ha contraído obligaciones como las que se derivan del acto de la colación.

2. REPRESENTACIÓN SUCESORIA EN LA SUCESIÓN LEGAL Y TESTAMENTARIA

El Código Civil de 1936 no estableció si la representación sucesoria funcionaba igual en la sucesión legal como en la testada, por ello hubo opiniones dispares sobre el tema. Así Holgado Valer y Valverde opinaban que sólo funcionaba en la sucesión legal, mientras que Jorge Eugenio Castañeda decía que si bien en la línea colateral no funcionaba la representación sucesoria, en la testamentaria sí operaba en la línea recta descendente.

El Código Civil de 1984 no deja dudas sobre el tema, ya que el artículo 685 se pronuncia por la procedencia de la representación en ambas sucesiones, haciendo una salvedad en la testamentaria con respecto a la línea colateral. En efecto, el artículo 685 dice «En la sucesión legal la representación se aplica en los casos mencionados en los artículos 681 a 684. En la sucesión testamentaria, rige con igual amplitud en la línea recta descendente yen la colateral se aplica el artículo 683, salvo disposición distinta del testador».

En lo que atañe a la sucesión legal no hay problema en la aplicación de la representación sucesoria, tanto para la línea recta como para la colateral, pues en ambas la institución busca dar un trato de equidad a los descendientes de los herederos convocados que no quieren o no pueden concurrir a la herencia, facultándolos a recibir lo que su ascendiente no pudo hacerlo, evitando ser excluidos de la sucesión por su situación de parientes lejanos con respecto al causante. En consecuencia, concurren con parientes de grados más cercanos al causante que ellos.

En lo que se refiere a la sucesión testamentaria la ley ha establecido derechos hereditarios a favor de los legitimarios o herederos forzosos, los mismos que de no haber causales de desheredación tienen derecho a participar de la sucesión y forzosamente tienen que ser convocados por el testador, debiendo precisarse que su llamado no depende de éste sino de la ley. Así los descendientes del causante, en su calidad de legitimarios, suceden al causante por derecho propio y al faltar a la herencia del causante, el hijo de éste (heredero forzoso) será representado por su descendiente (también heredero forzoso), sin embargo, en la línea colateral los hermanos no son herederos forzosos, por lo que el testador no está obligado a convocarlos y si lo hace es por una liberalidad.

En la sucesión testamentaria sin herederos forzosos el testador tiene libertad para convocar a quien mejor le parezca, puede instituir herederos voluntarios, condicionar la institución, puede dejar su patrimonio en legados, puede hacer uso de la sustitución (ver artículo 740 del Código Civil). Si el testador convoca a sus hermanos puede consignar en el testamento una cláusula de sus-

titución para el hermano convocado, así, por ejemplo, convoca el causante a su hermano Pedro, pronunciándose que, ante la inhabilidad de él, lo sustituirá por su amigo Carlos, entonces al abrirse la sucesión del causante y no ser hábil Pedro (quien puede tener una descendencia numerosa) no habrá representación y la herencia que le hubiera correspondido a este pasa para el sustituto Carlos, pues esa es la voluntad del testador. En consecuencia, habrá que estar a la voluntad del testador con respecto a la convocatoria de sus hermanos.

Ahora bien, si el testador sólo se limitó a convocar a sus hermanos como sus herederos voluntarios y no hizo uso del derecho de sustitución, y ocurre alguno de los supuestos de representación con alguno de los hermanos (premorencia, renuncia, o indignidad), entonces el hermano inhábil del causante será representado por sus descendientes, siempre y cuando exista un hermano hábil del causante como requisito indispensable para la procedencia de la representación sucesoria en la línea colateral.

Cuando el legislador señala que la representación en línea colateral funciona en la sucesión testamentaria salvo disposición distinta del testador, se refiere que el testador (quien tiene la libre disposición de sus bienes en tanto que carece de herederos forzosos) tiene derecho a instituir herederos voluntarios y sustitutos (que es una de las formas de hacer inoperante la representación) y aun en el caso de haber convocado a sus hermanos como sus herederos voluntarios tiene la libertad de disponer de la cuota de herencia que le corresponde al hermano en caso que éste resulte inhábil, incluso puede precisar que esa cuota pase a favor de uno de los hermanos hábiles. Así por ejemplo, el causante instituye a sus dos hermanos como sus herederos voluntarios, a quienes les deja a cada uno el 50% de su patrimonio y establece que en caso uno de estos herederos sea inhábil el 50% que le hubiera correspondido será para el otro heredero hábil. En este caso, el heredero inhábil, aun cuando deje descendencia, no podrá ser representado por sus descendientes, pues la voluntad del testador se ha expresado claramente y debe ser cumplida. Ello debido a que no estamos ante herederos forzosos, pues si lo fueran no sería posible la sustitución, ni tampoco habría libertad del testador para disponer de las cuotas legitimarias.

SECCIÓN SEGUNDA
SUCESIÓN INTESTADA

TÍTULO I
ROL DE LA SUCESIÓN LEGAL

TÍTULO I
ROL DE LA SUCESIÓN LEGAL

Tal como ya lo hemos dejado establecido, el proceso hereditario tiene dos fuentes principales de las que derivan las diversas formas en la que la masa hereditaria del causante se transmite: La voluntad del causante y la ley.

De la primera emana la sucesión testada que se defiere por la propia voluntad del testador. Voluntad que se observa en prerrogativas que la ley otorga al causante, pero dentro de parámetros que igualmente fija la ley. De la segunda, encontramos a la ley como fuente de la convocatoria a los sucesores, caso en el cual esta sucesión toma el nombre de sucesión intestada.

Sucesión intestada, llamada herencia legal o sucesión legal, se le conoce también como sucesión ab intestato, que significa sin testamento. En esta clase de sucesión los llamados a la herencia los hace la ley.

Jorge Eugenio Castañeda, comentando el Libro de Sucesiones del Código Civil de 1936, decía: «Cuando el hombre no ha testado, es la ley quien declara los que habrán de suceder en la propiedad de los bienes, generalmente son sus posteros o sea aquellos que descienden de él, y a su falta, sus antecesores o aquellos que con él tienen un ancestro común».

Bueno es precisar que la sucesión intestada no sólo opera ante ausencia total de testamento, que vendría a ser el caso típico, sino que también se da cuando existiendo testamento el testador no ha instituido herederos, o no existiendo herederos forzosos no ha instituido herederos voluntarios, o no ha dispuesto de todos sus bienes en legados, o cuando algunas disposiciones testamentarias terminan siendo invalidadas. En estos supuestos nos encontraremos con sucesiones mixtas, y ello es posible en casos donde se aplica el testamento, pero también se acude a las normas de la sucesión legal.

En conclusión, hay sucesión intestada cuando no hay testamento o, cuando existiendo, éste no es suficiente para declarar una voluntad completa del causante y, en una suerte de complemento, interviene la ley para regular la sucesión del causante.

Observamos que la sucesión intestada cumple dos funciones en el Derecho Sucesorio: En primer lugar una función supletoria, pues suple la ausencia de manifestación de voluntad del causante, siendo éste el rol principal, pues todo el desarrollo del proceso hereditario se hace en estricta aplicación de las normas legales. Así tenemos que los llamados a la sucesión, la participación, la concurrencia o exclusión de los sucesores, la liquidación de la sucesión igualmente los termina haciendo la ley.

Una segunda función importante que cumple la sucesión intestada es la de servir de complemento a la sucesión testamentaria, cuando ésta es insuficiente para regular la sucesión del causante. En este último caso, nos encontramos ante una sucesión mixta, hoy perfectamente aplicable. A propósito de la concurrencia de la sucesión mixta debemos señalar que ésta era inconcebible en el Derecho romano, donde tenía primacía la sucesión testamentaria y en defecto de ésta la sucesión legal, pero no podían coexistir ambas.

1. RAZÓN DE SER DE LOS LLAMADOS A LA SUCESIÓN LEGAL

Si en la sucesión testamentaria los convocados a la sucesión lo hace el causante, respetando los lineamientos de la ley sobre la legítima; en la sucesión intestada la convocatoria la hace la ley, sin embargo cabe preguntarse quiénes son los llamados a participar en la sucesión, cuáles son los criterios que se manejan para realizar esta convocatoria, pues bien, para responder a estas preguntas y entender por qué los parientes del causante (a los que se suma sin ser pariente el cónyuge) son los convocados nos remitimos a los fundamentos de la sucesión, en el capítulo anterior ya tratado, pero que lo podemos resumir en las tesis del afecto presunto del causante y en la copropiedad familiar.

En lo que se refiere al afecto presunto la ley presume que si el causante hubiera testado habría convocado naturalmente a su cónyuge y parientes cercanos (descendientes, ascendientes), pero como no lo ha hecho, entonces la ley los convoca a ellos, en atención a presumir que el causante quiso seguir asistiéndolos, incluso después de muerto, por el afecto que les tuvo. Respecto a la tesis de la copropiedad familiar, diremos que el causante al formar su patrimonio lo ha hecho con la ayuda directa o indirecta de sus cercanos parientes, de allí que al fallecer el causante sus bienes necesariamente deben quedar en el entorno familiar, donde hubo participaron en la formación de ese patrimonio.

2. QUÉ PARIENTES SON LOS LLAMADOS A LA SUCESIÓN

El parentesco es la relación familiar existente entre dos o más personas que descienden unas de otras o de un tronco común. En el parentesco se comprenden las líneas, la rama y el grado. La línea es la sucesión ordenada y completa de personas que proceden de un tronco ancestral común (tronco, persona a quien reconocemos como ascendiente común, las personas de cuyo parentesco se trata). La línea es recta y colateral o transversal. La línea recta está formada por personas que descienden unas de otras; y la colateral por personas que, sin descender unas de otras, unen sus líneas rectas en un ascendiente común.

Dentro de la línea recta se conoce a la rama que puede ser ascendente (de donde procede la persona, esto es, sus ancestros) o descendente (los posteros, o aquellos que descienden de la persona). El grado es la distancia, tránsito o intermedio entre dos parientes.

Al fallecer el causante puede sobrevivirle una parentela numerosa; sin embargo, teniendo todos ellos vocación sucesoria por el nexo familiar que tienen con el causante no todos van a ser sucesores, pues no sería justo que la ley designe conjuntamente a todos los parientes sin hacer diferencias que naturalmente existen entre los familiares del causante, por ello se hace una clasificación entre todos los parientes, otorgándoseles un orden hereditario que viene a ser una jerarquía preferencial, todo ello se hace de acuerdo con los sentimientos del causante (al menos eso es lo que se presume).

Estos órdenes hereditarios son de prelación, lo cual significa que el primer orden excluye a los siguientes, que el segundo entra en defecto del primero, y así sucesivamente, salvo el caso del cónyuge que sin ser pariente del causante, lo hereda con un derecho preferencial, como veremos más adelante.

3. ÓRDENES HEREDITARIOS

Es clásica la frase que en la sucesión intestada quien no es pariente del causante no hereda, lo que no necesariamente ocurre en la sucesión testada en la que a falta de herederos forzosos, el causante puede convocar a su herencia a los sucesores voluntarios, los cuales pueden no tener ninguna conexión familiar con el causante, en tanto que la ley ha dejado en completa libertad al testador para convocar a sus sucesores, sean estos parientes o no. Se entiende que en la sucesión testamentaria, si el testador decide llamar a sus parientes no existiendo herederos forzosos (descendientes, ascendientes o cónyuge) nos estamos refiriendo a parientes colaterales del causante.

En cuanto a los parientes, que pueden ser muy numerosos, no todos llegan a ser herederos, pues no todos tienen una vinculación cercana y directa con el causante. En atención a ello debe hacerse una clasificación entre los parientes del de cujus, sobre la base de la proximidad del vínculo con el causante. La ley los ha clasificado en diversos grupos llamados órdenes, que son los descendientes, los ascendientes, los colaterales, y a ellos se suma el cónyuge.

Adelantando algunos conceptos que desarrollaremos más adelante, diremos que los parientes en línea recta tienen un derecho preferente y excluyente con respecto a los parientes colaterales, y dentro de la línea recta los descendientes terminan excluyendo a los ascendientes.

4. PREFERENCIA A HEREDAR

La preferencia a heredar está determinada por la cercanía del parentesco del sucesor con respecto al causante. Tal como ya se ha referido, la ley establece órdenes de parentesco sobre la base del nexo familiar de los parientes con referencia al causante y así ingresarán unos parientes antes que otros, dependiendo del orden de parentesco y la proximidad del grado que se tenga con relación al causante.

Los órdenes hereditarios son: Descendientes, ascendientes y colaterales, a los que se adiciona el cónyuge que no es pariente del causante pero lo hereda, ello por los efectos que genera el matrimonio. Los grados establecen la preferencia dentro de cada orden hereditario.

5. NORMAS GENERALES SOBRE LA SUCESIÓN LEGAL

El Código Civil de 1936 con el título: «De la sucesión legal y de la devolución de la herencia», trató el régimen de la sucesión legal. Ahora bien, cuando este código aludía a la frase «Devolución de la herencia» lo hacía para referirse a los casos en que la sucesión de una persona no tenía herederos conocidos y en tal circunstancia esta herencia debía pasar al Estado, surgiendo la pregunta si el Estado también era considerado un sucesor y, en todo caso, cuál era el título con que el Estado se adjudicaba esos bienes.

El artículo 816 del Código Civil señala cuáles son los órdenes sucesorios y para ello se ha basado estrictamente en el artículo 236 del Código Civil respecto a los alcances del parentesco, que como sabemos, tratándose de la línea recta es ilimitado hacia arriba y hacia abajo, y en la colateral el parentesco tiene efectos jurídicos sólo hasta el cuarto grado. Veamos entonces estos órdenes.

- Primer orden: Hijos y demás descendientes del causante.
- Segundo orden: Padres y demás ascendientes.
- Tercer orden: Cónyuge, sólo o en concurrencia con el primero y segundo orden.
- Cuarto orden: Parientes colaterales de segundo grado (hermanos).
- Quinto orden: Parientes colaterales de tercer grado (tíos, sobrinos).
- Sexto orden: Parientes colaterales de cuarto grado (primos hermanos, tíos abuelos, sobrinos nietos).

Repárese en la situación del cónyuge, que es un heredero de tres órdenes, pues concurre con los descendientes del causante, así no sean suyos, concurre con los ascendientes del causante y si no hubiera ninguno de los dos primeros órdenes, el cónyuge resulta siendo el único heredero.

Haciendo un cotejo con el Código Civil de 1936 observamos que los ascendientes han pasado del tercer orden al segundo, mientras que los parientes colaterales de segundo grado han descendido del tercero al cuarto. Por otro lado, el cónyuge ha pasado del cuarto al tercer orden, precisándose que también concurre con el primero y el segundo orden, habiendo desplazado a los hermanos del causante.

6. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA SUCESORIO INTESTADO

Notas importantes con las que aparece la sucesión intestada y donde se dejan establecidos los principios sucesorales que gobiernan esta sucesión, principios que descansan básicamente en el parentesco. Veamos cuáles son estas características:

- La sucesión se da atendiendo a órdenes de parentesco. Sobre el particular se ha señalado que estos órdenes son preferencias hereditarias y recogen un afecto presunto del causante, basado en la proximidad del parentesco del sucesor respecto del causante. Los órdenes son la línea descendente, ascendente, colateral a los que se suma el cónyuge, que no siendo pariente del causante lo hereda en su calidad de consorte, derivando su derecho del matrimonio.
- Los órdenes son excluyentes, lo que significa haber establecido un orden de prelación, donde el segundo orden sólo entra en defecto del primero y así sucesivamente, salvo el caso del cónyuge que es un heredero privilegiado, pues concurre con el primero y segundo orden.

- Los parientes en línea recta (comprendiéndose a los descendientes y ascendientes) excluyen a los parientes en línea colateral sin ninguna excepción, lo cual significa que si al causante le sobrevive hijos y hermanos estos terminan siendo excluidos por aquellos.

  Se justifica esta característica en atención a que los descendientes y ascendientes del causante exhiben mejor derecho que los hermanos del causante, además de haber recogido lo que naturalmente hubiera decidido si éste hubiera tenido la oportunidad de testar, situación en la que hubiera llamado a la herencia a sus hijos antes que a sus hermanos. Esta característica es reforzada a propósito de la legítima, en la que son herederos forzosos los descendientes y ascendientes del causante, pero no lo son sus hermanos.

- En el parentesco en línea recta, la rama descendente excluye a la rama ascendente, lo que se puede ilustrar de la siguiente manera: Si al causante le sobreviven padres e hijos estos terminan excluyendo de la herencia a los ascendientes del de cujus, tal como expresamente lo manda el artículo 817 del Código Civil.

- Entre los parientes que se encuentran en una misma línea (recta o colateral), los parientes más próximos en grado al causante excluyen a los más remotos, verbigracia, si al causante le sobrevive descendientes (línea recta descendente) de diferente grado, esto es hijos, nietos y biznietos, la preferencia la tienen los hijos por ser parientes consanguíneos en línea recta en primer grado respecto del causante, mientras que los nietos lo son de segundo grado y los biznietos de tercer grado. Este principio admite una excepción la cual está referida a la representación sucesoria ya estudiada. En la línea colateral también se aplica este principio de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto. Así, si al causante que no tiene herederos de los tres primeros órdenes le sobreviven parientes colaterales de segundo, tercero y cuarto grado, se preferirá a los de segundo grado (hermanos) antes que los del tercer grado (tíos y sobrinos) y así sucesivamente. En esta línea colateral también se admite la excepción de la representación sucesoria, pero sólo para representar al hermano inhábil del causante por su sobrino.

7. CASOS EN LOS QUE PROCEDE LA SUCESIÓN LEGAL

La sucesión legal, también llamada intestada en atención a que se trata de una sucesión sin testamento, procede no sólo en los casos en que el causante no ha dejado testamento, sino también en otros supuestos regulados en el artículo 815 del Código Civil, a saber:

a) El causante fallece sin dejar testamento, el que otorgó ha sido declarado nulo total o parcialmente, ha caducado por falta de comprobación judicial o se declara inválida la desheredación. Ahora bien desagreguemos todos estos supuestos. En primer lugar la ausencia de testamento (mayoría de los casos) no requiere mayor comentario. En cuanto al testamento declarado nulo total o parcialmente, implica que el causante sí otorgó testamento pero éste fue declarado nulo en su totalidad, como puede ser el caso del testamento que es atacado por insanía mental del causante cuando otorgó el testamento, o declarado nulo parcialmente, supuesto en el cual estaremos cuando la nulidad no es de todo el testamento sino de alguna cláusula, por ejemplo, nulidad de la cláusula en la que se legan bienes para destinarlo a fines ilícitos. En este caso, como es natural, tal cláusula no vale, pero sí las otras cláusulas que no se han visto afectadas por vicio alguno.

   En lo que toca al testamento que ha caducado por falta de comprobación, se refiere a los testamentos ológrafos no protocolizados dentro del año de la muerte del causante o los especiales si no han sido protocolizados dentro de los tres meses de haber desaparecido la situación de excepción en las que se otorgaron. Obsérvese que no aludimos al testamento cerrado que también requiere de apertura y comprobación judicial en tanto que el Código Civil no le ha señalado plazo alguno.

   Por último, este primer supuesto nos señala que procede la sucesión legal cuando se declara inválida la desheredación que contenía el testamento. Sobre el particular habría que señalar que la desheredación implica privar de la legítima al heredero forzoso por inconducta y esta desheredación sólo cabe hacerse por testamento, así como la ley posibilita se contradiga esta desheredación por el desheredado o sus descendientes dentro de los dos años de la muerte del testador o desde que se tuvo conocimiento del contenido del testamento. Ahora bien, si esta acción prospera, trae como lógica consecuencia el reintegro de la legítima al heredero forzoso y, por ende, no surte efecto la designación del heredero voluntario que pudiera haber hecho el causante. En este supuesto el heredero invocará las normas de la sucesión legal para concurrir a la sucesión de su causante.

b) El testamento no contiene institución de heredero o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye. Veamos por separado estos dos supuestos. En cuanto a que el testamento no contiene institución de heredero, ello supone un testamento con cláusulas referidas a asuntos de orden personal, pero no existe pronunciamiento del testador sobre la institución de heredero. Ello es posible si nos atenemos al artículo 686 del Código Civil que permite la validez del

testamento aun cuando el testamento contenga sólo disposiciones de carácter no patrimonial (recordemos que en el Derecho romano ello era imposible, pues tenían valor los testamentos que no contenían la institución de heredero). En este caso los sucesores del causante tendrán que apelar a las normas de la sucesión legal, primero para solicitar se les declare herederos, luego, para participar en la herencia con las normas de esta sucesión.

En lo que se refiere a la caducidad de la institución de heredero o la invalidez del mismo, diremos que son dos situaciones diferentes. La caducidad ataca la eficacia del testamento, en este caso la del heredero, como puede ser los supuestos del artículo 805 del Código Civil. Por ejemplo, el heredero voluntario designado por el testador pero que no llega a producir los efectos deseados, en tanto que al causante le ha sobrevenido heredero forzoso que no tenía cuando testó.

En cuanto a la invalidez de la disposición de heredero, ello implica que la designación padece de vicio insubsanable como puede ser el caso de la designación de heredero por un causante insano que al momento de testar padecía de incapacidad absoluta. En estos dos supuestos, los sucesores del causan-te deberán refugiarse en las normas de la sucesión legal para poder participar.

c) El heredero forzoso muere antes que el testador, renuncia a la herencia o es excluido por indignidad o desheredación y no tiene descendientes. Este supuesto cae perfectamente en la caducidad de la institución de heredero; sin embargo es claro que el legislador quiso hacer el distingo entre el heredero voluntario (que es el supuesto del inciso segundo del artículo 815 del Código Civil) y el heredero forzoso, en consecuencia cuando el heredero forzoso es inhábil para suceder por premorencia, indignidad, desheredación o renuncia y no tiene descendientes para representarlo en la sucesión de su causante, y no hay más herederos forzosos concurriendo a la sucesión, entonces serán los herederos legales los que sucederán y lo harán con las normas de la sucesión legal.

Se ha criticado la redacción del inciso, y con razón, en consideración a que podemos estar ante el supuesto contemplado de que el heredero forzoso sea inhábil respecto de su causante pero con descendientes y, sin embargo, aun en ese caso procedería la sucesión legal pues tales descendientes no serían sucesores del causante, como es el caso de la cónyuge del causante con hijos que no son del causante, o la del padre del causante con sus propios descendientes pero a quienes no les asiste el derecho de representación sucesoria. En consecuencia, el inciso bajo comentario debió decir: «El heredero forzoso muere antes que el testa-

dor, renuncia a la herencia, o es excluido por indignidad o desheredación y no hay lugar a representación sucesoria».

d) El heredero voluntario o legatario muere antes que el testador, por no haberse cumplido la condición establecida por este, o por renuncia o por haberse declarado indigno a estos sucesores sin sustitutos designados.

Debe entenderse este supuesto referido a la designación de un solo heredero voluntario, que no resulta hábil para heredar por premorencia, indignidad o renuncia, pues si fueran varios herederos voluntarios y uno de ellos es inhábil su parte acrecerá la de los otros herederos voluntarios, si se da el supuesto del artículo 774 del Código Civil; o si se trata de varios herederos voluntarios, todos ellos hermanos del causante y uno de ellos resulta inhábil y deja descendientes, entonces aquí cabe la representación sucesoria. En consecuencia tratándose de un solo heredero voluntario a quien el testador no le ha designado sustituto, entonces se produciría la caducidad del heredero y los llamados a suceder al causante serán los herederos legales con las normas de esta sucesión. Igual sucede con el legatario que resulta inhábil para suceder; en ese caso y si no hubiera sustituto, habrá caducado la institución de legatario y el legado regresa a la masa hereditaria para ser distribuido entre los herederos legales. Este supuesto también parte de la premisa de un solo legatario designado, pues si este concurre con herederos del causante, y el legatario resulta inhábil, lógico es que el legado se distribuya entre los herederos.

Este cuarto inciso alude también al no cumplimiento de la condición establecida para la participación del heredero voluntario (como sabemos a los herederos forzosos no se le puede imponer condiciones) o legatario. En esos casos tal designación no surte efecto y serán llamados a la sucesión los herederos legales, con sus propias normas.

e) El testador, que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos en testamento, no ha dispuesto de todos sus bienes en legados, en cuyo caso la sucesión legal sólo funciona sobre los bienes que no dispuso. Este supuesto es de una sucesión mixta, en tanto que la voluntad del testador expresada en la designación de legatarios a quien beneficia con un bien singular se cumplirá y los bienes no dispuestos por el causante serán adjudicados a sus herederos legales, con normas de esta sucesión. Obsérvese que estamos ante una sucesión sin legitimarios, por lo tanto, el causante no tiene restricciones en cuanto a su voluntad testamentaria, por ello si no instituyó herederos voluntarios, pudiendo hacerlo y más bien lo que pretende es disponer de sus bienes en legados ello es totalmente posible; sin embargo, si no se pronunció por algún bien de

su patrimonio y al no ser posible la acrecencia entre los legatarios, entonces los bienes no dispuestos pertenecerán a los herederos legales.

El artículo 815 termina señalando que la declaración judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada no impide que el preterido haga valer los derechos que le confiere el artículo 664 del Código Civil. Es obvio que se está refiriendo a la petición de herencia que corresponde a los herederos que no posean los bienes que consideran que les pertenece y la dirigen contra quien lo posea en todo o en parte, a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él. Se precisa que a esta acción puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos considera que con ello se ha preterido su derecho. Estas acciones son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento.

SECCIÓN SEGUNDA
SUCESIÓN INTESTADA

TÍTULO II
DE LOS SUCESORES LEGALES

CAPÍTULO PRIMERO

TÍTULO II
DE LOS SUCESORES LEGALES
CAPÍTULO PRIMERO

1. SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES

El primer orden de herederos legales está referido a los hijos y demás descendientes del causante, cuestión inobjetable y reconocido por todos.

Si el causante hubiera tenido hijos y estos le sobreviven cada uno de ellos hereda en cápita, es decir por cabezas, lo que equivale a que cada uno de ellos recibe una cuota igual de la masa hereditaria, y si los hijos concurren con otros descendientes ulteriores del causante, entonces la división de la herencia se da por cabeza en cuanto se refiere a los hijos del causante, y por estirpe con respecto a los demás descendientes en tanto que heredan por representación. Veamos por separado la sucesión de los hijos y luego la de los otros descendientes del causante.

2. SUCESIÓN DE HIJOS DEL CAUSANTE

El artículo 818 del Código Civil reafirma la igualdad de los hijos, la cual fue reconocida originariamente por la Constitución de 1979 y luego por la Constitución de 1993. En efecto, el citado precepto legal señala que todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres, lo que equivale a señalar que los hijos matrimoniales, los extramatrimoniales reconocidos o declarados judicialmente y los adoptivos tienen iguales cuotas hereditarias. Obsérvese el avance con respecto a la legislación anterior que establecía cuotas diferentes tratándose de los hijos legítimos (matrimoniales) con respecto a los ilegítimos (extramatrimoniales). En efecto el artículo 762 del Código Civil de 1936 refería: «Si

hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos últimos recibirá la mitad de lo que reciba cada legítimo», lo que resultaba ser una norma injusta, discriminatoria y abusiva, pues terminaba sancionando al hijo extramatrimonial por algo de lo que él no era responsable. Si bien es cierto que se ha superado este trato con respecto a los hijos, el vigente Código Civil de 1984 contiene todavía una norma injusta al tratar a los hermanos germanos (de padre y madre) con respecto a los medios hermanos (aquellos que lo son o por parte de madre o de padre) en la concurrencia a una herencia, disponiendo que los medios hermanos heredan la mitad de lo que les corresponde a los hermanos, según lo dispuesto en el artículo 829 del Código Civil, norma que más adelante analizaremos.

Si a una sucesión concurren solo hijos, sean estos matrimoniales, adoptivos o extramatrimoniales (reconocidos o declarados judicialmente), todos tienen una cuota igual. Ahora bien, si la concurrencia se da también con la cónyuge del causante, entonces la herencia se dividirá entre todos ellos en partes iguales, en tanto que la cónyuge del causante hereda como un hijo más, tal como lo dispone el artículo 822 del Código Civil.

Para que los hijos puedan heredar a sus padres deben tener la calidad legal de hijos, esto es, que hayan asumido su condición de hijos respecto de un determinado padre o madre, lo que ocurre con el matrimonial, el extramatrimonial si ha sido reconocido o judicialmente declarado y el adoptivo. En consecuencia, si el hijo no ha sido reconocido ni declarado judicialmente no tiene la calidad de sucesor, por ello el mal llamado hijo alimentista (415 del Código Civil), es decir, aquel extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente pero que tiene derecho de alimentos respecto del varón que tuvo trato íntimo con su madre en la época de la concepción, no puede tener la calidad de heredero y por ello no es sucesor, lo cual no significa que el Derecho Sucesorio, sin reconocerle calidad de heredero, termine amparándolo, afectando la cuota disponible del causante a su favor (728 del Código Civil), obligando a los herederos del causante a pagar una pensión alimenticia a favor del alimentista, sin que exceda lo que le hubiera correspondido de haber sido reconocido o declarado judicialmente (artículo 417 del Código Civil), pues sabido es que si se hubiera producido el reconocimiento o la declaración, sería un heredero más del causante.

3. SUCESIÓN DE OTROS DESCENDIENTES

Nos referimos a los nietos, biznietos o tataranietos del causante, en tanto que el parentesco consanguíneo en línea recta descendiente (y ascendiente) no tiene límites. Si a una herencia concurren hijos del causante con nietos, estos recibirán por estirpe mientras que los hijos recibirán por cabeza, y si a la herencia concurren sólo nietos del causante, por cuanto sus padres son inhábiles para

heredar, entonces igualmente la sucesión se hará por estirpes, lo que significa que la herencia se dividirá entre las estirpes concurrentes. Así si el causante tuvo dos hijos y cada uno de ellos ha dejado una descendencia de cinco hijos y éstos no son hábiles para heredar, entonces la herencia se divide entre las dos estirpes, lo que significa que cada estirpe le corresponde el cincuenta por ciento de la herencia.

Ahora bien, si a la herencia del causante concurren nietos del causante y biznietos, entonces el patrimonio se dividirá aplicando las reglas de la representación sucesoria, lo que equivale a señalar que los biznietos representan a sus ascendientes (nietos del causante) y reciben lo que le hubiera correspondido al representado, y la concurrencia se va a dar participando nietos con biznietos del causante. Esto es una cabal aplicación de la representación sucesoria señalada en el artículo 682 del Código Civil, la misma que es ilimitada sin distinción alguna.

El artículo 819 del Código Civil que trata este tema lo hace en forma equívoca y confusa, en tanto que señala que la misma igualdad de derechos que rige entre los hijos rige entre los demás descendientes, y que los descendientes heredan a sus ascendientes por cabeza si concurren solos y por estirpe cuando concurren con hijos del causante, situación ésta que ha sido analizada detalladamente en el tema de la representación sucesoria, a la que nos remitimos.

En cuanto a la sucesión de los descendientes que concurren con la cónyuge del causante, será una sucesión por estirpe pues heredan, si bien es cierto no con un hijo del causante, pero si una persona (cónyuge) que para todos los efectos de concurrencia hereda igual que un hijo. En efecto el artículo 822 del Código Civil alude a que el cónyuge del causante hereda como un hijo lo que equivale a decir que tiene la misma cuota de un hijo. Así, si a una herencia concurren, por ejemplo, la viuda del causante y nueve nietos que proceden de tres hijos del causante, todos ellos inhábiles para heredarlos, entonces la herencia se dividirá en cuatro estirpes, una que corresponde a la cónyuge y las otras tres estirpes para los nietos del causante.

Seguir un criterio diferente sería injusto y no reconocería la proximidad de afectos al causante, pues la cónyuge está concurriendo con nietos del causante que en línea de parentesco ocupan el segundo grado respecto de éste; mientras que la cónyuge si bien no es pariente del causante, no es menos cierto que al reconocérsele trascendencia a la institución matrimonial el legislador no sólo la pone a la par de un hijo del causante, concediéndole un derecho sucesorio paritario con él, sino que resulta siendo un heredero de tres órdenes.

Ahora bien, en el ejemplo consignado, no es posible dividir la herencia entre diez porque terminaría perjudicándose a la viuda del causante.

En cuanto a los descendientes por línea de adopción creemos que le asiste el derecho de sucesión respecto de su abuelo por línea de adopción. Sobre el particular nos remitimos a lo que dijimos sobre el tema a propósito de la representación sucesoria, en consecuencia, los nietos por línea de adopción terminan heredando al ascendiente de su padre adoptante en aplicación del artículo 377 del Código Civil, que le da la categoría legal de hijo con todos los derechos y obligaciones que tiene cualquier hijo.

Pensar diferente no sólo sería injusto sino violatorio de la Constitución, en tanto que se estaría infringiendo la igualdad de los hijos, concediéndoles derechos a unos y a otros negándoseles a otros, lo que parece ocurrir a propósito del artículo 818 del Código Civil, que si bien en dicho precepto se confiere iguales derechos sucesorios a todos los hijos respecto de la herencia de sus padres, sin embargo, solo terminaría concediendo derechos a los otros descendientes, provenientes de la filiación matrimonial o extramatrimonial, excluyendo a los adoptivos.

En el Derecho comparado las legislaciones mayoritariamente reconocen derecho hereditario a los adoptados respecto de sus adoptantes, pero no conceden derecho hereditario a los adoptados respecto de la sucesión del ascendiente del adoptante y, según estas legislaciones, la adopción sólo crearía efectos jurídicos desde el adoptante, adoptado y descendientes de éste, pero niegan la vocación sucesoria del adoptado respecto de la herencia de los parientes del adoptante, no pudiendo el adoptado representar a su padre adoptante en la herencia de los padres de éste. En consecuencia, según estas legislaciones, el parentesco no se extendería al adoptado y a la familia consanguínea del adoptante, criterio que no compartimos y que, en todo caso, demanda una respuesta legislativa urgente sobre el tema y para ello deben tener en consideración el mismo artículo 377 del Código Civil que da al adoptado el título legal de hijo.

SECCIÓN SEGUNDA
SUCESIÓN INTESTADA

TÍTULO II
DE LOS SUCESORES LEGALES

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

1. SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES

Los ascendientes son herederos de segundo orden y sólo entran a suceder en defecto de los descendientes.

A diferencia de lo que ocurría en el Código Civil de 1936 que distinguía a los ascendientes, otorgándole una cuota a los padres del causante y otra diferente a los otros ascendientes más lejanos (abuelos, bisabuelos, etc.), el Código Civil de 1984 ha señalado una cuota igual para los ascendientes, sin diferenciarlos. Ello aparentemente con el propósito de dar un trato justo, sin embargo, no ha resultado así al concurrir ascendientes con cónyuge del causante, pues al equipararse a los ascendientes fijándoles una misma cuota, trae como resultado que la cuota sea la misma para los ascendientes y el cónyuge, con perjuicio indudable para el cónyuge, en razón de que ante un número mayor de ascendientes verá disminuido el haber que le corresponderá. Así, si a una sucesión concurre el cónyuge con los dos padres del causante, la herencia se dividirá en tres partes; si el cónyuge concurre con los cuatro abuelos del causante, a la cónyuge le corresponderá una quinta parte de la herencia, lo que obviamente no resulta justo ni equitativo. Ello no pasaba con el Código Civil de 1936 que en tales supuestos a la cónyuge le correspondía un tercio, en el primer caso, pero, en el segundo caso la cónyuge no recibía menos de la mitad de la herencia. Sobre el particular creemos que debemos volver al régimen anterior por ser más justo o, en todo caso, diferenciar a los ascendientes por el grado de parentesco con el causante. Así los padres heredan una cuota igual que la cónyuge, pero los abuelos y otros ascendientes no tienen que tener la misma cuota que la cónyuge.

Sobre el tema, bueno es alcanzar una de las propuestas modificatorias al Libro de Sucesiones en la que los padres se encuentran en el segundo lugar con

derecho a herencia luego de los descendientes del causante, mientras que a los abuelos se propone ubicarlos en el quinto lugar en el orden hereditario; a los bisabuelos y demás ascendientes en el séptimo lugar u orden de herencia.

Veamos por separado a los ascendientes sucesores, en primer término a los padres del causante y luego procederemos a ver la de los otros ascendientes más lejanos del causante.

2. SUCESIÓN DE LOS PADRES

No hay discusión sobre la calidad de sucesores de los padres del causante, pues si ello queda justificado en el caso de los hijos y descendientes del causante, también lo están los ancestros del causante por tratarse de la fuente de donde viene el causante. Esto que se da en la sucesión legal también lo observamos en la sucesión testamentaria a propósito de la legítima, en la que los padres también son legitimarios, entiéndase herederos forzosos del causante y se les señala su cuota legitimaria que viene a ser el 50% del patrimonio hereditario.

Los padres del causante sólo son excluidos de la sucesión cuando existen descendientes. Si sobreviven los dos padres al causante estos son los herederos y su cuota será la misma, esto es, la herencia será distribuida en partes iguales. Si sólo le sobrevive al causante el padre o la madre, entonces la herencia le corresponderá en su integridad al sobreviviente. Ahora bien, los padres pueden concurrir a la herencia con el cónyuge del causante y en este caso, tal como lo señala el artículo 824 del Código Civil, la cuota del cónyuge será igual a la que le corresponde al ascendiente, lo cual significa que si al causante le sobrevive su cónyuge y sus dos padres entonces la herencia se dividirá en tres partes. Si le sobreviven el cónyuge y uno de los padres, la herencia se dividirá en dos partes.

Al señalarse padres sucesores del causante, cabe preguntarse si todos los padres del causante son herederos legales. Esta pregunta también la hicimos a propósito de los hijos del causante, obteniendo por respuesta que todos los hijos del causante son herederos independientemente de su calidad de matrimoniales o extramatrimoniales o adoptivos. Tratándose de padres la respuesta no necesariamente será afirmativa, en tanto que la ley peruana excluye de la sucesión de los hijos a los padres declarados judicialmente y a aquellos padres que reconocieron a sus hijos en forma extemporánea, esto es, cuando los hijos alcanzaron la mayoría de edad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 del Código Civil, norma ubicada en el Libro de Familia, el padre que ha reconocido al hijo mayor de edad no tiene derecho a la herencia. Esta norma se justifica para evitar recono-

cimientos interesados, pues lo conveniente para el hijo es que se le reconozca cuando es menor de edad y con derecho a alimentos; mientras que si el reconocimiento se produce cuando el hijo es capaz, entonces cabe preguntarse si este reconocimiento se hace para pensionarse a costa del hijo o para sucederlo. El legislador corta por lo sano prohibiendo heredar al padre, salvo que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o que el hijo consienta en el reconocimiento. Esta norma comprende igualmente el reconocimiento del hijo muerto que deja descendientes, pues en ese caso cabe no sólo heredar al padre muerto sino también a los descendientes de éste (sobre el particular véase el artículo 394 del Código Civil).

En cuanto al padre que lo es por declaración judicial, según refiere el artículo 412 del Código Civil, también ubicado en el Libro de Familia, la declaración judicial de paternidad no confiere al padre o a la madre derecho a suceder al hijo. Es de observar que estamos frente a una norma sancionadora que nos parece prudente, en tanto que el padre o la madre de un hijo extramatrimonial debe asumir su calidad de tal en forma voluntaria, más por un imperativo moral que legal.

Al no haber reconocimiento voluntario, sino que fue necesario un emplazamiento judicial para que asuma la condición de padre, se le pena con la exclusión de la herencia de su hijo. Sin embargo, debe precisarse que si bien el padre por declaración judicial no hereda a su hijo; el hijo en cambio sí hereda al padre.

En cuanto a la situación del padre adoptante respecto de su hijo adoptivo ha habido un cambio sustantivo respecto al Código Civil de 1936, pues en esta legislación el padre adoptante sólo podía heredar al adoptivo por sucesión testamentaria pero no por sucesión legal. Al respecto es ilustrativo el artículo 338 de dicho código: «El adoptado y sus descendientes son herederos del adoptante, pero este no hereda al adoptado sino por testamento». Quizá ello fue así para evitar adopciones interesadas; sin embargo, al haber variado la normatividad legal respecto de las adopciones, con normas más protectoras para el hijo adoptivo y minimizando el riesgo de las adopciones por lucro, hoy el vigente código civil de 1984 establece que el padre adoptante hereda a su hijo adoptivo así como éste hereda a su padre adoptante, tal como ya lo hemos explicado a propósito de la sucesión de los descendientes, donde nos detuvimos en los efectos de la adopción, en cuyo artículo 377 del Código Civil se señalan las calidades padre e hijo que en virtud de la adopción asumen el adoptante y el adoptado.

Los padres heredan en partes iguales, esto es, si sobreviven al causante el padre y la madre, entonces la herencia se divide en mitades. Si sólo sobrevive uno de ellos, entonces toda la herencia será para el padre o madre sobreviviente.

3. SUCESIÓN DE OTROS ASCENDIENTES

Se entiende que los padres no le han sobrevivido al causante, pues sólo así se podrá llamar a los otros ascendientes, así nos los hace saber el artículo 821 del Código Civil, cuando señala que si no existieran los padres heredan los abuelos por partes iguales.

Cuando el legislador alude a los ascendientes del causante, debe comprenderse dentro de ellos a los abuelos, bisabuelos y, si existen, también los tatarabuelos, pues todos ellos son ascendientes del causante. Claro está que en este caso se aplica la regla sucesoral de que el pariente más próximo en grado al causante excluye al más remoto, por ende, si a una sucesión concurren abuelos con bisabuelos estos últimos terminan siendo excluidos por aquellos. Si a la muerte del causante le sobreviven los cuatro abuelos la herencia se dividirá en cuatro partes y si solo le sobrevive un abuelo, entonces la herencia en su totalidad irá para el abuelo.

Con respecto a los abuelos por línea de adopción ya hemos señalado nuestro parecer, esto es, que también les asiste derecho a la herencia del nieto por adopción. Así, si el adoptado fallece y al abrirse su sucesión no le sobrevive su padre adoptante, entonces se llamará a heredar al padre de éste, que vendría a ser el abuelo del causante por línea de adopción.

En cuanto al trato legal dado por la legislación vigente respecto a la concurrencia del cónyuge con los ascendientes del causante, no nos parece la más justa. En el Derecho Sucesorio existe la regla referida a conceder mejor derecho a heredar al pariente más cercano al causante que el más lejano, entonces, no nos explicamos que se conceda igual derecho sin hacer distingos a los ascendientes en general, lo que puede llevar a un resultado injusto cuando la cónyuge concurra con un mayor número de ascendientes lejanos, pues entre todos ellos (incluyéndose a la cónyuge) se dividirá la herencia en partes iguales.

El Código Civil de 1936 diferenciaba a los ascendientes respecto de la cuota hereditaria que les correspondía, lo cual permitió que la cónyuge del causante no se perjudicará cuando concurriese con los ascendientes del causante.

Refería el citado Código Civil de 1936 que los ascendientes que no fueran padres del causante (entiéndase abuelos o bisabuelos) eran sucesores del tercer orden junto con los hermanos del causante, lo que no ocurre en el presente, donde los ascendientes, sin hacerse el distingo necesario, han sido elevados a sucesores de segundo orden.

Sobre el particular, reiteramos nuestra posición sobre la propuesta modificatoria que permita variar el orden sucesorio, así los padres del causante, manteniéndose en el segundo orden, y los abuelos ocuparían el quinto orden; mientras que los otros ascendientes, el séptimo orden, todo ello en función de la lejanía del parentesco con respecto al causante.

SECCIÓN SEGUNDA
SUCESIÓN INTESTADA

TÍTULO II
DE LOS SUCESORES LEGALES

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO

1. SUCESIÓN DEL CÓNYUGE

El cónyuge es un heredero privilegiado, pues termina siendo heredero de tres órdenes. Así, hereda en concurrencia con los descendientes, con los ascendientes y, a falta de éstos, la herencia se defiere exclusivamente a su favor.

Obsérvese que en el caso del cónyuge del causante la fuente de su sucesión no está en el parentesco, sino en la institución matrimonial, que es fuente generadora de derechos y obligaciones recíprocas entre los cónyuges y, dentro de estos derechos, aparte de los alimentos, uno de los más importantes es la sucesión, esto es, su derecho a heredar al cónyuge, por lo que el marido hereda a su mujer como la mujer hereda a su marido.

El derecho hereditario del cónyuge implica reconocer la trascendencia e importancia de la sociedad conyugal que nace con el matrimonio. Ahora bien, para que la sucesión del cónyuge se dé es necesario que a la muerte del causante haya existido el vínculo matrimonial, pues si éste ya había desaparecido (por ejemplo por el divorcio) ya no hay herencia, en tanto que ya no existiría matrimonio, sin perjuicio de los matrimonios putativos a los que nuestra ley les da un trato singular en el artículo 827 del Código Civil, que más adelante analizaremos.

2. CÓNYUGE HEREDERO DE TERCER ORDEN

Aparentemente el cónyuge es un heredero de tercer orden, sin embargo, tal como ya lo hemos señalado, el cónyuge concurre con los hijos y otros descendientes del causante; concurre con los padres y otros ascendientes del causante, y si no existieran ninguno de los dos primeros órdenes, entonces el cónyuge se convierte en heredero único del causante.

Resulta evidente que se trata de un heredero privilegiado, pues a su derecho de ser heredero de tres órdenes se le suma otros derechos que la ley le reconoce, como son: El derecho de habitación del cónyuge supérstite, el usufructo cuando concurre con descendientes del causante, derechos que analizaremos más adelante.

3. DERECHO SUCESORIO DEL CÓNYUGE INDEPENDIENTE A SU DERECHO A GANANCIALES

El Código Civil de 1936 consignó dos normas (artículos 704 y 765) referidas al cónyuge en concurrencia con hijos del causante, precisando que si los gananciales del cónyuge llegaban o excedían la cuota hereditaria, entonces perdía ésta y se quedaba exclusivamente con sus gananciales. Como es de observar, nuestros legisladores confundieron dos derechos distintos por naturaleza y fuente, esto es, el derecho hereditario y el derecho a gananciales, lo que trajo como consecuencia situaciones injustas cuando se producía esta concurrencia de sucesores. Este precedente llevó a que los legisladores del Código Civil de 1984 hicieran el distingo entre estos derechos, así tenemos el artículo 730 el cual precisa que la legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio.

De no haber existido la confusión entre gananciales y cuota hereditaria no hubiera sido necesario el artículo 730, pues no resulta lógico ni jurídico confundir un derecho hereditario con una participación en una sociedad de gananciales.

4. CUOTA HEREDITARIA DEL CÓNYUGE SOLO O EN CONCURRENCIA CON DESCENDIENTES O ASCENDIENTES DEL CAUSANTE

Ha quedado establecido que el cónyuge es un heredero de tres órdenes, en vista de que concurre con los descendientes del causante y también con sus ascendientes y si no existe ninguno de ellos, entonces al cónyuge sucesor le corresponde la herencia en su totalidad.

Si el cónyuge concurre con hijos del causante, sean o no hijos del cónyuge heredero, entonces le corresponde una cuota igual a la de un hijo. Al respecto, el artículo 822 del Código Civil refiere que el cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante hereda una parte igual a la de un hijo, lo que en términos sencillos, implica que si a una sucesión concurren el cónyuge con tres hijos del causante, la herencia se dividirá en cuatro partes, esto es, cada uno de los herederos recibirá el 25% del patrimonio hereditario. Ahora bien, si el cónyuge concurre con otros descendientes del causante, entiéndase nietos o biznietos, el mismo dispositivo legal comentado señala que el cónyuge siempre

recibirá una cuota igual a la que le corresponde a un hijo, lo que significa que si a una sucesión concurren cónyuge con nueve nietos del causante, descendientes que proceden de tres hijos del causante, que no resultaron hábiles para heredarlo, entonces la herencia se dividirá en cuatro partes, un 25% le corresponderá al cónyuge heredero y los otros 75% se dividirán en tres partes o, dicho en otras palabras, los descendientes heredan por estirpes (número de personas que descienden de un sujeto), cada una de éstas recibirá lo que le hubiera correspondido al ascendiente inhábil. Obsérvese de ello la estricta aplicación del artículo 822 del Código Civil, esto es, el cónyuge hereda como si fuera un hijo del causante.

Si el cónyuge hereda con ascendientes del causante, el artículo 824 señala que al cónyuge le corresponde una parte igual a la de uno de los ascendientes, sin precisar si se trata de padres del causante u otros ascendientes más lejanos. Ahora bien, ya hemos dejado sentado nuestra disconformidad con la norma cuando el cónyuge concurre con ascendientes más lejanos del causante, en particular con abuelos o bisabuelos, pues el mayor número de ascendientes termina perjudicando el derecho del cónyuge, así por ejemplo, si el cónyuge concurre con los cuatro abuelos del causante le corresponderá un quinto de la herencia. Si fuera el caso, poco probable, de que concurra con los ocho bisabuelos del causante, entonces al cónyuge le corresponderá una novena parte de la herencia. En estos dos supuestos se advierte lo injusto del trato, en tanto que esos ascendientes del causante, son parientes en un grado más distante y, sin embargo, terminan equiparándose a otro heredero que por provenir su designación de un matrimonio es considerado un sucesor privilegiado.

Si el cónyuge resulta ser el único heredero en vista de que no le han sobrevivido al causante ni descendientes ni ascendientes o estos no tienen derecho a ser sucesores (inhábiles), entonces la herencia en su integridad le corresponderá, así lo reconoce expresamente el artículo 825 del Código Civil cuando señala: «Si el causante no ha dejado descendientes ni ascendientes con derecho a heredar, la herencia corresponde al cónyuge sobreviviente». Hace bien el legislador al precisar descendientes o ascendientes sin derecho a heredar; pues en efecto pueden sobrevivirle al causante descendientes o ascendientes, pero estos han sido desheredados o han sido excluidos por indignidad o han renunciado a la herencia, supuestos en los que se da la inhabilidad para heredar.

5. DERECHO DE USUFRUCTO DEL CÓNYUGE RESPECTO DE LA TERCERA PARTE DE LA HERENCIA

El Código Civil de 1936 ya traía este derecho a favor del cónyuge supérstite cuando concurría con descendientes del causante, habiéndolo fijado en una cuarta parte de la herencia. Hoy el Código Civil de 1984, siguiendo el mismo

criterio, reconoce el derecho del cónyuge pero termina fijando el usufructo ya no en una cuarta parte, sino en una tercera parte de la herencia. En efecto, el artículo 823 del Código Civil dice textualmente: «En los casos del artículo 822 [alude a la concurrencia con descendientes del causante] el cónyuge puede optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia, salvo que hubiere obtenido los derechos que le conceden los artículos 731 y 732 del Código Civil [referidos al derecho de habitación vitalicia sobre la casa conyugal]. (Los agregados son nuestros).

Este derecho de usar y disfrutar de la tercera parte de la herencia se da sólo cuando el cónyuge concurre con descendientes del causante pero no con ascendientes. Quizá se ha señalado a los descendientes debido a que su número podría ser muy alto, entonces el cónyuge se vería perjudicado al ver que su cuota se reduce significativamente al concurrir con ellos, por ejemplo, al concurrir el cónyuge con nueve hijos del causante, entonces su cuota será una décima parte de la herencia. En este caso no le convendrá al cónyuge una décima parte de la herencia, pero sí gozar del tercio de toda la herencia; empero, esto no se da cuando el cónyuge concurre con los ascendientes del causante que, siendo realistas, a lo más podría darse la concurrencia con cuatro ascendientes, donde su cuota se reduce a un quinto de la herencia. Creemos que ésta es la razón que ha llevado al legislador a precisar que el derecho nace en la concurrencia con descendientes pero no con ascendientes.

Entiéndase que se trata de un derecho, lo cual significa que el cónyuge puede ejercerlo o no. Ahora bien, si el cónyuge elige esta opción del usufructo entonces pierde su cuota hereditaria, a diferencia del derecho de habitación del cónyuge supérstite, regulada en los artículos 731 y 732 del Código Civil, en la que no hay opción, sino que se trata de un derecho adicional, por cuanto el cónyuge ejerce el derecho de habitación y conserva su derecho hereditario.

Cabe preguntarnos por qué no es opción en el derecho de habitación y sí lo es en el usufructo; por qué si se elige el usufructo ya no participa de la sucesión en calidad de heredero.

Tratando de responder estas preguntas debemos ubicarnos en los contextos en los que se dan el derecho de habitación y el de usufructo. En el primer caso se trata de gozar de un solo bien: La casa habitación, mientras que en el usufructo el goce está referido a la tercera parte de todo el patrimonio hereditario. En el derecho de habitación, razones de índole personal y sentimental llevan a considerar la posibilidad de que el cónyuge supérstite siga viviendo sin solución de continuidad en el inmueble que también es de propiedad de este cónyuge (al menos cuando se trata de una sociedad de gananciales); mientras

que en el usufructo la tercera parte del patrimonio se refiere a la masa hereditaria que deja el causante.

Por otro lado, el derecho de habitación se da tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, mientras que el usufructo sólo se da en la sucesión legal. Sobre esto último nace una inquietud: Por qué el derecho de usufructo sobre la tercera parte del patrimonio hereditario sólo cabe en la sucesión legal y no en la sucesión testamentaria.

Entendemos que ello es así debido a que en la sucesión testamentaria rige el principio de respeto a la voluntad del testador siempre que no vaya contra normas imperativas. Asimismo, la legítima y los herederos forzosos son amparados por normas de orden público, no existiendo la posibilidad de ir contra ellas ni pactar en contra.

En consecuencia, en una sucesión testamentaria con presencia de herederos legitimarios (descendientes, ascendientes y cónyuge) los derechos de éstos son intangibles, por lo que el derecho de usufructo constituiría una limitación debido a que el cónyuge sobreviviente tendría derecho a usar y disfrutar la tercera parte del patrimonio hereditario que, precisamente, pertenece a todos los legitimarios; entonces el derecho de usufructo terminaría limitando estas cuotas legitimarias que no podrían ser dispuestas por los descendientes o ascendientes que concurren con el cónyuge.

En la sucesión legal, cierto es que también encontramos a los herederos forzosos, sin embargo, aquí es la ley la que estaría imponiéndose al pleno ejercicio de los derechos de los otros herederos que concurren con el cónyuge, herederos que serían sólo los descendientes y no los ascendientes.

Tampoco se pueden recortar estos derechos legitimarios, por lo que cualquier disposición que disminuya la legítima no surtirá efecto. Empero, el usufructo comentado, si fuera posible aplicable a la sucesión testamentaria, recortaría temporalmente estos derechos legitimarios, pues no le permitiría a los herederos forzosos, que concurren con el cónyuge, ver satisfechas sus cuotas hereditarias en tanto que dichos bienes que representan esas cuotas tendrían que soportar la carga del usufructo.

Por último, no debe ser aplicable el usufructo de la tercera parte del patrimonio en la sucesión testamentaria, pues este usufructo terminaría violentado la voluntad del testador, quien no podría testar libremente ya que la existencia del usufructo lo obligaría a considerar este derecho al momento de testar, lo que sería una limitación a su libre voluntad de disposición sobre todo el patrimonio hereditario.

Por las consideraciones señaladas, creemos que el derecho de usufructo sobre la tercera parte de la herencia sólo debe tener presencia en la sucesión legal.

La opción del usufructo sobre la tercera parte del patrimonio hereditario, como resulta obvio, termina afectando el derecho de los demás herederos, a quienes se les suspende el derecho de pedir partición mientras continúe el derecho de usufructo, el cual tiene la calidad de vitalicio. En tal mérito, los herederos sólo mantienen la nuda propiedad de los bienes hasta que se extinga el derecho, el cual sucede cuando muere el cónyuge beneficiario del derecho o renuncia al mismo, en estos supuestos los herederos procederán a adjudicarse dichos bienes.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 732 del Código Civil, si el derecho de usufructo recae en la casa habitación que fue hogar conyugal entonces, sin perjuicio de conservar su calidad de usufructo, ahora ese bien va a tener la calidad de patrimonio familiar, lo que va a significar mayor garantía para el cónyuge beneficiario. Así el inmueble no podrá ser embargado, ni rematado, ni hipotecado, ni mucho menos vendido por nadie, prerrogativas que se conceden a los bienes afectados como patrimonio familiar.

Es claro el trato preferente que da el legislador al cónyuge del causante.

6. EN QUÉ CASOS EL CÓNYUGE NO ES HEREDERO

Por lo general, a la muerte del cónyuge le sucede su consorte a quien se le denomina cónyuge supérstite. Sin embargo, hay determinados supuestos en que, sin identificarse con los casos de indignidad o desheredación, el cónyuge sobreviviente se ve privado de participar en la herencia de su causante. Veamos cuáles son estos:

a) Muerte del causante dentro de los 30 días de celebrado su matrimonio. Como medida de prevención y con la finalidad de evitar matrimonios interesados, el artículo 826 del Código Civil establece que la sucesión que le correspondería al viudo o a la viuda no procede cuando, encontrándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los 30 días siguientes, salvo que el matrimonio hubiese sido celebrado para regularizar una situación de hecho.

   Se trata de cautelar los intereses del cónyuge próximo a morir y, por ende, de los futuros sucesores, librándolos de la persona que se acerca al cónyuge enfermo con el propósito de que, vía la celebración de un matrimonio, pueda tener acceso a su patrimonio.

La norma bajo comentario precisa el motivo por el cual se impide heredar al cónyuge supérstite, refiriéndose a la enfermedad que padecía el cónyuge y que ésta es la causante del deceso dentro de los 30 días de celebrado el matrimonio, lo que nos lleva a afirmar que si el deceso se produjo dentro de los 30 días del matrimonio pero por causa diferente a la enfermedad o no existe tal enfermedad en el momento de la celebración del matrimonio y se produce el deceso, entonces no opera esta prohibición a suceder.

El artículo en mención contempla una excepción a la norma «. . salvo que el matrimonio hubiese sido celebrado para regularizar una situación de hecho». En efecto, la norma se pone en el supuesto de un matrimonio precedido por una convivencia o concubinato donde no hay impedimentos entre los concubinos. Puestos en este escenario resulta pertinente afirmar que no hay un interés subalterno detrás de la celebración del matrimonio, pues ya existía toda una vida en común entre ellos.

Resulta interesante la situación del cónyuge que al casarse con el enfermo ignoraba este hecho y resultaba ajeno a cualquier otro interés que no sea la institución matrimonial, que con buena fe lleva adelante el matrimonio y se produce el deceso de su cónyuge por la misma enfermedad que padecía al celebrarlo pero ignorada por el otro consorte, produciéndose el deceso dentro de los 30 días de celebrado el matrimonio, en tal caso ¿También quedaría privado de la herencia de su consorte? Aparentemente sí, en estricta aplicación de la norma, aun cuando sabemos que el artículo 826 persigue fundamentalmente privar de un beneficio patrimonial al cónyuge interesado; sin embargo no hay elemento de referencia que nos permita una interpretación contraria.

b) Cónyuge separado por culpa suya. Aquí encontramos una norma sancionadora, en tanto que si al producirse el deceso del causante éste se encontraba separado legalmente (no divorciado) de su consorte por culpa de este cónyuge, entonces la sanción para el cónyuge culpable es la pérdida de su derecho hereditario.

En efecto el artículo 343 del Código Civil, ubicado en el Libro de Familia, refiere: «El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden». Repárese que la norma alude no al divorcio sino a la separación legal, que como sabemos no destruye el vínculo matrimonial sino sólo la suspensión de la vida en común y el fin de la sociedad de gananciales; por lo tanto, siguen siendo cónyuges pues continúa vigente el matrimonio, con todos sus efectos. En tal caso el derecho hereditario se perderá por la culpa del cónyuge que incurrió

en alguna de las causales de la separación legal, previstas en el artículo 333 del Código Civil.

Esta pérdida debe comprender no sólo lo que habría recibido en su calidad de heredero, sino igualmente lo que le hubiera correspondido de haber sido instituido legatario. Sobre el particular las normas a aplicar serían el artículo 343 bajo comentario y el artículo 772 del Código Civil, referido a la caducidad del legado; sin embargo, si la institución de legatario se hace con posterioridad a la sentencia de separación entonces el legado no se perderá, pues la voluntad del testador se ha expresado cuando ya era conocida la inconducta del cónyuge e, incluso, podemos considerarla una suerte de perdón del testador.

c) Cónyuge divorciado. Ha quedado claro que la fuente del derecho hereditario del cónyuge es el matrimonio, en consecuencia, si ya no existe matrimonio, por ejemplo, por divorcio, entonces tienen que cesar los efectos del matrimonio como es el caso del derecho hereditario. En esta medida no era necesario regular una situación de esta naturaleza, resultando ociosa, cuando el artículo 353 del Código Civil, ubicado en el Libro de Familia, señala «Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí».

7. DERECHO SUCESORIO DEL CÓNYUGE PUTATIVO

Al analizar la calidad de heredero del cónyuge señalamos que era requisito que al abrirse la sucesión haya estado vigente el matrimonio del cónyuge, pues si se hubiera producido un divorcio entonces se habría perdido el derecho hereditario; mientras que en los casos de invalidez no habría nacido el derecho hereditario. Ahora bien, cabe preguntarnos cuál es la situación del cónyuge de buena fe que contrajo matrimonio civil luego declarado nulo por un impedimento matrimonial absoluto. Este tema lo trata el artículo 827 del Código Civil, al cual llamaremos derecho sucesorio del cónyuge putativo.

En doctrina se conoce como matrimonio putativo aquel matrimonio celebrado contraviniendo un impedimento matrimonial; sin embargo, uno o los dos cónyuges han actuado de buena fe, esto es, ignoraban que existía ese impedimento matrimonial. En tal circunstancia se señala que el matrimonio putativo surtirá efecto para aquel cónyuge que lo contrajo de buena fe, como si fuera un matrimonio que ha terminado por divorcio.

Observese que si bien no va a existir matrimonio, sí se van a dar algunos de sus efectos, pero sólo para aquel que actuó de buena fe. Este es el sentido del artí-

culo 284 del Código Civil que se ubica en el Derecho de familia. Preguntémonos respecto a estos efectos del matrimonio putativo y cómo se aplican en el plano sucesorio, siempre en la idea de proteger al cónyuge que actuó de buena fe.

Sobre el particular tenemos el artículo 827 del Código Civil el cual señala que el cónyuge (que en puridad no lo es) que contrajo de buena fe, un matrimonio que posteriormente es declarado nulo, por haber sido celebrado con persona que estaba impedida de contraerlo, no afectará sus derechos sucesorios, respecto de aquel con quien contrajo el matrimonio (causante), salvo que el primer cónyuge sobreviva al causante, pues en ese caso será este quien herede. Pongamos un ejemplo que grafique la aplicación de este artículo: María se casa con Juan, sin saber que éste era casado con Ana e impedido de volver a contraer matrimonio mientras que no se divorcie de ella; al morir Juan, y no sobrevivirle Ana, entonces será María quien termina heredando a Juan, pero si Ana sobrevive a Juan será ésta quien lo herede, desplazando a María. Sobre el particular nos parece injusta la norma al apartar al cónyuge que contrajo el matrimonio de buena fe, no sólo porque se deja de aplicar el artículo 284 del Código Civil, sino porque se estaría sancionando a una persona que pese a haber actuado de buena fe, lo que implica haber sido engañado y sorprendido, no le alcanzan los efectos de un matrimonio al que llegó sanamente.

Sobre el tema bajo comentario, autores calificados como Rébora, Fornieles, Lafaillé opinan a favor del derecho hereditario de ambos cónyuges (en el ejemplo trabajado, María y Ana) señalando el cónyuge legítimo y el putativo deben tener iguales derechos en la sucesión, esto es, los dos sucederían al bígamo, tesis que compartimos por razones principalmente de justicia, a la par de ser consecuentes con lo que manda el artículo 284 del Código Civil.

SECCIÓN SEGUNDA
SUCESIÓN INTESTADA

TÍTULO II
DE LOS SUCESORES LEGALES

CAPÍTULO CUARTO

CAPÍTULO CUARTO

1. SUCESIÓN DE PARIENTES COLATERALES

Decía el maestro Jorge Eugenio Castañeda, comentando el Código Civil de 1936, que al morir una persona la ley llamaba en primer lugar a las personas que descendían de él, esto es, a sus posteros; y si no los había, entonces llamaba a sus ancestros, personas de donde venía el causante; todo ello sin ignorar la calidad de heredero del cónyuge supérstite.

Pues bien, si no existían descendientes y ascendientes, entonces la sucesión se abre hacia los lados, se colateraliza, llamándose a los parientes consanguíneos de segundo, tercer y cuarto grado. Estos parientes colaterales son los que van a recoger la herencia y dentro de estos parientes colaterales (que para efectos sucesorios van sólo hasta el cuarto grado) se aplica la regla sucesoral el pariente más próximo en grado al causante excluye al más remoto, regla que la encontramos en el artículo 828 del Código Civil de 1984 y se ve reafirmada en el artículo 816, que enumera los órdenes hereditarios. Así, al no existir los tres primeros órdenes hereditarios la ley llama a los hermanos del causante (quienes ocupan el cuarto orden) en su calidad de parientes colaterales de segundo grado con respecto al causante; de no haberlos, se convoca a los tíos y sobrinos del causante (que ocupan el quinto orden) al ser parientes colaterales de tercer grado del causante; y en defecto de todos ellos se llama a los primos hermanos, sobrinos nietos y tíos abuelos del causante (parientes colaterales del cuarto grado de consanguinidad), que ocupan el sexto y último orden hereditario.

2.- SUCESIÓN DE LOS HERMANOS DEL CAUSANTE

Ha quedado claro que la sucesión de los hermanos sólo es posible en defecto de los tres primeros órdenes hereditarios, lo que equivale a decir que si

no le sobreviven hijos u otros descendientes, ni padres u otros ascendientes, ni cónyuge, entonces recién en ese supuesto la ley convoca a los hermanos del causante, quienes ocupan el cuarto orden hereditario. Sin embargo, dentro de estos pueden existir hermanos del causante de padre y madre (hermanos germanos) y hermanos que sólo lo son de padre o madre (llamados medios hermanos). Pues bien, cabe preguntarse si la ley los trata a todos por igual o si hace distingos entre ellos. Sobre el particular recordemos que el Código Civil de 1936 señalaba que los hermanos que heredaban eran los legítimos e ilegítimos y la cuota era la misma para ambos, así se desprende del artículo 763, que en la parte pertinente decía: «...faltando los abuelos, toda la herencia se divide por igual entre los hermanos...», nótese que en ningún momento se hizo diferencia alguna respecto a la cuota de los hermanos, sean enteros o medios hermanos.

Hoy el artículo 829 del Código Civil de 1984 sí hace el distingo al señalar que en los casos de concurrencia de hermanos de padre y madre con medios hermanos, los primeros reciben el doble que los segundos.

Sobre el trato legislativo dado, cabe preguntarse por qué la diferencia, cuáles han sido las razones que han llevado al legislador a establecer un trato injusto, si se considera que tanto los hermanos enteros como los medios hermanos del causante se encuentran en el mismo grado de parentesco, esto es, son parientes consanguíneos colaterales de segundo grado; entonces diríamos a un mismo grado un mismo derecho.

Rómulo Lanatta trata de explicar esto señalando que se presume un mayor afecto entre los hermanos de doble vínculo, pero ello es muy subjetivo. Ahora bien, el artículo 829 del Código Civil de 1984 se inspira en legislaciones como la alemana y española. En efecto, el artículo 949 del Código Civil español refiere «Si concurrieren hermanos de padre y madre con medios hermanos, aquellos tomarán doble porción que estos en la herencia», empero habría que ser muy cuidadoso en la incorporación de normas extranjeras en nuestra legislación, por cuanto se trata de medios distintos y las legislaciones responden a la realidad propia de cada país.

Sobre el tema en mención guardamos distancia con el artículo 829 del Código Civil de 1984, pues no participamos del trato desigual en la concurrencia a la herencia de los hermanos del causante, mas bien lo vemos como una suerte de norma sancionadora sobre los medios hermanos que no tienen ninguna responsabilidad de esa situación.

Los hermanos pueden concurrir solos o con un sobrino del causante e, igualmente, sobrino de ellos. Esto sucede en los casos de representación suce-

soria, en los supuestos de premorencia, renuncia e indignidad de uno de los hermanos del causante. En ese supuesto, sus descendientes lo representan y concurren con los otros hermanos del causante, heredando éstos por cabeza y los descendientes del representado, por estirpe.

3. SUCESIÓN DE LOS TÍOS Y SOBRINOS DEL CAUSANTE

Si no existen los cuatro primeros órdenes de herederos legales, entonces la ley llama a los parientes colaterales del tercer grado respecto del causante, es decir, a los tíos y sobrinos del causante, quienes ocupan el quinto orden hereditario. En cuanto a las cuotas, éstas son iguales para todos los que concurran. Repárese que la regla del artículo 829 no se aplica a los herederos de quinto orden, en tanto que esa diferencia de tratos constituye una restricción de derechos y, por tanto, no puede extenderse por vía de interpretación a los otros colaterales. Abierta la sucesión de una persona si a ésta no le sobrevive ninguno de los cuatro primeros órdenes de herederos, entonces la herencia corresponderá a los parientes colaterales de tercer grado que existan, sin distinción alguna y con cuotas iguales; por lo tanto, si le sobrevive al causante un tío (hermano de su padre) y un sobrino (hijo de su hermano) la herencia se dividirá en dos partes; si sólo le sobrevive un sobrino, la herencia en su totalidad le corresponderá a este único sucesor.

4. SUCESIÓN DE LOS PRIMOS HERMANOS, TÍOS ABUELOS Y SOBRINOS NIETOS DEL CAUSANTE

En estricta aplicación del artículo 236 del Código Civil, que señala los efectos del parentesco y los extiende sólo hasta el cuarto grado de consanguinidad en la línea colateral, la sucesión legal contempla un sexto orden de herederos y la refiere al parentesco colateral de cuarto grado, que lo son los primos hermanos, los sobrinos nietos y tíos abuelos del causante, los que heredan en cuotas iguales.

Debemos señalar que luego de este sexto orden hereditario no hay más parientes con derecho a la herencia, por lo tanto, de no sobrevivirle al causante ninguno de estos parientes el patrimonio pasará a poder del Estado.

SECCIÓN SEGUNDA

SUCESIÓN INTESTADA

TÍTULO II

DE LOS SUCESORES LEGALES

CAPÍTULO QUINTO

CAPÍTULO QUINTO

1. SUCESIÓN DEL ESTADO

El título no parece el más adecuado para designar al que debe quedarse con los bienes, derechos y obligaciones de una persona que ha muerto sin la existencia de herederos hábiles para heredarlo. En este caso se dice que estamos ante un supuesto de herencia vacante, en tanto que no hay sucesores conocidos que reclamen el patrimonio del causante, el cual pasará a poder del Estado.

Pues bien, cuando se abre una sucesión y no hay interesados que reclamen el patrimonio del causante, nuestra normatividad señala que éste pasará a poder del Estado. A esta transmisión el Código Civil le denomina sucesión del Estado, sin embargo, este término no parece el más adecuado, discutiéndose si el Estado es un sucesor más del causante.

En doctrina se suele distinguir entre herencia vacante y herencia yacente. Al respecto, Lanatta definía la herencia vacante como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones dejados por el causante cuando no ha otorgado testamento, ni tiene descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad llamados a sucederle o, si los tiene, no se presentan o han renunciado a la herencia, o la han perdido por indignidad o desheredación; mientras que la herencia yacente la refieren al conjunto de bienes que se encuentran a disposición del llamado que, en algún momento, con su aceptación puede hacer caer la yacencia.

Holgado Valer, a propósito de sus comentarios al Código Civil de 1936, la refirió a un estancamiento económico de la sucesión hereditaria por falta de aceptación.

Con respecto al término vacancia de la herencia, éste ha sido criticado pues, como dice Doménico Barbero, no hay vacancia de la herencia si el término quiere decir falta de destinatario, aludiendo a la ausencia de sucesores del causante, ya que en esta hipótesis el patrimonio terminará siendo del Estado, último destinatario.

En el Perú, la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, sigue utilizando el término herencia vacante, como es de verse del artículo 41, que se ubica en el título de sucesión intestada y que en su parte pertinente dice, «...En caso de herencia vacante notificará a la Sociedad de Beneficencia Pública...».

2. ¿ES EL ESTADO UN SUCESOR?, ¿CON QUÉ TÍTULO HACE SUYO EL PATRIMONIO DEL CAUSANTE?

El Código Civil de 1936 decía que cuando no hay herederos legales de los indicados en el título anterior (referencia a los órdenes de herederos legales) y una vez cumplidos los trámites señalados en el artículo 1219 del Código de Procedimientos Civiles (Código de 1912), la herencia se declaraba vacante. Al comentar esta norma Jorge Eugenio Castañeda decía que la Beneficencia (Estado) no recibe los bienes iure hereditatis sino iure ocupationis, por el dominio eminente que el Estado tiene sobre los bienes sin dueño, esto es, no los recibe como un heredero más, porque no lo es, ya que le falta las notas distintivas que caracterizan a los sucesores, pero si le corresponde el patrimonio que se encuentra sin dueño conocido. Como decía Echecopar, el Estado reivindica la propiedad de la herencia vacante alegando ser dueño originario de cuanto existe dentro del territorio, porque merced a sus leyes protectoras se mantiene el derecho de propiedad a favor de los particulares. Además, se dice que hay razones de necesidad social para que este patrimonio pase a poder del Estado, pues si no fuera así no se cumpliría con destinar esos bienes al bien común, sino que pasarían a manos de quien tenga la oportunidad de poseerlos con fines exclusivamente privados, particulares e individualista.

Planiol y Ripert refieren que el Estado puede en determinados casos apoderarse de bienes comprendidos en una sucesión, pero no hereda en el sentido estricto de la palabra. En este mismo orden de ideas, Collin y Capitant reconocen que el Estado recibe los bienes en virtud de su derecho de soberanía y no como titular de un derecho sucesorio.

Por nuestra parte creemos que el Estado, a través de las beneficencias públicas o juntas de participación social, hace suyo los bienes, derechos y obligaciones del causante no como heredero, ya que éstos sólo lo son por llamado

del causante o por convocatoria legal, por parentesco o matrimonio, sino como sujeto legitimado a quedarse con el patrimonio del causante para destinarlo al bien común, no permitiendo que éste pase a manos particulares que le darán uso exclusivo en provecho propio; sin embargo, el legislador del Código Civil de 1984 aparentemente considera al Estado como si fuera un sucesor más, en este caso de séptimo orden, pues lo trata después del Título V, referido a los herederos de cuarto, quinto y sexto orden, que como sabemos son los parientes colaterales del causante, y a continuación de ellos, en el Título VI, alude a la sucesión del Estado y de las beneficencias públicas.

El único artículo que se ocupa de este tema es el numeral 830, que en su versión original señalaba que a falta de sucesores testamentarios o legales, el juez que conocía del procedimiento de declaratoria de herederos, adjudicaba los bienes a los organismos del Estado, determinando que en el caso de predios rústicos e instalaciones, maquinarias y ganado que la integren, la adjudicación debía hacerse al organismo competente, y que en lo que respecta a los demás bienes se adjudicaban a la beneficencia pública del lugar del último domicilio que tuvo el causante o de la capital de la República si estuvo domiciliado en el extranjero. Asimismo, señalaba la obligación de la entidad adjudicante de pagar las deudas del causante hasta donde alcancen el valor de los bienes adjudicados, señalándose como honorarios al gestor de la declaratoria el 40% del valor neto.

Este artículo fue modificado por la Ley 26680, por lo que actualmente el artículo 830 del Código Civil de 1984 señala que a falta de sucesores testamentarios o legales, el juez o notario que conoce el proceso adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria a la Sociedad de Beneficencia Pública o, a falta de ésta, a la junta de participación social del lugar del último domicilio del causante en el país, o a la sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana, si estuvo domiciliado en el extranjero.

Nótese que se ha incluido al notario como sujeto legitimado para conocer el proceso de sucesión intestada, ello en virtud de la Ley 26662.

Asimismo, repitiendo lo dicho en el artículo 830, en su versión original, señala que es obligación de la entidad adjudicataria pagar las deudas del causante, si las hubiera, hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados, ello en función al principio de la responsabilidad limitada que debe alcanzarles a los sucesores; cierto es que no estamos ante un sucesor típico, pero sí alguien que recibe el patrimonio del causante.

En cuanto a los honorarios del gestor de herencia, en tanto que el 40% que se le asignó era muy alto hoy se ha reducido al 10% del valor neto de los bienes

adjudicados, el mismo que será abonado por la entidad respectiva, con el producto de la venta de dichos bienes u otros, mediante la adjudicación de alguno de ellos.

Tema interesante sobre esta sucesión es el referido a los acreedores del causante que no tiene sucesores conocidos, en tal caso cabe preguntarse si para poder realizar su crédito estos acreedores deben esperar que la beneficencia haga suyo este patrimonio o acaso tienen alguna vía mucho más expedita para hacerlo. Sobre el particular, creemos que estos acreedores no tienen que esperar que la beneficencia haga suyo el patrimonio del causante, pues a tenor de lo dispuesto en el Libro de Familia sobre las curatelas especiales, encontramos el artículo 599 inciso 1) del Código Civil, referido a los derechos sucesorios inciertos, el cual señala que cuando nadie se presenta a reclamar la herencia, entonces los acreedores pueden pedir al juez el nombramiento de un curador de bienes y solicitarle, de conformidad con el artículo 603 del Código Civil, el pago de sus créditos. En efecto, este artículo dice: «Corresponde al curador de bienes la representación en juicio. Las personas que tengan créditos contra los bienes podrán reclamarlos del respectivo curador».

SECCIÓN TERCERA
LA LEGÍTIMA

TÍTULO I
NOCIONES GENERALES SOBRE LA LEGÍTIMA

TÍTULO I

NOCIONES GENERALES SOBRE LA LEGÍTIMA

1. INTRODUCCIÓN

Una afirmación ya sostenida en páginas interiores está referida a que el Derecho Sucesorio y el Derecho de Familia tienen una relación tan directa que se podría afirmar que éste último sirve de sustento o base a aquel. Ello se demuestra en la sucesión legal, donde quien no es pariente del causante no hereda, salvo el caso del cónyuge cuya fuente de sucesión es su matrimonio. En lo que se refiere a la sucesión testada si el causante tiene parientes próximos y directos o cónyuge, se le impone la obligación de instituirlos como herederos, pues en caso contrario el testamento puede ser atacado invocándose la preterición, es decir, el olvido o exclusión de los herederos forzosos del causante. En uno u otro caso siempre están presentes los familiares para concurrir a la sucesión de su causante familiar.

Las razones de aquello las vimos a propósito del fundamento de la sucesión, principalmente con las teorías de la copropiedad familiar y el afecto presunto del causante que, habiéndose señalado, en cuanto a la primera teoría, que el causante formó su patrimonio con la ayuda directa o indirecta de sus próximos familiares por lo que cuando fallece es natural que estos familiares directos participen del patrimonio hereditario. En cuanto a la segunda teoría, se afirma que el causante tiene un afecto especial por sus directos familiares y vela por ellos. Este afecto también lo tiene cuando dispone de su patrimonio para después de su muerte, pues él hubiera deseado que ese patrimonio siga destinado a favor de sus familiares, con todo lo cual queda suficientemente justificado el llamado a los parientes del causante como sus herederos legales y también se justifica la presencia de aquellos familiares en la sucesión testada.

Recogiendo estas tesis la ley establece un derecho de los familiares respecto de su causante, otorgándoles un derecho preferente de participación en la herencia de éste. Pero no sólo les reconoce este derecho, sino que va más allá pues al reconocerles el derecho les fija también un porcentaje sobre el patrimonio del causante y le impone al testador reconocer este porcentaje, de tal forma que el testamento será declarado nulo si no respeta aquello, concediéndole al heredero el derecho de solicitar el reintegro de su porción en caso no se hubieran respetado los límites porcentuales.

A este derecho preferente y de obligatorio cumplimiento para el causante la ley le llama legítima.

Nuestro Código Civil de 1984 regula la legítima en sede testamentaria, sin embargo, esta institución también se da en sede intestada, en tanto que se trata de un derecho reconocido a los familiares muy cercanos del causante independientemente de que exista testamento o no.

Esto es fácilmente comprobable, por ejemplo, en la colación, que es devolver a la masa hereditaria el valor del bien recibido en vida del causante para que los herederos de igual condición reciban cuotas iguales. Ello implicará, por ejemplo, que si el causante en vida entregó a uno de sus hijos un bien valorizado en S/. 30,000 (lo cual se denomina anticipo de herencia), entonces al morir el causante sin testamento y concurrir a la herencia el hijo anticipado (que recibió el anticipo de herencia) y dos hijos más, entonces el hijo anticipado deberá imputar dicha suma (S/. 30,000) a su participación hereditaria; así, si su cuota es S/. 50,000 deberá tomar de menos el importe del anticipo (S/. 30,000) por lo que los otros hijos del causante sólo deberán entregarle S/. 20,000 (S/. 50,000 - S/. 30,000= S/. 20,000).

Esto se debe a que no pueden existir herederos de igual condición con cuotas diferentes, pues ello supondría un beneficio en perjuicio de otros.

La ley ha reconocido a ciertos familiares próximos y directos del causante como beneficiarios de estas participaciones hereditarias y les llama herederos forzosos (término confuso, como lo veremos más adelante), otros los llaman herederos necesarios o legitimarios y los ha individualizado, así tenemos que los herederos forzosos son los descendientes del causante (parientes consanguíneos en línea recta), sus ascendientes (igualmente parientes consanguíneos en línea recta) y su cónyuge (cuyo derecho nace del matrimonio).

La ley también ha establecido cuotas en relación directa con la mayor o menor proximidad de parentesco con el causante, así a los descendientes les señala como legítima dos tercios del patrimonio hereditario y a los ascendien-

tes la mitad del patrimonio hereditario. En cuanto al cónyuge, por tratarse de un heredero privilegiado, también le señala dos tercios del patrimonio, con la ventaja de que es un legitimario que concurre con los descendientes y con las ascendientes, y si no hubiera ninguno de ellos toda la legítima será suya.

La institución de la legítima no es una figura reciente, pues sus orígenes se remontan al Derecho romano a través de una figura conocida como la querella de inoficiocidad del testamento, que se traducía en la posibilidad de impugnar un testamento cuando el causante, paterfamilia, no consideraba en su testamento a alguno de sus hijos, condenándolo al desamparo y a la pobreza. Puesto en esa situación, el hijo injustamente omitido en la sucesión podía impugnar el testamento valiéndose de una ficción legal al considerar al padre que había actuado de esa manera como de mente insana. Una acción de esta naturaleza llevaba a dejar sin efecto todo el testamento, afectando incluso las cláusulas arregladas a ley; por ello, con la finalidad de no atacar todo el testamento, se crearon cuotas o porciones hereditarias para los hijos del causante y si éste no las respetaba, entonces el afectado atacaba no todo el testamento sino sólo la cláusula que lo marginaba de la sucesión.

En un primer momento, las cuotas fueron fijadas en un cuarto de la herencia, posteriormente se aumentó a un tercio cuando los herederos forzosos no pasaban de cuatro, y a la mitad de la herencia cuando excedían de este número.

La legítima en el Perú fue consignada en el Código Civil de 1852, estableciéndose la llamada "legítima visigoda" que era de un quinto y de dos tercios, según la calidad de herederos. Posteriormente, el Código Civil de 1936 también la recogió estableciéndola en dos tercios y la mitad de la masa hereditaria, igualmente según la calidad de herederos forzosos. Esta legítima y sus porcentajes son los recogidos en el Código Civil de 1984, aún cuando ha variado ante la concurrencia de ascendientes con descendientes con el cónyuge supérstite, a la vez que se ha suprimido la mejora sucesoria.

Desde una perspectiva social y familiar resulta importante la figura de la legítima; sin embargo, es cuestionada por algunos señalándose que va contra la libertad de testar, pues se le impone al testador considerar de todas maneras (salvo desheredación) a los herederos forzosos. Sobre el particular Clovis Bevilacqua señala que la libertad absoluta de testar ofrece mayores ventajas, en tanto que constituye una atribución del derecho de propiedad, mientras que la herencia forzosa es una injusta restricción a la libertad individual. Por otro lado, la libertad irrestricta de testar consolida la autoridad paterna, pues deja al padre el derecho de transmitir su patrimonio al hijo más digno de su estima y desarrolla la iniciativa de aquellos sucesores que están esperanzados en recibir

algo de su causante. Otros no cuestionan la presencia de la legítima, pero sí el porcentaje señalándose que son excesivos y dejan poca libertad al testador para disponer de parte de su patrimonio a favor de aquellos a los que él voluntariamente quiere favorecer.

Nuestra posición es favorable a la presencia de la legítima, aun cuando quizá los porcentajes pudieran considerarse altos; sin embargo, no hay duda de que tal figura debe estar presente en la legislación para proteger a los familiares del causante, considerando que éste no es una persona sola y sus intereses no se agotan en él, que a su muerte debe trascenderle el patrimonio con el fin de seguir favoreciendo a la familia del causante, todo ello sin perjuicio de otra institución, también justificada, como es la desheredación.

2. CONCEPTO

Cabanellas sostiene que la legítima es «La parte de la herencia que se debe por disposición de la ley a cierta clase de herederos», definición amplia que, como es de observar, cabe aplicarla tanto a la sucesión testamentaria como a la intestada. Por otro lado, el artículo 700 del Código Civil de 1936, al referirse a esta institución señalaba en el Libro de Sucesiones, en el título segundo denominado «De las legítimas y de la porción de libre disposición», quien tiene descendientes o padres o hijos adoptivos o descendientes de estos o cónyuge puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes. Obsérvese de ambas fórmulas, la restricción que se impone al causante respecto de la disposición de sus bienes si existen ciertas clases de herederos.

El artículo 723 del Código Civil de 1984 señala que «La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos». Repárese en que el artículo, en una suerte de labor docente, define a la legítima aludiendo a la parte intangible de los bienes del testador sobre los cuales no puede disponer libremente por estar reservados a los herederos forzosos.

Consideramos que el artículo 723 del Código Civil induce a confusión, pues se define a la legítima en el capítulo correspondiente a la sucesión testamentaria, como si la legítima fuera exclusiva de ésta. Este error se reafirma cuando el artículo 723 alude al testador como aquel que no puede disponer libremente ante la presencia de herederos forzosos. Creemos que mejor hubiera sido definir a la legítima sin referirse al testador, sino aludiendo en términos generales al causante.

A propósito de la legítima, Louis Josserand, refiere que esta reserva legitimaria (así la denomina) presenta el triple carácter de ser de orden público, personal e intransmisible y forma parte integrante de la sucesión.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA

La legítima implica una obligación para el causante quien, ante la presencia de herederos forzosos, no podrá disponer libremente de sus bienes. Por otro lado, implica también un derecho de los legitimarios de cautelar su porción, cuota o reserva legitimaria, la que si es afectada puede ser reclamada por los legitimarios para que se les reconozca o reintegre la diferencia si aquella es disminuida.

De todo esto extraemos como conclusión que la legítima es una restricción al derecho de propiedad, más precisamente a la facultad de libre disposición, en tanto que el propietario del bien no puede disponer como mejor le parezca, pues ante la presencia de familiares cercanos (los llamados herederos forzosos) no tiene libertad para efectuar actos de disposición a título de liberalidad, ni en vida ni para después de muerto, lo que equivale a limitarlo en su derecho de libre disposición pues corre el riesgo de estar celebrando un acto jurídico que puede ser atacado si en vida dispone más allá de lo que puede disponer por testamento. En ese supuesto, el exceso no vale según lo refiere el artículo 1629 del Código Civil; y si testa desconociendo las cuotas legitimarias o excediéndose de los límites, los legitimarios pueden atacar esa voluntad testamentaria como lo señalan los artículos 806 y 807 del Código Civil.

Si la legítima implica una restricción a la libre disposición de los bienes, la pregunta que surge es por qué ello es así. Pues bien, ya hemos dado nuestro parecer sobre el particular, señalando que se trata de la función social que debe cumplir el Derecho Sucesorio, lo que se traduce en la protección a la familia, amparando a los familiares directos, cercanos y próximos al causante, a quienes les reserva una parte del patrimonio del causante. Esto implica una obligación del causante de no poder disponer a título de liberalidad sobre esta reserva.

4. CÓMO SE LLEGAN A ESTABLECER LAS CUOTAS LEGITIMARIAS

Como más adelante vamos a analizar, las cuotas son de dos tercios y de la mitad del patrimonio, pero la pregunta que se formula es de dónde se extraen estos porcentajes, cuál es el referente patrimonial para establecer lo que importa en un caso dos tercios y, en otro, el cincuenta por ciento. Sobre el particular tendría que existir una norma que nos dé respuesta a ello, sin embargo, curiosamente el legislador no consigna norma sobre el tema, lo que puede resultar serio y dar lugar a diversas interpretaciones creando confusión, lo cual no ha pasado con el Código Civil español que en su artículo 818 señala «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre éstas los im-

puestos en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables».

Salvador Fornieles señala que para establecer la legítima se reconstruirá el patrimonio del causante, es decir, a los bienes dejados a la muerte del causante se suman las donaciones conferidas por el causante en vida, las deudas se deducen de los bienes y luego de ello se calcula la legítima.

En el Perú, Lanatta refería que la legítima se determinaba deduciendo de la masa hereditaria las cargas y las deudas de la herencia y los gananciales del cónyuge sobreviviente, si los hubiera, luego se agrega el valor de los bienes colacionables. En cuanto a esta forma de determinar la legítima por Lanatta, creemos que no es procedente en atención a que los gananciales no tienen nada que ver con la determinación de la masa hereditaria, más bien la liquidación de la sociedad de gananciales, que va a dar lugar a los gananciales, es previa a la liquidación de la sucesión. Así por ejemplo, si el causante ha estado casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, al morir lo primero que se debe hacer es liquidar esa sociedad y, producido ello, los gananciales que le hubieran correspondido al cónyuge fallecido vienen a constituir su patrimonio hereditario sobre el cual se va a determinar la legítima.

Actualmente existen proyectos de reforma del Código Civil de 1984, así en lo correspondiente al Libro de Sucesiones una de las propuestas sugiere la siguiente fórmula para determinar la legítima: «...el patrimonio del causante sobre el que se determina la legítima es el resultado de sumar al valor neto de la masa sucesoria, el valor de todas las donaciones u otras liberalidades efectuadas por el causante; con excepción de las efectuadas verbalmente, las no colacionables y las efectuadas a no legitimarios diez años antes de la apertura de la sucesión. Para calcular el valor neto de la masa sucesoria no se incluyen en los pasivos las cantidades por los conceptos referidos a las cargas de la herencia...».

No hay duda que actualmente existe un vacío legal sobre la forma de determinar la legítima, por ello creemos importante aportar algunos elementos que deben estar presentes para realizar un cálculo claro en protección de los legitimarios y del causante. Así debe reconstruirse el patrimonio del causante, lo que implica que la legítima no se obtiene sólo del valor de los bienes que aparecen a la muerte del causante, sino que a ellos debe deducirse el pasivo de la masa hereditaria constituida por cargas y deudas de la herencia; una vez obtenido el patrimonio neto (patrimonio bruto menos pasivo) debemos adicionar el valor de los bienes que en vida el causante otorgó en calidad de liberalidades (liberalidades que pueden ser acreditadas) y que deben regresar a la masa hereditaria, así habremos obtenido el patrimonio hereditario del cual se va a obtener los dos

tercios, si se trata de descendientes o cónyuge del causante, o la mitad si se trata de los ascendientes del causante.

5. LA LEGÍTIMA NO PUEDE SER AFECTADA POR NINGÚN ACTO JURÍDICO

Josserand señalaba que la legítima era de orden público, lo cual implica que no se puede pactar contra ésta y no está dentro de las personas elegir respetarlas o no, pues todos tienen que acatarla, bajo el riesgo de que cualquier acto que vaya contra la legítima termine siendo inválido.

Recordemos que la ley le impone al causante una restricción sobre sus bienes, no permitiéndole disponer a su libre albedrío cuando hay herederos forzosos. Pero no sólo existe un límite en cuanto a los actos de disposición, sino también con respecto a no mellar, menguar, restringir la legítima, pues en caso contrario estos actos también terminarían siendo inválidos en cuanto excedan los límites de la legítima. En efecto, en el caso peruano, existen normas dirigidas especialmente a proteger la legítima, tales son los casos siguientes:

a) El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, salvo los casos de desheredación. En efecto, el artículo 733 del Código Civil estatuye ello y tampoco puede el causante imponerles gravámenes, modalidad ni sustitución alguna. En consonancia con ello, el artículo 736 señala que la institución de heredero forzoso se hará en forma simple y las modalidades impuestas por el testador se tendrán por no puestas.

   El trato otorgado a la legítima tiene sentido en tanto que la institución le es impuesta al titular del patrimonio y la institución de los herederos forzosos no responde a la voluntad del causante, quedándole solo a éste respetar y acatar lo dispuesto por la ley. Por ello cualquier modalidad que imponga el causante en el llamamiento al heredero forzoso se tiene por no puesto, por lo que la convocatoria de los herederos forzosos debe ser pura y simple.

b) La preterición de uno o más herederos forzosos invalida la institución de heredero. En efecto, tal como lo señala el artículo 806 del Código Civil el heredero forzoso, salvo el caso de la desheredación, debe aparecer como beneficiario del patrimonio sucesorio. Ahora bien, si en sede testamentaria el testador no lo ha considerado, entonces el heredero tiene el derecho de impugnar ese testamento, pero igual cosa puede acontecer en la sucesión legal, cuando el causante en vida ha dispuesto de todo su patrimonio y al momento de abrirse su sucesión le sobrevive

un heredero forzoso; en este caso, ese heredero que no recibió nada de su causante tiene el derecho de accionar a fin de obtener todo o parte de ese patrimonio.

c) Las disposiciones que menoscaban la legítima se reducen. En este caso el artículo 807 del Código Civil no invalida el acto, sino que concede derecho a los legitimarios el derecho a solicitar la reducción en lo que fuere excesiva, entonces se trata de rescatar la voluntad del testador y por ello no se invalida el acto, pero se permite a los herederos forzosos que hubieren recibido menos de lo que les corresponde por concepto de legítima, soliciten el reintegro de la diferencia, para lo cual las disposiciones testamentarias que disminuyan su legítima deberán ser reducidas en cuanto fueren excesivas, sin que sea necesario anular el testamento.

6. LOS LEGITIMARIOS

Son herederos forzosos, necesarios o legitimarios los familiares cercanos y directos del causante, a quienes la ley les reconoce una cuota hereditaria.

El artículo 724 del Código Civil señala «Son herederos forzosos los hijos y demás descendientes, los padres y los demás ascendientes y el cónyuge», lo cual puede inducir a error, pues aparentemente los herederos forzosos serían aquellos que deben aceptar la condición de herederos e, incluso, pudiera pensarse que no pueden apartarse de la sucesión, pero ello no es así pues la calidad de heredero no se adquiere por el solo llamamiento que hace la ley o por la designación que hace el testador, sino que se adquiere por la voluntad del convocado que libremente acepta su condición de heredero.

Debe entenderse, por tanto, el término forzoso como impuesto u obligatorio para el causante y, en sede testamentaria, para el testador que está obligado a considerar de todas maneras a estos herederos (salvo la desheredación). Son herederos forzosos porque el testador forzosamente tiene que considerarlos en su testamento.

En cuanto a los familiares que ocupan esta calidad el legislador ha considerado a los que descienden del causante (hijos, nietos, biznietos, tataranietos, etc.), a los ascendientes del causante (padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc.), todos los cuales son legitimarios pero no necesariamente concurren a la sucesión, pues se aplican otros criterios cuando hay concurrencia; por último se considera al cónyuge del causante, cuya fuente de derecho no es el parentesco, sino la institución matrimonial.

7. CUOTAS LEGITIMARIAS DE LOS HEREDEROS FORZOSOS

Ante la concurrencia de varios legitimarios de igual condición, como pueden ser varios ascendientes del causante, descendientes con el cónyuge, o ascendientes con el cónyuge, conviene preguntarse cuál será la cuota que les corresponderá a cada uno de ellos. Sobre el particular el artículo 729 del Código Civil señala que es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada y que las disposiciones de ésta rigen la concurrencia, exclusión y participación de los herederos en la herencia dejada por el causante.

La norma ha sido criticada por su poca claridad, por lo que para entenderla es bueno recordar las disposiciones de la sucesión legal, en particular lo concerniente a la concurrencia, exclusión y participación de los sucesores que, tal como lo precisa el artículo 729, son reguladas por las normas de la sucesión intestada.

En efecto, la sucesión legal nos señala las preferencias hereditarias, lo que nos lleva a precisar que no es posible la concurrencia de descendientes con ascendientes, pues estos últimos son excluidos por los primeros como lo señala el artículo 820 del Código Civil. Asimismo, es posible la concurrencia de descendientes con el cónyuge del causante y en este caso el cónyuge hereda como si fuera un hijo, según lo establecido por el artículo 822 del Código Civil. Ante la ausencia de descendientes es posible la concurrencia de ascendientes con el cónyuge, en cuyo caso el cónyuge hereda una cuota igual a la del ascendiente según lo establecido por el artículo 824 del Código Civil. En consecuencia, si al causante le sobreviven legitimarios descendientes y ascendientes, estos últimos son excluidos; si al causante le sobreviven descendientes con el cónyuge, ambos concurren a la sucesión; y si al causante le sobreviven solo ascendientes y el cónyuge, ambos concurren a la sucesión.

En lo concerniente a la cuota hereditaria el artículo 729 del Código Civil establece que La legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada, pero este precepto ha sido criticado por un sector de la doctrina nacional, pues la cuota en la sucesión intestada se calcula sobre la totalidad de la herencia, mientras que en sede testamentaria se calcula sobre la parte intangible de la herencia, en la que no se toca la porción disponible, por lo tanto, se tratarían de dos cuotas diferentes.

Nosotros discrepamos de tal interpretación, pues las cuotas son idénticas. Lo que sucede es que, en uno u otro caso, las cuotas representan una mayor o menor cantidad; así, por ejemplo, en una sucesión con un patrimonio hereditario de S/. 90,000 en la que al causante le sobreviven tres hijos (herederos forzosos), si esta sucesión fuera testamentaria a cada uno de los herederos forzosos le

correspondería como cuota hereditaria un tercio, pero este tercio se obtiene de la porción legitimaria intangible, que en este caso es dos tercios del patrimonio, es decir S/. 60,000, por lo tanto el tercio de cada uno de ellos será S/. 20,000. Si, en cambio, estuviéramos ante una sucesión legal, entonces la cuota que le corresponderá a cada uno de estos herederos seguirá siendo un tercio, pero este tercio se obtiene de la totalidad del patrimonio (S/. 90,000) por lo que el tercio de cada heredero será S/. 30,000. Obsérvese que en ambos casos la cuota sigue siendo la misma, esto es, un tercio.

Reconocemos que la norma debió ser mejor elaborada, quizá estableciendo un orden en el llamado de los legitimarios: así, en primer lugar, la legítima le corresponde a los hijos y demás descendientes y, si fuere el caso, tratándose de los descendientes de los hijos se aplicarán las normas de la representación; en segundo lugar, a falta de descendientes, los padres y demás ascendientes; y en tercer lugar, el cónyuge, solo o concurriendo con descendientes o ascendientes del causante; y en lo relativo al porcentaje precisándose que los legitimarios de igual clase y condición tienen cuotas iguales.

SECCIÓN TERCERA
LA LEGÍTIMA

TÍTULO II
LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES

TÍTULO II

LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES

Refiere el artículo 725 del Código Civil que quien tiene hijos u otros descendientes puede disponer libremente del tercio de sus bienes, por lo tanto, la legítima de estos descendientes será dos tercios del patrimonio hereditario. Conviene precisar que esos dos tercios les corresponden a los descendientes, quienes los distribuirán en partes iguales. Así, por ejemplo, si al causante le ha sobrevivido un hijo, entonces los dos tercios le corresponderán en su totalidad. Si le han sobrevivido al causante diez hijos, entonces los dos tercios se dividirán entre los diez hijos del causante en partes iguales.

La ley peruana no hace distingo en cuanto al número de legitimarios que concurran, pues los dos tercios serán para todos ellos o para uno solo.

El derecho del descendiente del causante es indiscutible por tratarse de personas con una ligazón parental muy fuerte con el causante, a quienes Jorge Eugenio Castañeda llamaba posteros del causante, que éste quiso proteger prioritariamente e, incluso, seguir protegiéndolo después de su muerte.

En lo que respecta a la procedencia de los hijos, sean matrimoniales, extramatrimoniales o por adopción, la ley peruana no hace distingos, como ya lo hemos visto en sucesión legal, pues todos ellos son iguales ante la ley y, por lo tanto, todos tienen cuotas iguales, trátese de los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y, entre estos, los reconocidos o declarados judicialmente y los adoptivos. Aun cuando resulte reiterativo, aquí no se incluye a los hijos alimentistas, contemplados en el artículo 415 del Código Civil, quienes sólo tienen derecho de alimentos respecto del presunto padre.

Esta igualdad de los hijos está plenamente establecida en el artículo 818 del Código Civil, norma que se aplica a la legítima.

Ahora bien, los hijos excluyen a cualquier otro pariente, dentro de los cuales se encuentran los ascendientes. Si concurren hijos con nietos del causante, porque uno de los hijos resultó inhábil para heredar al causante, entonces procede la concurrencia de estos descendientes de diferente grado y no la exclusión en aplicación de la representación sucesoria; entonces, al hijo le corresponde heredar en cabeza (in cápita) y a los nietos por estirpe, recibiendo estos lo que le hubiera correspondido a su representado (ascendiente inhábil). Por último, los hijos y demás descendientes pueden concurrir con el cónyuge del causante, en cuyo caso el cónyuge recibe una cuota igual a la de un hijo.

SECCIÓN TERCERA
LA LEGÍTIMA

TÍTULO II
LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES

TÍTULO III
LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES

Los ascendientes sólo concurren a la sucesión del causante cuando a este no le sobrevivan descendientes hábiles para heredar, en tanto que como ya ha quedado señalado, no es posible la concurrencia de descendientes con ascendientes ni en la sucesión testamentaria ni en la legal. Ahora bien, en cuanto al fundamento del derecho a la legítima creemos que el parentesco cercano y directo con el causante justifica ampliamente tal beneficio, más aún cuando el causante desciende de ellos, por lo que resulta natural reconocérseles el derecho de participar en la herencia de sus descendientes.

Sobre el particular transcribimos una nota de Calixto Valverde: «si fundamentada queda la legítima de los hijos, también se justifica la de los padres por las mismas razones».

D'Aguanno señala que los hijos son la continuación de los padres y éstos a su vez son la fuente de la familia, por lo que la legítima respecto de ellos debe tener lugar.

Refiere el artículo 726 del Código Civil que aquel que tiene padres u otros ascendientes podrá disponer hasta la mitad de sus bienes, lo que implica que la legítima que les corresponde a estos es el 50% del patrimonio hereditario.

Obsérvese que utilizamos el término "patrimonio hereditario" y no "bienes" que utiliza el Código Civil de 1984, debido a que el primer término se ajusta más a la realidad.

Asimismo, al no hacerse el distingo entre los ascendientes, (como sí lo hizo el Código Civil de 1936), entonces estos tienen la misma legítima, lo que puede

llegar a ser injusto para el cónyuge, pues si existen varios ascendientes deberá participar de la legítima en cuotas iguales.

En cuanto a los padres legitimarios que gozan de este derecho, nos remitimos a lo expuesto sobre la sucesión legal cuando tratamos el caso de los padres que no heredan. Así, los padres que han reconocido a sus hijos extramatrimoniales tardíamente no serán legitimarios, como tampoco lo son los padres que han sido declarados judicialmente como tales, ello en aplicación de las normas del Libro de Familia, artículos 398 y 412 del Código Civil. El padre adoptante es heredero legitimario sin ninguna restricción.

Si al abrirse la sucesión del causante le sobreviven padres y abuelos, estos últimos son excluidos por aplicación de la regla de que el pariente más próximo en grado al causante excluye al más remoto. Si le sobreviven al causante los cuatro abuelos, entonces la legítima se distribuirá en partes iguales entre todos ellos.

El artículo 824 del Código Civil de 1984 establece que «El cónyuge que concurra con los padres o con otros ascendientes del causante hereda una parte igual a la de uno de ellos»; sin embargo, tal como lo veremos al analizar la legítima del cónyuge, la legítima a distribuirse entre todos ellos no será el 50% del patrimonio hereditario (porcentaje reconocido a los ascendientes), sino las dos terceras partes del patrimonio, cuota que le es señalada al cónyuge.

En la concurrencia del cónyuge con padres del causante la legítima se repartirá en tres partes, lo que nos parece justo teniendo en consideración la proximidad de parentesco de los ascendientes del causante, pero si el cónyuge concurre con los cuatro abuelos del causante la legítima a distribuirse será entre cinco, correspondiéndole al cónyuge una quinto parte, lo que nos parece injusto teniendo en consideración la lejanía del grado de parentesco de estos con respecto al causante. Esto no sucedía en el Código Civil de 1936 donde a los padres se les señalaba dos tercios como legítima y a los demás ascendientes (abuelos, bisabuelos, etc.) se les señalaba la mitad de los bienes del causante.

Con la finalidad de dar un trato más justo, debe existir una modificación al artículo 824 del Código Civil de 1984, permitiendo que, ante la concurrencia con otros ascendientes más lejanos del causante, el cónyuge reciba por legítima no menos del cincuenta por ciento.

Sobre el particular y sólo a manera de referencia, uno de los proyectos de modificación del Libro de Sucesiones propone variar el orden de los herederos legales de tal forma que a los abuelos se les considerará en el quinto orden, detrás de los hijos y demás descendientes, de los padres, del cónyuge, y de los hermanos y sus descendientes.

SECCIÓN TERCERA
LA LEGÍTIMA

TÍTULO IV
LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE Y EL DERECHO DE HABITACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

TÍTULO IV

LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE Y EL DERECHO DE HABITACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

1. LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE

La institución matrimonial es reconocida universalmente como fuente de familia, y generadora de derechos y deberes. Su trascendencia e importancia es indudable.

Entre los diversos derechos recíprocos que nacen del matrimonio está la herencia, la que en este caso no deriva del parentesco, pues los cónyuges no son parientes, sino que deriva de un matrimonio válido y vigente al momento en que se produce el deceso del cónyuge, dentro de las condiciones que la ley establece.

El cónyuge es un heredero privilegiado, en tanto que se le reconoce su calidad de heredero de tres órdenes, pues concurre con los descendientes del causante, con los ascendientes del causante y, si no hubiera ninguno de los anteriores, el cónyuge recibe toda la herencia.

En lo que toca a la legítima del cónyuge, las mismas reglas de la sucesión legal rigen su participación y concurrencia con otros herederos, por lo tanto, es legitimario con los descendientes del causante recibiendo una cuota igual a la de éstos pues hereda como un hijo; si concurre con los ascendientes del causante, entonces recibe una cuota igual a la de los ascendientes; si no hubieran descendientes ni ascendientes, entonces le correspondería toda la legítima.

Si el cónyuge ha estado casado con el causante bajo un régimen de sociedad de gananciales, entonces al morir el causante debe liquidarse esta sociedad con las normas del Derecho de familia (artículo 320 y siguientes del Código Civil). Al concluir la liquidación le corresponderá al cónyuge el 50% del patrimonio social a título de gananciales y el restante 50% será el patrimonio hereditario que se transmite a los sucesores, incluido el cónyuge supérstite. La legítima se extraerá de ese 50% del haber hereditario, el cual pertenece a los legitimarios y al cónyuge en cuotas iguales.

No interesan los gananciales que pudo haber recibido el cónyuge supérstite, que incluso pueden ser mayores o menores a su cuota legitimaria. Esta precisión se hace necesaria en atención a que, como ya lo hemos señalado, los artículos 704 y 765 del Código Civil de 1936 establecían que si los gananciales eran iguales a la cuota hereditaria o la superaban entonces el cónyuge supérstite perdía esa cuota y sólo se quedaba con los gananciales. Ante esta grave confusión del código derogado, el Código Civil de 1984 se apresura en decir que los gananciales y la cuota hereditaria tienen distinta naturaleza. En efecto, el artículo 730 del Código Civil de 1984 dice: «La legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio».

La legítima es un derecho que reconoce la ley al cónyuge al haber estado unido en matrimonio con el causante. Es un derecho que se reconoce a la institución matrimonial, a su valor y trascendencia social, fuente de familia, espacio natural de convivencia, escuela de socialización, ámbito idóneo para el fortalecimiento de la sociedad. Por todo ello, a la par del desarrollo personal de los cónyuges y el cultivo de valores espirituales, se reconocen derechos que nacen del matrimonio, derechos recíprocos (y también deberes), de allí el derecho a la herencia, pues la mujer hereda al marido como el marido hereda a su mujer.

En cuanto a los gananciales provenientes de la sociedad de bienes que se da en el matrimonio, es un derecho a su calidad de socio de esa sociedad, un derecho ganado y reconocido por su aporte en la formación de este patrimonio; y al terminar esta sociedad, como cualquiera otra que concluye, se tiene que repartir el patrimonio social entre los socios, lo que también ocurre en la sociedad de gananciales que ha generado un patrimonio social con el trabajo mancomunado de los dos cónyuges; y al terminar esta sociedad tal patrimonio social debe ser dividido entre los socios, y la participación que le corresponde a cada uno de ellos se llama gananciales.

Si la sociedad termina por muerte de uno de los cónyuges, es evidente que el 50% de gananciales se entregará al cónyuge supérstite, y el 50% que le hubie-

ra correspondido al otro cónyuge de no haber fallecido será la herencia que se transmitirá a sus sucesores, dentro de los cuales está el cónyuge sobreviviente.

En conclusión, no debemos confundir gananciales con cuota hereditaria.

2. CUOTA LEGITIMARIA

En cuanto al monto de la legítima del cónyuge la ley ha establecido dos tercios del patrimonio hereditario, que en principio le corresponde a este cónyuge en su totalidad; sin embargo, puede darse el caso de concurrencia con descendientes o ascendientes.

Si la concurrencia es con hijos del causante (que pueden ser del cónyuge o no) su cuota será igual a la de un hijo del causante, tal como expresamente lo reconoce el artículo 822 del Código Civil.

Si el cónyuge concurre con otros descendientes más lejanos (nietos o biznietos, etc.), entonces su cuota será la misma, esto es, una cuota igual a la que le correspondería al hijo del causante; lo cual equivale a decir que si el cónyuge concurre con once nietos del causante, nietos que provienen de tres hijos del causante que al momento de abrirse la sucesión no son hábiles para heredar, entonces la legítima se distribuirá en cuatro partes, correspondiendo al cónyuge un cuarto de la legítima y las otras tres partes se distribuirá entre cada una de las estirpes de los hijos inhábiles.

En otros términos, el cónyuge hereda en cabeza y los nietos por estirpe, lo cual resulta justo en tanto que si se permitiera que el cónyuge herede como un nieto más (obsérvese que la ley es precisa en este tema al decir que hereda como un hijo), en el ejemplo consignado, el cónyuge estaría recibiendo un doceavo de la legítima, lo que no resulta equitativo, en consideración que está concurriendo con descendientes lejanos del causante; por lo tanto, creemos que es esta la interpretación del artículo 822 del Código Civil que a la letra dice: «el cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante hereda una parte igual a la de un hijo».

Si el cónyuge concurre con ascendientes del causante su cuota legitimaria será igual a la del ascendiente, sea éste padre u otro ascendiente más lejano pues el legislador no ha hecho el distingo entre los ascendientes. En efecto, el artículo 824 del Código Civil de 1984 señala que el cónyuge que concurra con los padres o con otros ascendientes del causante hereda una parte igual a la de uno de ellos; por lo tanto, si el cónyuge concurre con los dos padres del causante la legítima se dividirá en tres partes; si concurre con los cuatro abuelos del cau-

sante, la legítima se dividirá en cinco partes, lo que torna injusta la norma pues a mayor distancia de parentesco de los ascendientes y a mayor número de ellos, la cuota legitimaria del cónyuge será menor. Sobre este tema ya hemos dejado establecido nuestro parecer y el pedido de modificatoria legislativa.

En cuanto a conocer qué porcentaje deberán compartir el cónyuge supérstite y los ascendientes debemos decir que se trata de la legítima de dos tercios y no la del 50% que está reservada para los ascendientes que concurren solos a la sucesión. Es dos tercios para no perjudicar al cónyuge, lo cual termina beneficiando a los ascendientes que verán mejorada su participación pues en vez de compartir 50%, terminan compartiendo dos tercios del patrimonio.

En cuanto a las condiciones que debe reunir el cónyuge para ser sucesor legitimario reiteramos lo expuesto sobre la sucesión legal, donde señalamos que a la muerte del causante el cónyuge no debe encontrarse separado por culpa suya, caso contrario será aplicable el artículo 343 del Código Civil, norma sancionadora ubicada en el Derecho de familia que hace perder su derecho hereditario al cónyuge culpable.

Asimismo, se exige que el deceso del causante no haya ocurrido dentro de los 30 días de haberse celebrado el matrimonio, a causa de enfermedad padecida por el causante al momento en que se celebró el matrimonio, tal como expresamente lo manda el artículo 826 del Código Civil, salvo que dicho matrimonio se haya celebrado para regularizar una convivencia precedente o para regularizar una situación de hecho, con lo cual se busca evitar matrimonios interesados, en defensa del cónyuge, del futuro causante y en protección de los legítimos herederos.

SECCIÓN TERCERA
LA LEGÍTIMA

TÍTULO IV
LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE Y DERECHO DE HABITACIÓN

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

1. DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Para explicar este derecho debemos remitirnos al libro de Familia, y particularmente al derecho preferente que tiene el cónyuge viudo para adjudicarse la casa conyugal que sirvió de hogar de la sociedad conyugal; en efecto, el artículo 323 del Código Civil dice textualmente: «... Cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia... con la obligación de reintegrar el exceso de valor si lo hubiera»; la citada adjudicación parte del supuesto de que el cónyuge sobreviviente debe pagar el valor del inmueble, debiendo realizar este pago con lo que le corresponda a título de gananciales, y nosotros agregamos, si ello no fuera suficiente se puede adicionar el valor de su cuota hereditaria; ahora bien, si lo que representan ambos derechos cubre el valor del inmueble, entonces se adjudicará dicho bien, pero si no alcanzan su valor, no podría ejercer el derecho de adjudicación; en consecuencia, teniendo en consideración ello, se prevé una norma para evitar que el bien que fue casa conyugal, en donde se formó y desarrolló la familia, salga a la venta y por ende el cónyuge sobreviviente pierda la posibilidad de seguir viviendo en el inmueble; entonces la norma que se ha previsto para el caso en mención es el Derecho de habitación (recogida del Derecho italiano y argentino), esto es, se concede al cónyuge sobreviviente, ante la eventualidad de no poder adjudicarse la casa, la posibilidad de seguir viviendo en esta en forma vitalicia y gratuita, lo que implica que los otros herederos que concurran con el cónyuge vean suspendidos su derecho de partición, hasta que se extinga este Derecho de habitación del cónyuge supérstite.

Una vez más, comprobamos cómo el Derecho de familia sirve de sustento al Derecho de sucesiones en función de cumplir un rol social, como es el de

proteger a uno de los socios importantes de la extinguida sociedad conyugal, pues el Derecho de habitación, como se verá más adelante, vela por el cónyuge sobreviviente, sobre todo en un nuevo estado como es el de vivir sin la compañía del que fue su consorte, y compañero de vida.

Al analizar la situación del cónyuge heredero, dijimos que se trata de un sucesor privilegiado, en tanto que a su derecho hereditario se le suman otras prerrogativas, en atención al rol fundamental que cumplió dentro de la familia, prerrogativas como el de ser heredero de tres órdenes, gozar del Derecho de usufructo de la tercera parte del patrimonio hereditario, y ahora el Derecho de habitación del cónyuge supérstite, figura esta que si bien está regulada en sede de sucesión testamentaria, también se aplica en sede de sucesión legal. Esta figura ha sido elogiada por unos y criticada por otros, en cuanto a lo primero, pues se trata de reconocer el valor y trascendencia de la institución familiar matrimonial (el Derecho de habitación que comentamos no se aplica en el concubinato, lo que nos parece injusto, en tanto que el concubinato también es fuente de familia), y dentro de esta, un reconocimiento especial para el cónyuge supérstite y su nueva situación de vida, a la par de considerar razones estrictamente emotivas, sentimentales y, en general, personales que terminarían justificando la figura; sobre el particular, resulta interesante detenernos en la inspiración argentina para su incorporación en esa legislación; en efecto, se dijo que se tuvo en cuenta el criterio de concebir la propiedad privada en función social y que refleja los principios que enuncian las encíclicas papales; en consecuencia, este Derecho de habitación vitalicia, termina limitando el sentido liberal de la propiedad privada, que pudieran invocar las personas que ostentan vocación sucesoria o derechos de legatario, para dar paso a un derecho que está sobre este criterio el del cónyuge supérstite. En el mismo sentido, Barbero afirma: «O sea la nueva ley sirve para proteger al viudo o viuda, frente a hijos ingratos que pedirían la división de la herencia, sin interesarles el desamparo de su padre o madre»; y luego Zannoni nos dice: «la inspiración del legislador pareciera que reconoce motivaciones asistenciales para proteger la vivienda del cónyuge supérstite».

El Derecho de habitación también recibe críticas, señalándose que por proteger a uno de los herederos del causante, termina afectando el derecho de los demás herederos, y en algunos casos legatarios, quienes verían suspendidos sus derechos de efectivizar sus cuotas o participaciones hereditarias, en tanto subsista el Derecho de habitación, situación que se torna aún más injusta, cuando dentro de los herederos se encuentra un hijo extramatrimonial del causante que nunca disfrutó del inmueble, y que ahora tampoco lo va a ser, sino hasta que se extinga el derecho.

Pese a las críticas, comulgamos con la institución, aún cuando debería mejorarse su trato, sobre todo para compensar de alguna forma la situación del heredero que nunca gozó del inmueble, como es el caso del hijo extramatrimonial del causante que concurre con el cónyuge supérstite, y que por obvias razones no vivió en el hogar conyugal que formó su padre, y que pese a su calidad de heredero, y, por lo tanto, de su derecho a participar del patrimonio hereditario que dejó su causante, dentro de los cuales está el inmueble, materia del Derecho de habitación, él va a ver suspendido su derecho sobre el citado bien, mientras permanezca vigente el Derecho de habitación.

2. ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD LEGAL SOBRE EL DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

El Código Civil de 1984 a diferencia de su antecesor, el código civil de 1936, trata del Derecho de habitación del cónyuge supérstite y recoge la institución de los Códigos Civiles de Italia y Argentina; en efecto el artículo 540 del Código Civil italiano dice: «Al cónyuge, aún cuando concurra con otros llamados, están reservados el Derecho de habitación sobre la casa destinada a residencia familiar, y de uso sobre los muebles que la equipan, sean de propiedad del difunto o comunes. Tales derechos gravan sobre la porción disponible, y en caso de que esta no sea suficiente, por el remanente sobre la cuota de reserva del cónyuge y eventualmente sobre la cuota reservada a los hijos».

En lo que se refiere a la legislación argentina, el artículo 3573 de este Código Civil dice: «Si a la muerte del causante, este dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieran otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá, si el cónyuge supérstite contrae nuevas nupcias»; como se verá más adelante, si bien la figura en el Código Civil peruano viene de estas legislaciones, su regulación difiere en parte.

En Perú se regula el Derecho de habitación, en los artículos 731 y 732 del Código Civil , en donde se describe la figura, las exigencias legales para su procedencia y la forma cómo afecta a los otros participantes de la sucesión, señalando que en primer lugar se afecta la cuota de libre disposición, y si fuere necesario la de los forzosos; se establece las formas de extinción de la figura, e incluso se da la calidad legal de patrimonio familiar al inmueble sobre el que recae el Derecho de habitación.

3. FACULTAD O POTESTAD DE EJERCER EL DERECHO DE HABITACIÓN

Refiere el artículo 731 del Código Civil que cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Sobre el particular, habría que señalar; en primer lugar, que para la procedencia del derecho es requisito indispensable la concurrencia del cónyuge con otros sucesores, pues si el cónyuge fuera el único sucesor no tendría sentido la figura, en tanto que dicho cónyuge se convertiría en el nuevo propietario del bien; así mismo, que la concurrencia con otros sucesores no implica que estos sean necesariamente herederos, pues la concurrencia se puede dar con legatarios instituidos por el testador, y cuyos derechos puedan estar representados en el inmueble, materia del Derecho de habitación. En cuanto se refiere a los derechos del cónyuge supérstite para pagar la adjudicación del bien, a que alude el artículo 323 del Código Civil, se trata de dos derechos diferentes, tal como ya lo tiene señalado el Código Civil en el artículo 730, esto es, los gananciales, por un lado, como producto de la liquidación de la sociedad de bienes; y, por otro lado, la legítima del cónyuge; y, si la suma de esos derechos no alcanzan el valor del inmueble social, entonces se podrá ejercer el Derecho de habitación.

Señala el legislador en el numeral comentado la opción del cónyuge supérstite para ejercer el Derecho de habitación; sin embargo, no estamos de acuerdo que se trate este tema como una suerte de opción, y que podría llevarnos a confusión, y a pensar que la opción está referida a elegir entre el Derecho de habitación o el Derecho hereditario, y ello por que el término opción significa escoger, elegir entre uno u otro; y en el caso que nos ocupa, no se trata de una verdadera opción, sino que el Derecho de habitación es un derecho complementario a la calidad de heredero del cónyuge; aquí llama la atención por qué se utilizó este término, más aún cuando el ponente principal del libro de sucesiones, el doctor Lanatta, en su anteproyecto, decía que cuando en la concurrencia con otros herederos, los derechos del cónyuge no llegaran al valor necesario para que le sea adjudicada la casa habitación en que existió el hogar conyugal, el cónyuge tendría sobre la referida casa el Derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita; nótese que en ningún momento empleó el término opción, como tampoco lo hacen los códigos argentino e italiano, que no consideran excluyente un derecho respecto del otro; por lo tanto, no se trata de una verdadera opción, sino de un derecho adicional del cónyuge sobreviviente, derecho que, como tal, se encuentra en libertad de ejercer o no, pues no es algo que se le imponga al supérstite.

En cuanto al inmueble sobre el que recae el derecho, debemos señalar que se trata del inmueble en donde se formó la familia, en donde se desarrolló la fa-

milia, en donde fijó su domicilio conyugal, y vivieron de consuno, cumpliendo el deber de habitación que impone el matrimonio, esto es, el deber de vida en común lo llevaron adelante en ese inmueble, que el cónyuge supérstite desearía pase a su poder en propiedad, pero que no es posible, pues no alcanza la suma de sus derechos de gananciales y cuota hereditaria con el valor del inmueble.

Resulta importante tener presente que, aun cuando el legislador trate el Derecho de habitación como si solo fuera posible en un régimen de sociedad de gananciales, en tanto que usa el término gananciales (suma de gananciales y legítima), -lo que ha llevado a que algunos piensen que la figura solo es procedente cuando el causante y el cónyuge supérstite estuvieron sometidos al régimen de sociedad de gananciales-; sin embargo, debemos señalar, que este derecho también puede ser ejercido, incluso tratándose del régimen de separación de patrimonios o de sociedad de gananciales, respecto de inmueble con la calidad de bien propio, bien del causante, y así lo reconoce unánimemente la doctrina nacional, estableciendo que el Derecho de habitación del cónyuge supérstite también será procedente cuando el inmueble sobre el que recae el Derecho de habitación ha sido bien propio del causante, interpretación que se hace recogiendo el espíritu de la norma, que es de proteger y amparar al viudo o viuda.

4. DERECHO DE HABITACIÓN RECAE SOBRE DIFERENCIA EXISTENTE ENTRE EL VALOR DEL INMUEBLE Y LA SUMA DE GANANCIALES MÁS CUOTA HEREDITARIA

Sigue señalando el artículo 731 del Código Civil, que este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales; en efecto, al no cubrir la suma de los derechos de legítima y gananciales el valor del inmueble, permite ejercer el Derecho de habitación, ya que si dichos derechos llegaran al valor del bien, no sería necesaria la figura, sino que entraría a aplicarse el artículo 323 del Código Civil, con la adjudicación de la casa a favor del cónyuge supérstite. Un ejemplo sencillo nos permitirá visualizar sobre qué recae este Derecho de habitación, así, si el valor del inmueble que ha sido el hogar conyugal es de 180 000 y la suma de legítima más gananciales dan 120 000, entonces el Derecho de habitación recae sobre 60 000, que viene a ser la diferencia entre el valor del inmueble y la suma de lo que representa la legítima y gananciales del cónyuge supérstite.

5. DERECHO DE HABITACIÓN SUSPENDE EL DERECHO DE PARTICIÓN DE LOS DEMÁS HEREDEROS CON RESPECTO AL BIEN, MATERIA DE LA HABITACIÓN

Cuando el legislador se pronuncia por la afectación que produce el Derecho de habitación, en ningún momento deja traslucir que los otros beneficiarios

de la sucesión, a título de legatarios o herederos, pierdan tales derechos, y no lo hace porque no se trata de una pérdida, sino que es una suerte de carga que pesa sobre esos derechos, y que va a traducirse en que tales sucesores no puedan efectivizarlos vía la venta del inmueble, pues esos derechos están representados en la casa, objeto del Derecho de habitación; por lo tanto, la realización de esos derechos se suspende en cuanto a su ejecución. En otros términos, la partición se suspende hasta que se levante el Derecho de habitación que pesa sobre el inmueble. Obsérvese como, en este caso, el Derecho de habitación termina siendo una excepción al derecho de todo sucesor a pedir la partición.

6. DERECHO DE HABITACIÓN AFECTA CUOTA DE LIBRE DISPOSICIÓN Y, SI FUERA NECESARIO, LA LEGÍTIMA DE LOS FORZOSOS

El artículo 731 del Código Civil señala que la diferencia de valor afectará en primer lugar la cuota de libre disposición, y si fuere necesario la legítima. Esto es correcto, pues, como sabemos, la legítima de los herederos forzosos hay que respetarla, y sólo en caso extremo terminará siendo afectada. Pues bien, si el Derecho de habitación termina comprometiendo el inmueble sobre el cual el legatario, instituido por el testador, tiene representado su legado, entonces no podrá efectivizar ese derecho hasta que se extinga el Derecho de habitación. Veamos un ejemplo de cómo el Derecho de habitación termina afectando al legatario, que no es otra cosa que afectar la voluntad del testador, pues su voluntad de querer beneficiar a alguien termina siendo postergada por la figura de la habitación. Un testador deja como patrimonio hereditario de 120 000, los cuales desagregados están representados por el 50% del valor del inmueble social (considerando que ese inmueble vale 120 000), esto es 60 000; a su vez, ha dejado bienes con la calidad de propios representados por 60 000 en efectivo depositados en una cuenta corriente. En su testamento instituye como sus herederos a su cónyuge e hijo, a quienes por legítima les corresponde 80 000 (dos tercios del patrimonio hereditario), e instituye un legatario, a quien lega la suma de 40 000 que es su cuota de libre disposición. Abierta la sucesión, la cónyuge supérstite, en aplicación del artículo 323, desea adjudicarse la casa habitación; sin embargo, la suma de su legítima (40 000) más gananciales (60 000) dan 100 000, mientras que el inmueble social vale 120 000; por lo tanto, no es factible la adjudicación, por lo que procede a ejercer su Derecho de habitación, que, en este caso, recae sobre la diferencia, esto es 20 000. En este estado, el heredero hace efectiva su cuota hereditaria (40 000) y lo hace retirando de la cuenta corriente tal importe, quedando un saldo de 20 000. El legatario pretende igualmente hacerse cobro de su legado (40 000), procediendo a retirar de la cuenta corriente el saldo que es de 20 000, y la diferencia de su legado, los otros 20 000, están representados en el inmueble sobre el cual recae el Derecho de habitación, por lo tanto, este derecho termina afectando la cuota de libre disposición que había

sido dispuesta por el testador, lo que implica que el legatario tendrá que esperar se extinga el Derecho de habitación para hacer efectivo el saldo de su legado; mientras tanto, tendrá la nuda propiedad del inmueble por lo que significa su derecho no cobrado.

Sin embargo el mismo artículo 731 señala que la diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante (ya hemos visto cómo procede ello), y si fuere necesario la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de estos; lo que implica que el Derecho de habitación, incluso puede llegar a afectar no sólo al legatario, sino también a los herederos forzosos. Veamos con un ejemplo cómo podría funcionar ello. Un testador con un patrimonio hereditario de 60 000 que proviene del 50% del valor del inmueble que fue de propiedad de la sociedad conyugal (considerando que el inmueble tiene un valor de 120 000). El testador instituye herederos a su cónyuge e hijo (la legítima que le corresponde a los dos en total suma 40 000) y legatario, a quien lega la suma de 20 000 (que representa el importe de su cuota de libre disposición). Abierta la sucesión, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 323 del Código Civil, la viuda pretende adjudicarse el inmueble. Sin embargo, la suma de sus derechos como legítima (20 000) y gananciales (60 000) no alcanzan el valor del inmueble (120 000). Entonces decide ejercer su Derecho de habitación, que en este caso recaerá sobre la diferencia del valor del inmueble, con la suma de gananciales más cuota hereditaria, diferencia que en este caso es de 40 000; ahora bien, tanto el heredero forzoso como el legatario pretenden efectivizar sus derechos; sin embargo, no podrán hacerlo hasta que se extinga el Derecho de habitación en tanto que esos derechos están representados en el inmueble. En este ejemplo, vemos como el Derecho de habitación, termina afectando no solo la cuota de libre disposición, sino también la legítima del heredero forzoso. Pero reiteramos que esta afectación no debe entenderse como privación de los derechos de los sucesores, sino solamente una suspensión al ejercicio del derecho de pedir partición, lo cual no podrá llevarse adelante en tanto esté vigente el Derecho de habitación. Extinguido tal derecho por cualquiera de las causas que prevé la ley, entonces recién se podrá ir a la partición, que, entre otros supuestos, puede comprender la venta del inmueble.

7. DERECHO DE HABITACIÓN NO RECAE SOBRE OTROS BIENES QUE INTEGRAN LA MASA HEREDITARIA

Refiere el artículo 731 que, en su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge. Sobre el particular se ha señalado que es innecesario este párrafo en tanto que, si el derecho de habitación recae sobre la diferencia del valor del inmueble con la suma de los derechos de legítima y gananciales, por lo tanto es claro que el cónyuge supérstite ya habría visto

completada su participación en la herencia con el beneficio de la habitación (sin perjuicio de que siga conservando su calidad de heredero); en consecuencia, los otros bienes que puedan integrar la masa hereditaria deberán ser distribuidos entre los otros herederos en cancelación de todo o parte de sus derechos hereditarios. Sin embargo, habría que comentar algo que nos parece pertinente y que no hay que perder de vista, esto es, que el Derecho de habitación recae sobre el inmueble que sirvió de casa conyugal, pero igualmente debe tenerse presente que el menaje de esa casa, por disposición del artículo 320 del Código Civil, corresponde al cónyuge supérstite; en consecuencia, cuando la parte final del artículo 731 alude a los otros bienes, no se está refiriendo al menaje de la casa.

8. POSIBILIDAD DE DAR EN ARRIENDO EL INMUEBLE AFECTO AL DERECHO DE HABITACIÓN

Se contempla la posibilidad de que el beneficiario del Derecho de habitación, que se encuentre en precariedad económica, pueda obtener a través del arriendo una forma de sustento; en efecto, el artículo 732 del Código Civil señala que si el cónyuge sobreviviente «... no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta, y ejercer, sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales, los demás derechos inherentes al usufructuario...». Sobre el particular, llama la atención cómo un derecho como el de habitación, que por su carácter de personalísimo no permite sobre sí ningún acto jurídico, tal como lo señala el artículo 1029 del Código Civil que a la letra dice: «los Derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación»; pues bien, en el caso materia de análisis, el Derecho de habitación termina siendo afectado por un arriendo, que implica que el cónyuge supérstite no haga uso de ese bien, fin último de este derecho; sin embargo, hay que considerar que ese cónyuge, al haber variado su situación por la muerte de su consorte, no se encuentre en posibilidades de atender los gastos naturales de todo inmueble, y por ello el legislador, contraviniendo la sustancia del derecho, permite que sobre él recaiga un acto jurídico.

Para explicar desde el punto de vista jurídico este trato, Lanatta nos señala que la ley le permite al cónyuge sustituir el Derecho real de habitación por el usufructo del referido inmueble con autorización judicial; sin embargo no creemos que se trate de un cambio, sino que sigue siendo un Derecho de habitación con las particularidades del Derecho de usufructo, por propio mandato de la ley; y, como sabemos, sobre el usufructo, sí es posible celebrar actos jurídicos. Sigue señalando la norma que, al extinguirse el arrendamiento, el cónyuge a su sola voluntad readquiere el Derecho de habitación sobre el inmueble. Notamos

en la norma que en la misma línea del Derecho de familia, el Derecho Sucesorio continúa protegiendo al cónyuge supérstite, lo que revela la función social de este derecho.

9. DERECHO DE HABITACIÓN TIENE LA CONDICIÓN LEGAL DE PATRIMONIO FAMILIAR

El artículo 732 señala que, mientras esté afectado por los Derechos de habitación o de usufructo en su caso, la casa habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar; en efecto, el inmueble que sirvió de casa conyugal puede verse afectado por el Derecho de habitación que estamos comentando, o también por el de usufructo de la tercera parte del patrimonio hereditario (artículo 823 del Código Civil); el mismo, que al coincidir con la casa habitación, entonces adquieren la calidad de patrimonio familiar, institución esta regulada en el Derecho de familia, y que persigue proteger a los miembros de una familia respecto de la casa habitación en donde viven, garantizándoles permanencia en esta, en tanto que la afectación como patrimonio familiar va a implicar que no se pueda embargar ese inmueble, ni tampoco hipotecar, rematar ni disponer. Repárese en que esta institución nace por voluntad y libertad personal, pero en este caso viene impuesta por la ley. Pues bien, todos estos privilegios los tendrá el cónyuge supérstite a través del inmueble afecto al Derecho de habitación, y ello por expresa disposición legal. Sin embargo, y aun cuando no lo establece el artículo citado, creemos que, para que se adopte la condición legal de patrimonio familiar, el cónyuge supérstite deberá agotar los trámites legales de inscripción de patrimonio familiar en el registro pertinente. Recordar sobre el particular que estamos ante el caso de un derecho que nace a partir de su inscripción en el Registro, esto es, un acto constitutivo, pues de no inscribirse y quedarse el acto en escritura pública, o como en el presente caso, quedarse sólo en el mandato legal, se entiende que no ha nacido el derecho.

10. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN

El Derecho de habitación es vitalicio y gratuito, y, tal como ya lo hemos señalado, viene impuesto como una carga a los sucesores, quienes tendrán que esperar que el derecho se extinga para ver efectivizados sus participaciones hereditarias. Ahora bien, el artículo 732 nos señala las formas como se extingue este derecho: por muerte del cónyuge supérstite, contraer nuevo matrimonio, ingresar a un concubinato o renuncia. En efecto, la parte final del artículo 732 señala: «si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos».

Sobre las causales de extinción, no ofrecen mayores dudas las referidas a la muerte y a la renuncia; sin embargo, sí ofrece cuestionamientos el hecho de que se haya considerado el nuevo matrimonio o la vida concubinaria como causales de extinción. Veamos por qué.

En cuanto al nuevo matrimonio del cónyuge supérstite, pensamos que el legislador se pone en el caso de que este cónyuge ya no tendría la urgencia de la casa conyugal, por el hecho de haber formado un nuevo hogar. Sin embargo, ello no siempre es así, sobre todo si quien viene gozando del derecho es el viudo, que al contraer nuevo matrimonio pueda necesitar el inmueble para su nueva vida matrimonial. Por otro lado, no alcanzamos a entender cómo la realización de un matrimonio, en este caso, tiene consecuencias negativas para el que lo celebra, puesto que por su realización se le quita un derecho que venía gozando. Sobre este tema, Zannoni opina que el nuevo matrimonio no tiene por qué hacer presumir la cesación de las necesidades del habitador, sobre todo cuando el supérstite es el viudo y no la viuda, mientras que Guillermo Borda considera la causal como un castigo al matrimonio que no tiene justificación alguna.

En cuanto a la vida concubinaria, debemos señalar que en este caso particular, el legislador pone a la par del matrimonio al concubinato (recordemos que este Derecho de habitación no alcanza a los concubinos), y lo hace con el fin de dar término al Derecho de habitación, siempre en la idea de que un nuevo estado de vida estaría haciendo cesar las necesidades de habitación del cónyuge supérstite, situación esta que queda poco clara.

Al extinguirse el Derecho de habitación, como es natural, los sucesores que tenían la nuda propiedad sobre el inmueble ahora podrán efectivizar su derecho, conjuntamente con el cónyuge supérstite, si es que la causal de cese no hubiera sido su muerte, entonces en ese caso se procederá a la venta del bien, y el producto de la venta permitirá cancelar las cuotas dentro de las cuales están el cónyuge supérstite y los demás herederos.

11. INTANGIBILIDAD DEL DERECHO DE HABITACIÓN

Tal como lo analizamos a propósito de la legítima, contra la que no se puede pactar, ocurre lo mismo con el derecho de habitación, en tanto que el testador no podrá privar de este derecho a su consorte; en efecto, el artículo 733 del Código Civil refiere: «el testador... tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos». La norma impone al testador el respeto a estos derechos; por lo tanto, cualquier disposición de prohibición sobre estos beneficios no tendrá ninguna validez, y

se tendrá como no puesta, a no ser que estemos frente a supuestos de desheredación, que como sabemos implica la privación de la legítima, y por mandato de la ley también la privación de este Derecho de habitación, en función de que si el cónyuge es desheredado, al perder su derecho hereditario, ya no le asistiría el Derecho de habitación que supone para su ejercicio, la calidad de heredero.

12. ESENCIA O SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO DE HABITACIÓN

El tema, que ha merecido diversas opiniones, nos conduce a desentrañar la naturaleza jurídica del Derecho de habitación. Encontramos autores, como Borda, negando la calidad de derecho hereditario; otros, considerándolo como derecho hereditario, pero, dentro de este, otorgándole calidad de legado, y dentro de la calidad de legado, la de un legado legal; y, en fin, otros, opinando por un prelegado, en tanto que recae sobre un heredero.

Quien le niega la calidad de Derecho Sucesorio es Guillermo Borda, refiriendo que se trata de un derecho adquirido por el cónyuge supérstite con ocasión de la muerte de su consorte. Para él, este derecho nace a propósito del deceso del cónyuge, y lo adquiere el supérstite en su calidad de tal, en tanto que debe seguir gozando del uso del bien que compartió en vida con el causante. Sobre el particular, pensamos que la misma tesis es contradictoria, pues si el derecho nace a consecuencia de la muerte del causante, entonces estamos ante un Derecho Sucesorio, derecho que, como cualquier otro en calidad de sucesor, presupone para su existencia la muerte del causante, a la par de, por ser derecho hereditario es oponible a los otros herederos; en efecto, el derecho se concede (cosa diferente a lo opinado por Borda) a favor del cónyuge supérstite, pero para que el derecho exista es necesario el deceso del cónyuge, en tanto que en vida no es posible su existencia. El deceso del causante abre su sucesión, y convierte a quienes acuden a la herencia en sus sucesores, concediéndoles derechos regulados por ley. Uno de estos derechos es precisamente el que venimos comentando, el Derecho de habitación.

La mayoría de los autores considera que el Derecho de habitación del cónyuge supérstite es un Derecho Sucesorio. Así, Molinario señala los requisitos para que un derecho sea considerado como sucesorio: que tenga significado económico, que aparezca con la muerte del causante, que sea gratuito y que se trate siempre de un derecho existente en el patrimonio del causante. Ahora bien, com una rápida mirada del derecho que venimos comentando, comprobamos que los requisitos mencionados se encuentran en el Derecho de habitación. Por ello Molinario manifiesta que se trata de un derecho hereditario, traslativo, de carácter patrimonial, que produce sus efectos a la muerte del causante.

Doménico Barbero también participa de la tesis de que es un derecho hereditario, precisando que es un derecho que el cónyuge adquiere a título derivado y no originario, lo que lo caracterizaría como prelegado, por cuanto el cónyuge recibe el derecho de habitación no como heredero, sino como legatario legal, particular, forzoso, todo ello independientemente de lo que pueda recibir a título de herencia. Sobre esta opinión consideramos que, efectivamente, se trata de un Derecho Sucesorio, que lo recibe el cónyuge independientemente de lo que pueda recibir como heredero, y en consecuencia se estaría presentando la figura del prelegado, pero sería un prelegado forzoso, o como suelen llamarlo prelegado legal, en tanto que en una sola persona se reúnen dos calidades, por un lado la de heredero, que lo tiene el cónyuge; y por otro, el legado, que si bien es voluntario porque nace de la voluntad del testador, también es legal porque en este caso no nace del testador, sino de la voluntad de la ley, y de allí su nombre de legado legal.

Por su parte, Zannoni se limita a señalar que se trata de una carga impuesta a los herederos, y en efecto, sin entrar a analizar la esencia del derecho, el autor va a los efectos del derecho, y en ello tiene razón, porque efectivamente estamos ante una carga impuesta a los sucesores, quienes no pierden su derecho, mas sí en una suerte de suspensión y no pueden efectivizarlo hasta que se extinga el Derecho de habitación.

Jorge Maffia, por su lado, refiere que se trata no de un prelegado, sino de un legado legal; entendemos que lo hace en función de considerar que en puridad el prelegado se da cuando el testador crea las dos figuras de heredero y legatario en una sola persona; y, en el caso bajo comentario, ya lo hemos señalado, no se trata de que el Derecho de habitación haya sido concedido por el testador, sino por la ley; y en ese caso si tendría razón, por cuanto el legado legal viene a ser un beneficio cuya fuente de origen se encuentra en la ley, como ocurre con el Derecho de habitación creado por ley a favor del cónyuge supérstite.

Biondo Biondi señala que la categoría de legado legítimo es admisible, y comprende los casos en que alguno adquiere por ley, mortis causa, siempre que la adquisición responda a los caracteres del legado.

Por nuestra parte, no tenemos dudas de que estamos ante un Derecho Sucesorio, pues este derecho nace con la muerte del causante, derecho que al ser ejercido por el beneficiario, es oponible a los demás herederos, y lo es precisamente por su calidad de ser un Derecho Sucesorio, y en cuanto a la forma que adopta este derecho, es obvio que solo está reservado al cónyuge supérstite, derecho independiente a lo que corresponde en su calidad de heredero; por lo tanto, al ser un beneficio patrimonial (uso gratuito y vitalicio del inmueble) se

constituye en un legado, recordemos que el legado grava la herencia con un determinado derecho que no siempre es de propiedad; ahora bien, en puridad, el legado nace de la voluntad del testador, quien resulta dando vida a esta institución; sin embargo, y como ya hemos analizado, este derecho de habitación no nace del testador, incluso él no podría prohibirlo (salvo caso de desheredación); entonces, si no nace del testador, debemos concluir que la fuente de origen la encontramos en la ley, y por lo tanto estaríamos ante un legado legal, pero al ser legado legal, y que sólo es posible en beneficio del cónyuge supérstite, estaríamos ante una modalidad de prelegado legal, tal como apunta Barbero.

13. REQUISITOS PARA EJERCER EL DERECHO

De lo escrito hasta el momento sobre este derecho, fluyen naturalmente varias exigencias que deben estar presentes para que este derecho pueda existir. Así, resulta obvio que el cónyuge concurra con otros sucesores, pues si fuera el único heredero, no tendría sentido la figura en tanto que se convertiría en propietario del inmueble, con todas las facultades que concede el dominio.

Sobre el tema propuesto, Jorge Maffia señala, como otro requisito, que el acervo sucesorio esté integrado por un solo inmueble habitable, lo que no obsta a la existencia de otros bienes muebles en la masa hereditaria. Sobre el particular, diremos que en la mayoría de los casos eso va a ocurrir; sin embargo nada obsta para que pese a la existencia de otros inmuebles en la herencia, funcione la figura, y para demostrar ello consignamos un ejemplo. Así tenemos que el causante casado bajo el régimen de sociedad de gananciales tiene, conjuntamente con su consorte, como patrimonio social, 180 000 que lo constituyen tres inmuebles, uno, el principal de todos, donde vive la familia que tiene un valor de 140 000, además de otros dos inmuebles, cada uno de ellos con un valor de 20 000. Al ocurrir el deceso del causante, deja como patrimonio hereditario 90 000, que es lo que le hubiera correspondido como gananciales, y le suceden su viuda y dos hijos. Pues bien, la viuda, al pretender ejercer el derecho de adjudicación sobre el bien familiar en estricta aplicación del artículo 323 del Código Civil, no puede hacerlo en atención a que la suma de su cuota hereditaria, 30 000 (Siendo el patrimonio hereditario 90 000 y concurriendo con dos hijos, su cuota es de 30 000) más sus gananciales, esto es 90 000 (50% de los 180 000 nos da 90 000), no alcanza el valor del inmueble social, en tanto que dicha suma da 120 000, y el valor del inmueble es de 140 000, por lo tanto ejerce su derecho de habitación, que en este caso recae sobre la diferencia del valor del inmueble (140 000) menos la suma de gananciales y cuota hereditaria (120 000), esto es 20 000. Por su parte, los otros dos herederos se pueden adjudicar, cada uno de ellos, los otros departamentos que como ya lo hemos señalado, tienen un valor de 20 000 cada uno. Pero como sus cuotas hereditarias son de 30 000, entonces aún

tendrían a su favor 10 000 por persona, los mismos que estarían representados en el inmueble principal sobre el que ha recaído el derecho de habitación. En consecuencia, sí creemos posible que se ejerza el Derecho de habitación pese a la existencia de varios inmuebles dentro de la masa hereditaria, más aún cuando nuestra legislación no se pronuncia por la exigencia de casa única para la procedencia del derecho, como sí lo hace el Código Civil argentino.

Siguiendo a Maffia, también refiere que para que proceda el Derecho de habitación, el inmueble debe haber constituido el hogar conyugal al tiempo de la apertura de la sucesión. Dice el autor que el fin de la ley es proteger al cónyuge que está viviendo en esa casa para que pueda seguir habitándola, sin solución de continuidad a la muerte de su causante. Sobre el particular, nos parece prudente y necesaria esta exigencia, que no la encontramos muy clara en nuestra legislación, pues si tenemos en cuenta el artículo 731, este numeral utiliza la siguiente frase: «... casa habitación en que existió el hogar conyugal», que es bastante diferente a decir, inmueble que hubiera constituido el hogar conyugal al tiempo de la muerte del causante. Aquí encontramos un presente, una situación de actualidad referida a la ocupación del inmueble por parte del cónyuge, a la vivencia en el mismo tiempo de apertura de la sucesión. Cosa diferente es utilizar, en pretérito, casa habitación en que existió el hogar conyugal, y que puede dar lugar a interpretaciones diversas para el mal uso de la figura, como por ejemplo que al fallecer el causante, su viuda ya no vivía en el hogar conyugal por haber hecho abandono del mismo, pero que puede alegar que ese fue su hogar conyugal; o puede darse el caso de la viuda que sin voluntad propia, fue desalojada por el causante del hogar conyugal, y al morir éste, ya no vivía en el hogar conyugal. Entonces estamos ante dos supuestos que deberían recibir trato diferente: en el segundo amparando el derecho, y en el primero, negándolo. Por ello creemos que la fórmula de Maffia resulta más conveniente.

La legislación argentina también considera como requisito que la estimación del inmueble no pueda exceder el establecido como máximo a las viviendas para ser constituidas en bien de familia, término que en nuestra legislación adopta el nombre de patrimonio familiar. Sobre el particular, en el Perú no hay tal exigencia; sin embargo, un referente importante lo puede constituir el artículo 489 del Código Civil cuando dice «...el patrimonio familiar no puede exceder lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios», ello en consideración a que el Derecho de habitación, como ya lo hemos analizado, adopta la condición legal de patrimonio familiar. Por lo tanto, si se acepta este referente, quedará a criterio del juzgado conceder el derecho o no.

Por último, habría que señalar que en Italia el Derecho de habitación abarca no solo la casa, sino también los muebles que la equipan, sean de propiedad

del causante o bienes comunes (sociales). En el Perú no es necesario regular este tema, pues como ya lo hemos mencionado a tenor del artículo 320 del Código Civil, el menaje ordinario del hogar corresponde al cónyuge sobreviviente, menaje sobre el cual existe una norma que nos precisa qué bienes no integran el menaje (artículo 319 del Código Civil), deduciéndose que los muebles de casa quedan para el viudo o viuda.

14. SOLICITUD PARA EJERCER EL DERECHO DE HABITACIÓN Y SU INSCRIPCIÓN

Sobre este tema, el Código Civil no se pronuncia. Ahora bien, constituyendo el derecho una carga que se impone a los otros sucesores, así como gravamen sobre la casa, y a su vez que el inmueble sobre el que recae el Derecho de habitación asume la condición legal de patrimonio familiar, y siendo este derecho oponible a los sucesores, creemos que el ejercicio del derecho debe merecer un pronunciamiento judicial que venga como autorización con orden de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, lo que supone solicitud al Juez, debiendo ser el plazo máximo para solicitarlo, antes de que se produzca la partición de la herencia, por cuanto esta produce el término de la indivisión y la adjudicación de los bienes que componen la herencia a favor de los herederos. Quizás lo más recomendable es que este pedido se realice paralelamente con la solicitud de declaratoria de herederos o del testamento, en el Registro de la Propiedad donde corre inscrito el inmueble. Ahora bien, para obtener el pronunciamiento judicial se requiere, como es obvio, acreditar el cumplimiento de las condiciones para que opere el derecho. Esto supone, como ya se ha mencionado, la concurrencia del cónyuge con otros sucesores, que el inmueble estuvo destinado a hogar conyugal del solicitante con el causante, que sus derechos por legítima y gananciales no alcancen el valor del inmueble.

SECCIÓN TERCERA
LA LEGÍTIMA

TÍTULO V
CUOTA DE LIBRE DISPOSICIÓN

TÍTULO V

CUOTA DE LIBRE DISPOSICIÓN

Al tratar la institución de la legítima, hicimos referencia a la parte de la herencia de la que el causante no puede disponer libremente si tiene herederos de los llamados forzosos. Pues bien, la restricción, limitación, gira entonces no a todo el patrimonio, sino a una parte de este, parte que está delimitada con una cuota precisa según se trate de uno u otro heredero forzoso. Así nuestra legislación determina dos tercios del patrimonio, si el causante tiene cónyuge o descendientes, y la mitad del patrimonio, si sólo tiene ascendientes. En consecuencia, luego de la deducción de la legítima, queda un saldo, una diferencia respecto de ese patrimonio. Pues bien, a ese saldo que queda del patrimonio, luego de deducida la legítima, se le denomina cuota libre, o porción disponible, atendiendo precisamente a que esa parte de la herencia puede ser dispuesta como mejor le parezca al causante, sin restricción ni limitación alguna, salvo el caso de la existencia del mal llamado hijo alimentista, figura que el Código Civil trata en los artículos 415, 417, 728 y 874, como veremos más adelante.

La cuota de libre disposición o porción disponible no está referida a bienes específicos, sino que se trata de una cuota del patrimonio, una porción abstracta. Por lo tanto, no hay que identificar la porción disponible con un número determinado de bienes. Estamos ante una porción que queda de la herencia luego de restar la legítima.

Para el cálculo de esta porción disponible debemos tener en cuenta la herencia líquida partible, lo que equivale a reconstruir el patrimonio. Esto es: a los valores de los bienes dejados por el causante, se les resta las cargas y las deudas de la herencia, se le adiciona el valor de las liberalidades, luego de ello se deduce la legítima, y el saldo resultante será precisamente esta cuota de libre disposición.

1. CUOTA DE LIBRE DISPOSICIÓN ANTE LA EXISTENCIA DE CÓNYUGE SUPÉRSTITE O DESCENDIENTES DEL CAUSANTE

En este caso el artículo 725 del Código Civil señala que la porción disponible será de un tercio de la herencia, aun cuando, a nuestro juicio, de manera confusa el legislador señala un tercio de los bienes del causante, debiendo entenderse que se trata de un tercio del valor de la herencia líquida partible. Por lo tanto, el testador puede efectuar liberalidades bajo la forma de donaciones o legados, pero siempre dentro de ese límite. En caso contrario, corre el riesgo de que el exceso se reduzca hasta el tercio, en tanto que los otros dos tercios los constituye la legítima, que, como ya sabemos, está reservada a los legitimarios.

2. CUOTA DE LIBRE DISPOSICIÓN ANTE LA EXISTENCIA SOLO DE ASCENDIENTES

En este caso, refiere el artículo 726 del Código Civil, que el que tiene solo padres u otros ascendientes puede disponer libremente hasta la mitad de sus bienes. Sobre el particular, la misma nota que hicimos con respecto al artículo anterior, la reiteramos, en el sentido de que se trata de la mitad del patrimonio hereditario. Por lo tanto, el testador puede realizar liberalidades, pero siempre dentro de este límite. Debemos tener presente que la facultad de libre disposición hasta la mitad del patrimonio hereditario se va a dar solo en el entendido que el causante no tiene cónyuge ni descendientes hábiles para heredarlos, pues si los tuviera, los ascendientes serían excluidos de la herencia, y si tiene cónyuge hábil, entonces se permite la concurrencia de este cónyuge supérstite con los ascendientes del causante, pero en este caso, y tal como lo manda el artículo 824 del Código Civil, y por ser la legítima del cónyuge dos tercios, la cuota de libre disposición será de un tercio del patrimonio hereditario.

3. PATRIMONIO HEREDITARIO DE LIBRE DISPOSICIÓN

Ante la eventualidad de que no le sobrevivan al causante herederos forzosos, es decir, no tenga sucesores legitimarios hábiles, entonces no podemos referirnos a cuotas ni porciones de libre disposición, pues al no existir herederos forzosos, todo el patrimonio hereditario es de libre disposición, lo que equivale a señalar que el testador queda en libertad total de disponer de su patrimonio en vida, a través de liberalidades (donaciones o condonación de deudas y demás), y para después de muerto, vía testamentaria, instituyendo para tal efecto herederos voluntarios, o dejando los bienes de su patrimonio a favor de legatarios llamados por él.

El artículo 727 del Código Civil señala que el que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726 (que aluden a los descen-

dientes y ascendientes) tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes. Al respecto y para mayor claridad del precepto legal, habría que decir que lo que pretende decir la norma es que el causante no tiene parientes hábiles para heredar, pues efectivamente al causante le puede sobrevivir cónyuge, descendientes o ascendientes, pero si estos son inhábiles (por ejemplo, la desheredación), entonces el causante está facultado para disponer igualmente de todo su patrimonio.

4. AFECTACIÓN DE LA CUOTA DE LIBRE DISPOSICIÓN

En principio, la cuota de libre disposición significa que el causante con esa porción puede hacer lo que mejor le parezca. Sin embargo, hay casos en que esta cuota queda afectada (el código en forma errónea dice gravada), y por lo tanto ya el causante no tiene la completa libertad de disponer de esa cuota, y ese es el caso de la presencia del llamado hijo alimentista, figura del artículo 415 del Código Civil.

Efectivamente, según el artículo 728 del Código Civil, si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuere necesario para cumplirla. Se busca defender el derecho del mal llamado hijo alimentista, aquel no reconocido ni declarado judicialmente, pero que ha probado que ese varón (el causante) ha tenido trato sexual con su madre (quien sí está plenamente identificada) coincidente con la época de la concepción, por lo que estaba obligado a la prestación alimentaria.

La situación del hijo alimentista es sui géneris, pues no siendo hijo legalmente no hereda, y al ocurrir la muerte del varón que tuvo trato sexual con su madre, se vería desamparado, por ello el legislador afecta la porción disponible de ese varón (causante) hasta donde sea necesario para cubrir los alimentos.

La acción del alimentista es personal, según lo refiere el artículo 417 del Código Civil, y se dirigirá contra el presunto padre o sus herederos, pero estos no tendrán que pagar más de lo que habría recibido el alimentista si hubiese sido reconocido o declarado. Obsérvese que el citado numeral se ubica en el Libro de Familia, y su redacción permite ponernos en dos supuestos: el primero de estos es que el alimentante se encuentra vivo, y por ello el artículo 417 permite al alimentista dirigir su acción directamente contra él; y el segundo escenario es cuando el alimentante ha fallecido, supuesto en el cual el alimentista, que ya tiene una sentencia a su favor, se dirige contra los herederos del obligado a fin de que cumplan con esta prestación alimentaria, y en ese caso estos herederos asumen esa obligación pero tienen a su favor, que el monto por los alimentos no puede superar lo que habría recibido el alimentista en el caso de que su situa-

ción fuera otra, es decir, sí hubiera sido reconocido o judicialmente declarado y por lo tanto habría recibido el título de heredero.

Consignemos un ejemplo de la forma cómo funciona ello: El causante deja como patrimonio hereditario de 120 000, y le sobreviven tres hijos; sin embargo, estuvo obligado a pagar alimentos a favor de un alimentista. En consecuencia, estos herederos deberán pagar al alimentista una suma que no supere lo que le habría correspondido de haber sido reconocido o declarado, supuesto en el cual hubiese sido un heredero más. En este caso, los 120 000 se dividirían entre 4, lo que daría como resultado que estos herederos no tendrían que pagar al alimentista más allá de 30 000, suma esta que le hubiera correspondido al alimentista de ser un heredero más, o dicho en otros términos, los 30 000 son el tope, el máximo. Ahora bien, los herederos igualmente tienen que considerar para el pago al alimentista la edad hasta donde se extiende su derecho (18 años), por lo que se debe tener presente la edad del alimentista al momento de abrirse la sucesión del alimentante (la edad hasta donde se extiende el derecho termina funcionando como otro límite para el pago de los alimentos). Entonces teniendo en consideración este otro límite, se procede a multiplicar el monto fijado en la sentencia por el tiempo que faltan hasta la extinción de su derecho, tal como lo manda el artículo 874 del Código Civil; y si el resultado de esa operación excede los 30 000 (suma esta que ya hemos mencionado y que constituye la cuota que le hubiera correspondido), los herederos solo pagarán ese tope, y, de caso contrario, pagarán la suma que resulte de la multiplicación ya referida, así si el alimentista al momento de abrirse la sucesión del alimentante tenía 17 años, y su pensión había sido fijada en 500 soles, entonces los herederos solo deberán pagar al alimentista la suma de 6 000; pero si el alimentista al momento de ocurrir el deceso del causante tenía un año y su pensión era de 500, la suma que le corresponderá será como máximo los 30 000 que le hubiera correspondido de haber sido reconocido o declarado judicialmente, y no los 102 000 que resulta de multiplicar el monto de la pensión por el tiempo hasta la extinción de su derecho.

En el caso de sucesión testamentaria, la cuota de libre disposición queda afectada hasta donde sea necesario para el pago de los alimentos, según lo dispone el artículo 728 del Código Civil, lo que implica que esos alimentos por ser deuda de la herencia, tal como claramente lo manda el artículo 874 del Código Civil, deben ser pagados prioritariamente, y si el testador ha dispuesto de la porción disponible afectando con ello el derecho alimentario, esta disposición deviene inválida, pues el testador ha dispuesto de una parte de su cuota que se encontraba gravada por mandato de la ley. Sobre el particular, el artículo 1629 del Código Civil es ilustrativo al establecer que nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento, siendo la donación in-

válida en todo lo que exceda de esa medida; y en cuanto a los legados, deberán reducirse a prorrata a fin de cubrir esta deuda alimenticia.

Para ilustrar la forma cómo se aplica este dispositivo, volvamos al ejemplo anterior en el que el causante deja como patrimonio hereditario 120 000 y tres herederos con la presencia de un alimentista. Puesta en este escenario, la legítima de los herederos será 80 000 que son los dos tercios de la herencia, mientras que la cuota de libre disposición será 40 000; en ese caso, esta porción queda afectada para atender esos alimentos, y si el causante hubiera legado esos 40 000 a favor de un legatario, este queda postergado en el cobro de su legado, pues el alimentista tiene prioridad sobre esa porción, bastando solo conocer a cuánto asciende el monto por este derecho, y el resultado de ello se extrae de esa porción disponible, y si fuera el caso de que ese monto sume 30 000, entonces el legado se reduce de 40 000 a 10 000, cifra esta que pasará a poder del legatario.

A propósito del pago de estos alimentos, el artículo 874 del Código Civil, ubicado dentro de las deudas de la herencia, refiere que los herederos podrán elegir según su conveniencia entre dos alternativas: que uno de los herederos asuma la obligación alimentaria por disposición del testador o por acuerdo de ellos, o que se calcule el monto de la pensión alimenticia durante el tiempo que falta para su extinción, y se entregue, a este o su representante el capital representativo de la renta. Si no hubiera acuerdo entre los herederos, el juez decide la forma de pago.

La situación del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, denominado alimentista, es un caso singular, pues no siendo hijo legal del causante, no puede heredarlo; sin embargo, en aras de no desampararlo, y tal como ocurre en el Derecho de familia, vemos como el Derecho sucesorio no lo ignora, sino todo lo contrario, dicta normas protegiéndolo en cuanto al pago de sus alimentos, e incluso le da una categoría preferencial en cuanto a su derecho, cuando el testador ha dispuesto de la porción disponible, porción de la que debe salir el pago de los alimentos; en este supuesto, como ya lo hemos visto, el legatario verá supeditada la realización de su derecho al pago de los alimentos a favor del alimentista. Esta figura de la protección del derecho de los alimentistas (y aquí comprendemos a todos los acreedores alimentarios) en la sucesión tiene mayor importancia en aquellos países de Latinoamérica en donde no existe la legítima intangible, pero no dudan en resguardar el derecho de alimentos. Sobre el particular, podemos mencionar el caso de México, que prevé en una de sus normas lo siguiente: «la pensión alimenticia es una carga de la masa hereditaria». En el mismo sentido, Costa Rica también consigna en su legislación la norma que dice: «El testador puede disponer libremente de sus bienes con tal que deje asegurados los alimentos a que está obligado»

SECCIÓN TERCERA
LA LEGÍTIMA

TÍTULO VI
DESHEREDACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

TÍTULO VI

DESHEREDACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

1. INTRODUCCIÓN

Al estudiar la indignidad, señalamos que era una de las formas cómo un sucesor queda excluido de la herencia, en este caso a consecuencia de una resolución judicial. Sin embargo, no es la única forma de exclusión, pues también es posible se excluya a un heredero de la sucesión de su causante por voluntad del testador expresada en su testamento, y motivada por una seria inconducta del heredero. Sin embargo, esta forma de exclusión de la sucesión por parte del causante solo juega con los herederos forzosos, al privárseles de sus cuotas legitimarias.

Una de las razones por las cuales el testador llama a sus herederos, es por la consideración y estima que les profesa, y que obviamente deben ser recíprocas, en tanto que el heredero resulta beneficiado sin necesidad de dar nada a cambio, y, en mérito de ello, se le exige una conducta idónea respecto del causante; y, si no fuera tal, y pese a que estos herederos forzosos tienen su derecho reconocido por ley, la misma ley faculta al testador para separarlos de la sucesión cuando hayan incurrido en hechos que denoten falta, agravio, ofensa, contra el testador o sus próximos parientes, y la vía que tiene el testador para que ello proceda es la desheredación.

Refiere el artículo 742 del Código Civil que, por la desheredación, el testador puede privar de la legítima al heredero forzoso que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley.

Como sabemos, la existencia de la legítima impone al causante la obligación de no disponer libremente de su patrimonio, y considerar a sus parientes próximos como beneficiarios de parte del patrimonio que transmitirá. en ese orden de ideas, si no existiera legítima no operaría la desheredación, ya que solo respecto de los herederos necesarios la ley impone al testador la obligación de no disponer libremente, y respecto de otros parientes con vocación sucesoria hereditarias pero no legitimarios, si el causante no desea contar con ellos en su sucesión, bastará simplemente que el testador no los considere en su testamento. Por lo tanto, la institución de la desheredación solo tiene sentido en un sistema en el que exista la legítima, en tanto que esta termina obligando al testador a considerar a ciertos familiares en su testamento, salvo que existan estas causales de desheredación.

Con la desheredación se busca que la reprobación a determinadas conductas del individuo no solo parta de la sociedad, como ocurre con la indignidad, sino que se concrete a nivel de los integrantes de la familia con una sanción; sin embargo no obliga al causante, sino que son potestativas, dependiendo exclusivamente de él, merituar las conductas, y si considera que son faltas graves, y desea sancionar procederá, vía la desheredación, a apartarlo de su herencia; por lo tanto, no es una facultad de los demás sucesores (como ocurre con la indignidad, que son ellos los que pueden demandarla), sino que se trata de un derecho exclusivo del testador a quien se le concede esta facultad.

No todos los países regulan la desheredación. Algunos se limitan solo a legislar sobre la indignidad, como ocurre con Francia e Italia.

El antecedente romano de la institución, la encontramos en la figura de la ex heredatio, donde se podía desheredar sin mencionar la causa.

2. DIFERENCIAS ENTRE LA DESHEREDACIÓN E INDIGNIDAD

Teniendo como denominador común ambas instituciones el desplazamiento del heredero de una sucesión determinada por graves inconductas, resulta conveniente establecer las diferencias existentes entre ambas.

En la desheredación solo está presente la decisión del testador, quien en su testamento ha consignado una cláusula excluyendo a su heredero forzoso de la sucesión; en cambio, la indignidad para su procedencia debe ser demandada judicialmente por cualquiera de los sucesores, por lo tanto dependerá del juzgador declararla o no.

La desheredación solo se refiere a los legitimarios; esto es, juega exclusivamente con los herederos forzosos; en cambio, la indignidad se mueve a nivel de

todo sucesor, sea heredero forzoso o voluntario, e incluso legatarios; así mismo, al ser más amplia la cobertura de la indignidad, hace que esta institución se mueva tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, mientras que la desheredación, y tal como ya quedó señalado, solo tiene presencia en la sucesión testamentaria; y por último, la desheredación debe fundarse en una causa anterior al testamento que ha de quedar expresada en este, mientras que la indignidad basta que se funda en un hecho anterior a la muerte del causante.

3. REQUISITOS DE LA DESHEREDACIÓN

Según el artículo 743 del Código Civil, la causal de desheredación debe ser expresada claramente en el testamento. De ello se deduce que la única forma posible de aparecer la institución es a través del testamento; sin embargo, más adelante veremos cómo el legislador, a propósito de la revocación de la desheredación, menciona que una de las formas de revocar esta, es a través de la escritura pública. Sobre el particular, nosotros creemos que se trata de una figura exclusivamente testamentaria; por lo tanto, si el testador tenía la intención de excluir de su sucesión a un heredero forzoso y no usó la vía testamentaria, y por más que la voluntad del testador aparezca en otro documento, no será posible la desheredación.

Se exige que la desheredación se exprese claramente, pues no hay desheredación tácita, sino que esta suerte de sanción del testador debe quedar claramente establecida, sin que quepa la menor duda, y ello en atención a que se pretende desplazar de una sucesión no a cualquiera, sino a herederos que tienen su derecho reconocido por ley, y no porque se lo haya concedido el testador. Recordemos sobre el particular que las normas sobre la legítima se ven rodeados de interés público.

También constituye exigencia indispensable para la desheredación que la causa esgrimida para ello se encuentre señalada en la ley. En otras palabras, se trata de tipificar la inconducta del sucesor en los supuestos legales, no permitiéndose que por vía de interpretación se aleguen hechos no tipificados. Con ello es claro que se evita abusos del testador. Y por último, se señala que la desheredación no debe encontrarse sujeta a condición, pues la única razón que debe fundarla debe ser la voluntad del testador de privar de su herencia a aquel heredero que por sus actos de inconducta no merece recibirla.

En consecuencia, las causas que invalidan una desheredación son: que la desheredación no aparezca en el testamento, o que no exprese la causa de la desheredación, o que la causal no se encuentre señalada en la ley (tipificada) o que la desheredación se sujete a condición.

Tema relacionado con los requisitos de la desheredación, lo encontramos en lo dispuesto por el artículo 748 del Código Civil, que nos señala que no pueden ser desheredados los menores de edad, ni los mayores que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, y ello por cuanto son incapaces de practicar actos jurídicos válidos, debiendo considerárseles irresponsables; sobre el particular, en el tema de indignidad, similar norma fue comentada cuando se analizó el mismo artículo 748 del Código Civil en el que igualmente se excluye de la posibilidad de ser declarados indignos a los menores de edad y a los mayores de edad incapaces.

SECCIÓN TERCERA
LA LEGÍTIMA

TÍTULO VI
DESHEREDACIÓN

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

1. CAUSALES DE DESHEREDACIÓN

Refiere el legislador, en el artículo 747 del Código Civil, que el testador puede fundamentar la desheredación en las causales específicas de esta, que van desde los artículos 744 al 746, y también en las causales de indignidad señaladas en el artículo 667 del Código Civil. Es de observar que se está dando al testador mayores posibilidades de acción para desplazar a un legitimario de su sucesión, pues ahora ya no solo puede desheredar con las causales propias de esta institución (como ocurría con el Código Civil de 1936), sino que también puede hacerlo invocando las causales de indignidad, que como hemos visto difieren en cuanto a las de desheredación. Lanatta, justificando el precepto, el mismo que considera justo, dice: en tanto que si la ley permite a los coherederos excluir de la herencia a quienes hubieren cometido contra el causante o los más cercanos familiares de este, los actos delictuosos o vituperables que constituyen las causales de indignidad, con mayor razón debe concedérsele al testador, el derecho de emplear estas causales para fundamentar también en estas la desheredación. Recordemos en el título sobre indignidad, la existencia del artículo 669 del Código Civil que refiere que el causante puede desheredar por indignidad a su heredero forzoso conforme a las normas de la desheredación.

El legislador en forma didáctica ha separado a cada uno de los herederos forzosos, estableciendo para cada uno de ellos los supuestos de desheredación.

2. CAUSALES DE DESHEREDACIÓN DE LOS DESCENDIENTES

Establece el artículo 744 del Código Civil que se puede desheredar a:

- Descendientes que han maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge, si este es también ascendiente del ofensor. Lo primero que tenemos que resaltar es que cuando el legislador alude al ascendiente como víctima del maltrato o injuria, no

es cualquier ascendiente, sino que se está refiriendo al ascendiente de cuya herencia se trata, y en esta misma línea, al referirse al cónyuge, alude al consorte del causante, precisando que para que la causal funcione, este cónyuge también debe guardar una relación de ascendencia con el ofensor; por lo tanto, si el ofensor, con respecto al cónyuge del causante, no guarda ningún vínculo de parentesco consanguíneo, pese a la falta, no podría ser desheredado, lo que nos parece a todas luces injusto, pues en el fondo, la falta cometida, también ofende seriamente al causante, debido a que se está faltando a su cónyuge. Por otro lado, el inciso bajo comentario utiliza el término reiterado, lo que descarta que la falta se haya dado solo por una vez; sin embargo, más que la reiteración de la falta, creemos que deberíamos estar a la gravedad de la falta y causa del maltrato.

- Haber negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente, encontrándose este gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo. El instituto jurídico de los alimentos impone como obligación recíproca el deber alimentario entre ascendientes y descendientes. En cuanto a la obligación de estos últimos respecto de sus ascendientes, parte del supuesto del estado de necesidad del ascendiente, el mismo que solicita que su hijo (descendiente) lo alimente. Ahora bien, este, en situación de poder satisfacer la prestación alimentaria, no lo hace; entonces prevé la legislación que, al margen de las acciones civiles y o penales que se deriven de este incumplimiento, en sede de sucesiones, esta inconducta da lugar a que el descendiente que incumple injustificadamente su obligación sea desplazado por su ascendiente de su sucesión. Es clara la sanción en tanto que no solo se incumple un deber legal de alimentos, sino que se incumple con un deber de asistencia y socorro que se deben los ascendientes y descendientes, y de allí la sanción en el orden sucesorio, pues el descendiente que actúa de esa manera no se hace merecedor a recibir nada de su ascendiente. Cuando este, estando en aptitud de transmitir bienes, recuerda esta grave falta del descendiente, entonces procede a desheredarlo. En este mismo orden de ideas, también se sanciona el abandono que hace el descendiente de su ascendiente, cuando este se encuentra enfermo o sin poder valerse por sí mismo, situaciones que demandarían mayor atención de sus descendientes. Sin embargo incumpliendo el deber de asistencia entre familiares, próximos y cercanos, hace caso omiso de la situación de insuficiencia del ascendiente, teniendo como sanción el que el ascendiente, mañana más tarde, pueda desplazarlo de su herencia, vía la desheredación.
- Haber privado al ascendiente de su libertad injustificadamente. Con la legislación pasada (Código Civil de 1936) no se mencionó el término

injustificado, que termina calificando la conducta del descendiente, y por ello la interpretación que se daba de la norma, pudo conducirnos a situaciones injustas, como por ejemplo, el hijo que no permitía que su padre abandonara el hogar, en tanto que este tenía graves problemas de orden mental que ponían en serio riesgo su integridad, e incluso su vida si es que transitaba fuera del ambiente hogareño. Era lógico pensar que en esa situación el hijo estaba protegiendo al padre, y por ello no debería ser pasible de sanción alguna. Hoy, la vigente norma utiliza el término injustificado que resulta muy adecuado por cuanto se pueden y de hecho se presentan situaciones como la descrita en el ejemplo consignado. Entonces, debemos concluir que la causal debe entenderse ante una situación en la que sin justificación alguna, y sin motivo aparente, el descendiente priva de libertad al ascendiente, por ejemplo recluyéndolo (contra su voluntad) en un lugar inaccesible, e incluso impidiendo la visita de sus familiares.

- Llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral. El antecedente de este supuesto lo traía el Código Civil de 1936, señalando que se podía desheredar a la hija o nieta del causante que se dedicaba a la prostitución, resultando muy limitada la causal e incluso discriminatoria, por cuanto se aludía a las mujeres descendientes, sin mencionar a los varones. Por ello, el legislador del Código Civil de 1984, con buen criterio, abre la causal, y ahora, sin detenerse en si el descendiente es varón o mujer, alude en términos generales a los descendientes, y sin encasillarse en la figura de la prostitución, menciona vida deshonrosa o inmoral. Cierto es que podemos caer en un subjetivismo respecto de qué es deshonra, qué es inmoralidad, sobre todo en el tiempo presente, en donde las costumbres se encuentran más bien relajadas, y lo que el causante puede considerar como inmoral, para otras personas no lo sea. De allí que en todo caso, como la desheredación se puede contradecir, el afectado en el proceso respectivo podrá cuestionar la supuesta inconducta imputada por su ascendiente, debiendo ser el juzgador quien resolverá en última instancia.

3. CAUSALES DE DESHEREDACIÓN DE LOS ASCENDIENTES

El legislador prevé situaciones que considera inconductas de parte de los ascendientes respecto de su descendiente (causante), y las sanciona con la desheredación. Veamos cuáles son estos supuestos:

El artículo 745 del Código Civil señala como causales de desheredación de los ascendientes:

- Haber negado injustificadamente los alimentos a sus descendientes. Sobre este supuesto, nos remitimos a lo que dijimos a propósito de la desheredación de los descendientes, en tanto que, como ya lo hemos mencionado, los alimentos son recíprocos. En este caso la falta termina siendo más grave, pues se parte del supuesto de que cuando el descendiente, siendo menor de edad o mayor incapaz, pide alimentos a su ascendiente; este, en forma injustificada, se los niega. Solo habría que agregar que consideramos que no es necesario, como algunos lo sostienen, que se haya demandado judicialmente los alimentos, y lo decimos, en la medida que puedan existir otros medios cómo probar esta falta al deber alimentario. Sin embargo, debemos tener presente que la desheredación puede ser contradicha en juicio que inicie el desheredado.
- Haber incurrido el ascendiente en alguna de las causas por las que se pierde la patria potestad o haber sido privado de esta. Repárese en que la causal alude al cese temporal del ejercicio de la patria potestad, regulada en el Código Civil en su texto inicial, antes de ser modificado por la legislación del niño y adolescente; por ello, menciona privación y pérdida. En efecto, tanto la privación como la pérdida a la que se sumaba la suspensión eran las formas como se traducía el cese temporal del ejercicio de la patria potestad, y cada una de estas tenía sus propias causas. Así tenemos que se perdía el ejercicio si se abandonaba al hijo o se cometía un delito cuya pena llevaba consigo la pérdida; y en el caso de la privación, se producía cuando se trataba con dureza excesiva al hijo, se le negaba alimentos o por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos; es decir serias faltas de los padres respecto de sus hijos. Sin embargo, el tratamiento del cese temporal ha sido modificado por el Código de los Niños y Adolescentes, y hoy en el artículo 75 de ese cuerpo de leyes, solo se refiere a la suspensión, como forma de traducirse el cese temporal, habiendo desaparecido la privación y la pérdida, como formas de cese temporal. E incluso diremos que las tres formas como aparecía este cese temporal se han refundido en una sola, a la que se llama suspensión. En todo caso para entender este supuesto de desheredación, tendríamos que referirnos a las inconductas del ascendiente respecto de sus hijos, las mismas que si encuadran dentro de las causas de suspensión, habrían producido el motivo de desheredación. Entonces, si los padres dan órdenes, consejos o ejemplos que corrompan a los hijos, o permiten la vagancia de estos, o los dedican a la mendicidad, o los maltratan física o mentalmente, o les niegan los alimentos, y ahora según la Ley 29194 si se les abre proceso penal por delitos de acto sexual contra menores de 14 años, delitos por actos contrarios al pudor con menores de 14 años, proxenetismo o sustracción o seducción a una persona para entregarla a otra con el objeto

de practicar relaciones sexuales, en esos supuestos serán pasibles de suspenderles el ejercicio de la patria potestad; y, en consecuencia, esta suspensión obraría como supuesto de desheredación.

4. CAUSALES DE DESHEREDACIÓN DEL CÓNYUGE

Tratándose de otro de los herederos forzosos, también se especifican causales propias que van a conducir a que el cónyuge del causante pueda ser desplazado de la herencia, vía la desheredación. Veamos lo que señala el artículo 746.

Señala el numeral citado que son causales de desheredación del cónyuge las previstas en el artículo 333, incisos 1 al 6, del Código Civil. Esto es, se trata de una norma de remisión, y en este caso alude a las causales de la separación legal, o divorcio, y más precisamente las referidas al adulterio, violencia física o psicológica, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave, abandono injustificado de la casa conyugal y la conducta deshonrosa. Sin embargo se han dejado de lado las otras causales, tales como el uso injustificado de drogas, o la condena por delito doloso, que trasuntan igualmente culpas del cónyuge que incurre en dichos supuestos. Quizás el legislador no las ha considerado, por cuanto está en la idea de que en estos casos debe primar el deber de asistencia entre los cónyuges, y en esa misma línea estarían las otras causales, tales como la enfermedad grave de transmisión sexual o la homosexualidad sobreviniente, sin mencionar a las nuevas causales aparecidas a propósito de la Ley 27495, como es el caso de la imposibilidad de hacer vida en común.

Cabe precisar que para que funcione este supuesto de desheredación no se requiere proceso de separación legal o divorcio, pues si tal fuera no tendría sentido la desheredación, en tanto que, como conocemos, existen los artículos 343 y 353 del Código Civil, que son normas sancionadoras al cónyuge culpable de la separación legal o divorcio. Lo cierto del caso es que se permite al cónyuge agraviado, que no quiere que su problema familiar salga a luz, sancionar a su consorte privándole del derecho de herencia que por ley le correspondería. Sobre el tema en mención, existen algunas propuestas para extender la causal a todos los supuestos del artículo 333 del Código Civil, aun cuando creemos que no debería incluirse la separación convencional ni la separación de hecho, en tanto que la primera causal responde a un acuerdo de los cónyuges para llegar a la separación, y la segunda es una causal objetiva y no subjetiva.

SECCIÓN TERCERA
LA LEGÍTIMA

TÍTULO VI
DESHEREDACIÓN

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO

1. EFECTOS DE LA DESHEREDACIÓN

Al hacer el distingo con la indignidad, señalamos que la desheredación produce efectos a la muerte del testador y por el solo mérito del testamento, si es que se han cumplido las exigencias legales. Por lo tanto, para que produzca efectos la desheredación, no se requiere proceso judicial, aun cuando, como veremos más adelante y en forma potestativa, el legislador le concede la posibilidad al mismo testador de utilizar la vía judicial para aprobar la causal que invoca como base de la desheredación. En consecuencia, los efectos se van a dar por la sola existencia del testamento.

Los artículos 749 y 755 del Código Civil hacen referencia a estos efectos, aun cuando no se agotan en estos como veremos.

a) La desheredación es personalísima. Lo que importa que la sanción solo afecta a aquel que incurrió en la falta, no pudiéndose extender a sus descendientes. En atención a ello es que el artículo 755 del Código Civil refiere que los descendientes del desheredado heredan por representación la legítima que a este correspondía, norma con la cual mostramos nuestra total conformidad, por cuanto la inconducta del sucesor debe ser afrontada y la responsabilidad asumida por aquel que cometió la falta, y no alcanzar responsabilidad alguna a los descendientes del ofensor, que nada tienen que ver con los actos ilícitos de su ascendiente. Es claro que, en el caso bajo comentario, proceda la representación sucesoria, en estricta aplicación del artículo 681 del Código Civil, pues, como sabemos, los supuestos de esta institución que convierten al heredero en inhábil, son los de premorencia, renuncia, indignidad y desheredación.
b) La desheredación hace privar de la legítima al sucesor. El efecto más grave y trascendente de la desheredación, es precisamente que el ofen-

sor pierde su cuota legitimaria que por ley le hubiera correspondido. Esto como una sanción a aquel sucesor que debió guardar estima, consideración, respeto al causante, pero que hizo todo lo contrario, y por ende se le desplaza de la herencia, perdiendo su derecho hereditario.

c) La desheredación no se extiende a las donaciones o legados otorgados al heredero. Se hace el claro distingo en cuanto a los efectos de la desheredación la misma que se limita a la legítima, mas no a las liberalidades, tales como las donaciones recibidas en vida del causante, que, si la voluntad del testador hubiera sido dejarlas sin efecto, pudo él mismo revocarlas, en tanto que esas donaciones son pasibles de revocación, precisamente por las mismas causales de indignidad o desheredación. Entonces, como no las revocó, conservan su eficacia. Tampoco se extienden a los legados, que pueden ser dejados de lado por el mismo testador, sin expresión de causa, procediendo a su revocación. Por lo tanto, si el mismo testador no se ha pronunciado por estas liberalidades, debemos entender que si no las objeta, lo que desea es solo (que ya es bastante) privar de la legítima.

d) La desheredación no se extiende a los alimentos debidos por ley, ni a otros derechos que corresponden al heredero con motivo de la muerte del testador. En cuanto a los alimentos la concordancia que debemos hacer es con el artículo 485 del Código Civil, que alude al acreedor alimentario que sea indigno de suceder, o que pueda ser desheredado por el deudor de los alimentos, a quien no le niega los alimentos; sin embargo, se los limita al señalar que solo pueden recibir lo estrictamente necesario para subsistir (en doctrina son alimentos necesarios); por lo tanto si el sucesor ha incurrido en algún supuesto de desheredación contra el causante (se entiende vivo aún), este no podrá negarle alimentos (si es que se encuentra en estado de necesidad); sin embargo, se los limita a lo estrictamente necesario. En cuanto a otros derechos que correspondan al heredero con motivo de la muerte del causante, y que tampoco los pierde, pueden ser el derecho de representar a su ascendiente en la sucesión del causante. También el derecho indemnizatorio, si se diera el caso de muerte del causante, por daño causado por un tercero.

e) El desheredado pierde el derecho de usufructo y de administración. Se trata de sancionar al sucesor que ha cometido la falta, y sancionarlo apartándolo en forma total de los bienes de la herencia que le hubieran correspondido. En consecuencia, no solo los pierde, sino que, a propósito de la desheredación, estos pasan a sus descendientes, y si éstos aún son menores y por lo tanto se encuentran bajo patria potestad, precisamente del sucesor desheredado, entonces la sanción está referida a que esos bienes no serán administrados por el sucesor del causante, ni tampoco tendrá derecho de usufructo (como sabemos por patria potes-

Document Control Number: [illegible]

tad, administración y usufructo de bienes de menores corresponden a los padres); en efecto, el artículo 755 del Código Civil, señala que el desheredado no tiene derecho al usufructo, ni a la administración de los bienes que por esta causa adquieran sus descendientes. Debe concordarse la norma con lo dispuesto en el artículo 436, inciso tercero del Código Civil, referido a qué bienes no entran en el usufructo legal de los padres, y así dice la norma: «están exceptuados del usufructo legal... la herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres o por haber sido estos desheredados».

2. CONTRADICCIÓN DE LA DESHEREDACIÓN

Para evitar arbitrariedades del testador respecto a la desheredación, se ha previsto, a favor del sucesor desheredado, la posibilidad de contradecir esta separación de la sucesión. En efecto, el artículo 750 del Código Civil alude al derecho que corresponde al desheredado o a sus sucesores (si aquel hubiera fallecido) para contradecir la desheredación, habiéndose fijado el plazo de dos años contados desde la muerte del testador, o desde que el desheredado tuvo conocimiento del contenido del testamento.

Obsérvese que el legislador provee al desheredado de este camino judicial para dejar sin efecto la desheredación; por lo tanto, deberá enervar los hechos que sustentan la causal invocada por el testador para la desheredación, o también probar que la causal es ilegal porque no se funda en una causa expresamente establecida en la ley. En cuanto al primer punto, está claro que a lo mejor el testador sin mala fe haya interpretado determinados hechos como supuestas inconductas de parte del sucesor (ejemplo, considerar al descendiente como que ha llevado una vida deshonrosa o inmoral, debido a que el citado descendiente tuvo una intensa actividad social, mal interpretada por el causante). Y en cuanto a lo ilegal de la causal, probando que el testador ha invocado hechos que no están tipificados como supuestos de desheredación.

Se posibilita accionar al desheredado o a sus sucesores, si este ha fallecido. En ese caso, corresponderá a estos sucesores del desheredado probar que la causal no se ajusta a la verdad de los hechos o es ilegal; y, en cuanto al plazo, ha hecho bien el legislador, al establecer dos criterios: el primero, el plazo se computará desde la fecha de la muerte del testador; y el otro, más subjetivo, desde que el desheredado, o decimos sus sucesores, toman conocimiento del contenido del testamento, en el cual se consigna la desheredación.

En tanto que el mismo legislador ha posibilitado que el testador pueda acreditar en vida la verdad de los hechos que sustentan la causal de deshereda-

ción; entonces, si ello ha sucedido, no habrá por parte ni del desheredado o de los sucesores, la mínima posibilidad de contradecir la desheredación, en vista de que esta ha sido debidamente probada en juicio.

Como es natural, al producirse el juicio de desheredación, corresponderá a los otros sucesores del causante acreditar la causa invocada como fundamento de la desheredación.

3. ACCIÓN PARA JUSTIFICAR LA DESHEREDACIÓN

Entiéndase que no se trata de una obligación del testador, mas sí una potestad de él, probar la causal en proceso judicial que inicia contra el desheredado. Ello nos parece prudente, debido a que el testador, conociendo al desheredado, presuma que pretenda este, una vez que el causante haya fallecido, tratar de enervar la causal, aprovechándose de que el causante ya no está presente, resultando más difícil a los otros sucesores demostrar la citada causal. Entonces, previendo ello, se le concede esta posibilidad. En efecto, el artículo 751 del Código Civil dice textualmente: «El que deshereda puede interponer demanda contra el desheredado para justificar su decisión. La demanda se tramita como proceso abreviado. La sentencia que se pronuncie impide contradecir la desheredación». Prudente, aconsejable la norma a favor del testador, quien como es obvio está en mejor posibilidad de probar la causal que lo que puedan estar sus sucesores.

4. REVOCACIÓN DE LA DESHEREDACIÓN

Si la institución de la desheredación está reservada exclusivamente al testador, a quien se le da la posibilidad de juzgar conductas de sus herederos forzosos, y sobre la base de estas pronunciarse sobre la desheredación, con el mismo criterio se le faculta, si así lo cree pertinente, dejar atrás su sanción, y en una actitud de perdón revocar la desheredación, con la finalidad de que el sucesor, que originalmente fue separado de la herencia, vuelva a la sucesión con todos sus derechos.

Refiere el artículo 753 del Código Civil que la desheredación queda revocada por instituir heredero al desheredado; pues bien, estaremos ante este supuesto cuando el testador en un primer testamento ha procedido a desheredar a su sucesor, y luego vuelve a testar, y sin expresarlo claramente, vuelve a instituirlo al desheredado como su heredero, lo que trae como lógica consecuencia que se haya producido la revocación de la desheredación.

El mismo artículo sigue señalando que la desheredación queda revocada por declaración expresada en el testamento o en escritura pública. En este caso no hay

una suerte de revocación tácita, sino que el perdón es expreso y así lo manifiesta; sin embargo, creemos que confunde el legislador, al posibilitar que esta declaración expresa de revocación puede aparecer en el testamento (cosa que está bien) o en escritura pública; esta última vía no es posible, si estamos como en el presente caso, ante un supuesto de revocación parcial de un testamento.

Cuando el testador, una vez que ha desheredado, vuelve a testar pero solo para revocar la desheredación, pues bien, en ese escenario estamos ante una revocación parcial de un testamento, y a tenor del artículo 799 del Código Civil, cualquier revocación total o parcial del testamento debe ser hecha por otro testamento; por lo tanto, si el legislador ha pensado que la revocación de la desheredación puede aparecer por escritura pública, yerra, a no ser que lo que haya querido decir es que la revocación de la desheredación puede aparecer en testamento por escritura pública, lo que nos parece limitante, en tanto que todos los testamentos (cumplidas las exigencias legales) producen los mismos efectos. Termina el artículo 753 del Código Civil señalando que, si se produce la revocación de la desheredación, en ese caso, no producirá efecto el juicio anterior seguido para justificar la desheredación, lo que nos parece correcto, en tanto que lo que vale es la última voluntad del testador, y como vemos la revocación sería posterior al juicio que inició para acreditar la causal.

Se señala igualmente que, revocada la desheredación, esta no puede ser renovada sino por hechos posteriores, lo que supone que una futura desheredación solo podría darse si posterior a la revocación se presentan nuevos hechos, atribuibles al sucesor, que ameriten, por parte del testador, desplazarlo de su herencia. Esto que afirma el artículo 754 parece correcto, y en efecto lo es, pero parcialmente, en tanto que los hechos que pueden motivar al testador a desheredar pueden no necesariamente ser posteriores a la revocación, sino que ya existían, pero que eran desconocidos por el testador, y que luego de tomar conocimiento de los mismos, podría utilizar la desheredación. En ese caso, el citado artículo debió decir que, revocada la desheredación, esta no puede ser renovada sino por otros hechos, con lo cual cubre no solo hechos posteriores, sino también hechos existentes antes de la revocación, por cierto diferentes a los que fueron materia de la desheredación, pero que recién son conocidos por el testador, y no como la actual norma, con cuya redacción debemos entender que la desheredación solo puede ser renovada por nuevos hechos posteriores.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Está claro que esta clase de sucesión basada en la voluntad del causante, tiene prioridad sobre la legal o intestada, en tanto que esta solo entra en defecto de la sucesión testamentaria, o, como también se ha señalado, la sucesión legal aparece para complementar el testamento, cuando este termina siendo insuficiente para ordenar la sucesión del causante.

El acto de testar resulta siendo muy conveniente al causante, y le ofrece unas serie de posibilidades de disposición de su patrimonio, que no le ofrece la intestada. Verbigracia, puede instituir herederos voluntarios, en el caso de que no tenga herederos forzosos; así mismo, instituir legatarios dentro de su cuota de libre disposición; puede dejar establecida la división y partición de su patrimonio; puede imponer a los herederos condiciones y cargas, siempre que no lo haga con los legitimarios; puede dejar todo su patrimonio en legados y por cierto también puede dictar disposiciones personalísimas, y, en fin, ordenar su sucesión. Sin embargo, y pese a las bondades del acto testamentario, a la luz de nuestra realidad, observamos que en el Perú son pocos los que testan, quizás en la idea de que el acto testamentario es un preludio de la muerte, lo que no necesariamente es cierto.

La mayoría de autores opina que la sucesión testamentaria es complementaria al derecho de dominio, debido a que si todo propietario puede disponer de sus bienes en el transcurso de su existencia, no sería justo negarle dicho derecho para después de su muerte, disposición que la haría a través del testamento.

La base del acto de testar y disponer de su patrimonio para después de su muerte descansa en la libertad y en la propiedad. Libertad, en cuanto a que no hay obligatoriedad de otorgar testamento; por lo tanto, el que desee ordenar su sucesión, a los efectos de convocar a los sucesores de su estima, puede hacerlo

a través de cualquiera de las formas testamentarias; entonces se trata de un acto totalmente libre, por el que el causante manifiesta su voluntad creando relaciones jurídicas tanto en el orden personal o patrimonial para después de su muerte. Propiedad, pues se trata de hacer uso de una de las facultades dominales como es la disposición, y, en este caso, disposición de bienes o derechos para después de su muerte. En esta línea de pensamiento se ubican tanto Lanatta como Valverde.

Pese a las bondades con que cuenta la sucesión testamentaria, lo que observamos en la realidad es su poco uso. Por ello se hace necesario iniciar una campaña de información a la población sobre la importancia del testamento, a la par de hacer más ágil el otorgamiento de los mismos y el abaratamiento de los costos. Sobre el particular, las reformas que se proyectan sobre el libro de sucesiones tienen que comprender también esta realidad.

En conclusión, el acto testamentario implica que la persona en ejercicio de su libertad dirige su voluntad a crear relaciones jurídicas para después de su muerte. Se traduce esta voluntad en un acto jurídico, eminentemente formal, llamado testamento.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO I
TESTAMENTO

TÍTULO I
TESTAMENTO

Declaración de última voluntad, y más precisamente acto de disposición de bienes para cuando el otorgante haya fallecido. Este concepto es el que predomina en las diversas legislaciones; sin embargo, debemos señalar que no necesariamente, ni exclusivamente, el testamento debe contener disposiciones con contenido patrimonial, pues más que ello, y como dice Clemente de Diego, se trata de un ejercicio de plena autonomía de la voluntad de una persona para después de su muerte, y así se pueden encontrar disposiciones de orden económico en el testamento, pero también disposiciones de orden personal, y ello en consonancia con lo que dispone y permite el artículo 686 de nuestro Código Civil al señalar que el testamento que se limita a disposiciones de carácter no patrimonial tiene pleno valor y eficacia.

Muchas y muy diversas son las definiciones que ha inspirado la palabra testamento a través del tiempo. Por ejemplo, Ulpiano, jurisconsulto romano, nos decía que el testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte. Modestino dice del testamento: «testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de so quo quis mortam suma fieri velit», lo que implica que por el testamento el testador no solo transmite bienes, sino que puede emitir otras declaraciones de voluntad, como por ejemplo, disposiciones sobre ejecución de testamento, tutela, curatela, etc.

Para De Cossio, se llama testamento al negocio jurídico, solemne, unilateral, personalísimo y esencialmente revocable hasta el momento de la muerte del testador, cuyo contenido no se limita a la mera disposición de bienes, sino que puede extenderse a otras materias, como reconocimiento de hijos, institución de tutela.

Santiago Fassi define el testamento como acto de disposición de bienes para cuando el otorgante haya fallecido, de naturaleza renovable; mientras que Mazeaud, señala que es un acto jurídico unilateral, revocable, solemne, cuyos efectos no se concretan sino a la muerte del testador. En lo que se refiere al Perú, autores como Cornejo Chávez y Luis Echecopar coinciden en definirlo como una declaración de última voluntad por la que una persona dispone para después de su muerte de los bienes y asuntos que le atañen.

Nuestra legislación no contiene una definición del testamento, mas sí observamos que el legislador se ha preocupado en recoger el fin del testamento, y así nos los hace saber en el artículo 686 del Código Civil que dice: «Por el testamento 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. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellos»; respecto a este último párrafo, es obvio que si un testamento no contiene institución de herederos ni disposición de bienes o derechos, habiéndose limitado a crear relaciones en el orden personal, acaecido el deceso del testador, sus sucesores tendrán que iniciar el proceso de declaratoria de herederos para poder participar de la sucesión.

1. CARACTERÍSTICAS DE LOS TESTAMENTOS

La institución del testamento posee características propias que le dan autonomía frente a otras instituciones, aun cuando guarde con estas ciertos parecidos. Veamos cuáles son:

2. ACTO JURÍDICO

Resulta obvio que el testamento no es un contrato, en tanto que no requiere para su otorgamiento del acuerdo de voluntades entre el testador y el sucesor; como tampoco será necesario para su validez que exista tal acuerdo, el testamento queda perfeccionado con la sola voluntad del testador, e incluso los herederos convocados como tales, pueden renunciar a participar de la citada sucesión. Sin embargo, ello no es óbice para que después de muerto el causante, el testamento ya haya generado relaciones jurídicas; tan es así que si el sucesor, como lo hemos mencionado, no desea participar de la sucesión, debe renunciar, pues de no hacerlo se le considera como heredero. En doctrina comparada existe la opinión de que el testamento tiene como propósito dar a conocer la voluntad de su autor para la época que seguirá a su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario, como desde el punto de vista extrapecuniario.

En doctrina peruana denominamos y calificamos al testamento, como un acto jurídico, por que se trata de una manifestación de voluntad hecha con la intención de producir efectos jurídicos, lo que evidentemente ocurre, pues al producirse la muerte del testador, el testamento adquiere vida propia, y sus consecuencias jurídicas se dejan sentir una vez abierto el mismo.

Nuestro Código Civil peruano, en el Libro de Acto Jurídico, en su artículo 140 regula el acto jurídico, señalando que se trata de una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Tal definición coincide con la del testamento, que también alude a una manifestación de voluntad (en este caso la última del que la otorga) y dirigida a crear relaciones jurídicas (entiende para después de la muerte del otorgante), y vemos en sucesión testamentaria, que este acto eminentemente formal crea relaciones jurídicas; por ejemplo, en el caso de los sucesores, estos se convierten en nuevos titulares del patrimonio que fue del causante.

En cuanto a la validez del acto jurídico, el artículo 140 del Código Civil refiere que se requiere agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad; pues bien, en el testamento, para que valga, también deben estar presentes todos estos elementos. Así, el testador debe ser capaz en el acto testamentario, pues en caso contrario, el testamento será inválido. En cuanto al objeto física y jurídicamente posible, el objeto del testamento debe ser viable no solo materialmente, sino también en el orden jurídico, pues, en caso contrario, tal acto jurídico no podrá cumplirse y en consecuencia será un testamento imposible; y si el objeto es jurídicamente imposible será porque violenta normas jurídicas que no pueden ser aceptadas, por lo tanto el testamento será inválido. Otro tanto ocurre con el fin del testamento, el mismo que deberá ser lícito, caso contrario será inválido (ejemplo, legar bienes para actos terroristas); y en cuanto a la forma, deberá ser observada, en tanto que se trata de un acto solemne, a tal punto que si no se observan las formas establecidas en el artículo 695 del Código Civil (escrito, fecha, nombre y firma), el testamento será nulo tal como lo prevé el artículo 811.

Sin embargo, el testamento es un acto jurídico especial, sui géneris, que dista del común de los actos jurídicos, y por ello no todas sus disposiciones le serán aplicables, como, por ejemplo, el artículo 225 del Código Civil, que alude a la validez del acto jurídico aun cuando se declare la nulidad del documento que lo contiene. Ello no es de aplicación al testamento, en el que el acto y el documento que lo contiene forman una unidad, un solo cuerpo, y si el documento se declara nulo ya no habrá testamento, de aquí radica la solemnidad del testamento. Tampoco son de aplicación las normas del acto jurídico referidas a la confirmación del acto, pues el testamento es un acto post mórtem; y en esa

medida, el que debería confirmar el acto ya no vive, entonces el testamento termina siendo inconfirmable.

Teniendo en consideración lo señalado respecto de que el testamento, siendo un acto jurídico, es uno sui géneris, especial por sus propias particularidades, cabe preguntarse si las modalidades del acto jurídico en general se aplican al testamento. Sobre el particular, el artículo 689 del Código Civil refiere: «Las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias y se tienen por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley»; ahora bien, cabe preguntarse qué condiciones y cargos caben en un testamento, y cuáles no. Por lo tanto, se tendrán como no puestas, si van contra las normas imperativas de la ley.

Para resolver las interrogantes planteadas, habría que dilucidar en primer lugar el concepto de imperativo que utiliza el artículo 689; pues bien, creemos que el término imperativo se asimila a las normas de orden público, y que por lo tanto no pueden ser derogadas por las partes. Marcial Rubio refiere que la norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad contraria. Entonces, siguiendo el numeral 689, nos preguntamos ¿cuándo estaremos ante una modalidad contraria a una norma imperativa?.

Veamos en sede de acto jurídico lo referente a las modalidades que podrían contrariar el orden público, y para ello nos referimos a las modalidades ilícitas, en tanto que lo ilícito implica contrariar un orden necesario en una sociedad. Pues bien, los artículos 171 y 189 del Código Civil aluden a la invalidez del acto jurídico por modalidades ilícitas. El primero de ellos, refiriéndose a la condición suspensiva ilícita, que trae como consecuencia la invalidez del acto, y el 189 señalando que si el hecho que constituye el cargo es ilícito o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno. Ahora bien, el término ilicitud que emplean los artículos citados está asociado a actos prohibidos por la ley, a causa de oponerse a la justicia, a la equidad, a la razón o a las buenas costumbres. Por otro lado, afirmamos que lo imperativo encierra licitud, orden, por lo tanto son modalidades ilícitas las que deben considerarse que van contra las normas imperativas; sin embargo, tratándose de la condición suspensiva ilícita, el trato es diferente en sede testamentaria del que recibe en el libro de acto jurídico, pues en sucesiones según el artículo 689, tal condición ilícita se tiene como no puesta, mientras que en acto jurídico, y según hemos visto ya con el artículo 171, la ilicitud trae como consecuencia la invalidez del acto. En cuanto a los cargos a que alude el artículo 189, el trato es igual en acto jurídico y en testamento, pues en ambos casos se tienen como no puestos, trato este que también es similar cuando nos referimos a las condiciones resolutorias, pues aquí los artículos 171

y 689 del Código Civil coinciden en señalar que las condiciones resolutorias ilícitas, se tienen como no puestas, aún cuando desde ya precisamos que las condiciones y plazos resolutorios no han sido regulados en sede sucesoria testamentaria, como se puede inferir de lo señalado en el artículo 768.

En efecto, en sede testamentaria, las modalidades del acto jurídico, condición, plazo y cargo, si bien es cierto son regulados, y para ello tenemos el numeral 768 ya mencionado, también lo es que en cuanto a la condición y al plazo, solo han sido reguladas las suspensivas, mas no las resolutorias.

El artículo 768 del Código Civil alude a la condición suspensiva, cuya verificación debe esperar el legatario para que la disposición testamentaria le haga adquirir el derecho, pudiendo mientras tanto ejercer las medidas precautorias de su derecho. La condición suspensiva genera un derecho condicional, eventual o expectaticio; el efecto del cumplimiento de la condición será ex nunc, esto es, para el futuro. Por ejemplo, la asignación dejada a un sobrino si obtiene un título académico. Conviene recordar, sobre el tema, que en Roma, el titular del legado a condición que fallecía antes de cumplir con esta, no podía transmitir su derecho a los herederos, pero esta transmisión sí se efectuaba respecto del titular del legado simple.

El artículo 768 del Código Civil no consigna la condición resolutoria, pero tampoco la prohíbe. Sobre el particular, Valencia Zea nos da un ejemplo de condición resolutoria en un testamento, asignación dejada a un heredero con la condición de no casarse antes de cumplir 21 años. Aquí el heredero recoge la asignación, pero la pierde si se casa antes de los 21 años.

En cuanto a la otra modalidad, esto es el plazo, de la referencia que hace el artículo 768, se deduce claramente que se trata del plazo suspensivo, pero no hace mención al plazo resolutorio. En el primer caso, el legatario adquiere el derecho a su vencimiento y en el segundo lo pierde. En el suspensivo, el legatario ha de esperar un cierto tiempo para poder ejercerlo y gozarlo; en el segundo, el plazo resolutorio, el derecho ya constituido y por lo tanto el legatario lo ejercita y goza, pero sujeto a la temporalidad del plazo. Ejemplo de plazo suspensivo, sería la asignación a un legatario cuando llegue a la mayoría de edad, y de plazo resolutorio, legado a una persona hasta que cumpla 25 años.

El cargo, obligación accesoria, viene a ser una suerte de restricción a la ventaja económica. Se señala que no constituye contraprestación aunque sea exigible. Sobre este tema, diremos que el artículo 768 del Código Civil se remite a lo dispuesto por las donaciones sujetas a esta modalidad. En tal circunstancia, veamos su aplicación cuando se deja sin efecto el legado por causa de indigni-

dad, habiéndose verificado el cargo. En tal caso, y conforme al artículo 1642 del Código Civil, los llamados a acrecer con el legado deben abonar al legatario el valor del cargo satisfecho, pues de otro modo se generaría un enriquecimiento indebido.

3. TESTAMENTO COMO ACTO INDIVIDUAL

En el sentido de que se trata de un acto de una persona, no posibilitando que su otorgamiento sea dado por dos o más personas a la vez, o en otras palabras se prohíben los testamentos mancomunados, y ello con el objeto de evitar que testando juntas dos o más personas, influya una en la otra por ascendencia, temor reverencial o cualquier otro motivo. Entonces, se trata de garantizar hasta donde sea posible la mayor libertad al momento de testar. Estas son las razones que fundan los artículos 686 y 814 del Código Civil: el primero de ellos expresa que el testamento corresponde a una persona, y el segundo establece que es nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas.

4. TESTAMENTO COMO ACTO PERSONALÍSIMO

Sólo el testador puede manifestar su voluntad para ordenar su sucesión, no cabe que esta facultad se delegue. Así Holgado Valer dice que no puede delegarse su otorgamiento a otra persona, ya que el testamento es la fiel expresión independiente de la última voluntad de la persona. En este mismo sentido Fornieles nos dice: «repugna a su naturaleza el concurso o la intervención en este de otra persona que no sea el otorgante». En el caso peruano, esta característica aparece con nitidez, no solo en el artículo 690, el cual expresa claramente que las disposiciones deben ser directa expresión de la voluntad del testador, sino también en el artículo 696, a propósito del testamento por escritura pública, en la que claramente se deja establecido que el testador deberá expresar por sí mismo su voluntad, y los artículos 690, 699, inciso 2, y 707 del Código Civil, relativos a los testamentos cerrado y ológrafo, que contienen reglas similares; por lo tanto, se prohíbe dar libertad a otro para testar en nombre del testador, y dejar disposiciones al arbitrio de un tercero, aun cuando se trate de la figura del nuncio, persona esta que, según la doctrina, lo que hace simplemente es repetir textualmente lo que es la voluntad de otra persona expresada en un documento.

Esta característica personal del testamento es compartida por la legislación extranjera; sin embargo, en el pasado hubo la posibilidad de otorgar testamento por comisión; en efecto en el antiguo Derecho español encontramos algún antecedente remoto de la procedencia de testamento otorgados por poder, a través de lo que se dio en denominar «testamento por comisario», que consistía en que una persona podía encomendar a otra que otorgara testamento por ella.

5. TESTAMENTO COMO ACTO UNILATERAL

Siendo un acto individual del declarante, no puede estar ligado a otro emitido por otra parte. Además, para su perfeccionamiento no requiere de una voluntad receptiva; en efecto, el testamento se perfecciona con la sola voluntad del declarante, lo que implica que las relaciones jurídicas, creadas por el testador para después de su muerte, van a producir los efectos deseados al ocurrir el deceso del causante, no requiriendo para ello que los convocados a la sucesión tengan que intervenir en el testamento, ni que expresen su aceptación, pues aun cuando no deseen participar de la sucesión (apartamiento que se traduce en el acto de la renuncia), el testamento ya creó esas relaciones; como en este caso, la de instituir sucesor. A tal punto es cierto, que aquel que no desea intervenir en la sucesión; debe renunciar, pues de caso contrario se le tiene como aceptante de la sucesión. En consecuencia, la sola declaración del testador ya había creado la institución del sucesor; siendo necesario, para que este no participe, el repudio o renuncia a esa sucesión; entonces, debemos afirmar que por su carácter unilateral el testamento constituye una voluntad que surte efectos por sí sola.

6. TESTAMENTO COMO ACTO SOLEMNE

Refiere Clemente de Diego que el testamento es un acto solemne, y como tal ligado en su existencia y validez a una forma determinada, impuesta por la ley al arbitrio de los particulares. Forma, dice, es el conjunto de requisitos prescritos por la ley para la existencia y validez de la última voluntad. El sentido de la forma, no es otro que el de salvaguardar y garantizar la expresión de última voluntad del testador. La forma es tan esencial al testamento que sin esta no puede existir, por ello no es de aplicación al testamento el artículo 225 del Código Civil que alude al documento y al acto que lo contiene, los mismos que no pueden confundirse, y que si se declara la nulidad del documento, puede tener eficacia el acto. No es de aplicación este artículo en sede testamentaria, por cuanto en el testamento, el acto y el documento que lo contiene se confunden, y el acto de otorgamiento del testamento vale en tanto vale el documento donde consta. Por lo tanto, el acto es solemne cuando para su validez se debe seguir una forma prescrita por ley, y de no seguirse la forma, se producirá la nulidad del acto, tal como lo prevé el artículo 219, inciso sexto, del Código Civil.

El criterio para distinguir cuando la formalidad es exigida probationem causa o solemnitatis causa está referido a la sanción; cuando la ley al señalar una determinada forma, indica también que, de no observarse tal, sobrevendría la nulidad del acto, tal como lo contemplan los artículos 140 y 219, inciso sexto, del Código Civil. En sede testamentaria, los artículos 811 y 813 del Código Civil, indican los defectos que ocasionan nulidad por la inobservancia de la forma solemne.

Las formalidades exigidas para todos los testamentos y que de no observarse acarrearía la nulidad, son: la escritura, que significa que todo testamento debe ser escrito: no hay en nuestra legislación testamentos verbales. Los testamentos deben consignar la fecha de su otorgamiento; así mismo, el nombre y firma del testador. Además de estas formalidades de exigencia ineludible, existen otras, según la clase de testamento que se escoja y que necesariamente deben observarse, cumplirse. En efecto, en nuestra legislación existen diversas clases de testamento, y cada una de estas también tiene sus propios requisitos de obligatorio cumplimiento, tal como se desprende de la lectura de los artículos 696 (testamento por escritura pública), 699 (testamento cerrado) y 707 (testamento ológrafo) y el artículo 813 del Código Civil, éste último referido a los testamentos especiales.

7. TESTAMENTO COMO EXPRESIÓN DE ÚLTIMA VOLUNTAD

Se pretende que el testamento efectivamente sea expresión auténtica, libre y última del testador, como una materialización de su fuero interno, en donde, seguro con un soporte anímico y afectivo, manifiesta su deseo en torno a consideraciones de orden patrimonial, pero también puede hacerlo con respecto a relaciones de orden extrapatrimonial. Ahora bien, tal voluntad testamentaria va a ser considerada como la última del testador, en tanto que este no modifique o cambie su testamento, a lo que está facultado por ley (revocación), pues si lo contenido en un pliego testamentario, por diversos motivos, ya no responde a su voluntad, entonces tiene el derecho de cambiarlo, pues esa voluntad ya no responderá a su último deseo.

8. EL TESTAMENTO ES REVOCABLE

Unida a la característica anterior, encontramos la revocabilidad, que significa dejar sin efecto todo o parte de un testamento por el mismo testador. En efecto, decíamos que si el testador se encontraba ante determinada circunstancia que contravenga sus disposiciones, entonces tiene el derecho de modificar esas disposiciones, porque, como lo hemos señalado, ya no responderían a su última voluntad. Por ejemplo, si el testador ha instituido un legatario a quien lega un vehículo, en atención al aprecio que le tiene; sin embargo, luego toma conocimiento de que tal legatario no tiene las calidades morales que según el testador las tenía, entonces lícito es que pueda cambiar su voluntad dejando sin efecto el legado, vía la revocatoria.

Valverde, sobre el tema, decía que la revocación actualiza en todo momento la libertad del testador, mientras que Echecopar, en una opinión cuestionable, decía que el testamento no es en vida del causante sino un proyecto, la

expresión de voluntad que tuvo en un día o momento determinado, que solo se consolida si no es revocada y con el hecho de la muerte del testador. Sobre el particular, Lanatta y Ferrero dicen que el testamento es un acto jurídico perfecto, y en puridad lo es, ya que el testamento otorgado bajo sus diversas formas, es un acto jurídico acabado, pues allí aparecen las relaciones jurídicas creadas por el testador. Ahora bien, al tratarse de un acto jurídico unilateral, le es permitido al mismo testador, con su sola voluntad, modificar o dejar sin efecto tal acto; pero, para que tenga validez esa revocatoria, tiene que hacerlo con otro acto jurídico, también de naturaleza testamentaria.

Cornejo le otorga el carácter revocable, al afirmar que el testamento no debe tener un carácter definitivo pues la voluntad puede variar.

La revocabilidad del testamento hace que los beneficiarios (herederos o legatarios o aquellos acreedores a quienes se les reconozca su crédito) no posean un derecho sólido, sino hasta que se produzca la apertura de la sucesión.

Nuestro Código Civil reconoce esta característica de la revocabilidad y la trata en los artículos que van desde el artículo 798 al 804.

Sin embargo, cabe plantearse si la revocabilidad es absoluta, o es que existe algún testamento o cláusula que la contenga que no pueda ser factible su revocación. Sobre el particular, manifestamos que todos los testamentos son revocables, empero adelantamos un tema que desarrollaremos más adelante, la existencia de determinadas cláusulas testamentarias que por su propia naturaleza son irrevocables; tal es el caso del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, que como sabemos constituye un acto jurídico irrevocable, como expresamente lo señala el artículo 395 del Código Civil.

9. TESTAMENTO COMO ACTO MORTIS CAUSA

Existe unanimidad en reconocer esta característica que está referida a los efectos del testamento que se producen a la muerte del testador, característica reconocida al testamento desde siempre; y así, de las definiciones del testamento que hemos dado de Ulpiano y Modestino, aparece con nitidez que el testamento va a surtir efectos, solo al abrirse la sucesión, lo que implica muerte del testador.

10. TESTAMENTO COMO ACTO GRATUITO

El testamento, al ser un acto unilateral y sobre todo por su propia naturaleza, no genera obligaciones de parte del beneficiario o beneficiarios. En esa

medida estamos ante un acto gracioso, gratuito, pues genera prestación, pero solo de parte del testador.

El testamento no debe contener en sus cláusulas, entiéndase, disposiciones, pretensiones de otra naturaleza en la transmisión del patrimonio que realiza el causante, que no sean las de realizar un acto no lucrativo o de liberalidad; por lo tanto, cualquier disposición que contravenga ello se tendrá como no puesta. En la legislación colombiana se conoce lo que se viene en denominar las disposiciones captatorias, que significa el compromiso entre dos personas que al testar, por cierto cada una por su lado, una de ellas se comprometa a consignar en su testamento, que la otra será su beneficiario, y, en igual sentido, esta hará lo propio en su testamento, considerando a aquel también como beneficiario; pues bien, en nuestra legislación estas disposiciones captatorias por las que el testador asigna una parte de sus bienes, con la condición de que a él le sea asignada otra parte en el testamento del otro, no tienen ninguna eficacia. En otras palabras, se tienen como no puestas.

Castañeda señala que el testamento puede contener una disposición accesoria onerosa (cargo), puede contener modalidades, pero ellos en el testamento no deben considerarse como la causa del acto.

11. EL TESTAMENTO NO NECESARIAMENTE TIENE UN CONTENIDO PATRIMONIAL

Es conocido que el testamento es un acto jurídico que de ordinario está destinado a transmitir propiedad respecto a determinados bienes o derechos. Esto es, sus cláusulas son de contenido patrimonial. Sin embargo ello no siempre es así, pues el testamento puede y de hecho sucede, que sus cláusulas no tengan un contenido patrimonial. Al respecto, Clemente de Diego señala que el testamento es un acto de soberanía individual, y por lo tanto no necesariamente debe limitarse a la esfera patrimonial, sino que trascienda a esta esfera. Expresamente el artículo 686 del Código Civil, en su segunda parte, anota la validez de las disposiciones testamentarias de carácter no patrimonial, aunque el acto se limite a estas, puestos en tal situación, y al no consignar un tratamiento para el patrimonio del causante luego de su muerte; entonces la consecuencia es que, en cuanto al testamento, se cumplirán las disposiciones personales señaladas por el testador, pero en lo que se refiere a su patrimonio entrarán a tallar las normas de la sucesión legal. Ejemplos de cláusulas testamentarias no necesariamente patrimoniales podrían ser: el reconocimiento de un hijo extramatrimonial (390 del Código Civil), nombramiento de tutor o curador (artículos 503 y 572), rehabilitación del indigno (artículo 669), revocación de la desheredación (artículo 753); así mismo, las disposiciones relativas al cadáver artículo 8 del Código Civil), entre otros.

12. TESTAMENTO COMO TÍTULO TRASLATIVO DE DOMINIO

Ha quedado claro que desde el mismo momento de la muerte del causante, sus bienes, derechos y obligaciones se transmiten a sus sucesores; ahora bien, por el testamento se dispone de todo o parte del patrimonio del causante a favor de sus sucesores; en consecuencia, una vez abierta la sucesión del de cujus, los sucesores se convierten en nuevos titulares de ese patrimonio. Estos sucesores acreditan su calidad de nuevos propietarios con el testamento, convirtiéndose este en título eficaz que prueba la transmisión. Por ello, además de inscribirse el testamento en el registro de testamento, también deberá inscribirse en el registro de la propiedad inmueble, cuando el bien transmitido tiene tal calidad.

13. CAPACIDAD DEL TESTADOR

Se trata de establecer que el testamento fue otorgado con pleno discernimiento y libertad, y por lo tanto debe ser fiel reflejo de la voluntad del causante, a quien llamamos ahora testador; en otras palabras, cuando el testador otorgó el testamento, debería haber estado en pleno uso de sus facultades mentales para que este acto jurídico trascendente surta sus efectos; la fecha del otorgamiento del testamento termina siendo el momento importante para el derecho, pues todo aquel que desee impugnar el testamento, deberá referirlo al momento de su otorgamiento, de allí la importancia y trascendencia de la fecha y si no aparece esta el testamento no surtirá efecto alguno.

El testador debe ser capaz para poder otorgar un testamento válido; ahora bien, capacidad denota en general, facultad, potestad, aptitud para ejercer un derecho, y, en sede de sucesiones, sería aptitud para otorgar testamento por sí mismo, teniendo pleno conocimiento del significado del acto de testar, y de su libre voluntad para realizarlo; por lo tanto, la persona que no pueda actuar por sí misma no podrá otorgar testamento, y ello es así debido al carácter personalísimo del mismo.

Quien no goza de discernimiento, no podrá darse cuenta del significado del acto de testar, pues carece de la facultad de entendimiento; por otro lado, el acto de testar implica un ejercicio de libertad, dirigiendo su voluntad a fin de crear relaciones jurídicas para después de su muerte. Se trata de un acto consciente y deseado. Por ello quien testa contra su voluntad porque es obligado, dará lugar a que ese testamento sea impugnado y declarado inválido.

En sucesión testamentaria, la capacidad exigida para otorgar testamento, aparte de la de goce, (que las tenemos todos por el hecho de ser personas) es la de ejercicio, que implica la posibilidad de actuar por nosotros mismos, no

requiriendo de terceras personas que actúen en nuestro nombre, pues, como es conocido, el testamento por ser un acto personalísimo no puede ser otorgado por la vía de la representación.

Lanatta refiere que la capacidad del testador deberá ser apreciada refiriéndola al momento de su otorgamiento, y de allí la ley de notariado, Ley 26002 que establece, en su artículo 54, inciso h, la obligatoriedad del notario, antes de extender escritura pública, de examinar la capacidad de los otorgantes, la libertad con que proceden y el conocimiento con que se obligan.

Nuestros legisladores han regulado el tema de la capacidad para otorgar testamento, no tanto consignando normas para exigir al testador que demuestre su aptitud al momento de testar, sino estableciendo determinados situaciones por las que algunas personas no pueden testar, tales, como por ejemplo, los menores de edad, lo que carecen de discernimiento, los que están sujetos a curatela por su incapacidad, los que sufren retardo mental, entre otros. Así mismo también se regula a través de la nulidad o anulabilidad, la sanción respecto de los testamentos que han sido otorgados por aquellas personas que en, el momento de testar, estaban impedidas de hacerlo.

14. QUIENES NO PUEDEN TESTAR

El código civil en el artículo 687, establece la incapacidad para otorgar cualquier testamento, lo que implica un impedimento absoluto, esto es que la persona no podrá otorgar bajo ninguna forma testamento alguno, mientras que en los artículos que van del 692 al 694 regula la incapacidad para otorgar determinada forma de testamento. Analicemos los supuestos que trae el artículo 687.

- **Los menores de edad**

Incapacidad natural, pero que en el caso de los menores de 16 años se prevé una excepción consignada en el artículo 46 del Código Civil.

Sobre esta incapacidad, habría que señalar que se trata de personas que no gozan de un pleno discernimiento, y de allí el impedimento para testar. Ahora bien, la capacidad plena se adquiere a los 18 años de edad, sin embargo por excepción también se sale a la capacidad por los supuestos contemplados en el artículo 46, esto es, por haber celebrado matrimonio civil, o por haber adquirido título que lo habilite para ejercer una profesión, industria u oficio. En esta circunstancia el menor de edad, pese a que sigue siéndolo, habrá adquirido capacidad de ejercicio, y por lo tanto cuenta con la suficiente capacidad para otorgar testamento. Si se presentara el supuesto de un testamento, que fue otorgado cuando el causante era menor de edad, tal testamento será nulo, pese a que

cuando se abre la sucesión del testador ya éste gozaba de capacidad, por cuanto lo que interesa, para estos efectos, es la fecha en que se otorgó el testamento.

- **Son incapaces para otorgar testamento, los comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3 y 44, incisos 2, 3, 6 y 7 del Código Civil**

El artículo 43 alude a los que el Código Civil llama incapaces absolutos, esto es los privados de discernimiento por cualquier causa y los sordomudos, ciego sordos, y ciegomudos; y en lo que atañe al artículo 44, a los que se denomina incapaces relativos, comprendiéndose entre ellos los retardados mentales, los que sufren deterioro mental, los ebrios habituales y los toxicómanos, debiendo repararse que no son todos los que figuran como incapaces relativos, pues no se ha mencionado a los pródigos, a los de mala gestión ni a los condenados. Pues bien analicemos a cada uno de ellos, a los que el Código llama incapaces de otorgar testamento.

- **Privados de discernimiento.** Discernir es saber separar, diferenciar las cosas, distinguir lo bueno de lo malo, lo conveniente de lo inconveniente, lo pertinente de lo impertinente; pues bien, quien por cualquier causa no pueda hacer estos distingos, implicará que no tiene raciocinio, lucidez, cordura, significando ello que carece de discernimiento, y, por lo tanto, no tiene idea de lo que es el testamento, ni la trascendencia del mismo. Se requiere que esta falta de discernimiento sea permanente, y, según Lanatta, no es necesario que la persona se encuentre sujeta a interdicción, bastando para ello su falta de razonamiento. Si se encontrara un testamento otorgado por una persona que carece de discernimiento, podrá ser impugnado y para ello deberá probarse que el testador, en el momento que testó, no gozaba de razón.

- **Sordomudo, ciegosordo o ciegomudo que no pueda expresar su voluntad de manera indubitable.** Como se suele señalar en estos casos, la nota típica no está dada por las privaciones de su facultad, sino por el hecho de que el incapaz no pueda expresar su voluntad de manera que los demás puedan entenderlo. En este caso, los terceros no pueden establecer una comunicación con ellos en la medida que no tienen la capacidad de darse a entender, y, por lo tanto, ya en sede de sucesiones, no sabemos si efectivamente desean testar, y si aún supiéramos ello, no podrían manifestar su voluntad en términos claros, entendibles y en consecuencia no habría una auténtica voluntad.

El impedimento no comprende a aquellas personas que estando privadas de la facultad de hablar, escuchar, ver, sí pueden darse a entender en forma inteligente, y por lo tanto se encuentren en capacidad de manifestar su voluntad claramente. Tales son los casos del mudo, sordo, ciego a quienes el Código les señala una vía para testar.

Creemos que en este supuesto que estamos comentando, debería comprenderse a todas aquellas personas que por diversas causas, no puedan manifestar claramente su voluntad.

- **Retardado mental.** Hay un desfase en estas personas con respecto a su desarrollo intelectual y su edad cronológica, o, dicho en otras palabras, su desarrollo intelectual es deficiente en relación con su edad, y por lo tanto no tienen un pleno conocimiento del significado de las cosas, personas y demás y, en lo que atañe al testamento, no hay un cabal conocimiento de la trascendencia del acto, e incluso se asocia a ello una falta de criterio y, por qué no, una falta de auténtica voluntad.

En el retardo mental hay grados, que llevan a unos a ser personas incapaces de actuar en todo orden de cosas, y a otros a gozar de ciertas facultades, pero incapaces de actuar en ciertos actos; en consecuencia, para poder determinar cuándo una persona con retardo mental se encuentra incapacitada para otorgar testamento, debemos guiarnos por lo que dispone el artículo 571 del Código Civil, que se ubica en las normas de curatela, y así el retardado mental que no puede testar será el que no se encuentre en aptitud de dirigir sus negocios (en el caso que los tuviere), o necesite cuidados o asistencia permanente. Claro está, si el retardado mental se encuentra bajo interdicción civil, es obvio que no podrá testar, por las implicancias de la interdicción; pero si no se ha declarado su interdicción, entonces será un asunto de prueba para demostrar que el retardado mental no podía testar.

- **Deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.** Se trata de la persona que por diversos motivos (podría ser senectud, enfermedad, accidente) ha perdido parte de sus facultades mentales, y, por lo tanto, no están en condiciones de manifestar una completa y auténtica voluntad, que es lo que se necesita para poder testar.

El que sufre deterioro mental y por esa causa se encuentra bajo interdicción no podrá testar, y si lo hubiera hecho, ese testamento será nulo; sin embargo, no es requisito indispensable la declaración de interdicción, para saber cuándo estamos ante una persona afectada en sus facultades mentales, y en esa circunstancia será el funcionario competente (notario), el que deberá decidir si está en condiciones de testar o no, y si hubiera otorgado testamento vía ológrafa, las personas que se sientan afectadas podrán impugnar ese testamento, para lo cual deberán probar que en la fecha en que se otorgó el testamento, la persona tenía deterioro mental que le impedía expresar su libre voluntad.

- **Ebrios habituales.** El sinónimo es el alcohólico. En estas personas existe una dependencia al alcohol, ocasionando con ello un deterioro de su salud fí-

sica y mental, y por ello requieren de asistencia permanente. Se señala que en el ebrio habitual su estado de dependencia al vicio los convierte en sugestionables, sin voluntad propia, y sin ninguna garantía para prestar un libre consentimiento, y de allí el porqué de la incapacidad para otorgar testamento.

- **Toxicómanos.** Es el drogadicto que ha desarrollado severa dependencia que lo lleva a trastornos mentales; en estas personas, al igual de lo que sucede con los ebrios habituales, también son personas sin voluntad propia, fácilmente influenciables, motivo por el cual le imposibilitan otorgar un testamento válido.

Si el toxicómano ha sido declarado interdicto, resulta obvio que cualquier testamento otorgado por él será nulo; y si no hubiera sido declarado interdicto y testa, entonces deberá probarse su buen estado en el momento que testó, para que ese testamento sea declarado inválido.

Obsérvese que el artículo 687 del Código Civil que estamos comentando, no hace referencia a los otros incapaces consignados en el artículo 44, a saber, los pródigos, malos gestores y condenados; por lo tanto aparentemente estarían facultados para otorgar testamento, pues no existe norma que les impida hacerlo, y ello debido a que supuestamente existe normatividad que garantiza el derecho de los familiares cercanos del causante, a quienes la ley protege y denomina legitimarios.

Interesa analizar la situación del pródigo, mal gestor y condenados, los cuales, como ya lo hemos mencionado, no están incursos dentro de las personas prohibidas de otorgar testamento.

Señala el artículo 584 del Código Civil respecto del pródigo lo siguiente: «Puede ser declarado pródigo, el que teniendo cónyuge o heredero forzoso, dilapida bienes que exceden de su porción disponible»; criticable la norma al separar al cónyuge del heredero forzoso, como si el cónyuge no lo fuera. Bastó referirse al heredero forzoso: pues bien, de la definición, podríamos inferir que aparentemente se estaría protegiendo la legítima del heredero forzoso, pues al tener efecto el testamento que lesiona su derecho, automáticamente entrarían a considerarse las normas del Derecho Sucesorio, destinadas entre otras cosas a proteger la intangibilidad de la legítima; y ello quizás sea la razón de no considerar dentro de la prohibición al pródigo, se entiende a aquel que lo es por sus actos de dispendio, pero que no ha sido aún declarado interdicto; sin embargo, creemos que debió prohibírsele otorgar testamento, pues de no hacerlo y en el caso de testar, su prodigalidad lo podría llevar a lesionar derechos de sus herederos; y, colocados en ese supuesto, estos sucesores necesariamente tendrían que verse obligados a utilizar los mecanismos legales para impugnar

el testamento. Entonces, por qué mejor no la prohibición. Otra es la situación del pródigo que ha sido declarado interdicto, el cual por expresa disposición legal se encuentra imposibilitado de otorgar testamento, debido precisamente a su interdicción; pero si no lo hubiera sido y otorga testamento conteniendo cláusulas lesivas que van contra la legítima, reiteramos, los sucesores deberán impugnar el testamento, sea por la vía de la preterición (si se omitió a herederos forzosos) o la reducción de las liberalidades, si restringe las cuotas legitimarias.

El comentario sobre el pródigo es igualmente aplicable en el caso del mal gestor, figura recogida en el artículo 585 del Código Civil. Caso diferente es el de los penados, en donde no hay razones aparentes para prohibírseles testar, en tanto que si sufren privación de libertad por razones de comportamientos al margen de la ley, sus condiciones físicas y mentales no tienen por qué verse afectadas, pudiendo testar vía ológrafa.

- **Incapacidad para testar por falta de lucidez mental y libertad necesaria**

Siguiendo con el análisis del artículo 687 del Código Civil, ahora el legislador se detiene en incapacidades transitorias que se presentan en el momento de testar, a diferencia de las anteriores que aluden a incapacidades permanentes. El problema central en estos supuestos va a ser el de probar que en el momento del acto testamentario existieron tales incapacidades referidas a falta de lucidez mental, o de libertad necesaria para el otorgamiento de este acto, pudiendo ser una u otra, y no necesariamente que se presenten las dos incapacidades conjuntamente, como aparentemente deja entrever el inciso tercero de este artículo 687.

La lucidez mental alude a un sano juicio, esto es el goce pleno de las facultades mentales. Ahora bien, si la persona por la ingesta de alcohol, sustancias tóxicas o incluso estados hipnóticos no tiene lucidez mental, en el momento preciso de testar, entonces estará impedido de testar. Esta falta de lucidez mental, tratándose de los testamentos por escritura pública o cerrados, deberá ser observada por el Notario que interviene en el acto testamentario a fin de evitar tal acto, pero si fuera un testamento ológrafo en donde no intervienen ni testigos ni notario, resulta mucho más complejo atacar el testamento, recayendo en el que lo observa la carga de la prueba, esto es, acreditar que en el momento del otorgamiento del testamento el testador no gozaba de lucidez mental.

En cuanto a la falta de libertad en el momento de testar, conocemos que el acto testamentario es un acto libre y voluntario; por lo tanto, si no hay libertad por presión o violencia, tal acto deberá ser atacado en cuanto a su validez.

La libertad puede ser privada por violencia, la misma que puede ser física o psicológica; en cuanto a la primera es evidente que hay ausencia total de ma-

nifestación de voluntad, en razón de que el testador no tenía intención alguna de testar, pero lo hizo debido a una fuerza física que no pudo contrarrestar; y la violencia psicológica o moral, se ubica más bien en la intimidación que se ejerce sobre el testador, a través de una amenaza de un daño futuro, que lo obliga a realizar un acto que no lo hubiera verificado de no existir el miedo, o temor que infunde la intimidación; pues bien, en ambos casos, la violencia compulsiva, derivada de fuerza física o corporal, y la vis compulsiva, que es coacción por miedo provocado presente en el momento, deben impedir al causante a testar, y si lo hace presionado, entonces ese testamento será inválido.

15. ¿CÓMO TESTAN LOS ANALFABETOS, CIEGOS Y MUDOS?

Una primera nota importante en este tema, es que estas personas no están incapacitadas para testar, pese a las limitaciones de sus facultades de que son objeto, y no lo están porque gozan de un sano juicio; lo que significa que están en pleno goce de sus facultades mentales, con voluntad propia, con pleno conocimiento del significado del acto testamentario; sin embargo, en aras de proteger una auténtica voluntad testamentaria, se ha considerado una forma especial de testamento. Veamos:

- **Analfabeto**

Se define al iletrado en función de que no sabe leer ni escribir; sin embargo, son personas con criterio propio, a quienes no se les puede negar un acto tan trascendente como el testamento; ahora bien, para garantizar una auténtica y plena voluntad testamentaria, el legislador ha considerado la vía de la escritura pública como la más idónea para testar, y por ello el artículo 692 refiere que los analfabetos solo (excluyente) pueden testar por escritura pública, además, y siempre con el ánimo de proteger la voluntad del iletrado, se exigen formalidades especiales, las que vienen consignadas en el artículo 697 del Código Civil; en efecto, se señala que para la comprensión total del contenido del testamento, se lee dos veces el testamento, lectura que hace el notario y el testigo testamentario que el testador designe; y en cuanto a la firma del testador, si aprendió a dibujar su firma, lo hará, de caso contrario suscribirá el testigo testamentario que él designe. Sin perjuicio de ello se estila que el testador consigne su huella digital.

- **Ciegos**

El invidente pero que goza de sus facultades mentales, y por cierto de discernimiento y por lo tanto capaz de otorgar testamento, sin embargo y con el mismo fin de cautelar la voluntad del testador, se le señala la vía de la escritura pública, como única posible, marginando las otras formas como el cerrado y ológrafo. También se adicionan exigencias formales, tales como doble lectura

por el notario y el testigo que el testador designe, y en cuanto a la firma lo hará un testigo designado por él.

- **Imposibilitados de hablar, los mudos**

El artículo 694 del Código Civil refiere que los mudos, sordomudos y en general quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier causa, sólo pueden otorgar testamento cerrado u ológrafo, no pudiendo hacerlo por escritura pública. Sobre el particular, resulta interesante preguntarnos por qué al mudo se le impide testar por escritura pública, entonces la respuesta podría ser, quizás por las formalidades propias que tiene esta forma de testar, en la que el notario, para cerciorarse de la conformidad por parte del testador de las cláusulas testamentarias, al redactar cada una de estas, pregunta a este, si es la expresión de su voluntad, a lo que el testador debe responder, cosa que no podría hacer el mudo; sin embargo, si esa fuera la razón, no la encontramos admisible, en tanto que ante un requerimiento de esa naturaleza, el mudo puede dar su respuesta por escrito o asintiendo o no con la cabeza, pero lo cierto del caso es que el mudo solo puede testar en la vía cerrada o hacer uso del testamento ológrafo; sobre el mismo tema, pero ahora con respecto a otra clase de privación de facultad, de la lectura del artículo 697 del Código Civil se infiere que el sordo sí puede otorgar testamento por escritura pública (y por cierto también el cerrado y el ológrafo), y se le faculta a ello, exigiéndole que él mismo lea en voz alta sus disposiciones testamentarias; si eso es así, creemos que también debió considerarse al mudo. Pues igual, el impedido de hablar puede hacer una lectura no hablada del testamento, y en cuanto a la manifestación de su parecer, podrá hacerlo por escrito.

16. EL NOTARIO NO PUEDE INTERVENIR EN LOS TESTAMENTOS OTORGADOS POR SUS PARIENTES

Refiere el artículo 704 del Código Civil, que el notario que sea pariente del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad está impedido de intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o de autorizar el cerrado.

La norma bajo comentario pretende que el testador esté libre de cualquier influencia que pueda afectar su voluntad testamentaria, presumiendo el legislador el riesgo de que ello no ocurra con la intervención del notario pariente del testador, el cual valiéndose de su parentesco pueda influir en la formación del testamento, e incluso llegue a influir la voluntad total del testador. Ahora bien, si ese riesgo existe, se presentará solo en el testamento por escritura pública, en donde el notario escucha la voluntad del mismo testador, pero no podría ocurrir con el testamento cerrado, en donde nadie, excepto el mismo testador, conoce el

contenido del testamento, pues, como sabemos, el notario interviene recibiendo un sobre cerrado en donde se encuentra el testamento, y se limita a levantar un acta encima del sobre; en consecuencia, no está enterado de lo que contiene el testamento, y de allí que el riesgo de influenciar la voluntad del testador no se da, y por lo tanto resulta innecesario se haya consignado el testamento cerrado.

En cuanto a los grados de parentesco, está pensado en función a familiares cercanos del notario, entre los que se encuentran padres, abuelos, hijos, nietos, del notario, o sus hermanos, tíos, sobrinos, primos hermanos, o parientes afines, tales como el suegro, la suegra, el cuñado, o cuñada del notario; sin embargo, repárese en que la norma bajo comentario no consigna al cónyuge del notario, que como sabemos no es pariente de este; entonces surge la pregunta que si el notario igualmente está impedido de intervenir en el testamento que otorgue su cónyuge. Sobre el particular, el D. Leg. del notariado N° 1049, en su artículo 17, inciso a), señala que está prohibido al notario autorizar instrumentos públicos en los que se concedan derechos o impongan obligaciones a él, su cónyuge, a sus ascendientes, descendientes o parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto y segundo grado respectivamente; por lo tanto, creemos que debe incluirse a la cónyuge. Además, si conforme al artículo 705, inciso g, el cónyuge del notario no puede ser testigo testamentario, con el mismo criterio y con la misma razón, creemos que el cónyuge no puede testar ante su propio cónyuge notario.

Si se violan estos impedimentos, las cláusulas testamentarias, a favor del notario o parientes próximos, son nulas en aplicación del artículo 688 del Código Civil.

17. TESTIGOS TESTAMENTARIOS

Importante la presencia de personas que den no solo fe del acto que presencian, sino que su sola presencia es garantía del respeto a la auténtica voluntad del testador, de allí que cuando uno se refiere al testamento ológrafo lo consideran como el menos aconsejable, en atención a que no ofrece las garantías del caso, pues este testamento se hace sin la presencia de notario y de testigos.

El testigo debe ser una persona capaz e idónea, con pleno conocimiento del acto trascendente en el que está participando, de allí que los legisladores cierran el paso a aquellas personas que por problemas de deficiencia mental o deficiencias sensoriales, e incluso por no saber leer ni escribir, no garanticen que la voluntad del testador está siendo respetada, y sobre todo porque mañana más tarde, si el testamento fuese cuestionado, serán ellos los llamados a declarar para dar fe de su presencia, y de que el acto se llevó a cabo con todas las garantías de la ley.

Nuestro Código Civil trata el tema en los artículos 705 y 706, y así nos dice que están impedidos de ser testigos testamentarios, los incapaces de otorgar testamento remitiéndose a la norma recogida en el artículo 687, que ya hemos analizado y a la cual nos remitimos; así mismo, no pueden ser testigos testamentarios los sordos, ciegos y mudos por no contar con aptitud para presenciar el acto y sobre todo, y como ya lo hemos mencionado, en el futuro no poder declarar ante un juez que eventualmente los convocase; repárese en que si bien es cierto, el sordo, mudo y ciego que gozan de discernimiento pueden testar en la forma que dice el Código, también lo es que se les niega a ellos la posibilidad de presenciar un acto testamentario, pues sus deficiencias no les permiten ser garantes de un otorgamiento de testamento libre, y en donde se respete la voluntad del testador.

También están impedidos los analfabetos, pues el hecho de ser iletrados no contribuye a resguardar la voluntad del testador. Sobre este tema el D. Leg. del notariado N° 1049, en su artículo 56, consigna como impedimentos para ser testigos en el otorgamiento de escrituras públicas a los sordos, ciegos, mudos y analfabetos.

El legislador igualmente impide ser testigos a los herederos o legatarios en el testamento en el cual fuesen instituidos; sobre este tema, ya no se trata de incapacidades del testigo, sino en un presunto interés que pueda existir en el testigo, que posteriormente fuese citado a declarar ante un cuestionamiento al testamento, en el cual son beneficiarios. Puestos en esa situación no tendrían la imparcialidad requerida para dilucidar la validez o no del testamento. Se señala que esta prohibición se extiende al cónyuge, ascendiente, descendiente y hermanos del heredero o legatario; ahora bien, el impedimento debemos entenderlo respecto del testamento por escritura pública, en el que por ser abierto se conoce quienes han sido llamados a la sucesión del testador, mas no sería de aplicación al testamento cerrado, en donde por su propia naturaleza se ignora a los sucesores del causante (exceptuándose por cierto a los forzosos). Tampoco pueden ser testigos testamentarios los que tengan incompatibilidad por guardar con el testador vínculos de relación parental, habiéndose indicados quiénes son estos familiares, esto es, el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos.

Caen igualmente en los impedimentos, los acreedores del testador, cuando no pueden justificar su crédito, sino tan solo con la declaración testamentaria. Sobre este impedimento, está claro que existe un interés en este acreedor, al que se le reconoce su crédito en el testamento, y por lo tanto no tendría la suficiente imparcialidad que garantice una auténtica voluntad testamentaria, debiendo entenderse el impedimento, solo en el caso del testamento por escritura pública,

por la misma razón que señalamos para el caso del heredero o legatario instituidos como tales en el testamento.

Los impedimentos que comentamos también alcanzan al cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y los dependientes del notario u otros notarios; es evidente que se trata de lograr personas ajenas al notario y por lo tanto de alguna manera, dependientes de ellos que puedan llevar a que su presencia en el acto testamentario responda a intereses que no necesariamente estén dirigidos a respetar la auténtica voluntad del testador. Y por último, se impide ser testigo testamentario a los cónyuges en un mismo testamento, impedimento que nos parece un exceso del legislador, pues no encontramos razón alguna de duda respecto de su participación, salvo que se piense que por tratarse de una sociedad conyugal, los consortes necesariamente tengan opiniones uniformes, sin libertad alguna entre ellos.

El legislador ha creído conveniente regular la situación del testigo testamentario, cuyo impedimento no fuere notorio al tiempo de su intervención, y a quien se le tiene por hábil si la opinión común así lo hubiere considerado; en efecto, el artículo 706 del Código Civil alude a este tema, al que la doctrina le llama capacidad putativa de los testigos, y nos parece atinado haberlo tratado, pues pueden existir situaciones en las que en un acto testamentario hayan intervenido personas analfabetas pero que saben dibujar sus firmas, o personas bajo interdicción pero que han actuado en el acto de buena fe, en el entendido que ellos mismos ignoraban que no podían intervenir en un acto de esta naturaleza, y luego de ello se sabe de sus impedimentos; pues bien, en estos casos, sin desconocer que estamos ante un error, sin embargo el error no es grave, ni termina afectando lo sustantivo, que en este caso es la voluntad testamentaria; por ello, el legislador considera que este error no invalida su intervención, y por lo tanto tampoco afecta el acto testamentario. Es de observar que lo importante y trascendente es respetar al máximo la voluntad del testador y que esta no se vea enervada por situaciones fácilmente superables.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO II
CLASES DE TESTAMENTO

TÍTULO II

CLASES DE TESTAMENTOS

De acuerdo al medio social en el que se desenvuelve el causante, se ha previsto una variedad de testamentos que difieren de legislación en legislación. En algunos casos, como sucede con los países anglosajones, la presencia de testigos en el acto testamentario es trascendental, y de allí la variedad de formas de otorgar testamentos, pero siempre contando con testigos; en otros, se reconocen los testamentos verbales como sucede en Inglaterra y varios estados de Estados Unidos, verbigracia, Florida y Nuevo Méjico; por su parte, en Suecia, el único testamento reconocido es el privado, que se traduce en que el acto testamentario de palabra o por escrito, se verifica ante dos testigos.

En el Perú se ha dividido en dos grandes grupos las clases de testamentos. A los del primer grupo se les denomina ordinarios. Son los que con más frecuencia aparecen, en virtud de que se otorga en situaciones de normalidad, en los que el interesado tiene acceso al otorgamiento de los testamentos sin mayores contratiempos, ya que cuenta con las condiciones propicias para ello. Dentro de estos testamentos se cuentan el de otorgamiento por escritura pública, el testamento cerrado y el ológrafo.

También existen testamentos que se otorgan en situaciones que podríamos llamar de anormalidad. A este segundo grupo de testamentos nuestra legislación las denomina especiales. Se trata de testamentos otorgados en situaciones excepcionales, en atención a que no existen las condiciones normales en que suelen otorgarse, sino que la situación en que aparecen son de emergencia, por cuanto o no es posible acudir al notario para su expedición, o no se cuenta con las condiciones necesarias para su otorgamiento. Estos testamentos especiales son el llamado testamento marítimo y el militar. En consecuencia, son dos los

grupos de testamentos según nuestra legislación. En efecto, el artículo 691 del Código Civil señala que son testamentos ordinarios: el otorgado en escritura pública, el cerrado y el ológrafo, y son testamentos especiales: el militar y el marítimo.

El Código Civil de 1936 no consideró el testamento militar, en atención a que en esa fecha ese testamento era regulado por el Código de Justicia Militar, mas sí consideró el testamento consular, aparentemente como si fuera especial, lo cual evidentemente era un error, porque el consular, otorgado por peruanos en el extranjero ante su cónsul, no tiene nada de especial, en tanto que no se otorga en las situaciones de excepción en las que aparecen los especiales.

El testamento por escritura privada ya no tiene vigencia, pensamos por la existencia del testamento ológrafo que en general tiene sus propias características. Asimismo, no se regula el testamento verbal, debido principalmente a su falta de seguridad.

En cuanto a la eficacia jurídica de los testamentos, diremos que el de escritura pública no requiere trámite alguno, lo que sí ocurre con el testamento cerrado, que implica pasar por los trámites de apertura judicial o notarial y protocolización, mientras que el ológrafo exige los trámites de verificación judicial y protocolización notarial, al igual que los especiales, conocidos como testamento militar y marítimo.

Las formalidades requeridas para todo testamento son: la forma escrita (no hay en el Perú testamentos verbales), la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma.

El Código Civil actual, en cuanto a los elementos indispensables que debe tener todo testamento, ha optado por la exigencia del nombre del testador, entendemos para la identificación del mismo, y no el estado, nacionalidad y domicilio como sí lo contempló el Código Civil de 1936 y que, como es de observar son fácilmente prescindibles, pues no tienen ninguna implicancia en cuanto a la sustancia del testamento.

Exige el Código la firma del otorgante como un acto de confirmación de su voluntad, constituyendo la firma el sinónimo del consentimiento y de allí su exigencia para dar valor al acto jurídico. A la firma se agrega la fecha, que no solo indica el momento en el cual el testamento fue otorgado, sino que permite establecer el referente para dilucidar la capacidad del testador al momento de otorgar el testamento. Por otro lado, se ha suprimido el lugar de otorgamiento

del testamento, pues no se trata de un requisito necesario para interpretar la voluntad del testador. Analicemos por separado cada una de estas clases de testamentos.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO II
CLASES DE TESTAMENTO

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

1. TESTAMENTO POR ESCRITURA PÚBLICA

Se señala que procede del testamento nuncupativo del Derecho Justiniano, testamento llamado auténtico, público, abierto, y nuncupativo porque alude a una declaración oral, a viva voz. Se trata del testamento otorgado ante notario público y con la presencia de dos testigos, caracterizándose porque el testador dicta su voluntad testamentaria, la misma que es escuchada por el notario y los testigos, procediendo luego el notario a transcribir esa voluntad en su Registro de Escrituras Públicas.

2. FORMALIDADES

El artículo 696 del Código Civil señala las formalidades que debe contener este testamento, a saber: la presencia en un solo acto del notario, dos testigos y el testador. La idea es que se lleve a cabo el acto desde principio a fin con la presencia de estas personas, evitándose que existan paralizaciones o interrupciones que dificulten el otorgamiento, pero si tal cosa ocurriera , el legislador ha previsto qué hacer en estas situaciones, y así nos los dice el artículo 698, estableciendo que cualquiera fuera la causa de suspensión, se hará constar este hecho firmando el testador, si pudiera hacerlo, los testigos y el notario, y superada la contingencia, y nuevamente con la presencia del testador, testigos y notario se procederá a concluir con el otorgamiento; pero si el acto no llega a concluirse no existirá testamento. Sin embargo, la norma resulta siendo muy flexible con la forma, pues se señala que se pueden cambiar los testigos que comenzaron el acto, si a la reanudación del mismo no se les hubiera ubicado; entonces serán reemplazados por otros. Además no se prevé un tiempo máximo de suspensión, dejando abierta la posibilidad de que la suspensión sea por un tiempo largo que desnaturalizaría la unidad del acto. Sobre el particular, creemos que este caso

debe ser excepcional y que la norma debe conceder un término breve de suspensión, exigiendo que para su reanudación deben estar presentes los mismos actores que comenzaron el acto, de caso contrario, debería iniciarse un nuevo acto testamentario.

Tratándose de un testamento nuncupativo, el testador deberá manifestar por sí mismo su voluntad testamentaria en forma oral ante el notario o dándole por escrito las disposiciones que debe contener; sobre el particular, habría que señalar que el testador, en efecto, puede dictar oralmente al notario su última voluntad, recordando que a la luz de la legislación pasada (Código Civil de 1936) era la única manera como se podía testar por escritura pública, pues si se variaba la fórmula por otra escrita (entregar papel escrito conteniendo la voluntad), el testamento era nulo. Ahora bien, el vigente Código Civil, recogiendo una práctica frecuente en nuestras notarías, admite que la voluntad testamentaria esté contenida en un documento, el cual se entrega al notario, debiendo precisar que no se trata de una minuta, sino solo una suerte de ayuda memoria del testador, a la par de que no se violenta el carácter oral de la lectura del testamento, ni se perjudica el conocimiento que los testigos deben tener del testamento, pues el notario está obligado, al consignar cada una de las cláusulas, a dar lectura en voz alta y preguntar al testador su conformidad con lo que se está leyendo.

La transcripción del testamento en el registro del notario debe ser realizada por este, de puño y letra. Sin embargo, con los avances técnicos sobre la materia, en el presente, este requisito termina siendo muy exigente, el cual pensamos que debe superarse, dando facilidades al notario para que extienda en su registro de testamentos los actos de última voluntad, utilizando mecanismos distintos al manual, pero siempre conservando las garantías que demande el acto.

Una de las formalidades de todo testamento es la firma del testador, al que debemos agregar, en este caso, la de los testigos presenciales; pues bien, se señala que el testador, los testigos y el notario deben firmar cada una de las páginas del testamento, a fin de asegurar indubitablemente conformidad al acto del testador.

Se exige al notario que dé lectura en voz alta de cada una de las cláusulas testamentarias; sin embargo, no es el único que lee, también lo hará el testador o el testigo que designe. Obsérvese que se trata de una suerte de lectura repetida, ya que lo hacen el notario y el testador, pero lo consideramos necesario, en tanto que se trata de captar a plenitud la voluntad del testador, a fin de evitar errores que lleven a desnaturalizar esta voluntad.

El legislador se pronuncia también por la situación del ciego, analfabeto e incluso la del sordo, que, por los problemas que encierran sus limitaciones físicas o de aptitud, no podrían, en el caso de los dos primeros cumplir con el requisito de la lectura; sin embargo, el artículo 697 del Código Civil, prevé estas situaciones, y así nos lo hace conocer al señalar que, tratándose del ciego y del analfabeto, se deberá leer el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe, y, en el caso del sordo, el testamento será leído en alta voz por el mismo, dejándose constancia de esta situación.

Con la finalidad de cerciorarse de haber captado a plenitud la voluntad testamentaria, impone el legislador al notario una suerte de deber de verificación de esta voluntad; en efecto, el notario, durante la lectura de cada cláusula, al final de cada una de estas, deberá verificar si lo contenido en esta responde a la voluntad del testador, y para ello ve y oye al testador y pregunta la conformidad a cada una de las cláusulas, pues si no fuera así, entonces deberá proceder a hacer las correcciones del caso. Este requisito de la verificación «viendo y oyendo» al testador es lo que ha llevado a que el legislador impida al mudo otorgar testamento por escritura pública; sin embargo, no estamos de acuerdo con esta prohibición, pues el impedido de hablar está en posibilidades de leer el testamento, cierto es que no se trata de una lectura hablada, pero si esa fuera la exigencia, podría solicitar al testigo que lea por él, y en cuanto a que el mudo no puede responder al notario sobre la conformidad de cada una de las cláusulas, debemos decir igualmente que la respuesta la puede dar, evidentemente que no será verbal, pero puede asentir, o puede expresar su pronunciamiento a través de un papel escrito, pero lo cierto del caso es que al impedido de hablar, en forma injusta, se le cierra el paso para hacer uso de la escritura pública a fin de expresar su voluntad testamentaria.

Al acabar la facción del testamento, al final del texto, deberán firmar el testador, los testigos y el notario, corroborando con ello su completa conformidad con las cláusulas precedentes.

3. EFICACIA JURÍDICA

Tiene el valor inherente a toda escritura pública, por lo tanto no se requiere de trámite adicional para proceder a ejecutar el testamento, pero se hace necesario registrar estos testamentos.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Registro de Testamentos de los Registros Públicos, la inscripción del testamento se realiza en dos etapas. Terminado el acto testamentario, el notario comunica este hecho al

Registro, obviamente sin dar detalles del contenido del mismo, limitándose a señalar que ante su notaría, en presencia de dos testigos, el causante ha otorgado testamento por escritura pública, indicando la fecha del otorgamiento. Cuando ocurre el deceso del causante y con la partida de defunción respectiva, deberá ampliarse la inscripción del testamento, ello significa que el notario deberá pasar partes al Registro de Testamentos con la transcripción íntegra del testamento para el conocimiento del mismo.

4. APRECIACIÓN

Se trata de uno de los testamentos que mayor garantía otorga al testador, en tanto que se protege su auténtica voluntad, debido a la presencia de un funcionario llamado a dar fe del acto y a guardar esta voluntad hasta el momento del deceso, a la par de la intervención de los testigos que juegan un papel importante en función del mismo objetivo, esto es, proteger la auténtica voluntad del testador; sin embargo, se señala que existen riesgos provenientes, precisamente de su carácter de oralidad en el momento de su otorgamiento, pues las cláusulas testamentarias que encierran la voluntad del testador son escuchadas por los testigos, y si estos no cumplen su palabra de reserva y fidelidad sobre lo que se dijo en el acto testamentario, puede traer problemas al testador; ejemplo de ello podría ser que un testamento contenga una cláusula de reconocimiento de un hijo extramatrimonial, y si esto se hace público, traerá de seguro serios problemas al causante, por ello se dice que el testamento cerrado supera al de escritura pública, pues bajo esta forma nadie, excepto el testador, conoce la voluntad testamentaria.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO II
CLASES DE TESTAMENTO

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

1. TESTAMENTO CERRADO

Se señala que su origen se remonta a los aportes de los emperadores Teodosio y Valentiniano, que se insertan en el Código de Justiniano. Recibe también el nombre de místico o secreto. Sobre esto último, en atención a que el pliego testamentario, contenido en un sobre herméticamente cerrado, no es conocido por nadie que no sea el testador.

Se trata de la voluntad del testador consignada en un papel, el cual se introduce en un sobre, el que se cierra, sobre que, en presencia de dos testigos, se entrega al notario, refiriéndole que allí se encuentra su declaración de última voluntad. El notario levanta un acta en la portada del sobre y guarda el mismo hasta que, producido el deceso del causante, sea solicitado por el juez o notario a quienes debe entregarles el sobre aludido, o también deberá devolverlo, si quien lo solicita es el mismo testador, con lo cual automáticamente se produce la revocación del testamento cerrado.

2. FORMALIDADES

El artículo 699 del Código Civil nos señala las formalidades esenciales de este testamento, a saber:

- **Pliego interior.** Alude al documento en el que se consigna la voluntad testamentaria, y puede ser cualquier clase de papel, señalándose que la redacción puede ser utilizando cualquier tipo de máquina, e incluso manuscrito, pero se exige que cada página esté firmada, salvo si se trata del manuscrito, en el que la exigencia sólo está referida al final del documento. Puede ser escrito en cualquier idioma, no exigiéndose la fecha, sin embargo este requisito se supera cuando el notario levanta el acta sobre la cubierta del sobre.

- Sobre. El pliego deberá ser introducido en el sobre o cubierta, dice el legislador. Al respecto diremos que sobre es sinónimo de cubierta; pues bien, en este sobre se introduce el pliego testamentario, y se procede a cerrarlo, cuidando de que efectivamente la cubierta clausurada o sobre cerrado lo esté herméticamente, para evitar que el pliego pueda ser extraído a través de la rotura o alteración de la cubierta.
- Presentación ante el notario. El testador, personalmente y acompañado de dos testigos, se presentará ante el notario, a quien le entregará el sobre cerrado, indicándole que dentro de este se encuentra su testamento; el notario sobre la cubierta clausurada, levantará un acta en la que conste la manifestación del testador de que en dicho sobre se encuentra su testamento. Al redactar el acta en la cubierta del sobre, dejará constancia de lo manifestado por el testador, pues no podrá certificar que dentro del sobre efectivamente se encuentra un testamento. El notario consignará los nombres del testador, de los testigos. Luego todos los intervinientes procederán a firmar el acta, la cual estará debidamente fechada. Una vez terminado el acto, deberá transcribirlo en su registro de testamentos, volviendo a firmar los intervinientes; este requisito resulta trascendente, en atención a que se acredita fehacientemente la intervención del notario en la fecha indicada en la cubierta y la unidad del acto. El notario que se queda con el testamento deberá dar copia certificada del acta al testador.
- Unidad del acto. Se garantiza el principio a través de la reunión de el testador, testigos y notario, todos ellos presentes desde el inicio hasta el final del acto, pues si un testamento es otorgado en diferentes etapas, sería cuestionable la fecha de su otorgamiento, y quizás la posibilidad de sustitución del pliego; por ello se requiere que estén reunidos, en un solo acto, el testador, los testigos y el notario, con lo cual se garantiza la legitimidad del pliego interno que como sabemos contiene la voluntad del testador.
- Conservación del testamento. La legislación pasada no ordenaba al notario quedarse en calidad de depositario del testamento, y por ello dicho funcionario solía, una vez que había entregado copia certificada del acta levantada sobre la cubierta y la transcripción a su registro, entregar el sobre al mismo testador, quien luego procedía a conservarlo o entregarlo a una persona de su confianza. Ello trajo serios problemas cuando, ocurrida la muerte del testador, no se ubicaba el testamento, y los sucesores pretendían ejecutar el testamento, pero como no tenían el mismo, entonces no podían hacerlo, y tampoco podían iniciar proceso de sucesión intestada, pues en los registros solo aparecía el otorgamiento del testamento. Felizmente ello ha sido superado con la exigencia en

el Código Civil vigente de que el notario conserve el testamento con las seguridades del caso, hasta que luego de muerto, el testador, el juez competente o el notario le solicite la presentación. En efecto, el artículo 700 del Código Civil señala que el testamento cerrado quedará en poder del notario

- Revocación del testamento cerrado. El mismo artículo 700 del Código Civil, señala que el notario que conserva el testamento deberá restituirlo al testador ante una petición de él, petición que deberá hacerse con las formalidades, tales como que la solicitud se haga ante la presencia de dos testigos, que el notario levante acta, y que dicha acta se firme por el testador, testigos y notario. Ante un pedido de esta naturaleza, el notario no tiene alternativa, y al entregar el sobre cerrado, en ese mismo momento, el testamento cerrado habrá quedado revocado, tal como expresamente lo consigna el artículo 802 del Código Civil, cuando señala «el testamento cerrado queda revocado si el testador lo retira de la custodia del notario».

El destino del testamento cerrado que ha quedado revocado como tal, puede ser que nunca más valga como testamento, supuesto en el cual estaríamos ante una persona como que si nunca hubiera testado, o que si fue redactado de puño y letra, es decir manuscrito por el testador, valga como ológrafo, el cual para su validez deberá ser protocolizado, tal como lo reconoce expresamente el artículo 803.

Otra forma de revocar el testamento cerrado lo encontramos en el artículo 2118 del Código Civil, cuando alude a los testamentos cerrados otorgados bajo la vigencia del Código Civil de 1936, y que como sabemos no obligó al notario a conservar en su poder el testamento; pues bien, esos testamentos, que estuvieren en poder del testador o de terceras personas, quedan revocados si el testador o el tercero lo abre, rompe o destruye o inutiliza de otra manera.

3. EFICACIA JURÍDICA

Para obtener los efectos deseados, es decir, proceder a ejecutar el testamento, deberá necesariamente pasarse por la apertura del testamento y su posterior protocolización. Veamos los pasos a seguir:

- Inscripción en el Registro de testamentos. Para ello, el notario remite un parte que contenga textualmente la cubierta autorizada, así lo dispone el Reglamento de Registro de Testamentos y el artículo 2039 del Código Civil. Al ocurrir el fallecimiento del causante, se deberá ampliar la inscripción del testamento cerrado, lo que implica la inscripción de la

partida de defunción, según el artículo 8 del Reglamento y el artículo 2039 del Código Civil.

- Presentación y apertura del testamento cerrado. El artículo 701 del Código Civil señala que el notario, bajo cuya custodia queda el testamento, deberá conservarlo hasta que luego de muerto el testador, el juez competente le ordene su presentación. Ahora bien, según Ley de competencia notarial 26662, también puede intervenir el notario en la apertura del testamento cerrado.

Debemos reparar en una seria omisión del legislador al no establecer plazo de presentación, con todos los inconvenientes que ello puede acarrear. Creemos que el plazo, tentativamente, puede ser un año desde la muerte del testador o de inscrita la muerte presunta. Vencido el plazo de no haberse solicitado la presentación, estaríamos ante un supuesto de sucesión legal. Sobre el mismo tema, resulta pertinente mencionar lo dispuesto en el artículo 2119 del Código Civil, el cual señala que la persona que tuviere en su poder un testamento cerrado, estará obligado a presentarlo al juez competente dentro de los 30 días de tener noticia de la muerte del testador bajo responsabilidad. Obviamente se trataría de un testamento otorgado bajo la legislación del Código Civil de 1936, que posibilitó que el testamento cerrado quede en poder del mismo testador o de un tercero, posibilidad que ya no existe en atención. a que, como ya se señaló, ahora el notario queda como depositario de ese testamento.

La presentación se da en virtud a la solicitud de parte interesada, quien deberá acreditar el deceso del causante y la existencia del testamento. La existencia del testamento se prueba con la copia certificada del acta de otorgamiento y recepción que el notario entregó al testador, o con la constancia certificada de los Registros Públicos en que aparezca que en el Registro de testamentos consta que el causante otorgó testamento cerrado ante determinado notario. Presentado el testamento, el juez o notario diríamos, con citación de los presuntos herederos o legatarios, procederá a la apertura del testamento cerrado, de conformidad con las normas procesales sobre la materia.

4. NORMAS PROCESALES PARA LA APERTURA Y PROTOCOLIZACIÓN DEL TESTAMENTO CERRADO

Las principales normas del Código Procesal Civil que van desde el artículo 817 al 825 nos señalan lo siguiente:

- Legitimación. Están legitimados para solicitar la comprobación y apertura del testamento cerrado, quienes tenga en su poder el testamento. Claramente alude a los testamentos otorgados bajo la vigencia del Código Civil de 1936. Asimismo, quienes se consideren herederos

forzosos o legales, herederos voluntarios o legatarios, acreedores del testador. Agregamos acreedor del sucesor, y, en general, los presuntos sucesores.

- Requisitos. Deberá acompañarse copia certificada de la partida de defunción o declaración judicial de muerte presunta del testador, y certificación registral de no figurar inscrito otro testamento, copia certificada del acta notarial extendida cuando fue otorgado, o en defecto de esta, certificación de existencia del testamento emitida por el notario que lo conserva bajo su custodia.
- Presentación y constatación previa. El juez ordenará al notario que, dentro de cinco días de notificado, presente al Juzgado el testamento con el acta respectiva. El juez procede a su apertura en presencia del notario o del solicitante; según corresponda; pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas, y certificará el estado del sobre o cubierta que se agregarán al expediente, de todo lo cual se extenderá un acta, en la que, si es el caso, se dejará constancia de la posibilidad de que el estado del sobre hubiera permitido el cambio de su contenido.
- Emplazamiento complementario. Si existen sucesores designados por el testador no mencionados por los solicitantes, requerirá a estos para que dentro de 3 días indiquen al juzgado si conocen el domicilio de ellos para su emplazamiento; si se ignora o no se proporciona el domicilio, un extracto de la solicitud se publicará por 3 veces.
- Resolución. Si el juez lo considera auténtico, dispone la protocolización notarial, según el artículo 64 del D. Leg. N° 1049. Por la protocolización se incorporan al registro de escrituras públicas los documentos que la resolución judicial ordene, con lo cual adquiere valor de instrumento público; la resolución no prejuzga la validez formal del testamento ni la del contenido de las disposiciones testamentarias. Si el juez comprueba que la cubierta está deteriorada de manera que hubiera sido posible el cambio del pliego, dispondrá que valga como testamento ológrafo si reúne los requisitos para esta clase de testamentos.

5. APRECIACIÓN

Los testamentos cerrados respecto de los otorgados por escritura pública tienen la ventaja de la reserva en cuanto al contenido del pliego testamentario, en tanto que, excepto el testador, nadie más sabe del contenido del testamento, esto es ni el notario ni los testigos, que si bien es cierto presencian el acto de entrega del testamento y participan de la suscripción del acta testamentaria, no por ello conocen el contenido del testamento como sí ocurre con el de escritura

pública. Ello da tranquilidad al testador; sin embargo, el inconveniente se presenta al tratar de ejecutar el testamento, pues debemos necesariamente seguir el proceso judicial, o notarial que hemos comentado, que de por sí es moroso, a lo que debemos agregar la incertidumbre respecto del plazo en el que se tiene que iniciar el proceso notarial o judicial. A todo ello se suma, como es natural, los costos de todo procedimiento. Sin perjuicio de lo referido, creemos que, en cuanto a la voluntad del testador y su reserva, este testamento termina siendo más conveniente que el de escritura pública.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO II
CLASES DE TESTAMENTO

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO

1. TESTAMENTO OLÓGRAFO

En esta clase de testamentos no interviene autoridad alguna, ni testigos, por ello quizás es el testamento con menos seguridad para guardar la voluntad testamentaria.

El testador manifiesta su voluntad en un papel cualquiera, en un solo acto o en varios momentos; sin embargo, la exigencia indispensable está referida a que el testamento sea manuscrito, escrito de puño y letra por el testador.

Se critica su denominación, en tanto que el término ológrafo viene de las palabras griegas holo que significa todo, y grafos cuyo significado es escritura, aludiendo a que todo debe ser escrito. En ese sentido, todos los testamentos serían ológrafos, en tanto que según nuestra legislación no existen testamentos verbales, todos son escritos. Quizás el término que debió utilizarse es autógrafo, que significa escrito de mano de su mismo autor.

Este testamento ológrafo fue conocido en la antigua Roma, también en Francia, y principalmente en los países en donde imperaba el derecho consuetudinario, hasta que su uso fue generalizado por el Código de Napoleón.

Definición. Testamento redactado personal y directamente por el testador, a mano, es decir de su puño y letra, fechado y firmado sin intervención de testigos ni de notario.

2. FORMALIDADES.

Participa de las formalidades de todos los testamentos ordinarios, en tal mérito y según el artículo 695 del Código Civil debe ser escrito, fechado, firma-

do y obviamente consignando el nombre del testador. Ahora bien, por expresa disposición del artículo 707 del Código Civil, debe ser totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Analicemos estas formalidades.

Escritura. significa que debe estar escrito, redactado por el mismo testador (manuscrito), formalidad esta que será comprobada a la muerte del testador por la vía del peritaje caligráfico. El testamento puede ser extendido en cualquier papel o superficie, en uno o más hojas, y su elaboración puede agotarse en un determinado momento o en varios momentos, cualquier enmienda o corrección es posible, pudiendo realizarse al margen o entre líneas. Las modificaciones realizadas, luego de la conclusión del testamento, deben ser fechadas y firmadas por el testador, puesto que equivaldrían a un nuevo testamento.

En estos testamentos, la fórmula empleada «por el propio testador» descarta la intervención de un tercero que podría haber ayudado a redactar al causante, lo cual produciría la nulidad del testamento, discutiéndose si procedería la nulidad también ante la intervención intrascendente del tercero, y que no altera en lo más mínimo la voluntad del testador. Demolombe considera difícil la solución, si existiera algún añadido al testamento por manos de tercero, ajeno al testador, no conociéndose si lo fue con o sin consentimiento de este. Sigue señalando Demolombe, que la regla general es que no forma parte del testamento todo lo que no está escrito de mano del testador, y que si el testamento, reducido a lo que está escrito por mano del testador, presenta un sentido completo y claro, se ejecutará sin considerar las adiciones hechas por mano extraña; por el contrario, el testamento no valdrá porque no se podría buscar, en las adiciones de otra mano, el complemento a la explicación del pensamiento que no es suficientemente claro.

No se dice si en el testamento ológrafo debe emplearse caracteres alfabéticos o si se puede usar signos ideográficos, taquigráficos o de otro sistema convencional, prefiriéndose la escritura habitual o normal del testador; sin embargo, si se utilizó letra de imprenta o usó caligrafía artística, podría plantear problemas de autenticidad del testamento, lo cual obviamente habría que solucionar posteriormente a través de la pericia, en tanto que lo importante va a resultar identificar plenamente al testador. Según Planiol, el medio para la redacción puede ser cualquiera, mencionándose el caso de un testamento, escrito en un vidrio con un brillante, que fue considerado válido.

Fecha. Según Echecopar, el objeto de esta solemnidad es doble: por un lado nos da un referente temporal sobre la capacidad o no del testador cuando lo otorgó, y por otro nos permite establecer, ante la eventualidad de la existencia de dos testamentos, cuál de ellos es el último. Pueden presentarse problemas en

cuanto a la interpretación de la fecha; sobre este tema, podríamos formular inquietudes como si deberá indicarse día, mes y año, que sería lo más recomendable, o ser más flexible como indica Vélez Sarsfield, quien a través de un ejemplo no da un referente alusivo a como se presenta la fecha: «firmado Viernes Santo de 1869». Sobre el particular, creemos que la interpretación correcta debería ir por el sentido de que si la fecha puede identificarse con el mismo texto del testamento, o cuando se refiere a un acontecimiento de notorio conocimiento público, entonces se tendrá por válido (por ejemplo, en el caso peruano, un testamento que aluda a que el acto fue otorgado en Fiestas Patrias del 2005). Si se ha escrito en varios momentos en donde aparezcan varias fechas, valdrá la última porque es la que corresponde a la conclusión del acto; si la fecha fuera falsa o incompleta, el testamento será nulo pues carece de una formalidad esencial, salvo que de lo expuesto en el testamento ella pudiera ser deducida: No sería anulable en el caso de que se pudiese completar la fecha trunca o se trate de un error involuntario, error que sin embargo no imposibilita determinar la fecha exacta; en cuanto a cómo debe consignarse la fecha, la jurisprudencia extranjera admite el uso de las letras o números, siempre que pueda llegarse a establecer el día exacto a que se refiere.

Firma. De preferencia debe consignarse al final del testamento; sin embargo, creemos que nada se opone a que aparezca en cualquier parte del texto. Lo esencial es que quede clara la relación entre la firma y el texto. Debe utilizarse el nombre y el apellido que usa habitualmente el testador en los actos de su vida diaria. La suscripción vendría a ser una ratificación del testador a todo lo expresado en el pliego testamentario. Se señala que podría hacerse incluso utilizando seudónimos o con simples iniciales. En Suiza se ha llegado a admitir testamentos firmes y por cierto válidos, que en lugar de firma contenía frases como «tu madre» o «tu padre», ello obviamente en un contexto en el que el pliego testamentario estaba escrito en forma de carta dirigida a los hijos del causante.

3. EFICACIA JURÍDICA

La eficacia se refiere a la producción de los efectos, y en el caso del testamento ológrafo, el artículo 707 del Código Civil, refiere que «para que produzca efectos, debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador». Sobre el particular, un primer tema a precisar es que esta segunda parte del artículo en mención debió referirse a iniciarse el trámite de comprobación dentro del año de la muerte del testador, en tanto que la morosidad de los procesos puede llevar fácilmente a un proceso de protocolización iniciado dentro del año del deceso, pero que concluya superado este año.

El artículo 708 del Código Civil señala que la persona que conserve un testamento ológrafo en su poder tiene la obligación de presentarlo al juez dentro de los 30 días de tener conocimiento de la muerte del testador, bajo responsabilidad de daños y perjuicios; el supuesto de este párrafo está referido a la persona que ha recibido del testador el pliego testamentario con el encargo de guardarlo, y presentarlo cuando ocurre la muerte del testador, o la persona a quien por diversos motivos llega a su poder el testamento.

Señala el artículo 709 del Código Civil, que la presentación del testamento ológrafo deberá incluir la copia certificada de defunción del testador. Una vez hecha la presentación del testamento al juez, este rubricará cada una de las páginas poniendo también el sello del juzgado, y dispondrá lo necesario para la comprobación de la autenticidad de la letra y firma del testador mediante el cotejo.

Se entiende que la solicitud de comprobación y protocolización del testamento ológrafo, aparte de acreditar legitimidad e interés para obrar, deberá indicarse a los presuntos herederos que deberán ser convocados por el juez para la audiencia respectiva.

El juez con la citación de los presuntos herederos procederá a la apertura del testamento (si estuviera cerrado), y nombrará a los peritos calígrafos para el cotejo, valiéndose en este caso de las disposiciones procesales que regulan este tema. Se señala que si faltaran elementos para el cotejo, el juez puede disponer que la comprobación sea hecha por tres testigos que conozcan la letra y firma del testador.

Sobre la actuación judicial, bueno es precisar que, a diferencia de lo que ocurre con el testamento cerrado, este proceso necesariamente debe seguir el camino judicial, en tanto que la Ley de competencia notarial 26662 no alcanza a este testamento; así se desprende del título sexto de la referida ley, al precisar que el trámite notarial solo se refiere al testamento cerrado.

Si el testamento estuviere escrito en idioma diferente al castellano, se nombrará un traductor oficial, y si el testador fuera extranjero, la traducción deberá ser hecha con citación del cónsul del país de su nacionalidad, si lo hubiere. El texto de la traducción será agregado al texto original, debiendo ser firmada por el traductor con su firma legalizada por el secretario del juzgado.

Una vez comprobada la autenticidad del testamento y el cumplimiento de sus requisitos, el juez mandará protocolizar el expediente. La protocolización la realiza el notario, y verificado ello adquiere valor probatorio de instrumen-

to público de acuerdo con el D. Leg. del notariado; por lo tanto, este testamento ológrafo ya protocolizado, tiene el mismo valor que el testamento otorgado por escritura pública, o el testamento cerrado que hubiere sido abierto judicial o notarialmente y luego protocolizado.

4. APRECIACIÓN

Si bien es cierto que se trata de un testamento que ofrece pocas garantías de respetar una auténtica y libre voluntad testamentaria, en tanto que el causante puede ser víctima de la sugestión o captación de su voluntad, e incluso susceptible de falsificaciones, todo ello teniendo en consideración que no intervienen notario ni testigos. Sin embargo, constituye una comodidad para aquellos enfermos, privados de medios para concurrir a un notario, así como también para los indecisos o tímidos que prefieren tener un documento en su poder para poder corregirlo todas las veces que lo consideren conveniente. Se puede agregar a ello que, a diferencia de lo que pasa con el testamento cerrado, aquí el testamento ológrafo no necesariamente conserva absoluta reserva sobre su otorgamiento, y por cierto de su contenido, en tanto que puede ser conocido por terceros a quienes el testador les comunicó sobre la expedición, e incluso les informó sobre el contenido del mismo.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO II
CLASES DE TESTAMENTO

CAPÍTULO CUARTO

CAPÍTULO CUARTO

1. TESTAMENTOS ESPECIALES

Se les llama especiales en tanto que son otorgados en situaciones de excepción, o dicho en otros términos, en circunstancias extraordinarias y por lo tanto sin las condiciones de normalidad y facilidad en las que operan los testamentos ordinarios, y en efecto ello se comprueba cuando estamos por ejemplo ante un testamento militar, el cual se otorga en circunstancia de conflicto bélico con país extranjero, otorgándose esta potestad testamentaria a los miembros de las fuerzas armadas y policiales que estén participando en combates o acuartelados, listos para la guerra. Pues bien, en esas circunstancias es obvio que el interesado en testar no podrá hacer uso del testamento por escritura pública, que como sabemos requiere la presencia de un notario, y tampoco el cerrado, por el mismo motivo, quedándole solo el ológrafo; sin embargo, éste requiere, si no de la presencia de notario, mas sí que sea redactado de principio a fin de puño y letra por el testador, situación esta en la que muchas veces no es posible hacerlo, y por ello la existencia de este testamento, que incluso como veremos más adelante, (los testamentos militar y marítimo), aun cuando no haya sido redactado por el testador, valdrá siempre y cuando esté firmado por este.

Se observará posteriormente, cómo estos testamentos especiales, no son prerrogativas o concesiones a militares o personas que viajan en barco (tratándose del testamento marítimo), sino un medio para posibilitar que la gente que desee testar pueda hacerlo; pues bien, estos testamentos son más flexibles en cuanto a las formas exigidas que las requeridas para los testamentos ordinarios, y ello en función, como ya se dijo, de las circunstancias excepcionales en las que se otorgan.

Son dos los testamentos especiales, los llamados testamentos militar y marítimo.

2. TESTAMENTO MILITAR

Ramón Domínguez Benavente señala que este testamento no se concibe como un privilegio, sino como una manera de facilitar el otorgamiento de testamento a personas que se ven envueltas en conflictos armados.

En el Perú, este testamento, que fue regulado en el Código Civil de 1852, no lo fue en el Código Civil de 1936, en atención a que en la fecha en que entró en vigencia ese código (14 de noviembre de 1936), el Código de Justicia Militar (1898), vigente en ese entonces, ya lo tenía regulado en forma pormenorizada.

Este testamento se remonta al Derecho romano, y su origen se encuentra en lo que se vino en denominar In Procintu, y así se decía que los soldados romanos antes de empezar la guerra solían embrazar sus escudos, se ajustaban la toga y hacían testamentos no escritos nombrados ante tres o cuatro camaradas.

3. QUÉ PERSONAS PUEDEN OTORGAR ESTE TESTAMENTO

Según el artículo 712 del Código Civil, pueden otorgarlos los miembros de las Fuerzas Armadas o Policiales que en tiempo de guerra estén dentro o fuera del país, acuartelados o participando en operaciones bélicas. También lo pueden otorgar las personas que sirvan o sigan a esas fuerzas, y los prisioneros de guerra. El citado artículo al utilizar la frase: «personas que sigan al Ejército», abre la posibilidad para otorgar testamento a toda persona no necesariamente militar pero que acompañe a estas fuerzas, como podrían ser observadores militares extranjeros, corresponsales de prensa nacionales o extranjeros.

4. ANTE QUIEN SE OTORGA

Refiere el artículo 713, que la persona ante la cual se otorga puede ser un oficial, jefe de destacamento, puesto o comando al que pertenezca el testador, aunque dicho jefe no tenga la clase de oficial, e incluso el médico o capellán que pudieron asistir al testador. Sobre este tema, se debe recordar que en legislaciones antiguas se señalaba que debía ser otorgado ante un oficial que tuviera por lo menos la clase de capitán. Sobre el particular, legislaciones como la argentina y chilena regulan en ese sentido. Obviamente esta exigencia termina dificultando el otorgamiento de este testamento.

5. SE PUEDE OTORGAR SOLO EN ESTADO DE GUERRA

Es de observar, como ya lo venimos comentando, que esta situación excepcional no posibilita cumplir con las formalidades que exige un testamento

ordinario, de allí que encontremos normas no tan rígidas como sí ocurre con los testamentos por escritura pública, cerrado e incluso el ológrafo.

El testamento militar se puede otorgar en tiempo de guerra, dentro o fuera del país, acuartelados o participando en operaciones bélicas. Debe entenderse que existe una declaración oficial de guerra a un país extranjero, o la participación de tropas nacionales en una guerra ya declarada; sin embargo, resulta difícil conocer cuándo ha empezado una operación bélica y cuando ha concluido. Una inquietud sobre el tema está referida a si Estado de guerra también podría considerarse a una guerra civil. Sobre el particular, se señala que estaría recogida en el artículo 137, inciso 2, de la Constitución, al referirse al Estado de sitio en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de que se produzca. En conclusión, creemos que la situación de excepción para posibilitar estos testamentos militares debería estar referida a todo conflicto bélico en que se vea envuelta la nación, sea exterior o interior, y que por ese motivo no existan las condiciones necesarias para el otorgamiento de los testamentos ordinarios.

6. REQUISITOS FORMALES

Participa de las exigencias formales a todo testamento. En tal mérito debe ser escrito, aun cuando el legislador no exige que la escritura la haga el testador, por lo tanto puede ser redactado por otra persona, e incluso la persona ante quien se otorga. En cuanto a la firma del testador, es un requisito indispensable, de caso contrario, no habrá testamento, pero igualmente se exige la firma de la persona ante quien se otorga. Ahora bien, en cuanto a la fecha y nombre del testador, por la situación de excepción en que se otorga, el incumplimiento de estos requisitos no acarrea la nulidad, como sí ocurre en los testamentos ordinarios; sin embargo, sí ocasionan la anulabilidad del testamento según lo manda el artículo 812 del Código Civil, situación que igualmente ocurre cuando los dos testigos que deberán firmar el testamento no lo hacen. Sobre el particular, habría que señalar que si bien el nombre y la fecha que no aparezcan en el testamento es un vicio, también podemos decir que de alguna manera se suplen cuando el testamento es remitido por el oficial al Cuartel General del Ejército, en donde se consigna el nombre de la persona que lo otorgó, y en cuanto a la fecha, habría que estar a la fecha de remisión.

7. TRÁMITES A LOS QUE ESTÁ SUJETO EL TESTAMENTO MILITAR

El artículo 714 nos señala los pasos a seguir, y así, apenas otorgado, se remitirá al cuartel general donde se dejará constancia de la clase militar o mando de la persona ante la cual ha sido otorgado. Posteriormente se hará llegar al

Ministerio de Defensa, que lo enviará al juez especializado en lo civil del lugar donde el testador tuvo su último domicilio.

8. CADUCIDAD

Según el artículo 715 del Código Civil, el testamento militar caduca a los tres meses desde que el testador deje de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias. El plazo de caducidad se computa a partir del documento oficial que autoriza el retorno del testador, sin perjuicio del término de la distancia. En caso de encontrarse un testamento ológrafo en la situación de excepción del testamento militar, se le deberá dar el mismo trámite que el militar, con la excepción de que no habrá de dejarse constancia de la clase militar o mando de la persona pues no se otorgó ante ella, y en este caso el testamento caducará al año de la muerte del testador, según ordena el artículo 707 del Código Civil.

9. COMPROBACIÓN JUDICIAL Y PROTOCOLIZACIÓN NOTARIAL

Si el testador fallece antes del plazo señalado para la caducidad del testamento (tres meses desde que retornó a suelo patrio), los interesados podrán pedir ante el juez, en cuyo poder se encuentra el testamento, su comprobación judicial y protocolización notarial tal como lo dispone el artículo 715, tercer párrafo, del Código Civil. Tales procedimientos se llevan a cabo conforme a las normas para la eficacia del testamento ológrafo que ya hemos visto, y que están detallados en los artículos que van del 707, segundo párrafo, al 711 del Código Civil, debiendo señalarse, en cuanto a la comprobación, que si se trata de un testamento militar que no fue redactado por el testador, lo que es posible, como ya hemos visto, la pericia sólo está referido a certificar la firma del causante.

10. TESTAMENTO MARÍTIMO

Algunos antecedentes remotos de este testamento, los encontramos en Roma, en donde se otorgaba a oficiales y marineros el derecho a testar mientras estuvieran navegando. Otro tanto ocurría en la Francia de 1689, cuando se permitió disponer a los marinos de guerra de la universalidad de sus bienes. También en España mediante la ordenanza de la Armada de 1748 que consideró esta clase de testamento. Este testamento también podía otorgarse en la navegación de ríos interiores.

11. DEFINICIÓN Y QUIÉNES PUEDEN OTORGARLO

Aquel que puede ser otorgado por los navegantes durante la travesía acuática, pudiendo ser marítimo, fluvial o lacustre.

Estos testamentos pueden ser otorgados por jefes, oficiales, tripulantes o cualquier otra persona que se halle embarcada en una nave, sea esta de guerra o mercante de bandera peruana, o también un barco dedicado a faenas industriales o a fines científicos, y ante el capitán de la nave o ante quien estuviera al mando; por lo tanto, no podrán ser extendidos en embarcaciones de recreo ni remolcadores o chatas. Sobre el particular, los artículos 380 al 392 del Reglamento de la Marina Mercante señalan que este testamento no puede ser utilizado en embarcaciones de bahías, recreos, remolcadores, chatas y pontones. Lo fundamental de este testamento, para que sea considerado como tal, es que se otorgue durante la navegación, no cuando el barco se encuentre fondeado en puerto.

12. FORMALIDADES

Al igual que en el testamento militar, este testamento también debe participar de los requisitos formales que se exigen a todo testamento, y además las especiales consignadas en el artículo 717 del Código Civil: el testamento debe constar por escrito, el mismo que no necesariamente tiene que haber sido redactado por el testador; eso sí, deberá ser firmado por el testador y por la persona ante la cual es otorgado y por los testigos; y en cuanto al nombre del testador y fecha, si no se observan estos datos, el testamento será anulable, como también ocurre en el caso de los testigos que no aparezcan firmando el testamento.

Según el artículo 717 del Código Civil, en su última parte, deberá extenderse el duplicado del testamento otorgado con las mismas firmas que el original, así como deberá anotarse el testamento en el diario de bitácora, de lo cual se dejará constancia en ambos ejemplares con el visto bueno de quien ejerce el mando de la nave, debiendo conservarse con los documentos de esta. Se precisa que estas exigencias no son requisitos esenciales para la validez de este testamento, sino que responden a medidas de costumbre marítima internacional.

Si antes de regresar al Perú se llega a puerto extranjero donde exista agente consular, la autoridad al mando del barco hará entrega al mencionado agente consular, bajo constancia, de uno de los ejemplares del testamento, el cual, si el testamento hubiere sido otorgado en buque de guerra, lo remitirá al Ministerio de Defensa, o a la Dirección General de Capitanías si fue otorgado en un barco mercante. La autoridad competente enviará un ejemplar al juez especializado en lo civil, del lugar donde el testador tuvo su último domicilio, y archivará el otro. Si fuere extranjero el testador y no estuviere domiciliado en el Perú, un ejemplar será remitido al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cuando la nave retorne al Perú, los dos ejemplares o el ejemplar restante, si es que uno de ellos ya ha sido entregado, serán enviados al Ministerio de Defen-

sa o a la Capitanía del Puerto (según se trate de buque de guerra o barco mercante), en todo caso, se remitirá uno de los documentos al juez especializado en lo civil, del lugar donde el testador tuvo su último domicilio y se archivará el otro. Si el testador muriera durante el viaje, se agregará a cada ejemplar una copia certificada del acta que acredite la defunción, y si entre las prendas del difunto se encuentra un testamento ológrafo, deberá ser guardado con los papeles de la nave agregándose copia certificada del acta que acredite el fallecimiento.

13. CADUCIDAD

El artículo 720 del Código Civil, señala que caduca el testamento marítimo a los tres meses de haber desembarcado definitivamente el testador, y si fuera el caso de testamento ológrafo encontrado en las prendas del causante, este caducará al año de la muerte del testador.

14. COMPROBACIÓN JUDICIAL Y PROTOCOLIZACIÓN NOTARIAL

Si el testador muere antes del plazo señalado para la caducidad del testamento, los interesados podrán pedir ante el juez, en cuyo poder se encuentra el testamento, su comprobación judicial y protocolización notarial. El procedimiento a seguir es el mismo que se sigue en el testamento ológrafo. Protocolizado el expediente por el notario, el testamento marítimo tendrá el valor de instrumento público.

15. TESTAMENTOS EN NAVES AÉREAS

En el código civil no hay ninguna norma referida a la posibilidad de otorgar testamentos en naves aéreas. Entendemos que no se ha consignado en atención a que son situaciones cortas en el tiempo, y que no demandarían la necesidad ni la urgencia del otorgamiento de un testamento; sin embargo, en el Código Procesal Civil, sí encontramos normas que en forma clara aluden a esta posibilidad. Así tenemos que los artículos 817 y 825, al referirse a la comprobación, como paso necesario para que los testamentos puedan adquirir eficacia, menciona a los testamentos cerrado, ológrafo, militar, marítimo y al aéreo; por lo tanto, este código procesal parte del supuesto de la existencia de testamentos aéreos.

La antigua Ley de Aeronáutica Civil, 24882, hoy modificada por la Ley 27261, otorga al comandante de la aeronave funciones notariales, disponiendo la obligación de inscribir en el libro correspondiente los testamentos in extremis y responsabilizándolos de remitir oportunamente copia autenticada del Registro a la autoridad competente del Estado de matrícula de la aeronave.

Según Ferrero, en su texto de sucesiones, al referirse al artículo 817 del Código Procesal Civil, respecto de que el testamento aéreo debe ser comprobado y protocolizado notarialmente, expresada por la norma bajo comentario termina entrando en contradicción con las funciones notariales que otorga la ley de aeronáutica civil al comandante de la aeronave, función similar a la que ocurre con los cónsules en el extranjero. Concluye que, tal como está concebida la norma, el testamento aéreo no sería un testamento especial. Sobre el particular, diremos que la crítica es sólida en tanto que si el comandante de la nave hace las veces de notario, entonces el testamento que hubiera recibido, no tendría que pasar por la comprobación y protocolización para lograr sus efectos, pues tal testamento equivaldría al de escritura pública que como sabemos no requiere comprobación. Sin embargo nuestra opinión está en el sentido de que, por las peculiaridades y excepcionalidad en que se otorga, este testamento otorgado en naves aéreas debe ser regulado y tratado como especial, y por lo tanto requeriría del proceso de comprobación, tal como ahora lo dispone el Código Procesal Civil, debiendo estar sujeto al plazo de caducidad, quizás el mismo que se da en los casos de los testamentos militar y marítimo.

16. SUCESIÓN INTERNACIONAL

Como acertadamente dice la autora Delia Revoredo, el lugar donde se ubican los bienes, el domicilio de los herederos y el domicilio del causante son elementos con suficiente fuerza o importancia para internacionalizar la sucesión, bastando que no se den todos en un mismo país. A continuación veremos, en primer lugar, la situación de los peruanos en el extranjero que pretenden otorgar testamento.

El peruano que se encuentra en el extranjero y desea testar, lo hace ante al agente consular del Perú acreditado en aquél país, el mismo que según ley funge de notario. Por lo tanto, los testamentos en los que este funcionario puede intervenir o también puede autorizar el cerrado. En cuanto al ológrafo, que como sabemos no requiere de intervención de notario para su existencia, el peruano que se encuentra en país extranjero puede otorgar este tipo de testamento, aun cuando en el país en donde radica, no sea admitido por esa legislación. La posibilidad de otorgar testamentos en el extranjero es recogida por nuestro Código Civil en los artículos 721 y 722.

Es aplicable a los testamentos otorgados en el extranjero lo dispuesto en el artículo 2094 del Código Civil que dice, «Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana».

Refiere el artículo 722 del Código Civil que «Son válidos en el Perú en cuanto a su forma los testamentos otorgados en otro país por los peruanos o extranjeros ante los funcionarios autorizados para ello y según las formalidades establecidas por la ley del respectivo país...». En este supuesto de otorgamiento de testamentos por peruanos en país extranjero ante notarios de ese país, nuestro cónsul peruano se limita a legalizar la firma del notario del lugar ante el cual ha sido otorgado, debiendo, de ser el caso, agregar la traducción oficial si el testamento estuviera escrito en todo o en parte en idioma diferente al castellano, a lo que posteriormente debe adicionarse la legalización de la firma del cónsul peruano por el respectivo funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.

No se admiten en el Perú los testamentos otorgados en el extranjero en forma mancomunada, o los testamentos verbales ni los que contengan cláusulas testamentarias incompatibles con la ley peruana. Recordemos que en el Perú no se aceptan los testamentos verbales principalmente por su falta de seguridad y garantías, ni los mancomunados, tal como lo dispone el artículo 814 del Código Civil, norma que prohíbe terminantemente estos testamentos con el fin de preservar al máximo la auténtica voluntad del testador, y en cuanto a las cláusulas incompatibles con la ley peruana, podría ser, por ejemplo, testamentos con cláusulas que prohíban la institución de la legítima, o que establezcan órdenes de herederos diferentes a las que prevé la legislación peruana, o la coexistencia de herederos forzosos con voluntarios, que como sabemos no resulta posible a la luz de lo que dispone el artículo 737 del Código Civil.

17. POSIBILIDAD DE CONFLICTOS ENTRE LA LEY PERUANA Y LA LEY EXTRANJERA

Ello puede suceder, cuando se trata de sucesiones abiertas en el extranjero que tienen herederos peruanos o extranjeros domiciliados en el país o bienes en el territorio nacional, e indudablemente también cuando se trata de herencias abiertas en el Perú cuyos causahabientes son extranjeros residentes fuera del país, o cuando los bienes están ubicados en el exterior.

En el Código Civil de 1936, en lo que tocaba a los derechos de los herederos y del contenido del testamento, la ley aplicable era la ley personal del causante, entendiéndose como ley personal a la ley del domicilio del causante.

En el Código Civil de 1984, el artículo 2100 señala que la sucesión se rige, cualquiera sea el lugar de la situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante, aun incluso cuando el fallecimiento pudiera ocurrir eventualmente en país distinto.

Delia Revoredo, al comentar el artículo en mención, señala que no limita su regulación a los derechos de los herederos ni a la validez intrínseca del testamento, sino que se refiere a la sucesión en general. Ahora bien, existiría una excepción a la ley del último domicilio del causante. En efecto el artículo 2101 refiere que la ley peruana rige la sucesión de los bienes situados en la República. Si conforme a la ley del domicilio del causante, ellos deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones, entonces en este supuesto y ante la ausencia de herederos conocidos, la norma aplicable sería nuestro artículo 830, norma que regula la sucesión del Estado ante la ausencia de sucesores hábiles.

18. COMPETENCIA DE LOS JUECES PERUANOS

El artículo 2061 del Código Civil señala que los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes, aun contra personas domiciliadas en el extranjero, cuando el derecho peruano sea aplicable para regir en el asunto. Entonces, el supuesto será que se otorga competencia a los tribunales peruanos para conocer, en el caso de sucesiones, si el causante domiciliaba en el Perú al tiempo de morir. En consecuencia, y en estricta aplicación de los artículos 663 del Código Civil y 19 del Código Procesal Civil que otorgan competencia al juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país, el juez peruano termina conociendo la sucesión, competencia que es improrrogable.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO III
HEREDEROS Y LEGATARIOS

TÍTULO III
HEREDEROS Y LEGATARIOS

HEREDEROS Y LEGATARIOS

La sucesión tiene tres componentes básicos que son: el causante, los sucesores y la masa hereditaria. En cuanto a los sucesores, estos, según lo refiere nuestro Código Civil, pueden aparecer bajo las figuras del heredero y el legatario. El primero de ellos un sucesor a título universal, y el segundo, sucesor a titulo particular.

Los sucesores se convierten en un tema trascendente del derecho sucesorio, pues son ellos los que ahora resultan siendo los nuevos titulares de los bienes y derechos que le pertenecieron al causante, así como también se convierten en obligados, si fuere el caso de que el causante también ha transmitido obligaciones.

En cuanto a los herederos, estos pueden recibir diferentes denominaciones según su posición dentro de una sucesión, trátese de testamentaria o legal. Verbigracia, el llamado heredero forzoso o legitimario, a quien la ley le ha reservado una parte del patrimonio hereditario del causante, patrimonio que, por lo tanto, no es de libre disposición del testador. Estos herederos forzosos según nuestra ley, son los descendientes, ascendientes y cónyuge, el heredero voluntario (convocado por el testador ante la ausencia del forzoso), el heredero legal que alude a la sucesión intestada, y cuyo orden sucesorio lo establece igualmente la ley. Ahora bien, el heredero forzoso, en tanto familiar cercano del causante, siempre termina siendo un heredero legal; sin embargo, el heredero legal no siempre es un heredero forzoso, como es el caso de los herederos legales del cuarto, quinto y sexto orden, a saber, los hermanos, los tíos y sobrinos, y los primos hermanos, los tíos abuelos y los sobrinos nietos del causante, que si

bien es cierto son llamados por la ley en el orden establecido, mas no tienen la calidad de forzosos.

En lo que se refiere a los legatarios a quienes la ley denomina sucesores a título particular, debemos decir que se trata de beneficiarios convocados por el causante para recibir un bien singular o parte de un bien, pudiendo coexistir el legatario con el heredero forzoso e incluso el legatario con el heredero voluntario, y en este supuesto la ley prevé lo que se conoce como la cuarta falcidia, para los casos en que el porcentaje del heredero voluntario sea inferior a la cuarta parte de la herencia.

El estudio de los herederos legales en cuanto a quiénes son, el orden en que son llamados y su participación en la sucesión ya han sido abordados; por lo tanto, ahora toca ver y analizar la situación de los sucesores convocados por el testador para que participen de su sucesión, entonces nos estamos refiriendo a los sucesores testamentarios.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO III
HEREDEROS Y LEGATARIOS

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

1. HEREDERO

Puig Peña, en una definición simple e incompleta, nos dice que la institución de heredero es aquella manifestación de voluntad del testador, por virtud de la cual hace este una designación concreta y precisa de la persona del sucesor. Repárese en que no alude a la universalidad del heredero que es consustancial a esta institución.

Clemente de Diego es más preciso, en tanto que nos señala que se trata de la designación que el testador hace en su testamento de la persona o personas que por título universal han de sucederle en sus bienes o derechos, aun cuando termina omitiendo que el heredero igualmente hace suyas las obligaciones que fueron del causante.

En el Derecho romano, la institución de heredero era indispensable para que el testamento tenga vida propia, pues de no haberlo, o si la institución de heredero devenía en ineficaz, entonces todo el testamento dejaba de tener valor. Por ello se hacía imperativo que el testamento contenga de todas maneras la institución de heredero; e incluso, en una suerte de incentivo, se creó la figura de la cuarta falcidia para posibilitar la existencia del heredero (cuando concurría con legatarios), con el único fin de mantener la validez del testamento.

La exigencia radical de que el testamento necesariamente debería contener la institución de heredero, diríamos con el tiempo ha ido perdiendo peso, y vemos, como Alfonso Cossío señalaba, que la institución de heredero ha devenido en inútil y difícilmente justificable formalismo, lo que termina siendo cierto, en atención a que hoy puede existir un testamento sin la presencia del heredero, y dicho testamento valga, En otras palabras, ya no es indispensable para la exis-

tencia del testamento la presencia del heredero, pues para la sucesión ello es fácilmente sustituible con la designación judicial o notarial del heredero. Claro está que en el nivel de la conveniencia, resulta útil que un testamento contenga la institución del heredero, pues el sucesor convocado ya no tendrá que recurrir a la vía judicial o notarial para que lo designen como tal, en tanto que ya tiene el título de heredero, que se lo da precisamente su convocatoria, vía el testamento.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

El artículo 735 del Código Civil nos señala que la institución de heredero es a título universal, pudiendo comprender la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de la herencia dejada o una cuota parte de esa totalidad. Ahora bien, al hacer referencia a la universalidad, resulta necesario saber qué entendemos por universalidad, palabra esta que proviene del término universo y que significa generalidad, totalidad.

3. UNIVERSALIDAD

Como ya lo hemos referido, universalidad proviene de universo, aludiendo a un todo. También se utiliza como sinónimos los términos generalidad, unidad real, y así se dice del patrimonio hereditario, en tanto que se trata del conjunto de bienes y deudas que constituyen un todo indivisible. Este concepto de universalidad jurídica, aplicado al caso hereditario, nos da como lógica consecuencia que los sucesores a título universal no pueden aceptar derechos sin las anexas obligaciones.

Heredero universal significa que el heredero al suceder al causante, se sustituye por entero en el lugar jurídico de este, incluso sobre aquellos elementos patrimoniales que el causante desconocía que le pertenecían.

José Luis Pérez Lasala nos señala que el heredero es sucesor al igual que lo era en el Derecho romano, que sucede en la posición jurídica al causante. Esta sucesión supone el reemplazo o subentrada en la posición jurídica que ocupaba el causante; cualquiera que esta fuera, como consecuencia del suceder, adquiere de una vez y en bloque el patrimonio del causante. El cambio del sujeto (sucesor por causante) no lleva consigo la extinción de las relaciones jurídicas del causante y la creación en su lugar de otras nuevas, sino que dichas relaciones permanecen idénticas, manteniéndose además inalterados los títulos constitutivos de las relaciones jurídicas del causante.

Por otro lado, Ramón Domínguez Benavente nos señala que el heredero es sucesor universal, porque es la adopción total por el sucesor de la posición ju-

rídica del causante. En ella se produce solamente una modificación subjetiva de las relaciones, pues lo único que cambia es el titular, quedando todo elemento objetivo, es decir el contenido mismo de las relaciones jurídicas, indemne.

Salvador Fornieles nos dice que el heredero es un sucesor universal, por que recibe el patrimonio, que es una universalidad; mientras que, en el Perú, Jorge Eugenio Castañeda decía, comentando el Código Civil de 1936, que lo que caracteriza la sucesión a título universal es que el heredero se subroga en lugar del finado, en la titularidad de todas las relaciones jurídicas que no se extinguen con la muerte; sobre el particular, diremos que en puridad no se trata de una subrogación, sino en todo caso es asumir la posición jurídica que fue del causante.

Rómulo Lanatta, ponente principal del Libro de sucesiones del Código Civil de 1984, señala que el derecho del heredero, al extenderse a la universalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de estos, trae como consecuencia un derecho expansivo del sucesor y que tiene como manifestación el derecho a la acrecencia de estos herederos, la titularidad sobre cualquier bien del que no hubiese dispuesto el testador o que apareciera después, y la responsabilidad de los herederos por las deudas del causante.

Conviene preguntarnos acerca de este derecho expansivo, como manifestación de la universalidad que estamos comentando. Sobre el particular, diremos que el sucesor, al entrar en lugar del causante, toma la misma posición jurídica que fue del causante. En buena cuenta vendría a ser, en cuanto a su patrimonio, como si el causante estuviera vivo. En consecuencia, el sucesor, al convertirse en el nuevo titular del patrimonio que fue del causante, se pone al frente de todas las relaciones jurídicas creadas por el sucesor.

Como sabemos, al ocurrir el deceso del causante, la ley establece la transmisión al sucesor de todos los bienes existentes al abrirse esta sucesión. Ahora bien, pero si luego aparece otro bien ignorado o no tenido en cuenta por el causante, pues este bien igualmente le pertenecerá al sucesor, como le habría pertenecido al causante de estar vivo, en atención a que el sucesor ha tomado la posición jurídica del causante.

Siguiendo con el derecho expansivo, diremos que, si a una sucesión concurren varios herederos, y uno de ellos es inhábil sin que proceda la representación sucesoria, la parte que le hubiera correspondido a ese heredero inhábil, ahora se distribuye entre los otros herederos hábiles (acrecencia), en atención a que la suma de los herederos hace la unidad que entra en lugar del causante, y por lo tanto al no ser posible la sucesión de uno de los herederos, los otros sumarán a su cuota la del inhábil.

En este mismo orden de ideas, al haber asumido los sucesores el patrimonio del causante, reciben no solo los bienes y derechos, sino también las obligaciones dejadas por el causante, pues el sucesor toma la posición jurídica que fue del causante. Por lo tanto, si este tenía deudas, estas obligaciones ahora son asumidas por el sucesor o sucesores, quienes resultan siendo continuadores del causante en lo que se refiere a su patrimonio. El sucesor sucede al causante en el activo y pasivo, no siendo posible que solo acepte al activo y se niegue a recibir el pasivo, pues como ya lo hemos señalado el patrimonio es una unidad, un todo indivisible, y el heredero al suceder al causante se convierte en el nuevo titular de ese patrimonio integrado por activo y pasivo.

4. HEREDEROS TESTAMENTARIOS QUE PUEDEN INSTITUIRSE

Para nuestra legislación existen dos formas como puede aparecer el llamamiento de los herederos por testamento, los llamados forzosos y los voluntarios; en el primer caso, y por propio mandato de la ley, el testador deberá limitarse a convocar pura y simplemente a los denominados herederos forzosos y, en defecto de estos, puede, si lo estima pertinente, convocar a los herederos voluntarios.

5. HEREDEROS FORZOSOS

A propósito del estudio de la legítima dimos nuestro parecer respecto del término forzoso, señalando que no es el más adecuado e incluso se presta a confusión. En todo caso, lo de forzoso debería entenderse respecto del testador, el cual se ve obligado, forzado a convocar a ciertos herederos cuyos derechos están reconocidos legalmente, salvo la institución de la desheredación. En consecuencia, el llamado heredero forzoso lo es por designación que hace la ley, y no porque el heredero tenga que forzosamente aceptar el llamado, pues, como ya ha quedado establecido, en nuestra legislación no hay heredero a la fuerza. El heredero lo es porque quiere serlo y no porque se lo impongan, salvo el caso de la mal llamada herencia presunta, punto del cual ya nos hemos ocupado.

Como sabemos, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 724 del Código Civil, son herederos forzosos los hijos y demás descendientes, los padres y demás ascendientes y el cónyuge del causante. Ahora bien, la convocatoria de estos herederos forzosos se hará en forma simple, sin establecer modalidad alguna, y si se hubiera establecido, se tendrán como no puestas, y todo ello por la naturaleza de la legítima, que resulta siendo intangible. Sobre el particular, el artículo 733 del Código Civil es por demás expresivo al señalar lo siguiente: «El testador no puede privar de su legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley (alude a la desheredación), ni im-

poner sobre aquélla gravamen, modalidad ni sustitución alguna...», y ello es así pues tales herederos no deben su derecho al causante, quien lo único que hace es instituirlo, sino que la fuente de su derecho lo encontramos en la ley, y por lo tanto, el testador tiene que limitarse a convocarlos en forma pura y simple.

El testador deberá respetar la preferencia sucesoria entre los legitimarios; así, si tiene legitimarios ascendientes y descendientes, deberá convocar a estos últimos en tanto que ellos terminan excluyendo a aquellos, y si tiene descendientes y cónyuge, deberá convocar a ambos, pues es sabido que ellos concurren en la sucesión, lo que igualmente pasa cuando el testador, no teniendo descendientes, tiene cónyuge y ascendientes. En este supuesto, debe convocar a ambos, y de no respetarse este orden, lo que sucederá en la práctica, es que estas reglas de prelación deberán aplicarse al abrirse la sucesión.

La convocatoria de estos herederos forzosos les da el título que requieren para participar en el proceso sucesorio, pues si el testador no los hubiera llamado a la sucesión, deberían agotar el proceso judicial o notarial para ser declarados herederos.

6. HEREDEROS VOLUNTARIOS

Se trata de liberalidades del testador por las que convoca a su sucesión a fin de que participen de la misma, transmitiéndoles todo o una parte del patrimonio. Obsérvese que el testador no está obligado a llamarlos, sino que, por un acto gracioso, los convoca.

La presencia de los herederos voluntarios solo va a ser posible en el caso de que el testador no tenga herederos forzosos hábiles, pues si los tuviera son ellos los que deben de participar en su calidad de herederos, lo que significa que en nuestra legislación no pueden coexistir herederos forzosos con voluntarios, sino que estos solo van a tener presencia ante la ausencia de aquellos.

En efecto, el artículo 737 del Código Civil en forma clara establece que el testador que no tenga herederos forzosos puede instituir uno o más herederos voluntarios. Entonces la pregunta que cabe, es por qué no pueden coexistir herederos forzosos con voluntarios.

A fin de dar respuesta del por qué de la no coexistencia de herederos forzosos con voluntarios, tendríamos que recordar algunos conceptos de la legítima ya estudiados, tales como la intangibilidad de la misma, que implica que no cabe pactar contra ella, ni se puede desconocer o menoscabar, y que la legítima es exclusiva y excluyente de los llamados herederos forzosos, que como sabe-

mos son familiares muy cercanos al causante; por otro lado, también debemos tener en cuenta las características de la institución de heredero, el cual sucede a título universal, y por esta universalidad son los titulares del activo y pasivo del patrimonio o una cuota de éste; asimismo, tienen el derecho a la acrecencia y a la titularidad de los bienes de los que el testador no dispuso o de los que aparezcan luego de la muerte del causante. Pues bien, en base a ello, y porque la presencia de los herederos voluntarios, terminaría afectando a los forzosos (por este derecho expansivo a que hemos hecho referencia y que lo tiene todo heredero), es que no se permite la coexistencia. Además los herederos voluntarios no necesariamente son parientes del causante (y en el mejor de los casos son parientes lejanos del causante), pudiendo ser personas ajenas al testador; en consecuencia, si el testador tiene herederos forzosos, serán ellos los únicos y universales herederos por el carácter intangible y excluyente que tiene la legítima, entonces la presencia de los herederos voluntarios solo se va a dar ante la ausencia de los herederos forzosos; sin embargo, la ley sí prevé la concurrencia de los herederos voluntarios conjuntamente con los legatarios, e incluso termina dándoles un trato especial a estos herederos voluntarios, a través de lo que se conoce como la cuarta falcidia, tal como lo señala el artículo 771 del Código Civil y que posteriormente desarrollaremos.

Tratándose de una liberalidad, se deja espacio al testador para que, en su designación del heredero voluntario, pueda señalarle la parte de la herencia que le asigna (pudiendo ser inclusive toda la herencia); y si son varios herederos voluntarios y no se ha designado partes, entonces, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 737 del Código Civil, los herederos sucederán en partes iguales.

En atención a que se trata, reiteramos, de una liberalidad del testador, pues no está obligado legalmente a convocar a los herederos voluntarios, es que la ley permite al testador establecer condiciones al llamamiento, tal como lo señala el artículo 738 en su segundo párrafo, y ello es permisible en tanto que no estamos ante los herederos forzosos a quienes, como sabemos, se protege y cuyo llamamiento debe ser puro y simple. Pues bien, al no existir estos herederos forzosos, y ser convocados los voluntarios, no se afecta a nadie cuando el testador les imponga modalidades en su convocatoria.

Debemos señalar que la convocatoria del heredero voluntario es personalísima; esto es, que se les llama en función a la persona que se quiere beneficiar. Por lo tanto, si el heredero voluntario no resulta hábil para heredar (premorencia, renuncia e indignidad), no procede la representación sucesoria, salvo que el heredero voluntario sea un hermano del causante, situación en la cual estaremos ante la figura de la representación sucesoria colateral, de la que se

ocupa el artículo 683 del Código Civil, referida como sabemos a la concurrencia de sobrinos del causante con hermanos de este, cuando uno de estos hermanos resulta inhábil para heredar.

7. FORMALIDADES PARA EL LLAMADO DE LOS HEREDEROS

La convocatoria de los herederos debe cumplir con ciertos requisitos de obligatoria observancia, tales como:

Certeza en el llamamiento. Señala el artículo 734 del Código Civil que la institución de heredero debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable por el testador. Obviamente lo que se pretende es poder identificar al beneficiario, pues de caso contrario no sería posible ejecutar el testamento en este extremo, convirtiéndose en una suerte de imposible jurídico, de allí que el legislador refuerce la idea señalando que la designación del heredero no debe ofrecer dudas, y por ello refiere que debe ser indubitable.

Lo aconsejable sería que la designación recaiga en una persona (natural o jurídica), identificándola por su nombre e incluso haciendo referencia a características o señales, que no deje duda de la persona a quien se quiere beneficiar; sin embargo, sin mencionar nombre, podría referirse a señales que nos conduzcan a identificar al heredero. Por ejemplo, la designación que se haga del heredero que recaerá en el hijo mayor del hermano del causante, cuando este aún no lo tenga; en esa circunstancia, si fallecido el causante ya hubiera nacido este hijo del hermano del causante, podría fácilmente identificarse al heredero; sin embargo, la recomendación es que el mismo testador designe al heredero con sus nombres y apellidos, (si se trata de persona natural) para que no quede duda al respecto.

El numeral comentado alude a una excepción a esta exigencia formal, refiriéndola al artículo 763 del Código Civil que trata del legado caritativo, legados hechos a favor de los pobres o para fines culturales o religiosos, en los que si no se ha indicado a los beneficiarios identificándolos con precisión, entonces la misma norma refiere las entidades que se harán cargo de cumplir con estos beneficios, pudiendo ser la Beneficencia, el Instituto Nacional de Cultura o el que haga sus veces, o la entidad de la religión del causante, según fuera el caso.

La institución de heredero es una figura netamente testamentaria, lo que implica que no hay otra forma de convocatoria que no sea la del testamento. En tal mérito, si el causante tuviera la voluntad de instituir a alguien como su heredero, y no emplea el testamento, entonces, pese a que existe tal voluntad, no se considera que ha nacido el heredero.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO III
HEREDEROS Y LEGATARIOS

CAPÍTULO SEGUNDO

Document Control Number

CAPÍTULO SEGUNDO

1. EL LEGATARIO

Refiere el artículo 735 del Código Civil que la institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756 que alude al legado de una parte de un bien.

En Roma «el legatum» daba lugar solo a la adquisición de singulares y determinadas cosas especificadas por el de cujus, en su acto de última voluntad y nunca a adquisicionem per universitatem. Al legatario no se le consideraba como un sucesor, sino que sólo adquiría el derecho a obtener la transferencia de la propiedad de la cosa que el testador le había legado.

El legado responde a una liberalidad del testador, pues no está obligado a hacerlo, y la designación entraña en el testador un deseo de favorecer a alguien a quien llama a su sucesión, para recoger el bien o bienes que le ha concedido. El legatario no sucede al causante en su patrimonio, y en consecuencia diríamos que más que un sucesor, resulta siendo un acreedor de la masa hereditaria, sin embargo el legislador lo llama sucesor a título particular.

2. DIFERENCIAS ENTRE EL HEREDERO Y EL LEGATARIO

Salvador Fornieles nos dice que el heredero es un sucesor universal por que recibe el patrimonio que es una universalidad; en cambio, si se dona por testamento un objeto particular, se crea a un legatario. Sigue señalando que la diferencia entre el heredero y el legatario es bien patente: el primero recibe el todo o una parte indeterminada del todo, y el segundo, un cuerpo cierto perfectamente individualizado.

Por otro lado, nos señala Pérez Lasala que la esencia del heredero es suceder en la posición jurídica del causante, mientras que el legatario no sucede en la posición jurídica del causante, sino que efectúa esencial y directamente una adquisición, agota en su adquisición todas sus relaciones con la sucesión del causante. Termina señalando que el legatario tiene algo, el heredero es algo, la persona que subentra en la posición jurídica del causante. El heredero tiene la posesión hereditaria, el legatario en cambio la única posesión que recibe es la material, como consecuencia de la entrega que le debe hacer el heredero.

En conclusión, si bien es cierto que nuestros legisladores llaman tanto al heredero como al legatario sucesores, diferenciándolos en que el primero lo es a título universal, y el segundo, a título particular, también lo es que en puridad el legatario no es un sucesor, no entra en la posición jurídica del causante, limitándose a un derecho sobre el bien, materia del legado; por lo tanto, principalmente se trata de un acreedor de la sucesión, pues al abrirse esta, tiene expedito su crédito para hacerlo efectivo dentro de las condiciones que señala la ley. Por otro lado, el legatario no asume pasivo de la sucesión, salvo que el testador lo hubiera dispuesto; él se limita a responder al llamado del causante solicitando que se efectivice su legado, por ello, decimos, adquiere un crédito sobre la herencia; ahora bien, pagado éste por el albacea, si lo hubiere, o los herederos, habrá agotado todas sus relaciones con la sucesión.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN DE LEGATARIO. TÍTULO PARTICULAR

Partiendo de la premisa de que se trata de una liberalidad, sin embargo, la ley impone al testador determinadas exigencias para su institución, todo ello siempre en función de no atentar contra la legítima, y si no existiera esta, entonces las exigencias desaparecen para convertirse en una libertad total para el causante, en cuanto a la disposición de su patrimonio.

El artículo 735 del Código Civil señala que la institución de legatario es a título particular, en contraposición a la del heredero que es a título universal; lo de particular debemos entenderlo como referido a ciertas cosas, o bienes; en efecto, el citado dispositivo dice: «la institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes...», lo que significa que el causante llama a su sucesión a una persona a quien quiere beneficiar con un determinado bien. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el causante, al instituir al legatario, lo beneficie no con todo el bien, sino con una parte de ese bien; entonces, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 756 del Código Civil, dos son las formas en que puede suceder el legatario. La primera, suceder en bienes determinados o ciertos, y la segunda, suceder en una parte de un bien. Empero en

ambos casos son legados a título particular, por ejemplo que el causante instituya un legatario a quien lega un carro, o el causante instituya a varios legatarios, a quienes lega un carro. En este caso puede indicar la parte que le deja a cada uno de los legatarios, y si no lo hace, se entiende que todos legan cuotas iguales, e incluso en este último caso, y solo por excepción, cabe la acrecencia entre estos legatarios.

Cuando el artículo 756 del Código Civil se refiere a «el testador puede disponer como acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más de sus bienes, o de una parte de ellos...», no deja lugar a dudas de que se está refiriendo a parte de los bienes o de un bien y no a parte de la herencia, con lo cual se descarta cualquier posibilidad de que el legatario tenga la categoría de sucesor a título universal.

Por principio, el legatario al no ser un sucesor universal no hace suyas las deudas del causante, ni tiene derecho a las acrecencias, motivos por las cuales reiteramos nuestra posición de que más que un sucesor, el legatario, es un acreedor de la herencia, el cual podrá ver satisfecho su crédito, cuando se hayan pagado las deudas de la herencia, y la legítima, por lo tanto, el activo del cual debe salir el legado, debe entenderse como activo neto.

4. LEGADO Y LOS LÍMITES LEGALES

En el entendido de que en cuanto a los sucesores, la primera obligación a cumplir (luego del pago de las deudas de la herencia) es el pago de la legítima, entonces el legado está limitado a la cuota que es de libre disposición del causante; en consecuencia, si el testador tiene herederos forzosos, deberá respetarse las cuotas de los mismos para proceder a instituir al legatario, pues de caso contrario, tales legados no tendrán efectos o en todo caso se reducirán hasta los límites legales; así, si el testador tiene descendientes o cónyuge, la ley le permite disponer libremente del tercio de su patrimonio, tercio que sería el límite para instituir legatarios; y si los herederos forzosos fueran solo ascendientes, entonces se puede instituir legatarios hasta el 50% del patrimonio, y si no hubiera los llamados herederos forzosos, en este caso no hay porciones disponibles, sino que todo es de libre disposición, y por lo tanto podrá instituir legatarios con todo ese patrimonio.

5. SE PUEDEN ESTABLECER MODALIDADES AL LLAMADO DEL LEGATARIO

Tratándose de una liberalidad, la ley faculta al testador para imponer condiciones o plazos e incluso cargos al llamado de los legatarios, siempre y cuan-

do no vayan contra las normas de orden público, las buenas costumbres y no afecten los derechos fundamentales de la persona, tal como expresamente lo señala el artículo 738 del Código Civil.

6. TESTADOR QUE NO DISPONE DE TODOS SUS BIENES EN LEGADOS

Si el testador carece de herederos forzosos, todo el patrimonio es de su libre disponibilidad, y por lo tanto puede instituir herederos voluntarios, o en su defecto legatarios a quienes les puede legar cada uno de sus bienes; sin embargo, si el testador no instituye herederos voluntarios y dispone en legados solo de una parte de sus bienes, el remanente que hubiere, refiere el artículo 739 del código civil, corresponderá a sus herederos legales. Verbigracia, si el testador es propietario de seis departamentos, y, no teniendo herederos forzosos, instituye cinco legatarios beneficiando a cada uno de ellos con un departamento, pero omite pronunciarse sobre el sexto departamento, entonces al no tener los legatarios derecho de acrecencia, el bien no dispuesto retorna a la masa hereditaria, y podrá ser reclamada por los herederos legales si los hubiera. Sobre el particular, debemos tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 815, inciso quinto, del Código Civil que dice: «El testador que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos en testamento, no ha dispuesto de todos sus bienes en legados, en cuyo caso la sucesión legal solo funciona con respecto a los bienes de que no dispuso», en este supuesto es obvio que nos encontramos ante una sucesión mixta, pues el testamento se aplica beneficiando a los legatarios instituidos, y con respecto al bien o bienes no dispuestos, se aplica la sucesión legal, llamando a los herederos legales para reclamar esos bienes.

7. CONFUSIÓN EN EL LLAMADO DE LOS SUCESORES

Si ha habido error en la denominación del sucesor, ello no invalida la naturaleza de la disposición. En efecto, el artículo 735, en su parte final, alude a que el error del testador, en la denominación de su sucesor como heredero o legatario, no puede contravenir la voluntad del testador, en cuanto al beneficio que desea otorgar al llamar al sucesor.

En su texto de Sucesiones, Ferrero refiere que si el causante nombró a un legatario para que lo suceda en todos sus bienes, es evidente que estaremos no ante la figura del legatario, sino la del heredero que, al entrar en la posición jurídica del causante, asume todo el patrimonio de él, y si designa heredero a una persona dejándole un bien específico, determinado, entonces estaremos ante la figura no del heredero sino del legatario a quien se convoca para recibir un bien

concreto, particular. Observemos que el error en el que incurre el testador, por su desconocimiento de las instituciones, no puede llegar a frustrar su voluntad testamentaria, que, como sabemos, el principio mayor en la sucesión testamentaria es tratar de respetar al máximo la auténtica voluntad del testador, y en este caso la norma comentada nos parece acertada, pues apunta precisamente a ello.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO III
HEREDEROS Y LEGATARIOS

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO

1. LA SUSTITUCIÓN

Según Valencia Zea, la sustitución puede definirse diciendo que es el llamamiento de un tercero a recibir una asignación testamentaria (legado o herencia) en defecto de otra persona o después de ella; cuando alguien es llamado a recibir la asignación en defecto de otro asignatario, nos hallamos ante la sustitución vulgar, y cuando es llamado a recibir la asignación después de que otro lo haya gozado, tenemos la sustitución fideicomisaria.

Existiendo varias clases de sustituciones, el Código Civil peruano solo ha regulado la llamada sustitución vulgar, denominada así por ser la más corriente, la más frecuente, y que consiste en que el testador designe una persona, la cual habrá de suceder en caso que el heredero o legatario inicialmente instituido no pueda o no quiera recibir la herencia. Lo primero, si es que el inicialmente convocado muere antes que el testador o es excluido por indignidad, y lo segundo, cuando el convocado originariamente renuncia a la herencia.

En Roma se conoció hasta tres tipos de sustituciones: la pupilar, la cuasi pupilar y la fideicomisaria.

La sustitución pupilar consistía en la designación que hacía el causante, convocando a un heredero para su hijo incapaz. En el caso de que este hijo, sobreviviéndole, muriese antes de tener capacidad para testar, entonces si no ocurría la muerte del hijo, y salía a la capacidad, la designación del heredero del hijo no surtía efecto.

La sustitución cuasi pupilar consistía en el llamado al heredero del incapaz, para recoger la sucesión del insano muerto sin haber recobrado la razón

y por lo tanto sin haber podido testar; en consecuencia, si el insano recuperaba su salud y se tornaba capaz con aptitud para testar no producía efecto alguno el heredero convocado al incapaz.

La sustitución fideicomisaria (fideicomisario, a decir de Cabanellas, es aquel a quien se destina un fideicomiso, y esta es una disposición de última voluntad en virtud de la cual el testador deja sus bienes o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir, esta a su vez o al cumplirse determinadas condiciones o plazos transmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo que se le señale). Consistía la sustitución fideicomisaria en un ruego que el de cujus dirigía al heredero, para que hiciera una determinada prestación o entregara una determinada cosa o diera un determinado destino a ciertos bienes de la herencia. La idea era de que el testador deseaba beneficiar a una persona que no se encontraba dentro de los que tenían vocación sucesoria, y por ello el pedido al heredero, para que con los bienes de la herencia beneficie a aquel; sin embargo, el cumplimiento de la ejecución de la voluntad del difunto era confiada a la honradez, buena fe y a la lealtad del gravado, quien tomaba el nombre de fiduciario, por lo que el acto carecía de toda protección jurídica, en cuanto que el beneficiado no disponía de algún medio coactivo para obligar al fiduciario a dar cumplimiento al deseo del otorgante. Posteriormente, se estableció que el primer convocado debía conservar los bienes heredados durante toda su vida, con la obligación de no enajenarlos, a fin de que a su muerte, pasen a poder del segundo designado, llamado fideicomisario.

En el Código Civil peruano no se ha regulado esta clase de sustitución que para Francia es la más importante. Dalmacio Vélez Sarsfield decía que la sustitución fideicomisaria tiene el carácter particular de la carga, que impone al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero instituido, estableciendo así un orden de sucesión en las familias. Valencia Zea dice que en esta sustitución existen dos asignaciones testamentarias y dos sustitutos, el primero recibe la asignación y la goza, pero la recibe sometida a una condición, verificada la cual se extingue y se transmite al segundo asignatario. El primer asignatario recibe la asignación sometida a una condición resolutoria, el segundo, a una condición suspensiva.

En una suerte de crítica a esta sustitución fideicomisaria, se señala que tiene el inconveniente de inmovilizar la riqueza, que no presenta la sustitución vulgar pues esta no es más que un segundo llamado para el caso que no tenga lugar el primer convocado.

Sobre la institución de la sustitución y en particular la fideicomisaria, debe tenerse en cuenta la Ley 26702 que trata del fideicomiso financiero, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de «Seguros y Orgánica de la Superin-

tendencia de Banca y Seguros, en tanto que permite al fiduciante constituya fideicomiso por actos intervivos o mortis causa, vía testamento. Ahora bien, en el caso del testamento, para que funcione el fideicomiso, tiene que ser aceptado por el Banco receptor de su confianza, al momento de la apertura del testamento; sin embargo, también es necesario tener presente que en este supuesto los herederos forzosos del fideicomitente (testador que dispone un fideicomiso) pueden exigir la devolución de los bienes del fideicometido por su causante, a título de fideicomiso gratuito en la parte que termine perjudicando la legítima de estos herederos necesarios. No obstante, puede el fideicomitente constituir en fideicomiso bienes que toquen a la legítima de algunos de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o incapacidad. Obsérvese que esta norma terminaría afectando la legítima; sin embargo, en el fideicomiso no habría intención de afectar la legítima, sino, al contrario, de seguir favoreciéndolos con una administración óptima, en tanto que la empresa fiduciaria debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso. Sobre este punto debe tenerse presente que la figura de la indivisión a propuesta del testador (artículo 846 del Código Civil) también tendría el mismo fin perseguido por el causante en el fideicomiso, esto es, de seguir cautelando y protegiendo los intereses patrimoniales de sus herederos incapaces, manteniendo incólume la empresa que forma parte de la herencia, para que sus utilidades puedan seguir beneficiando a todos los sucesores por igual, dentro de los cuales se encontrarían incapaces.

2. CASOS EN QUE FUNCIONA LA SUSTITUCIÓN

Se puede designar sustituto solo para los herederos voluntarios o legatarios, mas nunca para los forzosos, ya que estos descansan su derecho en la ley y no en la voluntad del testador, lo que sí ocurre con los herederos voluntarios o legatarios, en tanto que ambos son liberalidades.

Según el artículo 740 del Código Civil, la designación de sustituto procede en los casos el instituido muera antes que el testador (premorencia), renuncie a la herencia o legado o sea excluido por indignidad; en todos estos supuestos nos encontramos ante un sucesor, heredero voluntario o legatario inhábil para heredar, y de allí que el sustituto entre en su lugar, tomando la misma posición que hubiera tenido el primer convocado de haber sido hábil.

3. ¿EL SUSTITUTO DEBE CUMPLIR CONDICIONES IMPUESTAS AL PRIMER CONVOCADO?

Formulamos esta pregunta en atención a que si el testador condicionó el llamado del primer convocado, pero no del sustituto, entonces aparentemente este, no debería estar obligado a que se verifique la condición para suceder; sin

embargo, no podemos olvidar que el sustituto entra en reemplazo, en el lugar del originariamente llamado, toma la posición jurídica que le hubiera correspondido al convocado originario, en tal circunstancia debe igualmente cumplir con la condición, salvo que esta modalidad sea personalísima, pero si no lo fuera, debe verificarse la condición para que surta efecto la sustitución. En efecto, el artículo 741 del Código Civil señala que los herederos voluntarios y legatarios sustitutos quedan sujetos a las mismas condiciones y cargos que el instituido. Las excepciones pueden venir del mismo testador, que los puede exonerar de la condición; asimismo, y como ya lo hemos manifestado, también queda exonerado del cumplimiento de la condición, en el supuesto de obligación intuito personae, por ser inherente a la persona.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO IV
DERECHO DE ACRECENCIA

TÍTULO IV

DERECHO DE ACRECENCIA

Al tratar la institución de heredero, dijimos que una de sus características importantes es la de ser un sucesor a título universal, y que esa universalidad se manifiesta, entre otros, en su derecho de acrecencia, cuando concurría con otros sucesores. Pues bien, ahora analicemos este derecho.

Acrecer significa incrementar, sumar, adicionar, hacer mayor, y efectivamente eso es lo que representa en el derecho sucesorio, cuando ante una pluralidad de sucesores, uno de ellos no quiere o no puede recibir su parte. Entonces, la cuota que le hubiera correspondido se divide entre los herederos hábiles, quienes así ven incrementada su cuota. En principio, ello es lo que implica el derecho de acrecencia, derecho que se da tanto en la sucesión testamentaria (el Código Civil trata el tema en sede de sucesión testamentaria) como en la sucesión legal.

Valencia Zea, haciendo referencia a su legislación (Colombia), dice que el derecho de acrecencia es aquel en virtud del cual, cuando son llamadas varias personas a recibir una misma herencia o un mismo legado, la porción correspondiente al que no puede o no quiere recibir su parte, aumenta o agrega la de sus coherederos o legatarios.

Castán Tobeñas, comentando su legislación (España), al referirse a la acrecencia dice; «en nuestro derecho, es una potestad que le asiste al heredero de modo general y al legatario de un modo excepcional, al haber sido llamado a suceder con otros sucesores de su misma clase, herederos o legatarios, a aumentar la parte que le corresponde, sumando proporcionalmente la cuota de alguno de los llamados que no quiso o no pudo recibir, siempre y cuando no medien la representación o la sustitución hereditaria».

De lo expuesto, resulta obvio que el derecho de acrecencia se va a dar solo cuando exista pluralidad de herederos, pues si solo existiera un único sucesor, a este le correspondería todo el patrimonio, con lo cual la figura de la acrecencia pierde sentido; sin embargo, resulta pertinente preguntarnos en qué se funda este derecho, cual es su sentido, su razón de ser.

Comentando este derecho, Felipe Sánchez Román señala que el derecho de acrecer descansa en la presunta voluntad del testador, presunción que aparece por la forma de llamamiento, que es la conjunción mixta o sea real y personal a la vez; en el sujeto y objeto al mismo tiempo. Dos o más son llamados a una misma herencia o a una porción de esta, sin especial designación de partes, por lo que se presume que el testador quiere favorecer a todos por igual. En efecto, si el testador convoca a su sucesión a varios herederos, no indicando la parte que les corresponde a cada uno de ellos (según nuestra legislación, en este supuesto heredan cuotas iguales), o los llama estableciendo cuotas igualitarias, entonces debemos presumir que el testador quiere beneficiar a todos por igual. Puestos en ese escenario, si alguno de ellos resulta inhábil para heredar, entonces esa cuota que le hubiera correspondido se divide proporcionalmente a favor de todos los otros herederos hábiles, con lo cual se estaría cumpliendo con la voluntad del testador de favorecer a todos por igual; sin embargo, no olvidar que el derecho de acrecencia también juega con la sucesión intestada, y así por ejemplo, si el causante fallece intestado, y dentro de los cuatro hijos que ha tenido, uno de ellos ha muerto primero que él, sin descendientes con derecho a representación sucesoria, entonces resulta lógico, justo y legal que la cuota que le hubiera correspondido incremente la de los otros hijos del causante. Además porque, como ya se explicó, la calidad de heredero implica su derecho expansivo, que se traduce en el derecho que estamos comentando.

El derecho de acrecencia va a tener lugar no solo en el caso del heredero inhábil cuya cuota se distribuye a favor de los otros herederos, sino también cuando el legado caduca, y por lo tanto regresa a la masa hereditaria. En ese supuesto, ese legado igualmente acrecerá la cuota de los herederos hábiles. Sobre el particular, el artículo 776 del Código Civil señala que el legado se reintegra a la masa hereditaria cuando no tiene efecto por cualquier causa, o cuando el legatario no pudiere o no quisiese recibirlo.

Jorge Eugenio Castañeda, en sus comentarios al Código Civil de 1936, decía que para que el derecho de acrecer se dé, es necesario que exista lo que en Derecho Sucesorio se conoce como disposición conjunta, y esta aparece cuando varios herederos o legatarios son llamados colectivamente para el goce de los bienes del testador, o para el goce de una cierta porción de ellos. Se trata de coherederos o legatarios a los que el testador no ha designado la fracción de la

herencia o del bien de que deben gozar, por lo que la ley establece para ese goce la igualdad entre ellos.

Como ha sido señalado, el derecho de acrecer se da en la sucesión testamentaria y la legal, en esta última corresponde a los herederos legales, y en la testada a los herederos forzosos; y en su caso a los herederos voluntarios y sus respectivos sustitutos, si el testador no dispuso lo contrario. En cuanto a los sustitutos de los herederos voluntarios, les corresponde el derecho de acrecencia, por cuanto ocupan el lugar del heredero al que sustituyen, con las mismas condiciones del instituido tal como lo señala el artículo 741 del Código Civil.

1. ACRECENCIA A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 774 se refiere al derecho de acrecer, señalando que funciona entre los herederos que han sido instituidos en la totalidad de los bienes, sin determinación de partes o en partes iguales, cuando uno de ellos no quiere o no puede recibir su parte, salvo el derecho de representación.

Resulta pertinente analizar este dispositivo legal porque puede prestarse a confusión; pues bien, es correcto cuando se alude al llamado conjunto de herederos, pues como ya quedó indicado no hay acrecencia con un solo sucesor, mas no es correcto cuando alude a la totalidad de bienes, debiendo haberse señalado totalidad del patrimonio hereditario, pues los sucesores son los nuevos titulares no solo de bienes, sino de todo del patrimonio que fue del de cujus.

En cuanto a la mención que se hace de la convocatoria de herederos sin determinación de partes o en partes iguales, es correcto, pues como sabemos, la razón de ser de la acrecencia descansa en la presunción del testador, de querer beneficiar a todos por igual; sin embargo, cuando se señala determinación de partes, obviamente tenemos que estar refiriéndonos a herederos voluntarios, puesto que tratándose de los herederos forzosos, no es necesario que el testador señale partes, pues estas están determinadas por la ley: la participación, exclusión y concurrencia, así como las cuotas que les corresponderán a estos herederos no las fija el testador, sino la ley.

En cuanto a que uno de los herederos (pueden ser más) no quiere o no puede recibir su parte, es también pertinente, pues en esos supuestos estamos ante el heredero inhábil para suceder, y la inhabilidad, como ya lo hemos señalado a propósito del estudio de la representación sucesoria, puede deberse a la renuncia (en este caso, el heredero no quiere participar de la sucesión), la premorencia, desheredación e indignidad (en estos supuestos, el heredero contra su voluntad no puede recibir su parte).

Por último, también es pertinente la norma, al hacer la precisión, de salvo el derecho de representación, en tanto que, como sabemos, la representación sucesoria va a tener efecto cuando el primer convocado a una sucesión no sea hábil, entonces sus descendientes ocupan su lugar y grado y reciben la herencia que le hubiera correspondido al heredero inhábil. Y en el caso bajo comentario, para que haya acrecencia, este heredero inhábil no debe tener descendientes con derecho a representación sucesoria, pues si así fuera, no hay acrecencia, por cuanto la cuota del inhábil, pasa a sus representantes.

2. DERECHO DE ACRECER NO TIENE LUGAR CUANDO DEL TESTAMENTO RESULTA UNA VOLUNTAD DIVERSA DEL TESTADOR

Así lo señala expresamente el artículo 777 del Código Civil; ahora bien, tal norma no puede ser de aplicación para el caso de los herederos forzosos, cuyo derecho deriva de la ley y no del testador, limitándose este a reconocer tales derechos, dentro de los cuales se encuentra la acrecencia. Más si la norma es de perfecta aplicación para el caso del heredero voluntario, en tanto que este convocado responde a una liberalidad del testador, el mismo que no está obligado a hacerlo; además, la existencia del heredero voluntario presupone ausencia de los herederos forzosos, por ello, el testador al ser libre de disponer de su patrimonio en la forma que crea conveniente, puede instituir la figura de la sustitución para algún o algunos de los herederos voluntarios convocados, lo que trae como consecuencia, que ante la inhabilidad del heredero voluntario, su cuota que le hubiera correspondido no aumenta la de los otros herederos voluntarios, sino que esa cuota pertenezca ahora al sustituto.

De lo señalado concluimos que la sustitución es una de las formas como el testador hace inoperante la acrecencia, pero no es la única, pues el testador, al convocar a herederos voluntarios, puede disponer que si alguno de ellos no es hábil para heredarlo, entonces su cuota favorezca únicamente a determinado heredero. Por ejemplo, si el testador convocó a tres herederos voluntarios, y dispone que si uno de ellos es inhábil, la referida cuota se derive solo para uno de los otros herederos (a quien designa), ocurrida la inhabilidad, entonces esa cuota no acrecerá la de los otros herederos, sino que esa cuota se destinará al que previamente designó el testador, el cual termina favorecido con su cuota prevista por el testador: la cuota que debió ser del heredero inhábil por propia disposición del testador, ahora también le pertenece. Obsérvese que no se trata de que el testador esté prohibiendo la acrecencia, pues ello no es posible, en atención a las características del heredero; sin embargo sin ir a la prohibición, se llega al mismo efecto cuando el testador, instituye un sustituto, o precisa el destino de la cuota del heredero inhábil.

3. DERECHO DE ACRECER DE LOS LEGATARIOS

Se trata de una excepción, pues el derecho que venimos comentando solo es de los herederos; sin embargo, resulta atendible haber legislado sobre una situación concreta en la que concurren varios legatarios respecto de un solo bien; en efecto, puede acontecer la convocatoria de varios legatarios respecto de un determinado bien, y que el testador no haya señalado las partes que le corresponden a cada legatario. En esa circunstancia, si alguno de los legatarios resulta inhábil para heredar, entonces la cuota que le hubiera correspondido acrece la de los otros legatarios.

El artículo 775 del Código Civil refiere: «Cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, esta acrecerá la parte de las demás». Repárese en que se trata de un caso singular, pues de ordinario, como ya lo hemos señalado, los legatarios no tienen el derecho de acrecencia; sin embargo, ante una situación particular, en donde se aprecia la voluntad del testador de beneficiar a todos por igual (pues de caso contrario lo hubiera manifestado), y al no ser hábil uno de ellos, resulta pertinente que los que sí son hábiles aumenten su participación con lo que le hubiera correspondido al legatario que no quiso aceptar la herencia por que renunció, o que no pudo aceptar la herencia porque murió antes que el causante, o fue excluido de la sucesión por indignidad.

Quede claro que si el testador, al llamar a varios legatarios para la adjudicación de un bien singular, establece la participación de cada uno de ellos, y si un legatario no es hábil para heredar, entonces no habrá acrecencia, pues debe cumplirse la voluntad del testador que quedó debidamente establecida en la forma del llamamiento. Puestos en este escenario, entonces la cuota que le hubiera correspondido al legatario inhábil retorna a la masa hereditaria para beneficiar a los herederos, y ello en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 776 del Código Civil, cuando alude que el legado se reintegra a la masa hereditaria cuando por cualquier causa no tuviese efecto o cuando el legatario no pudiere o no quisiese recibirlo.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO V
DONACIONES Y SUS REPERCUSIONES EN LA HERENCIA

TÍTULO V

DONACIONES Y SUS REPERCUSIONES EN LA HERENCIA

El contrato de donación tiene su tratamiento especial en el Libro de contratos del Código Civil; sin embargo, puede tener efectos en el patrimonio sucesorio del causante, y de allí que existan normas como los artículos 1629 y 1645 con marcado tinte sucesorio.

La donación viene a ser una especie dentro del género de las liberalidades, cuya característica esencial es como sabemos su gratuidad, en tanto que el donatario no tiene que asumir ninguna contraprestación respecto de lo que recibe del donante, quien es el que se obliga a transferir la propiedad del bien, materia de la donación.

Por la donación, una parte llamada donante concede un beneficio patrimonial a título de liberalidad, respecto de un bien cuya propiedad transmite a favor de la otra parte, llamada donatario, requiriéndose para su consumación la aceptación de este último.

Fornieles nos da un alcance de la relación de las donaciones con la sucesión: «Cuando una persona tiene hijos, padres o cónyuge, la ley le restringe la facultad de donar sus bienes o de hacer legados, no permitiéndose beneficiar a los extraños, sino dentro de cierta medida. Divide su patrimonio en dos porciones, una que la reserva para los herederos, y otra que la deja para que use de esta libremente, ya sea con donaciones a terceros o mejorando los suyos, es lo que se llama porción disponible». Es de observar de la cita de Fornieles la referencia que hace a la legítima, que termina siendo un condicionante importante para las liberalidades.

Las liberalidades como actos gratuitos, y que solo obligan a aquel que los realiza, también pueden manifestarse, ahora sí, en campo sucesorio, a través de los legados, que igualmente vienen a ser beneficios patrimoniales que concede el testador. Entonces, aparentemente existiría una suerte de semejanzas entre la donación y el legado, en tanto que ambas son liberalidades; sin embargo, existen diferencias entre estas.

Legado y donación participan de la característica de ser ambas liberalidades; sin embargo, la donación es un acto inter vivos y bilateral, lo que no ocurre con los legados que aparecen como una disposición testamentaria, lo que significa que va a tener efecto luego de la muerte del testador, y su perfeccionamiento se da por la sola voluntad de este, en tanto que es una declaración unilateral de voluntad del testador.

Nuestra normatividad prevé una suerte de porciones de la herencia que terminan siendo intangibles, y que limitan la capacidad de disposición del titular del bien, restringiéndolo a efectuar tales donaciones dentro de lo que se denomina cuota de libre disposición, y con el riesgo de que si excede ese límite, se convierte en inoficiosa, y que lleva a la reducción de la liberalidad a través de la acción de reducción.

En efecto, los artículos 1629 y 1645 del Código Civil, aluden a las donaciones que han excedido la porción disponible del testador, con lo cual terminan afectando la legítima de los herederos forzosos.

1. NADIE PUEDE DAR POR VÍA DE DONACIÓN MÁS DE LO QUE PUEDE DISPONER POR TESTAMENTO

El artículo 1629 del Código Civil señala que nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento. Repárese en que el legislador, sin mencionar, la alude a la institución de la legítima, que como sabemos significa una restricción a la facultad de libre disposición por actos de liberalidad que se le impone al testador ante la presencia de los llamados herederos forzosos, y que se traduce, en términos del Código, en un porcentaje de los bienes de la herencia, en un caso de dos tercios ante la presencia de descendientes o cónyuge del causante, y en otros del cincuenta por ciento, si se trata de ascendientes del causante. Pues bien, esta restricción que se impone al testador, en el momento que elabora su testamento, sirve como referente importante y legal para cualquier persona que pretende en vida donar todo o parte de sus bienes; entonces, si la referida persona tiene herederos forzosos, no es libre de donar todo sus bienes, sino que a la par de lo que ocurre con la legítima, ahora se ve restringido en los actos de liberalidad, pues si tuviera los parientes cerca-

nos y directos, entiéndase cónyuge, descendientes o ascendientes, a los que la ley mañana más tarde denominará herederos forzosos, entonces limita su facultad de donar, o al tercio de sus bienes, o a la mitad de los mismos.

Creemos que este artículo, 1629, termina siendo complemento de las normas de la legítima y prudente y consecuente, en tanto que de no existir tal dispositivo, volvería las normas de la legítima en poco menos que inoperantes, pues si llegado el caso de testar, el testador hubiera dispuesto de todos sus bienes (ante el supuesto de inexistencia de normas que lo restrinjan), entonces cómo podría operar la legítima ante la inexistencia de bienes, los cuales habrían sido ya dispuestos.

El artículo bajo comentario refiere que si no se respetan estos límites, la donación será inválida en todo lo que excede la medida permitida, y que el exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

Tema interesante es saber el momento en el cual se puede accionar para dejar sin efecto el exceso. Aparentemente la ocasión e debería ser cuando se abre la sucesión, que es cuando conocemos el valor de los bienes que conforman la masa hereditaria, y por lo tanto conocer si hubo exceso o no, teniendo en consideración los porcentajes de la legítima; sin embargo, desde que se efectúa la liberalidad, hasta que se produce el deceso del causante, puede transcurrir un período largo, que vuelva inoperante una acción de esta naturaleza; pese a ello la interpretación que se da sobre la oportunidad de la acción refiriéndola al momento de la apertura de la sucesión, parece ser la más aconsejable, ya que conceder acción inmediata a los interesados para dejar sin efecto la liberalidad, en la parte que excede el límite permitido por la ley, una vez que ha quedado perfeccionada la liberalidad, nos parece poco prudente e irreal, por cuanto el exceso de la liberalidad solo se va a conocer, como ya lo hemos mencionado, cuando se abra la sucesión del causante, mientras tanto no hay forma de saber si hubo o no exceso.

Siguiendo con el tema de la oportunidad para accionar, pongamos un ejemplo. Si el futuro causante, en el momento que efectúa la liberalidad, posee bienes por 90 mil, teniendo descendientes y regala bienes por 60 mil, aparentemente se habría excedido en 30 mil, en tanto que de los 90 mil, dos tercios van a corresponder a sus descendientes, y entonces saltaríamos a una conclusión que puede resultar falsa, ya que el causante, luego de realizar la liberalidad, puede aumentar su patrimonio, y en el momento de su deceso puede tener bienes por 180 mil, con lo cual la liberalidad de 30 mil estaría dentro de su facultad de libre disposición. Por ello resulta pertinente señalar que la apertura de la sucesión es

el indicador natural para una posible acción de reducción, y no el momento en que quedó consumado la donación.

La norma que venimos comentando, como es natural, tiene perfecta aplicación cuando se trata de liberalidades efectuadas a favor de terceros, pero también se aplicaría a favor de los llamados herederos forzosos. En este caso esas liberalidades son llamadas por el legislador anticipos de herencia, y en ese supuesto son de aplicación las normas referidas a la colación, tema este que desarrollaremos más adelante.

2. DONACIONES QUE EXCEDEN LA PORCIÓN DISPONIBLE

El artículo 1645 del Código Civil, alude a las donaciones que excedan la porción disponible, señalando que serán suprimidas o reducidas siguiendo el orden, según la fecha más reciente; y si hubieran sido celebradas en la misma fecha, se reducirán a prorrata. Es de observar que se trata de una norma complementaria al artículo 1629. En el presente caso, el referente importante está dado por la porción disponible, que puede ser de un tercio, si los legitimarios tienen la calidad de descendientes o cónyuge, o de la mitad, si son ascendientes; pues bien, si el causante ha efectuado una liberalidad a favor de terceros, que excede la cuota disponible, será suprimida (en el caso que la liberalidad comprenda la totalidad de los bienes de la herencia) o reducida, si la liberalidad invade la cuota legitimaria. Ahora bien, el comentario que hicimos a propósito del artículo 1629, sobre la oportunidad de la acción, vale igualmente para el presente caso, así como también respecto de los titulares de la acción, que como es obvio pertenecen a los forzosos que han visto menguada su legítima, y por qué no, creemos que a tenor del artículo 1219 del Código Civil, inciso cuarto, también podría, como efecto de la acción subrogatoria, corresponder la acción a los acreedores de los sucesores.

El artículo bajo comentario se pone en los supuestos de liberalidades efectuadas en la misma fecha, en cuyo caso la reducción la sufren a prorrata todos los donatarios, o a liberalidades realizadas en diferentes fechas; en este supuesto la reducción se hace siguiendo el orden según la fecha más reciente.

3. REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN

Conocedores de que la donación es un contrato y que por ello no puede operar la revocación, la misma que implica un acto unilateral de una sola de las partes para dejar sin efecto el contrato; sin embargo, el artículo 1637 del Código Civil, referido a la revocación de la donación, señala que esta procede por

las mismas causales de indignidad para suceder así como por las causales de desheredación. Obsérvese entonces que aun cuando una liberalidad no puede dejarse sin efecto por la sola voluntad del donante, sin embargo el legislador la ha contemplado, y más bien para su procedencia la califica. En efecto, para que ella proceda, deben existir graves inconductas tipificadas como causales de indignidad o desheredación. Artículo perfectamente aplicable, por ejemplo, ante un caso de anticipo de herencia, que no es otra cosa que una liberalidad, en donde el anticipado ha incurrido en algunos de los supuestos que conducen a la indignidad o desheredación, señalándose además que existe un plazo de caducidad; en efecto, el artículo 1639 del Código Civil refiere que la facultad de revocar la donación caduca a los seis meses desde que sobrevino algunas de las causales de indignidad o desheredación, y por último que no pasa a los herederos la facultad de revocar la donación, norma contemplada en el artículo 1638.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO VI
LOS LEGADOS

TÍTULO VI

LOS LEGADOS

A propósito de la sucesión testamentaria, y la facultad del testador de llamar a sus sucesores, hemos analizado la institución del legatario, a quien el Código Civil denomina sucesor a título particular, en tanto que el testador lo beneficia con un bien específico, concreto, o parte de un bien, pero no lo llama para sucederlo en todo o parte del patrimonio hereditario como es el caso del heredero. Pues bien, ya hemos visto las características de este sucesor particular llamado legatario, ahora nos toca ver, el objeto del legado, ese derecho patrimonial concedido por el testador a favor del legatario. Veamos en primer lugar una suerte de exigencia a cumplir por el testador, para que el legado surta efecto (por ejemplo el testador debe ser titular del derecho que se concede). Luego veremos la forma como aparecen, o mejor cómo se presentan los legados, para después analizar las clases de legados en nuestro sistema legal.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS A LA FORMA DE PRESENTACIÓN DE LOS LEGADOS

NO SE PERMITEN SE LEGUEN BIENES DETERMINADOS QUE NO PERTENEZCAN AL PATRIMONIO DEL CAUSANTE

Resulta obvio que si se conceden derechos a favor del legatario, el que los concede, en este caso el testador, sea titular de esos derechos, de allí que no es posible el legado de cosa ajena; ahora bien, el artículo 757 del Código Civil al señalar que no se permite que se leguen bienes determinados (concretos, específicos) que no pertenezcan al patrimonio del causante al tiempo de su muerte, nos permite hacer una interpretación de la norma, en el sentido que si será posible que en el momento de testar, puedan consignarse bienes a legar que no

pertenezcan al testador, pero que sí estarán en su patrimonio en el momento en que se abra la sucesión, y ello por cuanto, lo trascendental e importante viene a ser el momento de la apertura de la sucesión. Allí es donde se requiere que los bienes, objeto de legado, estén en el patrimonio del causante.

LEGADO DE UN BIEN QUE PERTENECE AL TESTADOR SOLO EN PARTE

El artículo 759 del Código Civil señala que el legado será válido, por cierto solo en cuanto a la parte de que el testador resulta propietario. Esto es, lo que algunos han denominado legado de alícuota parte. Por ejemplo, el testador es propietario del 30% de los derechos de un inmueble, entonces es válido que pueda legar esa participación. En este mismo artículo se alude a la posibilidad de conceder en vía de legado, no la propiedad de un bien, sino el derecho sobre el bien del cual el testador fue titular.

LEGADO DE UN BIEN SUJETO A USUFRUCTO, USO O HABITACIÓN

Según el artículo 761, ello es posible, en este caso la propiedad del bien pasa al legatario, pero este deberá respetar los derechos mencionados hasta la extinción de los mismos.

LEGADO DE BIEN GRAVADO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 760, el bien, objeto del legado, pasará al legatario con los gravámenes que tuviere, señalándose que el servicio de amortización e intereses de la deuda serán de cargo del testador hasta el día de su muerte, y ello resulta obvio, por cuanto como sabemos, el legado va a tener efectos, solo una vez que ocurra el deceso del causante, que es el momento de apertura de la sucesión; entre tanto, el bien sigue perteneciendo al causante, y si ese bien está gravado por derechos reales de garantía, quien tiene la obligación de pagar las amortizaciones, es el titular de ese bien, esto es el causante. Diferente es la situación cuando el causante ya ha fallecido, entonces ese bien, si aún continúa gravado, pasa al legatario en el estado en que se encuentre, lo que significa que el legatario recibe un bien gravado y será él quien deberá asumir las obligaciones respecto del bien legado, lo que no quiere decir que el legatario deba asumir otras obligaciones distintas al legado, pues como ya se dijo, el legatario no asume el pasivo del causante como sí lo hace el heredero.

LEGADO DE BIEN MUEBLE INDETERMINADO

Repárese en que el supuesto bajo comentario alude a un bien mueble indeterminado, esto es muy diferente al legado de bien mueble determinado, en el que la regla es clara, sancionándose como no válido el legado si el bien no se encuentra en el patrimonio del causante al momento de abrirse la sucesión.

En el presente caso, el artículo 758 del Código Civil, refiere que el legado de un bien mueble indeterminado aunque no haya en la herencia será válido, y ello en atención a que se trata de bienes genéricos; por ejemplo, el legado de un carro, de un caballo, sin especificar características del mismo. En este supuesto, el legatario obliga al sucesor para cumplir con el pago del legado, debiendo entregar la cosa aun cuando al producirse el deceso del causante, el bien no se encuentre en el patrimonio de este. Puesto en ese escenario, el sucesor está en la obligación de adquirir el bien, y para ello deberá seguir las reglas aplicables a las cosas genéricas o sea solo señaladas por su especie y cantidad; en consecuencia, y siguiendo lo dispuesto en los artículos 1142 y 1143 del Código Civil, el heredero deberá entregar un bien que no sea inferior a la media.

2. CLASES DE LEGADOS

Ordinariamente se suele identificar al legado como un bien concreto, un bien determinado que se halla en el patrimonio del causante, y que a su muerte, la propiedad de dicho bien pasará a poder del legatario; sin embargo, el legado no se reduce exclusivamente a transmitir propiedad. El legado, siempre y cuando tenga la característica principal de ser disposición patrimonial, puede aparecer bajo diversas formas, como por ejemplo: la condonación de una deuda que tenga un tercero con el causante, el legado de dinero, o de un crédito, entonces son variables por la forma en que se otorga el legado, A continuación analizaremos los que aparecen en el Código Civil.

3. LEGADO DE CRÉDITO

El causante en vida fue acreedor de un tercero, y precisamente es este crédito que decide transmitirlo para después de su muerte a favor de alguien llamado legatario. Entonces, abierta la sucesión, si el crédito todavía está pendiente, el legatario recibirá este, y podrá realizarlo, entendiéndose que lo recibe por el importe que aparece en el momento en que se abre la sucesión, no pudiendo reclamar lo que anteriormente devengó la deuda, pues, como ya lo hemos señalado, el legatario recibe el bien, en las mismas condiciones en que se encuentra cuando se abre la sucesión; por lo tanto, si fuere el caso de que el crédito fue cobrado por el causante, el legado habrá caducado. El artículo 762 del código civil,

que trata esta clase de legado, impone la obligación a los herederos de entregar al legatario el título de crédito para expeditar su cobro.

4. LEGADO DE LIBERACIÓN DE DEUDA

El mismo artículo 762 del código civil, en su segunda parte, regula esta clase de legado, que en puridad es una condonación de deuda (artículo 1295 del código civil). En este caso, el causante acreedor de una tercera persona dirige su voluntad en el testamento, para manifestar que libera de esa deuda a ese tercero, esto es, le condona la deuda.

El dispositivo que comentamos y que textualmente dice: «el legado de liberación de una deuda comprende lo adeudado a la fecha de apertura de la sucesión». Sobre el particular creemos que puede haber varias lecturas de esta parte de la norma: una primera nos sugiere una interpretación en el sentido de considerar que el legislador se está refiriendo a la condonación del monto de una deuda debidamente identificada, existente en el momento en que se otorgó el testamento; sin embargo, una interpretación literal de la norma, nos conduce a señalar que la norma se estaría refiriendo al total de las deudas que pudo haber tenido el tercero con el causante, deudas pendientes a la fecha del deceso del de cujus.

Creemos que nuestros legisladores han tomado del Código Civil español la fórmula contenida en el numeral 762; en efecto, el Código Civil español en el artículo 870 dice: «El legado de un crédito contra tercero o el del perdón o liberación de una deuda del legatario, solo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador...»; sin embargo, la forma como viene redactada nuestra norma, da para una interpretación en el sentido de una condonación total de deudas que pudiera tener el legatario con el causante, interpretación que a no dudar estaría yendo contra la voluntad del testador, a no ser que él hubiera manifestado esa voluntad de liberar de todas las deudas que tuviera un tercero con él, pero si no es así, debemos entender que la liberación de deuda solo está referida a la que aparezca a la fecha en que se otorga el testamento, tal como lo reguló el Código Civil de 1852 y el de 1936 que en su artículo 722 a la letra señaló: «la condonación de deuda en calidad de legado no comprende los créditos contraídos después de la fecha del testamento».

Sobre este mismo tema, Echecopar, con brillantez, decía que el perdón solo se refiere a las deudas contraídas con anterioridad al testamento; si al entregar una cantidad de dinero, después de otorgar su testamento, hubiera tenido en mente (el testador) no cobrarla, el causante no habría hecho un préstamo sino una donación. Para que haya perdón debe existir una deuda al momento de

perdonarla. Ilustremos el caso con un ejemplo. Así tenemos al causante, quien prestó a un tercero la suma de 10 mil. Luego testa y en una de las cláusulas de su testamento condona esa deuda, luego de otorgado el testamento. Posteriormente al causante vuelve a prestar al tercero 20 mil, y luego de ello se produce su deceso, momento en el que se abre su sucesión. Entonces, según lo dispuesto literalmente por el artículo 762 (legado comprende lo adeudado a la fecha de la apertura de la sucesión), deberíamos entender que la condonación estaría referida no solo a los 10 mil que expresamente perdonó el causante, sino también a los 20 mil que prestó al tercero con posterioridad al otorgamiento del testamento; como es de verse, una interpretación de esta naturaleza va incluso, como ya lo hemos referido; contra la voluntad del testador, pues esta quedó reflejado en el testamento; y en nuestro ejemplo, era liberar de la deuda de 10 mil, mas no debería interpretarse como que también quiso liberar de los 20 mil prestados con posterioridad al testamento, pues si esa hubiera sido su voluntad debió decirlo. En conclusión, siguiendo la tradición jurídica, y en particular lo que la mayoría de los códigos dicen sobre esta materia, la condonación de deuda debe entenderse como lo adeudado a la fecha del testamento.

5. LEGADO CARITATIVO

El legado es una liberalidad otorgada por el testador a favor de una persona, a quien favorece con un bien específico de su patrimonio, por lo tanto el testador está obligado a señalar con precisión al beneficiario del legado, pues de caso contrario no surtiría efecto la liberalidad. Sin embargo, hay casos en que el testador lega bienes sin señalar con precisión al legatario, y pese a ello la liberalidad vale. Estos son los casos cuando el testador hace un legado a favor de los pobres o un legado para que se destine a cumplir fines culturales o religiosos. En esa circunstancia los herederos del causante (o en su caso el albacea) deberán cumplir con la voluntad del testador; pero surge la pregunta de cómo van a llevar adelante la entrega del legado. Pues bien, en estos supuestos el legislador nos da la norma contenida en el 763, y así nos dice que los bienes dejados a los pobres (obsérvese la generalidad empleada) deberán ser entregados a la Beneficencia Pública; se entiende a la Beneficencia del lugar donde tuvo su último domicilio el testador, y cuando se han dejado bienes para cumplir fines culturales, deberán ser entregados al Instituto Nacional de Cultura, o la entidad que haga sus veces, y si se trata de fines religiosos, deberán ser entregados a la autoridad competente de la religión que profesaba el testador. Entiéndase que estas disposiciones son aplicables cuando de la lectura del testamento no hay una designación precisa y exacta del beneficiado, pues si lo hubiera, por ejemplo, que el testador dejase una suma de cien mil dólares para los niños pobres de un determinado asentamiento humano, precisando el nombre de dicho asentamiento y su ubicación, entonces será posible distribuir estos cien mil a favor de la población infantil del citado agrupamiento de vivienda.

6. LEGADO DE DINERO

Refiere el artículo 765 del Código Civil que el legado de dinero debe ser pagado en esta especie aunque no lo haya en la herencia; pues bien, en el supuesto, el testador deja como asignación testamentaria (legado) una suma de dinero, en ese caso los herederos del causante deberán entregar al legatario dicha suma. Si no hubiera liquidez en la herencia, deberá venderse bienes para pagar ese legado, tal como lo contempla, a propósito del albacea, el artículo 787 en su inciso 7, que faculta al ejecutor testamentario vender, se supone con autorización, los bienes de la herencia que fueren indispensables para pagar deudas de la herencia y legados en dinero.

Sin embargo, la norma no nos dice cómo se realiza el pago del legado, cuando este venga referido a un dinero que ya no existe como moneda circulante, como es el caso de los intis (moneda peruana vigente en la década del 80). Por ejemplo, si en 1989 un testador instituyó un legatario a quien le dejó la suma de 40 millones de intis, y el testador fallece en el 2006, entonces podría ocurrir que el heredero del testador pretenda cumplir con el pago convirtiendo los intis a los nuevos soles, con lo cual obviamente termina perjudicándose el legatario (esos 40 millones de intis quizás en el presente representen 40 nuevos soles), mientras que el legatario pretenderá que se le entregue el legado con una conversión no al sol sino al dólar, tomando como referencia el tiempo en que se otorgó el testamento y la equivalencia entonces del inti con respecto al dólar, y así obtener información de cuánto equivalían esos 40 millones de intis en dólares, con lo cual evidentemente se beneficia el legatario, y terminan perjudicándose los herederos. Sobre el particular se podría decir, si la voluntad del testador era beneficiar al legatario, por qué no cambió su testamento, y en tanto que no hubo cambio debemos interpretar que habría variado la voluntad de este testador. Sin embargo, ello es muy subjetivo, y lo real es que existe un legado, el cual deberá ser pagado, legado que trasluce (cuando se testó, que es lo que interesa) la voluntad del testador de beneficiar a su legatario, y ello debe ser el referente para que ante un caso de esta naturaleza, que de seguro será conocido judicialmente, la solución pase por rescatar la voluntad testamentaria. Obsérvese que cuando se trata de colación respecto a un anticipo de herencia dado en dinero, allí sí existe norma clara sobre el tema, pues el legislador se apresura en señalar que la colación se hará con un equitativo reajuste, cierto es que se trata de dos figuras distintas, pero que dejan en claro que el legislador cuando quiere pronunciarse claramente lo hace, y en otros, calla.

7. LEGADO DE ALIMENTOS

En estos casos, lo aconsejable sería que cuando el testador desee cubrir los alimentos de una persona para después de su muerte, consigne en su testamen-

to claramente no solo el monto, sino la periodicidad y forma de la prestación alimentaria; pues, de caso contrario, tendríamos que recurrir a las normas del Instituto Jurídico de Alimentos, normas que no siempre van a ser de interpretación clara de lo que quiso el causante.

El artículo 766 del Código Civil, que alude al legado de alimentos, dice que si el testador no determinó cuantía y forma de pago, entonces se cumple asignando al legatario una pensión que se regirá por lo establecido en las disposiciones de los artículos 472 al 487, esto es las normas de los alimentos. Entendemos que el propósito del testador es beneficiar a alguien de su simpatía que se encuentra en estado de insuficiencia, carente de recursos; sin embargo, repárese en que ello puede estar ocurriendo en el momento en que se testa, pero ocurrido el deceso del causante, si la situación de ese desvalido ha variado, y hoy es una persona con suficientes recursos, ¿debemos interpretar que el legado de alimentos al haber perdido su esencia ya no tiene que cumplirse por parte de los herederos?. Si la respuesta fuera afirmativa, prácticamente estaríamos agregando una causal más a la caducidad del legado, (artículo 772 del Código Civil), agregado o adición que como sabemos no es posible por tratarse de normas referidas a restricciones de derecho. Entonces, al remitirnos la norma comentada a las disposiciones de los alimentos, tendríamos que guiarnos por los criterios para fijar el quantum. En este caso las posibilidades económicas tendrían que estar referidas a la porción disponible y a las necesidades del acreedor; pero si estas no existen, tendríamos, como ya lo hemos referido, que formularnos la pregunta sobre la vigencia del legado de alimentos. Pues bien, nuestra posición es que si bien es cierto que la norma es remisiva a las normas de alimentos, también lo es que no estamos ante un caso típico de necesidad alimentaria, sino de un caso de liberalidad del testador, y por ello creemos que aún cuando, llegado el caso de que tenga que pagarse el legado, si el legatario no se encuentra en estado de necesidad, aun en ese caso, debería entregársele la suma que tendría que salir de la cuota de libre disposición, la cual para todos los efectos vendría a ser su límite.

8. LEGADO REMUNERATORIO

El legislador a través de la presente figura trata de evitar disfrazar liberalidades que podrían terminar perjudicando a los herederos que concurren con el legatario, entonces se pone en el supuesto de una relación contractual entre el futuro causante y la persona con quien contrata, la misma que le va a procurar un servicio al causante, servicio por el cual este reconoce una deuda a favor del contratante; sin embargo, la deuda reconocida puede ser la que corresponde realmente en el medio, o puede reconocer una deuda muy superior a la que efectivamente vale tal servicio; entonces al regular estas situaciones, se formula

el numeral 767 del Código Civil, con el nombre dado en doctrina de legado remuneratorio, entendiéndose que la deuda reconocida se considera como pago (debió decir adeudo) en la parte que corresponda razonablemente al servicio prestado por el beneficiario del testador, y como acto de liberalidad en cuanto al exceso.

Pongamos un ejemplo que ilustre esta clase de legado. Veamos a nuestro futuro causante, a quien llamaremos Pedro, quien contrata con Carlos para que este le preste servicios profesionales de ingeniería, y pactan el precio del servicio en 50 000, cuando en realidad ese servicio en el mercado tiene un valor de 10 000, y luego de ello en su testamento reconoce adeudar a Carlos los 50 000; en consecuencia, aplicando el artículo 767 que estamos comentando, de esos 50 000, se considerarán como adeudo (erróneamente dice el Código, pago)) 10 000, y como legado a favor de Carlos, 40 000; ahora bien, decíamos que la figura está prevista para evitar perjuicios a los otros herederos, pues si los 50 000 (en el ejemplo consignado) se mantuviera como deuda por los servicios prestados, al abrirse la sucesión de Pedro, estos 50 000 de deuda se transmiten a sus sucesores, quienes verían disminuidas sus cuotas por la existencia de esta deuda inflada.

9. LEGADO DE PREDIO

Debemos entender el predio, como dice Cabanellas, referido a una finca, heredad, hacienda, tierra, propiedad o posesión inmueble. Augusto Ferrero lo asemeja en términos generales a los inmuebles, pues bien, en este caso refiere el artículo 764 del Código Civil, si el legado es un predio, los terrenos y las nuevas construcciones que el testador haya agregado después del testamento no forman parte del legado.

Es de observar la claridad de nuestros legisladores en el trato dado a esta clase de legados, respecto de limitar, como debe de ser, a lo expresamente señalado por el testador como objeto del legado, en este caso el predio, que es lo señalado en el testamento. Ahora bien, si después de testar el testador adiciona, suma al predio, construcciones que no tenía cuando testó, entonces estas no forman parte de ese legado; sin embargo, la misma norma termina señalando que tratándose de las mejoras introducidas en el inmueble, cualquiera que fuese su clase, sí forman parte del legado, debiendo observarse que no se hace el distingo en cuanto a las mejoras; por lo tanto, pueden ser las necesarias: útiles, de recreo; cualquiera de estas, que terminen aumentando de valor el predio, pasan a poder del legatario.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO VII
MOMENTO DE ADQUISICIÓN DEL LEGADO

TÍTULO VII

MOMENTO DE ADQUISICIÓN DEL LEGADO

El artículo 660 del Código Civil, referido a la apertura de la sucesión y la transmisión patrimonial del causante hacia los que resulten sus sucesores, implica, con respecto al legado, que el legatario será propietario de los bienes, materia del legado, desde la muerte del causante, salvo que la liberalidad establecida por el testador esté condicionada, o sujeta a plazos como lo veremos más adelante, ello sin perjuicio de considerar que la liquidación del legado se hará luego de establecer el patrimonio hereditario, considerando las deudas existentes, luego la legítima y por último la porción disponible, que es de donde sale el legado.

1. ADQUISICIÓN DEL LEGADO NO SUJETO A MODALIDAD

El llamado que ha hecho el testador ha sido puro y simple, por lo tanto el legatario adquiere su derecho desde el mismo momento de la muerte del testador, en estricta aplicación del artículo 660 del Código Civil; sin embargo, y como ya lo hemos mencionado, primero deberá hacerse una liquidación de la sucesión, que comprende reconstruir el patrimonio hereditario, el pago de las cargas y deudas, la entrega de la legítima, y por último los legados, dentro de la cuota de libre disposición del testador.

Refiere el artículo 769 que, tratándose de un bien determinado no sujeto a condición o a plazo, el legatario lo adquiere en el estado en que se halle a la muerte del testador, ello es sumamente importante, en atención a que los derechos de los sucesores, sean estos herederos o legatarios, se computan a partir de la apertura de la sucesión y no antes; por lo tanto, en el caso del legatario por ejemplo, si el testador en vida dispuso del bien legado, al abrirse la sucesión

ya no le corresponderá nada al legatario, pues el legado habrá caducado, y si fuera el caso de un legado de crédito por 10 000, de los cuales el testador había cobrado 9 000, y al abrirse la sucesión solo queda por cobrar mil, entonces el legatario lo será solo por mil.

En conclusión, lo que cuenta para todos los efectos es el momento de la apertura de la sucesión del causante, y en el caso del legado, la situación del bien referido a ese momento, y con respecto a los frutos del bien legado, también le corresponden al legatario desde la muerte del causante, en tanto que su calidad de propietario del bien lo adquiere en el momento en que se abre la sucesión, y por ello el legatario también asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el mismo instante en que se abre la sucesión, salvo los casos de dolo o culpa de quien tuviera el bien en su poder.

2. ADQUISICIÓN DEL LEGADO SUJETO A MODALIDAD

El artículo 768 del Código Civil contempla las modalidades del acto jurídico con respecto a la sucesión testamentaria, pronunciándose por la forma como se procede en los casos de condición suspensiva (mas no dice nada sobre la resolutoria), el plazo suspensivo (tampoco dice nada del resolutorio) y el cargo. Veamos por separado todos estos supuestos.

3. LEGADO SUJETO A CONDICIÓN

Refiere el artículo 768 que el legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva, mientras no se cumpla la referida condición; en efecto, estamos ante un legatario cuya designación realizada por el testador la ha supeditado a un acontecimiento futuro e incierto; por lo tanto, si no se llega a verificar la condición, entonces no habrá existido el legatario como tal. Sobre el particular, el artículo 173 del Código Civil señala que, estando pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios; sin embargo, su derecho no ha nacido, está en una suerte de espera, y lo que termina por darle la calidad de legatario será el cumplimiento de la condición. Entre tanto, en puridad no estamos ante un legatario, sino un probable legatario, quien puede llegar a serlo, o no serlo.

Si el testador ha llamado a un legatario a quien le impone una condición resolutoria, como puede ser, la asignación de una suma de dinero siempre y cuando no se case antes de cumplir los 20 años de edad, entonces cabe la pregunta de si ello es posible, pues el artículo bajo comentario no dice nada, pero repárese en que tampoco lo prohíbe, en consecuencia creemos que en tanto la condición resolutoria no vaya contra las normas imperativas de la ley o las buenas costumbres, entonces será válida, y así en el ejemplo consignado, el legatario segui-

rá recibiendo la asignación si es que no se casó antes de los 20 años, pero habrá perdido la asignación si llegó a celebrar matrimonio antes de esos 20 años; sobre el particular, el artículo 173 del Código Civil establece que el adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente esta, pero la otra (en este caso serían los sucesores) puede realizar actos conservatorios.

4. LEGADO SUJETO A PLAZO

En cuanto al plazo, refiere el artículo 768, el legatario no adquiere el legado subordinado a un vencimiento de un plazo, mientras este no se venza. Ejemplo claro de ello puede ser el llamado que haga el testador a un legatario dejándole una asignación dineraria cuando cumpla 21 años, entonces en tanto que, al abrirse la sucesión, el legatario no tenga 21 años, no podrá gozar de ese legado. Ahora bien, resulta obvio que nos estamos refiriendo a un plazo suspensivo, pero también cabe la pregunta sobre el plazo resolutorio. Por ejemplo, se instituye un legatario a quien desde la apertura de la sucesión se le entregará una suma determinada hasta que cumpla 25 años; en consecuencia, el legatario recibirá esa suma, y su derecho habrá concluido definitivamente al cumplir los 25 años. Aquí estamos ante un caso de plazo resolutorio, y como es de observar no ofrece ninguna duda su aceptación, pese a que el legislador no lo ha tratado.

5. LEGADO CON CARGO

En cuanto al cargo, el artículo 768 del Código Civil se limita a señalar que el legado con cargo se rige por lo dispuesto para las donaciones sujetas a esta modalidad; por lo tanto, estamos ante una norma que nos remite a otra, en este caso el artículo 1642 que a letra dice: «En el caso de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo, su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho»; sobre el particular, y tratando de aplicar esta norma al campo sucesorio, si el supuesto fuera del legatario con cargo, cargo que ha sido cumplido por este, pero luego el legatario es excluido de la sucesión por indignidad, lo que debe ocurrir, es que los herederos, que terminan beneficiándose con el legado que regresa a la masa hereditaria, deben abonar al legatario el importe del cargo satisfecho, pues de caso contrario estaríamos permitiendo un enriquecimiento indebido por parte de los sucesores.

6. REDUCCIÓN DEL LEGADO

Es materia conocida que el legado sale de la cuota de libre disposición del causante, por lo tanto el límite de ese legado será o un tercio del patrimonio hereditario, si el causante tiene herederos forzosos, cónyuge o hijos, o el 50%

del patrimonio, si el causante tiene a sus padres como sus herederos forzosos. En consecuencia, debe cuidarse el testador de que el legado no supere esas cuotas, pues de caso contrario, el legado tendrá que reducirse hasta el límite de la porción disponible; en efecto, el artículo 770 del Código Civil refiere que el exceso de los legados sobre la parte de libre disposición se reducirá a prorrata, salvo que el testador haya establecido el orden en que los legados deben ser pagados, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad, entonces dependerá de si el testador previó la forma de reducción, pues si lo hizo debe respetarse sin ninguna posibilidad de observación. Así, si el causante ha dejado 10 000 para Hugo y 20 000 para Carlos, y refiere que si el total de esos legados exceden el límite de la cuota de libre disposición, entonces es su voluntad que la reducción se haga restando de la suma dejada a Carlos; pero si no hubiera dispuesto nada sobre el particular, entonces tanto Hugo como Carlos se verán afectados, pues sufrirán la reducción, pero en este caso en partes iguales, que es lo que manda el legislador al decir a prorrata.

7. PRELEGADO

El término pertenece a las legislaciones italiana y española, y alude a que una persona reúne dos calidades, la de heredero y legatario a la vez, así el testador instituye a su hijo como su heredero, pero igualmente lo instituye como su legatario. Ello es totalmente procedente; pues bien, el artículo 770 del Código Civil establece que cuando en una sucesión concurren varios legatarios, y la suma de lo dejado a ellos excede la porción disponible, y dentro de los legatarios hay un prelegado, entonces se hará la reducción, sin embargo el legado a favor del heredero no se considera para los efectos de la reducción, salvo como dice el mismo precepto, que la herencia sea insuficiente para el pago de las deudas.

Con respecto al prelegado, debe tenerse presente que estamos ante un legatario privilegiado, pues no solo no le afecta el exceso de los legados sobre la porción disponible, sino que será el primero en efectivizar su legado, todo ello para resguardar al heredero que pudiera estar en desventaja con respecto a los otros sucesores; recordemos sobre el particular, que en el Código Civil de 1936 existía la figura de las mejoras sucesorias, por la que se tomaba de la legítima larga (dos terceras partes del patrimonio) una parte para beneficiar a un heredero forzoso, pues bien tal figura ya no existe, y si ahora se quiere beneficiar a un heredero de los varios que concurren a la sucesión, no se hará tocando la legítima; pues, como sabemos, ella es intangible. Entonces se recurre a la cuota de libre disposición, con lo cual los otros herederos no se ven afectados pues recibirán intacta su cuota legitimaria. En conclusión, si a una sucesión concurren en calidad de legatarios más de uno, y si dentro de ellos se encuentra un heredero, este tendrá preferencia sobre los otros legatarios.

8. CUARTA FALCIDIA

Figura que proviene del Derecho romano, y que regulaba la situación de concurrencia a una sucesión de herederos y legatarios, en donde el heredero se encontraba en desventaja con respecto a los legatarios; así por ejemplo, el testador había convocado al heredero a quien le había dejado el 10% del patrimonio hereditario, mientras que los otros 90% representados por una serie de bienes habían sido distribuidos por el testador a favor de varios legatarios; puesto en ese escenario, el heredero no veía conveniente su participación y renunciaba a la herencia, con lo cual el testamento dejaba de tener eficacia, pues es sabido que en el Derecho romano los testamentos para que tengan vida debían tener obligatoriamente la presencia de un heredero; pues bien, el Derecho romano para evitar que ese testamento deje de tener valor ideó la figura de la cuarta falcidia, (pretor falcidius) que consistía en otorgar al heredero no menos del 25% de la masa hereditaria, y para ello obviamente debía de reducirse los legados, permitiendo que el heredero ya no renuncie a la herencia.

Se entendía en esa época la figura, por lo ya explicado de que los testamentos de todas maneras tenían que tener la institución de heredero; sin embargo, en el presente, ya no tiene sentido esta institución, en tanto que los testamentos valen incluso sin la figura del heredero, y aún más, se supone que si estamos ante la figura de un heredero voluntario, es porque el causante no tiene herederos forzosos a quienes se debe proteger, y si ello es así, entonces el causante tiene la libre disposición de sus bienes. En esa medida, puede convocar a herederos voluntarios señalándose su participación en la herencia, o limitarse a convocar a legatarios; entonces qué sentido tiene el artículo 771 del Código Civil que dice: «Si el testador que tiene la libre disposición de sus bienes, instituye herederos voluntarios y legatarios; la parte que corresponde a aquellos no será menor de la cuarta parte de la herencia, con cuyo objeto serán reducidos a prorrata los legados, si fuere necesario». Concluimos que se trata de una prescindible, desfasada y figura próxima a desaparecer por su inutilidad.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO VIII
EL ALBACEAZGO

TÍTULO VII

EL ALBACEAZGO

La ejecución del testamento debería corresponder naturalmente a los sucesores, siendo ellos los más interesados en liquidar la sucesión, dando cumplimiento a la última voluntad de su sucesor; sin embargo, cumplir con esta voluntad, puede resultar difícil por la probable existencia de pareceres diferentes, desacuerdos entre los herederos, que los lleve incluso hasta el enfrentamiento, lo cual puede retrasar indefinidamente la ejecución del testamento, incluso puede darse el caso de testamentos que no contengan la institución de herederos, sino que se limiten a designar únicamente a legatarios; entonces ante una eventualidad de esa naturaleza, la pregunta que surgiría sería quién cumple con la ejecución del testamento. Pues bien, a tratar de solucionar estas y otras dificultades encontradas en la ejecución del testamento, es que existe la figura del albacea o ejecutor testamentario, debiendo precisarse que el albacea no es indispensable e imprescindible en un testamento, pues aun cuando no haya sido considerado por el testador, el testamento sigue teniendo valor, pero es altamente conveniente esta institución, en tanto que al final termina garantizando una correcta ejecución de la voluntad del testador.

El albacea es una figura típica de la sucesión testamentaria, no existiendo tal en la sucesión legal, pues su presencia está dada en función del encargo que le da el testador, para que cumpla todo o parte de su voluntad expresada en el testamento, y así nos lo recuerda el artículo 778 del Código Civil que a la letra dice: «El testador puede encomendar a una o varias personas, a quienes se denomina albacea o ejecutores testamentarios, el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad».

1. EL ALBACEA REPRESENTA AL TESTADOR, ¿ES SU MANDATARIO O ES UN CARGO CREADO POR LA LEY?

Se discute la naturaleza jurídica del albaceazgo, unos le confieren la representación del testador, otorgado precisamente por éste en su testamento, y como consecuencia de esta representación, el albacea ejecuta el testamento según la voluntad del testador, pero igualmente se señala que termina también representando a los herederos del testador; sin embargo, recibe crítica esta posición, ya que no se puede representar a una persona que ha fallecido y que por lo tanto ha dejado de ser persona, así mismo no se puede imponer una representación a los herederos, debido a que como sabemos, la representación nace como un acto voluntario del representante, salvo los casos de representación legal, que por cierto no tiene nada que ver con el tema que estamos comentando, y en el caso planteado, es claro que los herederos no han participado para nada en la convocatoria del albacea y menos le han dado representación alguna.

Otros refieren que se trata de un mandato post mortem; sobre el particular, Josserand dice que el albacea saca sus poderes de una cláusula del testamento, y tiene como misión velar por la última voluntad del testador, el mismo que sería su mandante; sin embargo, la misma crítica que hicimos a propósito de la representación la reproducimos para esta tesis, ya que se estaría representando a alguien que ya no existe, como es el caso del testador.

Por último, otros señalan que el albaceazgo está referido a un cargo creado por ley y cuyo nombramiento corresponde al testador, pero no porque él otorgue poder o facultades a nadie, sino que estas facultades de que goza el albacea vienen ya creadas por ley, tesis recogida en la legislación italiana. Se dice que este sistema permitiría tener al albacea como una institución autónoma, sin necesidad de recurrir a normatividad ajena a la institución (por ejemplo los casos de la representación y el mandato), y en efecto, en nuestra legislación peruana se ha previsto un conjunto de disposiciones que regulan en forma independiente al albacea.

2. NOTAS TÍPICAS DE LA INSTITUCIÓN

El albacea es una figura propia de la sucesión testamentaria, por lo tanto, y tal como lo refiere el artículo 779 del Código Civil, debe constar en testamento, de lo contrario es nulo; así mismo es voluntario, en lo que se refiere al testador, pues no está obligado a instituirlo, y en lo que atañe al albacea, igualmente lo es, pues este no está obligado a aceptar el cargo, e incluso la misma ley prevé la excusa.

Siguiendo en este orden de ideas, la aceptación del cargo tiene que ser expresa; sin embargo, una vez que se acepta el cargo ya no se puede apartar del mismo, si es que no existe una justa causa, cuya apreciación corresponderá al criterio del juez. Sobre este mismo tema, bueno es precisar que en el caso de que el albacea no acepte el cargo, pero tampoco se excuse, es decir que ante su convocatoria guardó silencio, entonces a pedido de algún interesado, el juez puede señalarle un plazo prudencial para su aceptación, y si transcurrido el plazo, no se manifestó, deberá entenderse como que rehúsa el cargo.

El cargo de albacea puede recaer en una persona natural, bastando para ello que el convocado goce de capacidad civil, o puede recaer en persona jurídica, las mismas que para que puedan ejercer el cargo deberán estar autorizadas por ley o por su estatuto.

El desempeño del cargo es personal y no se puede delegar; sin embargo, es posible que el albacea, en tanto que no tuviere los conocimientos o habilidades necesarias en función del patrimonio hereditario, puede contratar a personas a que lo ayuden a ejecutar el testamento, sin embargo la responsabilidad sigue siendo de él.

En lo que se refiere al tiempo de duración del cargo, este es temporal y lo es en atención a la función encomendada, en consecuencia, no es perpetuo, indeterminado, sino que concluye al haberse cumplido con la ejecución de la voluntad del testador, o transcurrido dos años desde su aceptación, salvo que el testador hubiere señalado un plazo mayor, o que este fuera concedido por el Juez con acuerdo de la mayoría de los herederos.

Por último y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 793 del Código Civil, el cargo es remunerado, salvo que el testador disponga su gratuidad (sobre el particular, bueno es recordar que el albacea no está obligado a aceptar el cargo). Se establece un límite a la remuneración, la misma que no podrá ser mayor del cuatro por ciento de la masa líquida, y si el testador no determina remuneración, pero no ha dejado establecido la gratuidad, entonces será el juez quien se encargará de determinarla.

3. SINGULARIDAD O PLURALIDAD DE ALBACEAS

Al describir al albacea, dijimos que se trata de la designación del testador de una o más personas que se encargarán de cumplir con su última voluntad, en efecto, de acuerdo al artículo 778 del Código Civil, es posible que el testador designe a una sola persona a quien le encomendará el cumplimiento de su última voluntad, y si no ha sido preciso en la forma como va a llevarla adelante, entonces el albacea deberá ceñirse a lo que la ley manda sobre el particular.

En lo que atañe a la pluralidad de albaceas, el artículo 780 nos hace saber algunas precisiones en cuanto a la forma de actuar de estos albaceas, y así valdrá lo que todos hagan de común acuerdo o lo que hiciere uno de ellos con autorización de los demás.

El testador debería, en el caso de que convoque a más de uno como albacea, designar en forma clara sus facultades, e incluso si todos van a actuar de consuno, o si la designación deberá respetar el orden en que son convocados; pues bien, si nada de esto previó el testador, la ley dicta las pautas a fin de que no existan problemas entre los albaceas, y así nos lo recuerda el artículo 782 del Código Civil, al señalar que si el testador no dispone que los albaceas actúen conjuntamente, ni les atribuye funciones específicas a cada uno de ellos, entonces desempeñarán el cargo sucesivamente, unos a falta de otros, en el orden en que se les hubiera designado. La práctica nos aconseja que cuando el testador decida nombrar a más de un albacea, debería nombrar en números impares, disponiendo que los acuerdos se tomen por mayoría, pues ante un número par de albaceas, si no se ponen de acuerdo, terminan entrampando la ejecución del testamento, debiendo en este caso recurrir a la intervención del juez, lo cual como es obvio dilata el cumplimiento de la voluntad del testador.

4. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS ALBACEAS

Una norma que nos parece peca de injusta es la de establecer la solidaridad entre los albaceas por las responsabilidades que pudieran derivarse de los acuerdos tomados; en efecto, el artículo 781 del Código Civil señala la responsabilidad solidaria de los albaceas salvo disposición distinta del testador; pues bien, puestos en un escenario en el que el testador no se pronunció sobre la responsabilidad de los albaceas, y si estos toman un acuerdo que es lesivo a la sucesión, y uno de los albaceas se opuso al acuerdo, entonces este no debería responder solidariamente; sin embargo, por propio mandato de la ley, termina igual que los otros albaceas; es decir, todos los albaceas, incluso el que disintió, asumen responsabilidad solidaria por los acuerdos tomados.

5.- FACULTADES Y DEBERES DEL ALBACEA

Ha quedado establecido que es el testador quien ha convocado al albacea, por lo tanto será él quien señale las atribuciones para cumplir con la voluntad testamentaria, así mismo, los deberes a que está ordenado, y en este caso cobran singular importancia los encargos personalísimos; ahora bien, estas atribuciones deben encuadrarse dentro de los límites de la ley, y si el testador no se pronunció por estas atribuciones, limitándose a convocar al albacea, entonces el

Código Civil ha establecido en el artículo 787 las obligaciones del albacea, que pasamos a comentar:

- Atender la inhumación del cadáver o su incineración si lo hubiera dispuesto. Resulta comprensible e inmediata esta primera tarea del albacea; sobre el particular y refiriéndonos principalmente a los casos en que procede la incineración, debemos estar a lo dispuesto en el artículo 13 del Código Civil, que regula la falta de declaración expresa del causante en vida; entonces en ese supuesto, corresponde a sus familiares decidir sobre la necropsia, incineración y sepultura; ahora bien, los gastos que demande ello serán de cargo de la masa hereditaria, tal como claramente lo dispone el artículo 869, inciso primero del Código Civil.
- Seguridad de los bienes hereditarios. El albacea responde por la integridad del patrimonio, en esa medida debe tomar todas las previsiones del caso, y para ello está facultado a promover acciones extrajudiciales y judiciales, con la finalidad de que los bienes que integran la masa hereditaria permanezcan indemnes.
- Inventario judicial. Esta labor es de una trascendencia mayor y gravitante para las resultas de la sucesión, en tanto que incluso sirve para los efectos de la responsabilidad limitada de los sucesores, así mismo para tener un marco de referencia inequívoco de lo que constituye el patrimonio hereditario debidamente valorizado. Para estos efectos, deberá citarse a las personas que tengan legítimo interés en la sucesión, tales como los herederos, legatarios, acreedores del testador, y por qué no acreedores de los herederos si fueren conocidos.
- Administración de los bienes de la herencia. Se entiende respecto de aquellos bienes que no hayan sido adjudicados por el testador, ahora bien, esta administración (administrar significa gobierno de intereses ajenos, cuidar un patrimonio) permanecerá hasta que los bienes sean entregados a los herederos o legatarios, salvo disposición diversa del testador. Resulta pertinente señalar que los herederos o legatarios pueden pedir al albacea la adopción de medidas necesarias para mantener la indemnidad de los bienes hereditarios.
- Obligación de pagar cargas, deudas de la herencia, con conocimiento de los interesados y para ello debe tener muy presente las preferencias para el pago.
- Pagar o entregar los legados, se supone luego de que los legitimarios han hecho cobro de sus porciones que por ley deben cobrar prioritariamente, solo superados por los acreedores de la sucesión.
- Se faculta al albacea a vender los bienes hereditarios con autorización expresa del testador, herederos o del juez, a los efectos de hacer posible el pago de las deudas y legados, si fuere el caso.

- Tiene legitimidad procesal para defender en juicio la validez del testamento, ello sin perjuicio del apersonamiento de los herederos de la sucesión.
- Cumplir los encargos personales del testador.
- Procurar la división y partición de la herencia, pues bien esta es una de las tareas más importantes del albacea, y para ello deberá hacer uso de su poder de persuasión y convencimiento respecto de los sucesores para ir a una partición extrajudicial, y así evitar los graves perjuicios derivados de un juicio de partición, sobre todo por el tiempo que demanda ello. Procurar no significa que esté obligado a ello, más bien debe entenderse como una gestión amigable para dar por concluida la comunidad hereditaria.

Es pertinente mencionar que los problemas que se puedan presentar entre el albacea y los sucesores pueden ser resueltos en la vía arbitral, sea que lo haya previsto el testador, e incluso cuando no lo hizo y aun cuando no haya testamento; sobre el particular, tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1071 «Ley de Arbitraje», séptima disposición complementaria: «Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre los sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición. Si no hubiera testamento, o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior».

6. ¿EL ALBACEA ES PERSONERO DE LA SUCESIÓN?

Nuestra legislación termina siendo muy restrictiva en cuanto se refiere a las facultades del albacea; así por ejemplo, nos dice el artículo 788 del Código Civil, que no son representantes de la testamentaria (patrimonio hereditario objeto de la sucesión) para demandar ni responder en juicio, mas sí lo es cuando se trate exclusivamente de los encargos del testador, de la administración del patrimonio hereditario, o de sostener la validez del testamento en juicio que se hubiera promovido.

Debe entenderse que según nuestros legisladores, los únicos llamados a representar a la sucesión son los herederos, excepto cuando se trata de las funciones ya mencionadas para el albacea; ahora bien, desde nuestro punto de vista no entendemos el por qué se limita al albacea, cuando debería ser el encargado de todo lo concerniente a la sucesión, sea extrajudicial o judicialmente, en tanto que han sido designados para llevar adelante la voluntad testamentaria, lo que

implica que el albacea pueda tener una representación total de la sucesión, sin perjuicio de la que les corresponde a los sucesores; es por esto y por los problemas que acarrea la falta de representatividad del albacea, que los diversos proyectos de reforma del Libro de sucesiones sugieren modificar el texto referido a la limitada representación, y así recomiendan que el albacea tenga legitimación para intervenir en representación de la sucesión indivisa como demandante, demandado, litisconsorte o coadyuvante según corresponda. Esta propuesta podría solucionar casos en los que no se haya instituido herederos, y la sucesión hubiese sido demandada, en este supuesto debería intervenir el albacea; sin embargo, en el presente, el Código Civil peruano solo le da ciertas atribuciones, y en un caso específico, cuando no hay herederos instituidos sino solo legatarios, refiere el artículo 790 que la posesión de los bienes hereditarios corresponde al albacea, hasta que sean pagadas las deudas de la herencia y los legados.

Resulta contradictoria esta limitación de facultades del albacea, cuando el mismo legislador le da una presencia viva en el proceso sucesorio, a tal punto que le reconoce la facultad de exigir el cumplimiento de la voluntad del testador, aun cuando ya no estuviere en el cargo, salvo que haya sido removido o renunciado al cargo.

7. ALBACEAS DEBERÁN INFORMAR LOS AVANCES DE SU GESTIÓN, Y A LA FINALIZACIÓN DEL MISMO

Resulta atendible esta obligación del albacea, debido a que, como ya lo hemos referido, asume responsabilidad por la administración del patrimonio hereditario, y esta obligación de reporte sobre su gestión es tal, que incluso puede haber sido exonerado por el mismo testador de ello, empero, la obligación subsiste por propio mandato de la norma, con lo cual la ley termina imponiéndose sobre la voluntad del testador, lo cual ocurre en forma excepcionalísima; pues bien, el artículo 794 del Código Civil refiere que, aunque el testador le hubiere eximido de este deber, dentro de los 60 días de terminado el albaceazgo, el albacea debe presentar a los sucesores un informe escrito de su gestión, y de ser el caso, las cuentas correspondientes con los documentos, u ofreciendo otro medio probatorio.

En cuanto a los informes periódicos, estos solo serán obligatorios si fueren solicitados por los sucesores y ordenados por el juez. En este caso los informes serán con una frecuencia no menor a seis meses.

No se establece que los informes ni las cuentas sigan un formalismo único, bastando para ello que se presente una relación de ingresos y egresos debidamente sustentada.

Si rendido el informe y las cuentas que contiene no se solicita judicialmente su desaprobación en el término de 60 días de presentadas, entonces se entiende que han sido aprobadas.

El artículo 794 del Código Civil que estamos comentando, termina señalando que las reglas contenidas son de aplicación supletoria a todos los demás casos, en los que exista deber legal o convencional de presentar cuentas de ingresos y gastos o informes de gestión.

8. ALBACEA DATIVO

La presencia de este albacea parte de la premisa de que el testador no lo designó o habiéndolo hecho, el llamado no aceptó el cargo y los herederos existentes no se ponen de acuerdo en la forma ni en el responsable de la administración de la sucesión y lo piden al juez; en efecto, el artículo 792 del Código Civil dice textualmente: «Si el testador no hubiere designado albacea, o si el nombrado no puede o no quiere desempeñar el cargo, sus atribuciones serán ejercidas por los herederos, y, si no están de acuerdo, deberán pedir al juez el nombramiento de albacea dativo».

Al comenzar el análisis de el albacea, dijimos que la función de ejecución del testamento debería corresponder a los herederos del causante; sin embargo, a veces ello resulta harto complejo, por los intereses encontrados existentes entre estos, resultando difícil que se pongan de acuerdo en la forma del manejo de la sucesión, y para ello la figura del albacea termina siendo muy útil; entonces la figura del albaceazgo dativo termina justificándose si el propio testador no lo convocó, o el convocado no aceptó, y los herederos no se ponen de acuerdo en la forma como van a llevar adelante la ejecución, y terminan ellos mismos solicitando al juez la designación de la persona que se encargará de llevar adelante la ejecución del testamento, persona que toma el nombre de albacea dativo, ya que su designación no proviene del testador, sino del juez.

9. FIN DEL ALBACEAZGO

El Código Civil enumera una serie de supuestos que van a dar con el término de la función. Algunos resultan naturales, como es el caso de la muerte del albacea; otros, por falta de cumplimiento de las obligaciones propias de él; pues bien, veamos estos supuestos:

a) Por muerte del albacea o desaparición o declaración de ausencia; sobre el particular, no es pertinente usar como si fueran sinónimos los términos desaparición y ausencia, porque jurídicamente no es lo mismo; en-

tonces debemos entender que el supuesto que pone fin al cargo, a parte de la muerte, es la desaparición conforme a las reglas del artículo 41 del Código Civil, y la declaración de ausencia, cumpliendo los requisitos previstos en lo dispuesto en el artículo 49 del Código Civil.

b) Por haber vencido el plazo de duración del cargo. En efecto, como sabemos, y según lo dispone el Código Civil, el cargo debe terminar a los dos años desde su aceptación; sin embargo, este plazo puede ser ampliado por propia disposición del testador debiendo quedar expresamente señalada en el testamento, o cuando el juez lo concede con acuerdo de la mayoría de los herederos.

c) Por incapacidad legal o física que impida el desempeño de sus funciones, se entiende que estas incapacidades, para que funcionen como cese del cargo, deben ser debidamente acreditadas y si fueron cuestionadas, tendrán que ser dilucidadas, entendemos en un proceso no contencioso.

d) Por conclusión de sus funciones, en este caso, estaremos ante una sucesión que ha sido liquidada, y en la que los herederos y, en su caso, los legatarios, o ambos nada tienen que reclamar ni demandar, pues la división y partición (que pone fin a la comunidad hereditaria) se hizo a entera satisfacción de los interesados.

e) Por remoción del albacea, aquí el término del albacea viene impuesto como una sanción, debido a que no empezó la facción de inventario dentro de los 90 días de la muerte del testador, o de protocolizado el testamento, o de su nombramiento judicial (albacea dativo), o dentro de los 30 días de haber sido requerido notarialmente con tal objeto por los sucesores. El artículo 795 del Código Civil, que regula este supuesto, establece que el trámite a seguirse es el del proceso sumarísimo.

f) Por renuncia al cargo con aprobación judicial; sobre el particular, reiteramos un concepto ya trabajado, esto es, el albacea no está obligado a aceptar el cargo, el cual como sabemos es totalmente voluntario; sin embargo, si lo ha aceptado, y para no perjudicar el desenvolvimiento de la sucesión, ya no es posible apartarse de este a su sola voluntad y propio arbitrio, sino que la renuncia cabe pero solo por justa causa, la misma que tiene que ser aprobada por el juez, dentro de un proceso no contencioso.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO IX
INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

TÍTULO IX
INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

Los testamentos se otorgan para crear relaciones jurídicas, las mismas que deben comenzar a producirlas a la muerte del causante. Este es el fin último del testamento; sin embargo, puede acontecer que por diversas circunstancias tales efectos no lleguen a materializarse, con lo cual el testamento que nació para tener vida propia no llega a tenerla Sobre el particular, Clemente de Diego nos dice que la ineficacia de los testamentos es la carencia de efectos del mismo, la condición de aquellos que, por distintas causas, no llegan a producir los efectos a que estaban ordenados.

La carencia de efectos puede darse por propia voluntad del testador, cuando revoca el testamento que otorgó; o puede darse por incumplimiento de los requisitos necesarios para la existencia del testamento, como podrían ser los casos de nulidad del testamento, al faltar un requisito indispensable para su existencia; o por la caducidad, al no cumplirse con determinados supuestos para la eficacia de los mismos, como pueden ser los casos de falta de protocolización de un testamento ológrafo.

De lo que llevamos señalado, el testamento puede resultar ineficaz por nulidad del mismo, ejemplo de ello puede ser el caso de un testamento otorgado por un incapaz absoluto sujeto a interdicción; asimismo, puede ser ineficaz porque el mismo testador lo deja sin efecto al revocar el testamento, revocación que se da en tanto que es un derecho de testador como acto unilateral de manifestación de voluntad, pero en general la revocación se da generalmente cuando han variado las circunstancias en las que lo otorgó, y sobre todo por no representar su última voluntad; sin embargo, es bueno reiterar el concepto de que la revocación no requiere fundamentación También puede ser ineficaz por

haberse producido un supuesto de caducidad, como podría ser el caso de la falta de cumplimiento del testamento dentro de determinados plazos, o cuando no se dan ciertos supuestos para la eficacia del mismo, como acontece cuando se instituye un heredero voluntario, y al abrirse la sucesión al testador le sobrevive heredero forzoso que no tenía cuando testó, puesto en ese escenario se dice que la institución del heredero voluntario ha caducado.

La ineficacia del testamento puede ser total o parcial; en el caso de la nulidad, esta puede comprender todo el testamento o limitarse a alguna cláusula del mismo. Igual puede acontecer con la revocación del testamento, que por propia disposición del testador puede abarcar todo el testamento, o solo una parte de este; y en cuanto a la caducidad, aunque generalmente lo es de todo el testamento, nuestra legislación consigna una suerte de caducidad parcial, a propósito de la caducidad de la institución de heredero regulada en el artículo 805 del Código Civil.

A continuación, comenzaremos a analizar cada una de estas formas de ineficacia del testamento, que en nuestro Código están dadas por la revocación, la caducidad y la nulidad o anulabilidad del testamento, debiendo precisarse que en algunos casos esta ineficacia responde a la voluntad del testador (revocación) y en otros, la voluntad del causante está ausente (caducidad, por ejemplo).

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO IX
INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

1. REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

Cuando analizamos las características del testamento, señalamos que este debe responder a la última voluntad del testador; en consecuencia si por diversos motivos o circunstancias, la voluntad expresada en un testamento ya no revela que sea su última voluntad, pues ha cambiado de parecer, entonces es legítimo que el Derecho faculte a ese testador a dejar sin efecto todo o parte del testamento, lo contrario sería atarlo a una voluntad que ya no es suya, con lo cual se estaría atentando contra su libertad y el derecho de testar, por ello el legislador prevé la figura de la revocación como un derecho propio del testador, quien al revocar no necesita explicar los motivos por los cuales lo hace, aun cuando de ordinario los tenga tal como ya lo hemos anotado.

Entendemos por revocación al acto libre y voluntario del testador, por el cual deja sin efecto todo o parte del testamento. Por ejemplo, si el testador instituye a un legatario, a quien le asigna en concepto de legado la suma de 20 mil, y lo hace por la consideración y estima que le guarda en atención a las supuestas calidades morales del legatario; sin embargo, desde que testa hasta que ocurre el deceso del causante, este comprueba que el legatario es una persona inmoral, sin principios y que por cierto no merece nada del testador, entonces manifiesta su voluntad, a través de otro testamento, dejando sin efecto el legado; todo ello es permitido pues se está respetando al máximo la auténtica voluntad del testador, no hacerlo es ir contra el testador.

El hecho de que el testador revoque un testamento anterior, no perjudica ni lesiona a nadie, pues cuando él testa, con nadie se compromete, con nadie se obliga, y en esa medida el legatario, en vida del causante no tiene derecho alguno sobre el bien legado, bien que sigue perteneciendo al testador, y de allí

su libertad y facultad de disponer de un bien de su propiedad como mejor le parezca.

2. DISPOSICIONES LEGALES SOBRE LA REVOCACIÓN

El artículo 798 del Código Civil dice textualmente: «El testador tiene el derecho de revocar , en cualquier tiempo, sus disposiciones testamentarias. Toda declaración que haga en contrario carece de valor». Obsérvese el derecho sagrado y sustantivo de la revocación, sobre la cual se ha señalado que es una forma de actualizar su libertad testamentaria, derecho que no puede ser enervado ni siquiera por el mismo testador, pues aún cuando exprese en su testamento, que será el único y que cualquier testamento posterior no valga, esta disposición, para nuestros legisladores, no tendrá ningún valor, e incluso se considerará como no puesta.

En el Derecho romano, se conoció lo que se vino en denominar la cláusula ad cautelam, significando ello que el testador, al expresar su voluntad determinando que no sería válido ningún otro testamento suyo posterior, si no constaban en él, ciertas cláusulas o señales; entonces si posteriormente aparecía otro testamento sin esas señales, ese nuevo testamento no tenía ningún valor; la razón de ser de una disposición de esa naturaleza era por cuanto se trataba de proteger al testador (cautela es precaución, garantía), en vista de que temía ser obligado a otorgar otro testamento, quizás muy diferente al anterior, o revocando ello, entonces la legislación de esa fecha, decía, como ya se ha señalado, que ese nuevo testamento solo tenía valor, si en él aparecían las señales consignadas en el testamento originario; si esas señales no aparecían en el nuevo testamento, este carecía de valor. En el presente han desaparecido estas cláusulas, y aún cuando se consigne ello, se tendrá como no puesto.

3. CLÁUSULA IRREVOCABLE

En principio todo testamento es revocable, y como ya lo hemos señalado, puede revocarse el testamento en su integridad, o la revocación puede ser sólo de alguna o algunas cláusulas, con lo cual estamos ante la figura de la revocación parcial; sin embargo un testamento puede contener alguna cláusula que por su naturaleza sea irrevocable, como es el caso del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, reconocimiento que a la luz del artículo 395 del código civil es irrevocable, entonces cabe la pregunta de cómo se condice esta norma, con la que señala (798 del código civil) que el testamento es revocable. Aparentemente estamos ante dos normas que colisionan, y cuál de estas será la que se tiene que seguir, sobre todo en nuestro país, en donde no existe norma que dilucide este asunto, como sí lo hay; por ejemplo, en la legislación argentina con su artículo

333 del código civil, que dice que todo reconocimiento en testamento puede ser revocado, sin embargo debemos reparar que en el Perú, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial es norma de orden público y en atención a ello es que no se permite revocar el reconocimiento.

Para tomar una posición respecto de las normas aparentemente en contradicción, como son los artículos 395 y 798 del código civil, habría que plantearnos las clases de testamentos que existen para saber si la revocación del reconocimiento que aparece en un testamento es factible o no. Veamos: si se trata de un testamento ológrafo, al no exteriorizarse este testamento y quedar en manos del mismo testador, si este procede a romper, destruir, quemar el testamento que contiene la cláusula de reconocimiento, lo que estaría sucediendo, es que ese reconocimiento queda revocado al desaparecer el testamento, y si se trata de un testamento cerrado, también podríamos pensar en el pliego que contiene la voluntad testamentaria al quedar en manos del notario, estaríamos protegiendo al reconocimiento; sin embargo, ello no siempre es así, pues la misma legislación posibilita que el testador solicite la devolución de ese testamento, con lo cual se está produciendo la revocación del testamento cerrado, y si el testador procede luego a destruir ese pliego, estaría dejando sin efecto el reconocimiento.

Si el testamento ha sido otorgado por escritura pública, entendemos que la revocación del testamento comprenderá las cláusulas típicamente sucesorias que van a tener eficacia luego de muerto el testador, pero no abarcará aquellas cláusulas personales que para su validez no requieren el hecho de la muerte del causante, y ello por que son actos inter vivos, como es el caso del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, reconocimiento que como sabemos es irrevocable; entonces el reconocimiento que aparece en este testamento no puede ser revocado pues se estaría yendo contra una norma imperativa; por lo tanto, si el testador revoca el testamento otorgado por escritura pública, testamento que contiene un reconocimiento de un hijo extramatrimonial, habrá quedado revocado el testamento en cuanto a las cláusulas típicamente testamentarias, pero no la referida al reconocimiento; en consecuencia, al quedar la voluntad del testador en el registro del notario, si se diera el caso de que el interesado (hijo reconocido) toma conocimiento de este reconocimiento, creemos que podría hacerlo valer.

4. CLASES DE REVOCACIÓN

Encontramos revocación total del testamento, así como una revocación parcial del mismo, referido a una o algunas cláusulas del testamento dejando subsistente otras. Por otro lado la revocación puede ser expresa como una suerte de orden directa del testador, pero también puede aparecer una revocación tácita,

referida a hechos o comportamientos del testador que no dejan lugar a dudas de que su voluntad es revocar el testamento anterior.

5. REVOCACIÓN TOTAL Y EXPRESA

El artículo 799 del código civil, refiere que la revocación expresa del testador, total o parcial, o de algunas de sus disposiciones solo puede ser hecha por otro testamento, cualquiera que sea su forma. Obsérvese la exigencia formal y de obligatorio cumplimiento de que la revocación solo puede darse por otro testamento; por lo tanto, si la voluntad del testador es revocar, pero no usa la vía testamentaria no vale la revocación.

La revocación expresa significará que el testador ha manifestado su voluntad sin dejar ninguna duda de sus intenciones, esto es dejar sin efecto el testamento anterior, y para ello no requerirá fundar o explicar el porqué de la revocación, solo será necesaria la claridad en su deseo de revocación.

La norma bajo comentario debe concordarse necesariamente con lo dispuesto en el artículo 801 del código civil que dice: «el testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior, subsiste en las disposiciones compatibles con las de este último», por lo tanto debe tenerse mucho cuidado al momento de revocar un testamento, pues si el propósito del testador es revocar en su totalidad uno anterior, debe decirlo expresamente, esto es: «revoco en su totalidad el testamento otorgado anteriormente...», o una fórmula similar; de caso contrario, y en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 801, lo que tendremos será dos testamentos, pues subsistirán las disposiciones compatibles del testamento que se está revocando con las del nuevo testamento.

6. REVOCACIÓN PARCIAL Y EXPRESA

La voluntad del testador no es dejar sin efecto todo el testamento, sino sólo una parte. En este caso deberá expresar claramente qué cláusula o cláusulas está revocando; ahora bien, el artículo 799 que consigna esta revocación indica que debe ser hecha a través de otro testamento, en tanto que como ya lo hemos manifestado no cabe usar otra vía para ello. En atención a ello, dijimos en su momento, a propósito de la desheredación, y ahora lo reiteramos, que existe confusión en el legislador al posibilitar, en el artículo 753 del Código Civil, la vía de la escritura pública para llevar a cabo una revocación de desheredación, en tanto que la desheredación está contenida en un testamento, y si se quiere dejar sin efecto esta (revocación), estaremos ante una revocación parcial de un testamento, y sujeto a lo que señala el artículo 799; esto es la única vía para revocar total o parcialmente un testamento, es otro testamento.

7. REVOCACIÓN TOTAL Y TÁCITA DEL TESTAMENTO

Los actos realizados por el testador, la conducta adoptada ante determinadas circunstancias, no dejan duda de que el testador desea dejar sin efecto un testamento anterior. En consecuencia, y sin decirlo expresamente, vuelve a testar, y en este nuevo testamento aparecen disposiciones totalmente incompatibles con el anterior, lo que nos lleva a señalar que estamos ante un caso de revocación tácita del testamento anterior.

Veamos en nuestra legislación cuando estamos ante una revocación tácita del testamento. Por ejemplo, un testador que luego de haber testado vuelve a hacerlo, y en este nuevo testamento consigna cláusulas que resultan totalmente incompatibles con las del testamento anterior. En esa circunstancia, y a estar a las fechas de los testamentos, el último será el que tenga valor, y debido a que es opuesto al anterior, este quedará sin efecto, es decir habrá sido revocado en su totalidad por el nuevo testamento, pese a que el testador no lo ha dispuesto expresamente.

8. REVOCACIÓN TÁCITA Y PARCIAL DEL TESTAMENTO

Siguiendo el mismo razonamiento empleado para el caso anterior, si el testador; por ejemplo, en un testamento anterior ha instituido un legatario a quien le lega un carro, y luego vuelve a testar y en ese nuevo testamento el mismo carro es legado a otra persona, debemos entender que estamos ante un revocación de esa cláusula (revocación parcial), y tácita, pues la conducta del testador, posterior al otorgamiento del anterior, resulta incompatible con el testamento originario.

9. REVOCACIÓN TÁCITA DEL TESTAMENTO CERRADO

Refiere el artículo 802 del código civil, que el testamento cerrado queda revocado si el testador lo retira de la custodia del notario. Obsérvese que lo que queda revocado es la forma de otorgar el testamento, en este caso la vía cerrada, pues si el testador que ha retirado de la notaría su testamento ha redactado su pliego testamentario de puño y letra, y lo conserva, y luego de ocurrido su deceso, se encuentra dicho pliego, entonces valdrá el testamento, en su forma ológrafa, mas, como ya quedó señalado, no como testamento cerrado. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 803 que en la parte pertinente dice: «... El testamento cerrado vale como ológrafo si se conserva el pliego interior, y este reúne las formalidades señaladas en la primera parte del artículo 707». Este numeral en su primera parte, está referido a la redacción del testamento para que sea considerado como ológrafo, esto es que sea redactado de puño y letra por el testador.

El artículo 803 del código civil, también señala que el testamento cerrado queda revocado cuando el mismo testador procede a abrirlo. Pues bien, este último supuesto está referido a aquellos testamentos que, con la legislación del código civil de 1936, quedaban en poder del mismo testador, lo cual con la nueva legislación ya no es posible, pues ahora el notario se encarga de custodiar el testamento cerrado.

10. REVOCACIÓN TÁCITA DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

En forma escueta refiere el artículo 804 del Código Civil, que el testamento ológrafo queda revocado si el testador lo rompe, destruye o inutiliza de cualquier otra manera.

Al estudiar el testamento ológrafo, señalamos que en este no intervienen ni notario ni testigos, y que el testamento puede quedar en poder del testador, o de tercera persona, a quien el testador le ha encargado su custodia hasta que se produzca su deceso. Pues bien, si ese testamento ológrafo vuelve a poder del testador y procede a destruirlo, se entiende que es porque ya no responde a su última voluntad, entonces se habrá producido la revocación tácita del testamento ológrafo, y en este mismo orden de ideas también quedará revocado, si el tercero destruye el testamento.

11. RETRACTACIÓN DE LA REVOCACIÓN

Si el causante ha testado, y, luego de ello, vuelve a testar revocando el testamento anterior, y, posterior a ello, vuelve a testar, revocando el testamento que a su vez revocó el primer testamento, entonces, en este supuesto, cabe preguntarse si el tercer testamento que revoca el segundo, el mismo que había revocado al primero, en esa circunstancia, ¿deben renacer las disposiciones del primer testamento?

Sobre el tema, tenemos el artículo 800 del Código Civil, que dice en forma clara que si el testamento que revoca uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, reviven las disposiciones del primero, a menos que el testador exprese su voluntad contraria. Siguen esta corriente legislativa los códigos de Alemania, Italia y Argentina; sobre el particular, discrepamos de la forma cómo el legislador, ha tratado este tema, conocido como la revocación de la revocación o retractación de la revocación, y discrepamos en función a que el legislador para llegar a esta fórmula, presume la voluntad del testador, de que si un tercer testamento revoca a un segundo, el cual a su vez había revocado a un primer testamento, entonces al quedar revocado el segundo, debemos presumir que el

testador quiere que revivan las disposiciones del primer testamento. Pues bien, si efectivamente esa fuera la voluntad del testador debió decirlo, y no procede interpretar el silencio como si fuera expresión de voluntad de crear algo, creemos que la solución debió ser a la inversa, esto es, que el primer testamento no renace, salvo que el testador exprese que esa es su voluntad.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO IX
INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

1. CADUCIDAD DEL TESTAMENTO

Es otra de las formas como aparece la ineficacia del testamento. Sin embargo, a diferencia de la revocación, aquí no está presente la voluntad del testador.

Según Cabanellas, el término caducidad alude al lapso que produce la pérdida o extinción de una cosa o un derecho, efecto que en el vigor de una norma legal o consuetudinaria, produce el transcurso del tiempo sin aplicarlas; en cuanto a los testamentos, se dice de la ineficacia del testamento a causa de no tener cumplimiento dentro de determinados plazos, por ejemplo el testamento ológrafo para que produzca efectos, debe comprobarse y protocolizarse dentro del año de la muerte del testador, y si no se hace, entonces para todos los efectos, es como si no se hubiera otorgado testamento.

Es de verse de la forma cómo ha regulado el legislador la caducidad, que también se da no solo por el transcurso del tiempo, sino también porque no se dan las circunstancias necesarias para que la disposición testamentaria sobre institución de heredero surta efecto, y en este caso se dice de la caducidad de la institución de heredero, por ejemplo, cuando el testador al testar, instituye un heredero voluntario, en atención a que en el momento de testar no contaba con herederos forzosos; sin embargo, cuando se abre su sucesión, ya el testador era casado y con hijos, en esta situación se dice que ha caducado la institución de heredero, debido a que como ya conocemos, esos herederos forzosos que sobreviven al causante tienen mejor derecho que el heredero voluntario.

Es de observar cómo nuestros legisladores, al regular la caducidad, emplean dos acepciones, una, la auténtica, basada en el transcurso del tiempo y que podríamos llamar caducidad propia, y la otra que no la hace descansar para

su funcionamiento en el factor tiempo, y a esta última llamaremos caducidad impropia, como ocurre con la caducidad de la institución de heredero y de legatario.

2. CADUCIDAD TOTAL Y PARCIAL

En efecto, pueden darse estas dos formas de caducidad, una que afecta de forma total al testamento, como podría ser el caso del testamento ológrafo no protocolizado, cuyo efecto es, como ya lo hemos señalado, la carencia de efectos del testamento; y la segunda que lo afecta parcialmente, dejando subsistentes las otras cláusulas del testamento, como es el caso de la caducidad de la institución de heredero o de legatario, o de aquellas disposiciones que afectan la legítima del heredero.

3. CADUCIDAD TOTAL DE LOS TESTAMENTOS

Tenemos el caso del testamento ológrafo, al cual, según el artículo 707 del Código Civil se le ha señalado un plazo de caducidad, el de un año desde la muerte del testador, período en el cual el referido testamento debe ser comprobado y protocolizado, de caso contrario, el testamento ológrafo no llega a producir los efectos a que estaba destinado.

También se debe considerar el testamento militar y marítimo, a los cuales igualmente se les ha señalado un plazo de caducidad; en el primero, según el artículo 715 del Código Civil, son tres meses desde que el testador llegue a territorio nacional; en consecuencia; si el testador sigue con vida en esos tres meses, el testamento habrá caducado; y en el segundo, el testamento marítimo, según el artículo 720, el plazo de caducidad es también de tres meses, contados desde que el testador desembarcó. Repárese en ambos casos el término de tres meses desde que desaparecen las circunstancias extraordinarias que justificaron su existencia, por lo tanto, vencido ese plazo, el testamento ya no produce efecto alguno, y la situación en cuanto al causante es como si nunca hubiera testado, y, por lo tanto, luego de su deceso las normas que se aplicarán serán las de la sucesión legal.

4. CADUCIDAD PARCIAL DE LOS TESTAMENTOS.

Tal como ya se ha referido, en estos casos no se toma en cuenta el factor tiempo, sino que son otras las circunstancias que van a conducir a la caducidad, y así nuestra legislación ha regulado los casos de la caducidad de la institución de heredero, legatario y de aquellas disposiciones que afecten la legítima de los

herederos forzosos. Pasemos a estudiar cada uno de estos supuestos de caducidad parcial, que es como la llama nuestra legislación.

5. CADUCIDAD DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

El legislador contempla supuestos en los cuales la institución del heredero no tiene efecto, y ellos son, según el artículo 805 del Código Civil:

- El testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento. Estos herederos forzosos deben vivir o estar concebidos al momento de su muerte. La norma invita a hacer algunos comentarios. En primer lugar, no se trata de una preterición, esto es, olvido de algún heredero forzoso, pues cuando se testa no existían los legitimarios. En esa medida el testamento era arreglado a ley; en segundo lugar, al referirse a la caducidad de la institución de heredero, es obvio que nos estamos refiriendo al heredero voluntario convocado, y cuya caducidad termina afectándolo, pues es sabido que solo se pueden convocar herederos voluntarios ante la ausencia de los forzosos; y en tercer lugar, que la sobrevivencia de herederos forzosos implica que estos tienen mejor derecho, preferencia hereditaria, que los herederos voluntarios, de allí que estos tienen que ceder su lugar a los forzosos, y por ello se trata como caducidad de la institución de heredero, pues siendo válida su convocatoria, no llegan a producir efectos por la carencia de un presupuesto indispensable para que tenga vida, y en el caso bajo comentario, el presupuesto sería que no existan herederos forzosos.
- Caduca la institución de heredero, si el heredero es inhábil, inhabilidad que puede traducirse por un acto voluntario del convocado quien renuncia a la herencia, o por su deceso antes que el testador, o es excluido por desheredación o indignidad sin dejar descendientes con derecho a la representación sucesoria, o cuando el heredero es el cónyuge y se declara la separación judicial o divorcio por culpa propia. A diferencia del inciso anterior, aquí lo que caduca es la institución del heredero forzoso, en tanto que este resulta inhábil para suceder al causante no teniendo descendientes con derecho a la representación sucesoria; en efecto, si el heredero forzoso premuere al causante, o renuncia a la herencia, o es excluido de la herencia por indignidad o desheredación y no deja descendientes con derecho a la representación sucesoria, entonces la institución de ese heredero no tendrá efecto alguno, y la consecuencia a nivel sucesorio sería la de la acrecencia a favor de los otros herederos que sí resultan hábiles para suceder al causante. Este inciso también alude, como otra forma de caducidad, la del cónyuge del causante, quien resulta siendo culpable de la separación legal o divorcio,

pues en ese supuesto, y como ya lo tiene establecido el artículo 343 del Código Civil, dicho heredero habrá perdido su calidad de tal; sin embargo, el legislador ha creído pertinente regular en este título, y ubica bajo una de las formas de caducidad de la institución de heredero, la culpabilidad del cónyuge separado o divorciado; obsérvese que si bien es cierto hacemos mención al divorcio del cónyuge del causante, también lo es nuestra crítica que hemos formulado sobre el particular, pues para nosotros el artículo 353 que regula esta situación y se pronuncia por la inexistencia de derechos sucesorios entre los divorciados no tiene sentido, y resulta ociosa, en tanto que si la fuente del derecho hereditario de los cónyuges es el matrimonio, al desaparecer este (divorcio), ya no hay derechos hereditarios, pues ya no son cónyuges, a no ser que la norma se haya querido referir a un proceso de divorcio por causal iniciado por el cónyuge, y, dentro del proceso, fallece, continuando sus sucesores procesales con el juicio para obtener la sentencia de divorcio, hipótesis que resulta cuestionable, en tanto que la muerte habría cortado el proceso.

6. PRETERICIÓN COMO FORMA DE CADUCIDAD

Como sabemos, la caducidad ataca la eficacia del testamento y no su validez como sí ocurre con la nulidad, asimismo, la caducidad se da por hechos sobrevinientes a su otorgamiento; ahora bien, si hacemos un análisis somero de la forma cómo ha regulado el legislador la preterición (preterir es olvidar, omitir, pasar por alto), vamos a concluir que es extraña y curiosa, en tanto que la preterición se da en el momento en que se testa, por lo tanto es coetánea al nacimiento del testamento. Por otro lado la preterición implica violentar derechos de los legitimarios que son protegidos por la ley, en consecuencia se está yendo contra normas de orden público. Todo ello debe conducirnos no a la caducidad sino a la nulidad del acto que contiene. Pues bien, aparentemente nuestros legisladores han regulado la figura de la preterición como un supuesto de invalidez, y así nos lo hace conocer en el artículo 806 del Código Civil cuando señala que: «La preterición de uno o más herederos forzosos invalida la institución de herederos...». Sin embargo, y como vamos a ver más adelante, se ha regulado el supuesto de la preterición en el título de caducidad.

El artículo 806 dice textualmente: «La preterición de uno o más herederos forzosos invalida la institución de herederos en cuanto resulte afectada la legítima que corresponde a los preteridos. Luego de haber sido pagada esta, la porción disponible pertenece a quienes hubieran sido instituidos indebidamente herederos, cuya condición legal es la de legatarios»

Preterir es olvidar, omitir, y en el caso de los herederos forzosos, alude a que el testador, sin motivo ni causa, omite incluir entre sus herederos a un sucesor forzoso, al que está obligado por ley a convocarlo, a no ser que exista causal de desheredación; por lo tanto, el testador tiene necesariamente que considerar a su heredero forzoso, y, cuando no lo hace, está incurriendo en preterición; ahora bien, obsérvese que la omisión se da cuando el causante testa, es decir es coetánea al momento de testar; por otro lado, no considerar a un heredero forzoso cuando la ley le dice que lo haga, trasunta un grave incumplimiento de normas imperativas, lo que debería dar lugar a un supuesto de nulidad, y así lo reconoce el artículo 806 bajo comentario, cuando alude a la invalidación de la institución de heredero convocado por el testador que se olvidó o que deliberadamente no quiso llamar al heredero forzoso, sin embargo, repárese igualmente en que la norma se ubica dentro del título de caducidad, y por lo tanto, y pese al reconocimiento del supuesto de nulidad (dice invalidez), el legislador trata el tema como uno de caducidad, la misma que, como sabemos, ataca la eficacia del testamento y no su validez; cabe entonces preguntarse ¿por qué el trato?, ¿por qué su regulación en el título de caducidad?.

Sobre el interrogante planteado, una respuesta nos da Ferrero en su Manual de Sucesiones, opinión que compartimos; pues bien este autor nacional nos dice que el tratamiento de caducidad se va a dar por consideraciones de orden práctico, en tanto que la caducidad no afecta por completo la voluntad del testador, como sí ocurre con la nulidad, que si tal hubiera sido el trato, toda la disposición testamentaria no tendría ningún valor. Entonces vemos cómo el legislador al tratarlo con los efectos de la caducidad, procura rescatar la voluntad del testador, al menos en parte.

El legislador termina haciendo una interpretación curiosa, pero efectiva, ya que ordena el pago de la legítima a favor de los preteridos, y convierte a los llamados herederos voluntarios en legatarios a quienes se les adjudica la porción disponible. Obsérvese que este trato termina respetando las disposiciones legales sobre legítima, en tanto que protege las porciones de los herederos forzosos, pero también respeta, aunque sea en parte, la voluntad del testador, por cuanto entrega la cuota disponible a favor de los herederos voluntarios, a quienes con propiedad califica ahora de legatarios, pues como es sabido, y por ser la legítima exclusiva y excluyente, no pueden coexistir herederos forzosos y voluntarios.

7. REDUCCIÓN DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS QUE AFECTAN LA LEGÍTIMA

También en el título de caducidad se regula los supuestos de reducción de disposiciones testamentarias que menoscaban la legítima. Sobre el particular

diremos también que se trata de supuestos de nulidad antes que de caducidad, pues son violaciones a normas de orden público (la legítima es intangible), y aparecen conjuntamente con el testamento que las contiene, por lo tanto estamos ante un caso de nulidad; sin embargo, el legislador no se pronuncia por la invalidez de toda la disposición testamentaria que va contra la legítima, sino que el trato dado es la reducción de tales disposiciones que exceden la cuota disponible y que terminan afectando la legítima; en ese caso, la disposición testamentaria vale, pero el exceso se reduce hasta hacerla comprender dentro de la porción disponible, y así el artículo 807 refiere: «Las disposiciones testamentarias que menoscaban la legítima de los herederos, se reducirán a petición de estos, en lo que fueren excesivas».

8. CADUCIDAD DEL LEGADO

Se puede considerar como otra forma de ineficacia, en este caso, de las asignaciones testamentarias referidas a bienes o parte de bienes a favor de personas determinadas que toman el nombre de legatarios, quienes por disposición del testador deben recibir el legado; repárese en que no se trata de la extinción de un derecho por el transcurso de un determinado período de tiempo, sino de otros supuestos legales que tornan al legado en inoperante; efectivamente el artículo 772 del Código Civil refiere que caduca el legado en los siguientes casos:

a) Si el legatario muere antes que el testador; sobre el particular, diremos que al producirse la premorencia del legatario, y al no haber representación sucesoria para estos casos, el legado se vuelve ineficaz, y en consecuencia retorna a la masa hereditaria para beneficiar a los sucesores, quienes verán acrecer sus cuotas con el derecho de acrecencia que, como sabemos, no solo opera en casos de la inhabilidad de un heredero sin representación sucesoria, sino también en los casos en que el legado caduca.
b) Si el legatario se divorcia o separa judicialmente por su culpa; en este supuesto, la norma opera como una suerte de sanción, ya prevista en el Libro de familia, como es de verse de los artículos 343 que alude a la separación legal por culpa de uno de los cónyuges, perdiendo este su derecho hereditario, y 353 referido a que no hay derecho hereditario entre los divorciados. En el presente caso, la norma sancionadora se aplica en los casos de asignaciones testamentarias dejadas por el causante a favor de su cónyuge, asignaciones en forma de legado y que no pueden confundirse con los derechos hereditarios que la ley otorga a los cónyuges, diferencia que hay que tomar en cuenta, pues puede darse el caso de que el cónyuge pierda su derecho hereditario, pero no su legado, como es el supuesto de la desheredación, que como sabemos afecta la

legítima, pero no se extiende a las donaciones o legados otorgados por el causante; sin embargo, en el caso bajo comentario, la causal es clara y si la separación se ha dado por culpa del cónyuge, el legado habrá caducado. Obsérvese que la norma también alude al divorcio, el cual si se produjo por culpa del cónyuge igualmente habrá operado la caducidad del legado.

c) Si el testador enajena el bien legado o este perece sin culpa del heredero; en el primer caso, ante la venta del bien, posibilidad real y legal, entonces al abrirse la sucesión del causante y no encontrarse dentro de su patrimonio el bien legado, pues ya había sido dispuesto, como lógica consecuencia, ese legado no podrá efectivizarse por su inexistencia, entonces se dice que el legado ha caducado; sobre el particular debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 757 del Código Civil que dice: «no es válido el legado de un bien determinado, si no se halla en el dominio del testador al tiempo de su muerte», claro que aquí el término utilizado es «no es válido», que alude a supuestos de invalidez (nulidad o anulabilidad), diferente a caducidad, pero el artículo 772 la ha incluido como un supuesto de carencia de efectos de la disposición testamentaria. En cuanto a que el bien perezca sin culpa del heredero, debemos entender que la norma se está refiriendo a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, que conducen a que el deudor no asuma responsabilidad alguna, y en tal mérito el heredero no tendrá que responder ante el legatario; sin embargo, si alguna culpa tuvo, entendemos que el legado se convierte en legado de un bien indeterminado, y por lo tanto, el heredero deberá devolver un bien no inferior ni superior a la calidad media, todo ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1143 del Código Civil.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO IX
INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO

INVALIDEZ DE LOS TESTAMENTOS

El testamento es un acto jurídico, y como tal para su existencia debe cumplir con los requisitos de validez contemplados en el artículo 140 del Código Civil. El testamento debe responder a un acto libre, consciente, por lo tanto si el testamento es obtenido por violencia física no producirá efecto alguno; así mismo, si el testamento responde a un consentimiento viciado, igualmente es pasible de ser atacado para lograr su ineficacia.

La carencia de libertad en el testador, así como los vicios de la voluntad, conducen a que ese testamento pierda eficacia, vía la nulidad o anulabilidad del testamento; sobre el particular, la antigua ley de notariado, Ley 1510 de 1911, con el objeto de cautelar que el testamento se haya otorgado con pleno discernimiento y capacidad, decía en su artículo 68: «antes de proceder a la facción del testamento en escritura pública o autorizar el cerrado, examinará el notario la capacidad legal del otorgante, la libertad con que procede y si está instruido del objeto del instrumento»; repárese en que la citada ley, entonces obligaba al notario a comprobar en primera instancia que el testador gozaba de capacidad civil, que estaba actuando con absoluta libertad, sin presión ni coacción alguna, y que conocía la institución del testamento y el objeto del mismo. Hoy, la Ley de Notariado 26002 hace referencia de la fe del notario sobre la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los comparecientes (artículo 68).

Respecto a la ineficacia de los actos jurídicos, la doctrina establece tres categorías de actos imperfectos: el acto inexistente, el nulo y el anulable; sin embargo, nuestra legislación, tanto la del Código Civil de 1936, como la de 1984, tratan solo la nulidad y anulabilidad, quedando la inexistencia insumida en la nulidad, empero es importante señalar que existen diferencias entre la inexis-

tencia y nulidad, así tenemos que, en la inexistencia no se requiere de declaración de nulidad para que el acto no surta efecto (como sucede con la nulidad), ejemplo de ello puede ser el testamento que carece de firma, a la par de que el acto inexistente no puede convalidarse por prescripción.

Fallecido el testador, las irregularidades del testamento solo pueden ser discutidos judicialmente, ya que en vida del testador no cabe plantearse el tema, en tanto que no hay sucesión de una persona viva. En todo caso si el testador desea dejar sin efecto el testamento, lo puede hacer a través de otro acto jurídico libre, como es la revocación.

La invalidez del acto jurídico presupone la existencia de un juicio, en el cual se concluye que el acto jurídico no cumple con las exigencias establecidas en el ordenamiento jurídico: es así que el incumplimiento de las exigencias se presenta cuando por lo menos algunos de los elementos (manifestación de voluntad, objeto o causa), o de los presupuestos (sujeto, bienes, servicio) del acto jurídico, no presentan algunas de las condiciones o características exigidas por el ordenamiento jurídico.

La invalidez del acto jurídico viene a constituir una sanción que la normatividad vigente impone al acto jurídico que presenta irregularidades; esta sanción puede determinar que dicho acto jurídico no produzca las consecuencias jurídicas a las que estaba ordenado, (lo que significa que es absolutamente ineficaz), o que dicho acto jurídico produzca consecuencias a las cuales está dirigido, pero que estas pueden ser destruidas (lo que significa que es precariamente eficaz, caso en el cual estaremos ante la nulidad relativa).

En consecuencia, la nulidad puede ser absoluta o relativa. Según mejor doctrina, la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio, cuando resulta manifiesta, pueden alegarla quienes tengan interés o el Ministerio Público, y no es susceptible de ser subsanada por la confirmación.

El Código Civil de 1936, en su artículo 1126, disponía que los actos jurídicos incursos en nulidad relativa solo se tenían por nulos desde el día en que quedara ejecutoriada la sentencia que los invalidara; esto ha sido modificado, pues el Código Civil actual, en su artículo 222, expresa que dichos actos son nulos desde su celebración por efecto de la sentencia que los declare tales. Como vemos, existe un cambio sustancial que ha incorporado los conceptos de nulidad absoluta y relativa en relación a sus efectos.

En sede de testamentos, si bien es cierto que nuestra legislación separa la nulidad absoluta del testamento de la nulidad relativa, también es cierto que

no se ven con claridad estas diferencias, sobre todo si tenemos en cuenta que el interés que se protege en el testamento resulta siendo privado, particular, y en atención a ello debería limitarse una ineficacia de esta naturaleza, solo a la llamada nulidad relativa. Sin embargo, reiteramos, el Código Civil peruano trata ambas nulidades, y así podemos afirmar que el testamento como acto jurídico está sujeto a las causales de nulidad y anulabilidad del acto jurídico previstas en los artículos 219 y 221 del Código Civil.

1. NULIDAD ABSOLUTA DE LOS TESTAMENTOS

Tal como ya ha quedado establecido, siendo el testamento un acto jurídico, por lo tanto deberá cumplir con todas las exigencias, o requisitos necesarios para la validez de los actos jurídicos en general, y que como meridianamente lo señala el artículo 140 del Código Civil, estos requisitos están referidos a: agente capaz, que alude a la persona que lo otorga, la misma que debe contar con capacidad civil; objeto física y jurídicamente posible, referidos al objeto del testamento que no solo debe ser posible materialmente sino guardar conformidad a derecho; fin lícito, que nos conduce a las normas imperativas y por lo tanto de obligatorio cumplimiento; y observancia de la forma prescrita, y que en sucesiones ello resulta siendo indispensable por tratarse de actos solemnes, a tal punto que de no cumplirse la forma, la misma norma consigna la sanción, esto es, la nulidad.

En conclusión, el testamento deberá cumplir con todo lo exigido para la validez de los actos jurídicos, a los que se suma las exigencias propias y naturales del testamento; en atención a todo lo señalado, debemos manifestar que las causales de nulidad de los actos jurídicos indicadas en el artículo 219 del Código Civil, en su gran mayoría son de aplicación al testamento, por tratarse éste también de un acto jurídico. Veamos:

2. EL TESTAMENTO ES NULO CUANDO LE FALTA LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL TESTADOR

En doctrina se suele incluir en esta causal los testamentos que han sido otorgados bajo violencia física, en tanto que el acto no ha contado con la libertad indispensable, a la par de que por ello falta una auténtica voluntad, entonces se dice que estamos ante la carencia de voluntad, pues se trata de un acto no deseado, sino impuesto al testador por un tercero; no entrarían en este supuesto los testamentos otorgados por escritura pública, debido a la presencia de notario y testigos, y en menor medida tampoco podría considerarse al testamento

cerrado, por la misma razón de intervención de notario y testigos, cuya presencia descartaría la violencia física contra el testador, al menos respecto del acto de entrega del testamento propiamente dicho.

También se considera en doctrina como falta de manifestación de voluntad, cuando estamos ante un testamento ilegible y por lo tanto no se puede entender lo expresado en este, o su redacción es confusa, lo que impide entender y comprender cuál es la voluntad del testador; el supuesto comprendería los casos de testamentos cerrados u ológrafos, mas no el de escritura pública por la presencia de notario, quien estaría en la obligación de solicitar claridad en la redacción de las cláusulas testamentarias.

3. CUANDO SEA CELEBRADO POR PERSONA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ

A tenor de lo dispuesto en el artículo 43 del Código Civil, son incapaces absolutos los menores de 16 años, los privados de discernimiento por cualquier causa, y los sordomudos, ciegosordos, y ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

El artículo 808 del Código Civil, en su primera parte, alude a la nulidad del testamento otorgado por incapaces menores de edad, y por los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada; sobre el particular, creemos que la división que hace el legislador es prudente, pues si se trata de menores de edad, los hay aquellos que por su edad cronológica todavía deberían ser incapaces, sin embargo, han salido a la capacidad por haber contraído matrimonio civil, o adquirido un título que los habilite para ejercer una profesión u oficio, supuestos contemplados en el artículo 46 del Código Civil;

En cuanto a los enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada, no ofrece mayores dudas, sin embargo, la pregunta que habría que hacerse es con respecto a los enfermos mentales que no han sido declarados en interdicción; nuestro parecer sobre el tema es que, aun en estos casos, la nulidad del testamento sigue siendo tal, claro está que la prueba de la insanía va a ser trascendente para que el juez se pronuncie por la ineficacia del testamento.

En conclusión, son testamentos nulos no solo los que aparecen en el artículo 808 del Código Civil, sino en todos los casos de las personas absolutamente incapaces que hayan otorgado testamento, lo que nos lleva a concordar la norma del artículo 808 con el artículo 45 del Código Civil.

4. CUANDO EL OBJETO ES INDETERMINABLE FÍSICA O JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE

En el caso del testamento, este será nulo cuando el objeto no pueda identificarse, precisarse, no se pueda individualizar, y también cuando el objeto no pueda cumplirse materialmente, o cuando el objeto del testamento no guarde conformidad a derecho, o esté en contra abiertamente de la ley.

5. CUANDO EL FIN SEA ILÍCITO

En el caso del testamento, es perfectamente aplicable lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que señala la nulidad del acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

6. CUANDO ADOLEZCA DE SIMULACIÓN ABSOLUTA

La simulación se presenta generalmente en los actos bilaterales, al aparentarse celebrar un acto, pero que es solo apariencia porque en realidad no hay voluntad para hacerlo; ahora bien, aplicar la simulación absoluta en sede de testamentos, resulta harto difícil, en tanto que estamos ante un acto jurídico unilateral que no requiere la concurrencia de otra persona para su existencia, a la par que resulta difícil se dé una situación en que una persona aparenta testar no teniendo una voluntad real de hacerlo, pues bien, puesto en ese escenario, y acaecido la muerte del testador que habría simulado su testamento, cómo podríamos atacar ese testamento, cómo podríamos hurgar la voluntad de una persona que ya no existe, preguntas difíciles de dar las respuesta. Por ello creemos que la simulación absoluta no es de aplicación para el caso de la nulidad del testamento.

7. CUANDO NO CUMPLA LA FORMALIDAD LEGAL

En las características del testamento vimos que este acto jurídico era solemne, en tanto que obligatoriamente debía seguirse la forma establecida por ley para que tenga vida; forma, debemos entenderla como el conjunto de requisitos necesarios para que un acto produzca los efectos deseados, y de lo que llevamos señalado, el testamento es un acto jurídico formal, y de no cumplirse con estas formalidades, entonces se dice que el acto es nulo.

En sede de testamentos, los requisitos formales a cumplirse inevitablemente son: escritura, el testamento siempre es escrito, no hay testamentos verbales;

el testamento debe consignar fecha de su otorgamiento, asimismo debe consignar el nombre del otorgante, y por último debe estar firmado por el testador. En consecuencia, si no se cumplen estas exigencias legales no habrá testamento, o si se prefiere, el testamento será atacado de nulidad insalvable.

La clasificación que hicimos de los testamentos, en ordinarios y especiales, ha sido tomada en cuenta por el legislador para pronunciarse sobre la ineficacia de los testamentos por defectos de forma. Así tenemos que el artículo 811 del código civil señala textualmente lo siguiente: «El testamento es nulo de pleno derecho, por defectos de forma, si es infractorio de lo dispuesto en el artículo 695 del Código Civil, o en su caso de los artículos 696, 697 y 707, salvo lo previsto en el artículo 697»; en efecto, si el testamento ordinario (escritura pública, cerrado y ológrafo) no cumple con lo dispuesto en el artículo 695 que alude a lo ya señalado (escrito, fechado, firmado y nombre del testador), entonces será nulo, claro está que para ello se requiere de una declaración judicial; sin embargo, también alude a cada una de las clases de testamento que sin perjuicio de las exigencias legales ordinarias (695), también debe cumplir con las exigencias legales para cada clase de testamento, y así en cuanto al de escritura pública, se suman otras exigencias consignadas en el artículo 696; igual cosa sucede con el testamento cerrado cuyos requerimientos propios de este testamento los encontramos en el artículo 699; otro tanto para el ológrafo, en el 707.

Nuestro Código Civil también regula situaciones especiales en las que el testador es invidente y analfabeto, en las que se establecen, para garantía del mismo testador, otros requerimientos de obligatorio cumplimiento. Se pronuncia sobre el requisito de la firma en los invidentes y analfabetos, en la hipótesis probable de que no pueda ser dada por el testador. En este supuesto y para evitar nulidades, la exigencia de la firma se suple con la firma del testigo testamentario que el mismo testador designe.

En el caso de los testamentos especiales (militar y marítimo), el artículo 813 dice textualmente: «Los testamentos especiales son nulos de pleno derecho cuando falta la forma escrita, la firma del testador o de la persona autorizada para recibirlos. Son anulables en el caso del artículo 812»; repárese en que el mismo numeral pone énfasis solo en dos de los requisitos consignados en el artículo 695, esto es, que el testamento sea escrito y firmado, mas no menciona la fecha y el nombre; ello tiene explicación, por cuanto los testamentos especiales siguen todo un camino que recorrer para su otorgamiento y dentro de este camino o proceso vamos a encontrar el medio por el cual se identifica al testador, así como la fecha de su otorgamiento; en consecuencia, será nulo el testamento militar o marítimo si no es escrito, lo que no quiere decir necesariamente que el testamento deba ser escrito por el testador, pues puede no haberlo sido y sin

embargo vale, más si es de ineludible cumplimiento la firma del testador y de la persona que lo recibe, pues de caso contrario dicho testamento será nulo; como dice el Código, nulo de pleno derecho; sin embargo, tal como ya lo dijimos, deberá ser declarado judicialmente; en cuanto a la última parte del artículo que se remite al artículo 812 a propósito de la anulabilidad del testamento, lo abordaremos al llegar a la nulidad relativa del testamento.

8. CUANDO ES CONTRARIO A LAS LEYES QUE INTERESAN AL ORDEN PÚBLICO Y A LAS BUENAS COSTUMBRES

El artículo 219 del Código Civil, referido a la nulidad de los actos jurídicos en general, repite el concepto del artículo V del Título Preliminar del Código Civil; ahora bien, en cuanto al concepto de orden público, interesante la Resolución Casatoria 2516-98 que señala que el orden público debe entenderse como aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos; así mismo, lo caracteriza el conjunto de normas e instituciones, cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre particulares, a lo que habría que agregar que el concepto de orden público traduce imperatividad, esto es que las normas deben cumplirse sin existir la mínima posibilidad que ello quede a la voluntad de las partes.

A propósito del concepto de orden público llevado a sede de sucesiones, la Resolución Casatoria 87-96 dice que es contrario al orden público, la disposición testamentaria por la cual se establece un régimen de indivisión entre varias personas, y en la que se dispone que el último sobreviviente adquirirá la propiedad definitiva del bien, y entendemos el pronunciamiento, en tanto que la indivisión por mandato de la ley puede ser dejada por el testador no de toda la sucesión, sino de una empresa que exista dentro del patrimonio hereditario; por otro lado, no puede ser indefinida. Así mismo, como sabemos, el bien indiviso pertenece a todos los coherederos, quienes tienen su cuota hereditaria, la misma que no puede ser privada por voluntad del testador, salvo los casos de desheredación, y no puede ser privada porque se estaría afectando la legítima.

9. EL TESTAMENTO ES NULO CUANDO LA LEY LO DECLARA EXPRESAMENTE

Sobre el particular, hay que decir que existen hasta cuatro normas en las que el legislador se pronuncia expresamente sobre la nulidad de los testamentos.

El artículo 808 del Código Civil que ya hemos revisado, declara la nulidad del testamento otorgado por el enfermo mental declarado en interdicción o el menor de edad; el artículo 811 también ya tratado y que gira sobre la nulidad de los testamentos por defectos de forma, esto es tratándose de los testamentos ordinarios, y el 813 que alude a los testamentos especiales, y por último el 814, que señala que el testamento mancomunado es nulo, entendiéndose la nulidad porque el testamento tiene como característica ser individual, es decir que sea otorgado por una persona, con lo cual se garantiza una auténtica libertad testamentaria; un testamento no puede contener la expresión de voluntad de varias personas, es preciso que las disposiciones establecidas en este, emanen de una voluntad única, de manera que ninguna otra persona pueda influenciar en la voluntad testamentaria u obstaculizar la facultad de revocación del testador, en el caso que desee proceder de esa manera.

Sin perjuicio de las nulidades estudiadas, el Código Civil tiene una norma ubicada en el Derecho de familia, y que sin mencionar la sanción de nulidad, inferimos que el legislador también la está considerando así, es el caso del artículo 546 que en su parte pertinente dice: «... las disposiciones testamentarias del menor a favor del tutor tampoco tendrán efecto sin tal requisito, salvo las referentes a la legítima»; sobre el particular, debemos señalar que el caso planteado se ubica en la tutela, y la exigencia de todos los tutores al concluir la institución, al adquirir el pupilo capacidad, la de rendir cuenta judicial y la aprobación de la misma por el juez, y de no observarse esta exigencia, cualquier acto de disposición del ex pupilo a favor del que fue su tutor no surtirá efecto.

En sede de sucesiones, llama la atención una disposición como la que comentamos, en tanto que ya no estamos ante un incapaz, sino que el ex menor dejó de serlo, y en esa circunstancia y teniendo capacidad, otorga testamento, beneficiando al que fue su tutor; pues bien, no entendemos por qué se sanciona con la ineficacia del acto, si quien la está realizando es una persona capaz (entiéndase que no se va contra las normas de la legítima), y facultado para disponer de parte de su patrimonio, quizás la previsión del legislador radica en la ascendencia que pueda tener el ex tutor respecto de quien fue su pupilo al extremo de dominar su voluntad, pero si tal fuera el caso, no debería ser sancionado con la ineficacia, sino en todo caso esa liberalidad testamentaria condicionarla al cumplimiento de la rendición de cuentas y su aprobación. Y en cuanto a si la norma comentada es un caso de nulidad o nulidad relativa, reparemos que la misma norma usa el término «disposiciones testamentarias...tampoco tendrán efecto...», esto nos puede conducir a ubicarnos dentro de la caducidad, mas no de la nulidad; sin embargo, a decir de Jorge Eugenio Castañeda, comentando el Código Civil de 1936, que trajo una norma similar, se trataría de un caso de nulidad, por cuanto se estaría violentando normas de orden público.

SECCIÓN CUARTA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

TÍTULO IX
INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

CAPÍTULO CUARTO

CAPÍTULO CUARTO

NULIDAD RELATIVA DE LOS TESTAMENTOS

En cuanto a los supuestos de las nulidades relativas de los testamentos, en sede de sucesiones, encontramos normas claras y precisas que se pronuncian por esta sanción. Por lo tanto, vamos a seguir al Código Civil en el Libro de sucesiones, al tratar este tema, tratando de concordarlo con los supuestos de anulabilidad del acto jurídico en general, contemplados en el artículo 221 del Código Civil, en lo que sea pertinente.

1. EL TESTAMENTO ES ANULABLE POR INCAPACIDAD RELATIVA DEL AGENTE

El artículo 808 del Código Civil, que analizamos a propósito de la nulidad absoluta del testamento, contiene una segunda parte que dice textualmente: «Es anulable el de las demás personas incapaces comprendidas en el artículo 687»; obsérvese que se remite al numeral 687 que nos señala quiénes son incapaces de otorgar testamento, y que como ya lo hemos analizado, comprende tanto a los incapaces absolutos (menores de edad, privados de discernimiento, sordomudos, sordociegos y ciegomudos) como a los incapaces relativos, esto es, los retardados mentales, los que sufren deterioro mental, los ebrios habituales y toxicómanos, agregándose a ellos los que carecen, en el momento de testar, de lucidez mental y de libertad necesaria.

En el caso de los incapaces absolutos, comprendidos en el numeral 687, si fuera el caso de que estos hubieran otorgado testamento, la sanción es la nulidad absoluta, lo que no ocurre con los incapaces relativos, que, si se diera el caso de haber testado, entonces su nulidad será la relativa; por lo tanto, no es

clara la norma, y lleva a confusión la segunda parte del artículo 808 al remitirse al artículo 687 sin hacer el menor distingo entre los incapaces que allí figuran.

Creemos que una interpretación correcta de la segunda parte del artículo 808 del Código Civil, debe estar referida a que los testamentos anulables son los otorgados por los incapaces relativos, y estos lo son, según el artículo 44 del Código Civil, los retardados mentales, los que sufren deterioro mental, los ebrios habituales, los toxicómanos, y a todos ellos debemos sumar una incapacidad transitoria que solo se presenta en el acto de testar, esto es, a los que les falta lucidez mental en el acto del otorgamiento.

2. ES ANULABLE EL TESTAMENTO OBTENIDO POR VIOLENCIA, INTIMIDACIÓN O EL DOLO, Y TAMBIÉN LO SERÁN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DEBIDAS A ERROR ESENCIAL DE HECHO O DE DERECHO DEL TESTADOR, CUANDO EL ERROR APARECE EN EL TESTAMENTO Y ES EL ÚNICO MOTIVO QUE HA DETERMINADO AL TESTADOR A DISPONER

Ha quedado claro que el testamento demanda una voluntad libre, auténtica, y con pleno conocimiento del acto; por lo tanto, si alguien fue forzado a testar, o fue forzado a testar en un sentido opuesto al que deseaba el testador, entonces ese testamento debe ser atacado pues le falta lo esencial, que es la plena libertad en el acto de testar; además si la voluntad de testar está presente, pero se encuentra viciada, debido a engaños, presiones, o padece de error, entonces igualmente ese testamento deberá ser atacado, pues no responde a la auténtica voluntad de su autor. Es por ello que los vicios del consentimiento del acto jurídico aparecen en sede de sucesiones para demandar la ineficacia del acto testamentario. Entonces veamos por separado cada uno de estos supuestos, debiendo precisar que el énfasis en el tema será desde la perspectiva sucesoria y no desde el ámbito propio del acto jurídico.

ANULABLE TESTAMENTO OBTENIDO POR VIOLENCIA

Es claro que no nos estamos refiriendo a la violencia absoluta, la física, que si se diera, entonces estaríamos ante un supuesto de nulidad absoluta del testamento y no la relativa; en consecuencia, estamos refiriéndonos, como dice Fernando Vidal, a una de las manifestaciones de la violencia que sería la intimidación, como amenaza inminente y grave de un mal futuro sobre la persona, familiares o bienes de la víctima, lo cual lleva a esta a realizar determinado acto. Se dice que en este supuesto estamos ante una voluntad, pero viciada.

ANULABLE TESTAMENTO OBTENIDO POR DOLO

De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 210 del Código Civil, el dolo es causal de anulación del acto jurídico, cuando el engaño usado por una de las partes ha sido tal que, sin este la otra parte no hubiera celebrado el acto; obsérvese de ello que esta maquinación, dirigida a captar la voluntad de la persona a través de un engaño, es propio de los actos sinalagmáticos, resultando difícil que se dé en actos unilaterales, como es el supuesto del testamento; sin embargo, el legislador la deja como posibilidad, en el caso de que la voluntad del testador haya sido capturada a través del engaño realizado por tercera persona.

El jurista colombiano Víctor Hugo Calderón manifiesta que el dolo en los testamentos puede revestir dos formas: por sugestión, cuando el tercero logra que el testador odie a las personas a quienes pensaba gratificar, con lo cual afirma que la voluntad queda viciada al haberse sugestionado al testador, quien bajo ese engaño cambiará su acto benéfico, dejándole quizás la asignación a aquel que fue el que generó el engaño. En cuanto al dolo por captación, en este supuesto el tercero simula un afecto especial hacia el testador, para hacerse digno de algún beneficio por parte de este e incluso mejorar su legado; como es de verse, en cualquiera de estos supuestos, el problema mayor es cómo probar que ha habido engaño, cuando la persona que otorgó el testamento ya no existe; sin embargo, se deja como posibilidad abierta para atacar el testamento.

ANULABLE TESTAMENTO OBTENIDO POR ERROR

Error, según Cabanellas, es la equivocación, yerro, desacierto, concepto equivocado, juicio inexacto o falso, disconformidad entre nuestras ideas y la naturaleza de las cosas; ahora bien, para que el testamento pueda ser anulado por vicio del error, este debe haber sido esencial, ya sea de hecho o de derecho, y que el error aparezca en el testamento como el único motivo que determinó su otorgamiento.

El error esencial lo trata el artículo 202 del Código Civil en tres supuestos, a saber: cuando recae en la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, deben considerarse determinantes de la voluntad. Es lo que podríamos llamar error en el negocio o error obstativo, y que llevado a sede testamentaria, sería cuando el causante hace un testamento, pero en realidad lo que deseaba era hacer otro negocio jurídico. Como es de observar, es poco probable exista este error en el testamento, y en todo caso, muerto el testador, los interesados en atacar el testamento tendrán muchos problemas para probar que efectivamente hubo error.

Cuando el error recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquellas hayan sido determinantes de la voluntad. Sobre el particular, se nos ocurre que este error se presentaría al designar al beneficiado; sin embargo, aun en ese supuesto se puede superar el vicio, acudiendo al artículo 209 del Código Civil, en tanto que el citado dispositivo da pie para hacer la interpretación, si del texto del testamento o de las circunstancias, resulta de modo inequívoco qué persona era la que el testador quería beneficiar. Ejemplo de ello podría ser el caso de un testador que, teniendo dos sobrinos de nombres Juan y Pedro, el causante, en atención a que Juan lo sirvió en vida y lo acompañó siempre e incluso fungió de su apoderado, quiso beneficiarlo con un legado en dinero, sin embargo, al designarlo en el testamento yerra y nombra a Pedro. Entonces, en ese supuesto, y al poderse acreditar al verdadero legatario deseado por el testador, este testamento surtirá efecto debiendo entenderse que el legatario, en nuestro ejemplo, será Juan.

Por último, cuando el error de derecho haya sido la razón única y determinante del acto, en este supuesto, el testador habría estado en la equivocación de que determinada situación producía efectos jurídicos, o dar por cierto la existencia de tal norma, cuando esta no existe; ahora bien, en ambos casos creemos que en sede testamentaria sería poco frecuente se dé. En conclusión, y como dice Guillermo Borda, en el fondo se reduce a un problema de interpretación de la declaración de voluntad del causante en el testamento.

3. ERROR POR FALSA CAUSA

El artículo 810 del Código Civil trata del testamento otorgado expresando como causa la muerte del heredero instituido en testamento anterior, en cuyo caso valdrá este último teniéndose por no otorgado el testamento posterior. Si se comprueba que la noticia del fallecimiento es falsa; sobre el particular, el artículo 205 del Código Civil, refiere que el error en el motivo solo vicia el acto, cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte; pues bien, en el caso que comentamos, está claro que si el testamento segundo se ha otorgado expresando la muerte de su sucesor, a quien se llamó en un testamento anterior y resulta falsa la muerte del heredero, entonces lógico es que ese segundo testamento no surta efecto alguno, quedando vigente el primero en estricta aplicación del numeral 205.

4. ES ANULABLE EL TESTAMENTO CUANDO LA LEY LO DECLARE COMO TAL

El artículo 812 del Código Civil dice textualmente: «El testamento es anulable por defecto de forma, cuando no han sido cumplidas las demás formalida-

des señaladas para la clase de testamento empleada por el testador. La acción no puede ser ejercida en este caso por quienes ejecutaron voluntariamente el testamento, y caduca a los dos años contados desde la fecha en que el heredero tuvo conocimiento del mismo».

Comentario obligado que tenemos que hacer de la norma referida, es que peca de no tener claridad, y más bien lleva a confusión, en tanto que pareciera ser que el legislador trata las formalidades ordinarias del testamento graduándolas, en donde habría unas tan trascendentes que su incumplimiento llevaría a la declaración de nulidad, como serían los casos del artículo 811 y 813, mientras que otras simplemente llevarían a la nulidad relativa, pero ello no es así; en sede de testamentos, la formalidad es esencial; sobre el particular, ya hemos revisado los alcances del artículo 695 del Código Civil, en consecuencia el no cumplimiento de las formalidades origina la nulidad del testamento y no su anulabilidad; entonces a qué supuesto se está refiriendo la norma, qué otras formalidades existen en el testamento cuyo incumplimiento no demandaría su nulidad.

Obsérvese que tratándose de testamentos ordinarios, el no cumplimiento de la forma trae inevitablemente la nulidad y así nos lo dicen los artículos 811, 813, 814 del Código Civil; sin embargo, aun en el caso de los testamentos especiales, hay formalidades trascendentes como el hecho de que sea escrito y firmado por el testador y por la persona que lo recibe, y si faltan estas formalidades, estamos ante supuestos de nulidad como lo señala el artículo 813, pero, en esta clase de testamentos especiales, hay otras exigencias que no serían trascendentes, y que por lo tanto su incumplimiento no demandaría nulidad sino anulabilidad, como es el caso de las firmas de los testigos, o tratándose del testamento marítimo el que se extienda en dos ejemplares, o que se inscriba el testamento en el libro de bitácora, y si no se cumple con ello, entonces sí estamos ante un supuesto de nulidad relativa.

En conclusión, la norma comentada debió hacer referencia a los testamentos especiales, y no decir en términos generales que el incumplimiento de ciertas formalidades en los testamentos daba lugar a la nulidad relativa.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

LA HERENCIA

El artículo 660 del Código Civil, ya comentado, alude a que desde el momento en que se abre la sucesión del causante, es decir desde el instante mismo de la muerte del de cujus, sus bienes, derechos y obligaciones se transmiten a sus sucesores, o causahabientes, esto es, la herencia pasa a los sucesores. Ahora bien, no debe confundirse herencia con sucesión, pues esta es la entrada del sucesor en la posición jurídica que fue del causante, mientras que aquélla está referida a los bienes, derechos y obligaciones que fueron del causante. Entonces la herencia está constituida por todos aquellos bienes que fueron del causante en vida, y también las obligaciones que asumió y se encuentran insolutas a su muerte, y son precisamente estos bienes y obligaciones los que se transmiten a causa de su muerte.

La herencia ha recibido varias definiciones. Así tenemos que Ennecerus la refiere al patrimonio de un difunto, en cuanto es objeto de la sucesión; Bevilaqua señala que la herencia es la formada por el acervo de bienes que la constituyen; Valencia Zea, refiriéndola al conjunto de derechos patrimoniales que deja una persona al morir y que son objeto de transmisión o de sucesión; en Perú, Lanatta nos dice del patrimonio dejado por el causante, que está constituido por sus bienes y otros derechos transmisibles por causa de muerte, así como por sus deudas, que pasan también a sus sucesores.

La herencia, como hemos visto, ha recibido varios nombres. Así, se le llama patrimonio hereditario, acervo sucesorio, masa hereditaria y también caudal relicto; sin embargo, todos estos con una sola sustantividad, esto es, la de constituir el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que fueron del causante y que ahora son susceptibles de transmisión.

Como se observa, la herencia no solo está constituida por bienes y derechos, sino también por obligaciones. Por lo tanto, se hace necesario, al referirnos a la herencia, hacer un distingo entre la herencia referida a bienes y derechos, que vendría a ser el activo del patrimonio, y la herencia referida a las obligaciones del causante, esto es, el pasivo del patrimonio. Pues bien, el hacer este distingo nos lleva a considerar lo que se ha dado en denominar herencia bruta y herencia neta.

El patrimonio hereditario bruto estará referido al conjunto de bienes y derechos de los cuales el causante fue titular en vida, patrimonio en el cual no se considera el pasivo, y en cuanto al patrimonio hereditario neto, este está referido al patrimonio hereditario bruto al que se le ha deducido el pasivo, considerándose dentro de este pasivo a las obligaciones dejadas por el causante y las cargas de la herencia que aparecen a propósito de su muerte; entonces, el patrimonio hereditario neto será el patrimonio hereditario bruto menos el pasivo.

Para efectos sucesorios, el patrimonio hereditario neto no solo debe estar referido al conjunto de bienes y derechos existentes a la muerte del causante, también denominado bienes reales, sino también a ello hay que sumar, si fuera el caso, los bienes y derechos dispuestos a título de liberalidades por el causante en vida, a los que se denomina bienes ideales, en contraposición a los bienes existentes, los visibles, a la muerte del causante; entonces, si el causante hubiera dispuesto de bienes en vida, a favor de sus herederos forzosos (anticipo de herencia), o a favor de terceros (donaciones que deben encuadrarse dentro de los límites de los artículos 1629 y 1645), son estos valores los que deben adicionarse a los existentes a la muerte del causante, lo cual nos permite una suerte de reconstrucción del patrimonio hereditario, o como le llama la legislación chilena, acervo imaginario, el cual comprende la herencia neta más los actos de liberalidad que haya realizado el causante en vida.

Reconstruido el patrimonio hereditario, entonces recién podemos tener un referente para establecer las cuotas legitimarias, la porción disponible, proceder a la colación, y conocer si las liberalidades se encuadran dentro de los márgenes de la ley o si se han excedido, supuesto en el cual habría quedar lugar a la reducción.

Tema que tiene implicancia sobre el patrimonio hereditario, lo constituye la diferencia que hace el legislador en el artículo 730 del Código Civil, al señalar que no se debe confundir legítima (porción hereditaria) con gananciales; en esa circunstancia debe quedar claro que si el causante en vida estuvo casado, y sometido al régimen de sociedad de gananciales, ocurrida su muerte, lo primero que hay que efectuar es la liquidación de esa sociedad. Luego de ello, y al haber-

se establecido lo que le hubiera correspondido al causante como gananciales de haber estado vivo en el momento de la liquidación, el valor de esos gananciales es lo que viene a constituir el patrimonio hereditario de que estamos tratando. Luego de haberse liquidado la sociedad, y conocer lo que le hubiera correspondido al cónyuge (nuestro causante), a ese patrimonio se le debe deducir las obligaciones dejadas por el causante, y posterior a ello sumarle, si fuere el caso, los valores de los bienes dispuestos por el de cujus, con lo cual hemos reconstruido el patrimonio hereditario, y por ende el referente para su liquidación.

La doctrina clásica considera a la herencia, que como sabemos se origina a propósito de la muerte del de cujus, como una universalidad jurídica integrada por bienes, derechos y obligaciones considerados como un todo, elementos que están indisolublemente unidos.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO I
ANTICIPO DE HERENCIA

TÍTULO I
ANTICIPO DE HERENCIA

La figura del anticipo era comúnmente conocida como anticipo de legítima, en el entendido que el heredero recibía, anticipadamente y en vida del causante, su porción hereditaria traducida en bien o bienes singulares, cuyos valores (de esos bienes) a la muerte del causante deberían imputarse precisamente a su porción legitimaria, y en ese sentido sí estaba bien llamarla anticipo de legítima; sin embargo, el anticipante (futuro causante) podía haber dado el anticipo con dispensa de colación; entonces, en ese supuesto, el valor de los bienes anticipados ya no se imputaba a la legítima, sino a la cuota de libre disposición del causante. En esa circunstancia ya no era correcto referirse a anticipo de legítima, pues la legítima del beneficiario quedaba intacta.

El Código Civil vigente la llama anticipo de herencia, y nos parece correcta esta denominación, pues este término abarca no solo los anticipos no dispensados y que por lo tanto se realizan con cargo a la legítima, sino también los dispensados, en donde queda intacta la legítima, pero se afecta la cuota de libre disposición.

Se ha criticado el anticipo de herencia como figura autónoma, afirmándose que el anticipo no es más que una liberalidad, y por lo tanto sin sustantividad propia, y en atención a ello no merece una regulación separada; sin embargo, creemos que sin desconocer que el anticipo viene a ser una liberalidad, esta tiene particularidades propias y por ello requiere un trato especial, en tanto que tiene serias implicancias en el Derecho Sucesorio. En efecto, el anticipo de herencia solo se va a dar entre personas que tienen la calidad de herederos forzosos. Así mismo el valor de lo anticipado, posteriormente, se va a imputar a la cuota hereditaria del que recibió el anticipo, entre otros; por ello, creemos que merecen ser tratados independientemente de las liberalidades en general.

1. DEFINICIÓN DEL ANTICIPO DE HERENCIA

Como suele ser normal el Código Civil no define el anticipo, limitándose a señalar, en el artículo 831, lo siguiente: «las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se considerarán como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél». Ahora bien, antes de mencionar los elementos constitutivos del anticipo, es bueno señalar que el acto jurídico, que contiene la liberalidad verificada entre herederos forzosos, no necesariamente deberá estar titulada o rotulada como anticipo de herencia, en tanto que lo importante del tema es que constituya una liberalidad entre estos sucesores, y más bien, una vez realizada, la ley es la que se encarga de considerarla como tal.

De la descripción de la figura del anticipo extraemos varios elementos que terminan calificándolo, así se observa que la realización del anticipo no supone un acto unilateral, por que no se perfecciona tan solo con la participación del futuro causante, sino que se requiere la presencia del beneficiado, que es un heredero del causante; por otro lado, el anticipo, para ser considerado como tal, no se da con cualquier heredero, sino que en este intervienen necesariamente herederos que tienen entre sí la calidad de herederos forzosos. También encontramos que la liberalidad que se otorga no solo se traduce a través de la donación que es la más conocida, sino que la liberalidad puede presentarse bajo diversas formas, siempre y cuando constituya una ventaja económica para el beneficiado, y una disminución patrimonial para el anticipante (como por ejemplo una condonación de deuda).

El artículo bajo comentario, también alude a la institución de la colación como obligación a cumplir por parte del anticipado, si es que no se hubiera realizado el anticipo con dispensa.

Entonces, estamos ante una liberalidad en términos genéricos, un acto jurídico que supone un acuerdo de voluntades, convenio en el que intervienen personas unidas por vínculo familiar cercano y directo entre ellos, que los hace, según nuestra legislación, herederos forzosos entre sí, a quienes se les llamará anticipante y anticipado, y, a través de este convenio, se concede una atribución patrimonial a favor del anticipado, el cual de no haberse estipulado en contrario, queda obligado, ocurrido el deceso del anticipante (causante), a devolver el valor de lo recibido a la masa hereditaria, para los efectos de la colación, institución esta que más adelante analizaremos.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ANTICIPO DE HERENCIA

Es una liberalidad. No ofrece duda que estamos ante una liberalidad, en el entendido que el anticipado recibe algo y no tiene que dar nada a cambio,

el anticipado resulta beneficiado pues recibe una ventaja económica, mientras que el anticipante ve disminuido su patrimonio, pues de él sale el bien o bienes, materia del anticipo, o deja de incorporar a su patrimonio algún derecho.

Es un contrato. Tratándose de una liberalidad en la que necesariamente tienen que intervenir dos partes, anticipante y anticipado, entonces estamos ante un contrato en el que existe acuerdo de voluntades, pero es un contrato sui géneris, en tanto que, para su existencia, debe darse necesariamente entre personas que tengan entre sí la calidad de herederos forzosos.

Al perfeccionarse el contrato surte los efectos deseados. Es un contrato que como ya lo hemos señalado contiene una liberalidad; sin embargo, la pregunta natural es si este contrato transmite propiedad, o tal transmisión queda suspendida hasta que ocurra la muerte del anticipante, como algunos afirman; o es que tratándose de una liberalidad esta queda perfeccionada en el mismo instante de su otorgamiento. Sobre el particular, asumimos esta segunda posición, pues el anticipado, al quedar finiquitado el contrato, puede disponer de todas las atribuciones que le confiere la propiedad, lo cual no obsta para que, ocurrida la muerte del causante, deba devolver el valor de lo anticipado a la masa hereditaria, operación que es contable, para los efectos de la colación. En conclusión, no se trata de que el anticipante se convierta en propietario a raíz de la muerte del causante, sino que ya lo es desde que quedó perfeccionado el contrato, por cuanto el contrato que contiene la liberalidad surtió sus efectos al concluirse el mismo.

No es un contrato sucesorio. También se ha querido ver, en la figura del anticipo de herencia, una suerte de modalidad de pacto sucesorio, en tanto que se celebra en vida del causante y con la intervención del futuro heredero; esto es, intervienen personas con vínculo sucesoral, transmitiéndose bienes o derechos. Son estas particularidades que han llevado a decir que se trataría de una modalidad de contrato sucesorio, en tanto que estos como sabemos se dan en vida del causante, sin embargo, ello no responde a la realidad.

Los contratos o pactos sucesorios crean derechos hereditarios a favor del que contrata con el titular del patrimonio, asimismo, los derechos, materia del contrato sucesorio, se adquieren recién a la muerte del causante; en tanto que en vida de este, él sigue siendo titular de los mismos; además por lo general estos contratos son onerosos. Ahora bien, el anticipo de herencia no otorga derecho hereditario alguno, ni necesita crearlos, pues, como ya se ha dicho, son celebrados entre personas que tienen entre sí la calidad de herederos forzosos, calidad que les da la ley; por otro lado, el anticipo de herencia responde a una liberalidad, esto es, se trata de un contrato gratuito, y por último el anticipo de herencia, como ya lo hemos mencionado, al quedar perfeccionado el contrato,

transmite propiedad, no siendo necesario que ocurra la muerte del causante para que el anticipado adquiera dominio sobre el bien anticipado. En consecuencia, se trata de dos figuras diferentes.

Anticipo de herencia bajo la forma de donación. Como ya lo hemos señalado, el anticipo de herencia es una liberalidad, sin embargo, esta liberalidad puede tener varias formas como se manifiesta, entre estas, por ejemplo, puede aparecer bajo la forma de donación, y si ese fuera el caso, se podría argumentar que se trataría de una donación común y corriente, empero diremos que si bien es cierto se le puede calificar como una donación simple, con propiedad viene a ser una sub especie de la donación común, con características singulares que no la encontramos en las donaciones comunes y corrientes, como por ejemplo, que el anticipo de herencia solo se puede efectuar entre personas que tienen la calidad de herederos forzosos, lo que no necesariamente ocurre con las donaciones comunes, entre las que pueden figurar el donante y donatario sin vínculo parental alguno, así como que la donación simple tiene un límite impuesto por el artículo 1629 del Código Civil, referido a que nadie puede dar por donación más allá de lo que puede dar por testamento, norma que obviamente está dirigida a proteger la legítima, mientras que en el anticipo de herencia, generalmente lo que se adelanta es la legítima.

3. REVOCACIÓN DEL ANTICIPO

Siendo el anticipo de herencia una donación, debemos concluir que las normas que regulan estos contratos le son aplicables al anticipo, en consecuencia y según el Código Civil, siendo posible revocar una donación (aún cuando doctrinariamente ello resulte cuestionable tratándose de un contrato), también lo será tratándose de un anticipo de herencia, siempre y cuando se den las causales para que proceda la revocación, y, que en este caso, el Código las refiere a las causales de indignidad o desheredación, que como sabemos alude a graves inconductas del sucesor, con respecto al causante o sus próximos parientes; en efecto, el artículo 1637 del Código Civil estipula lo siguiente: «el donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación»; sin embargo, hay que tener presente que esta facultad de revocación caduca a los seis meses desde que sobrevino algunas de estas causales; además, la ley sigue precisando que no pasa a los herederos la facultad de revocar la donación.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO II
COLACIÓN

TÍTULO II

COLACIÓN

Verificada una liberalidad en vida del causante a favor de uno de sus herederos forzosos, esta liberalidad, con las características del anticipo de herencia, termina beneficiando al anticipado, quien se ha visto favorecido con el bien o bienes que pertenecían al patrimonio del anticipante, patrimonio que mañana más tarde, cuando se produzca el deceso del anticipante, recibirá el nombre de masa hereditaria o acervo sucesorio; entonces podríamos afirmar que el anticipado habría recibido su herencia o una parte de su herencia por adelantado; ahora bien, si el anticipado, al abrirse la sucesión de su causante, concurre con otros sucesores que tienen igual derecho que aquél, entonces estamos ante una situación en la que concurriendo varios herederos de la misma clase y condición, solo uno de ellos ha recibido una ventaja económica, mientras que los otros no han recibido nada. Puestos en ese escenario, diríamos que si se pretende que la división de la herencia se haga en términos justos, lo que implica una repartición igualitaria por tratarse de herederos de igual clase y condición, debería considerarse el valor del bien anticipado en esta repartición, tenerse en cuenta para que el valor de ese bien retorne a la masa hereditaria y se cargue a la cuota hereditaria del que lo recibió. Si esto se realiza, entonces sí estaremos ante una división y partición de bienes equitativa y justa entre herederos de igual clase y condición. Pues bien, a ello apunta la institución de la colación.

Para una mejor comprensión de la institución, consignamos un ejemplo sencillo. Veamos. Carlos tiene tres hijos, y decide anticipar solo a uno de sus hijos con un bien que tiene un valor de 30 000; al abrirse su sucesión, los bienes reales y actuales que deja Carlos suman 90 000. Entonces, para que se distribuya en forma igualitaria el patrimonio hereditario entre los tres hijos, deberá devolverse a la masa hereditaria el valor del bien anticipado, esto es que los 30 000 se

sumen a los 90 000, y hecha la reconstrucción del patrimonio hereditario, éste nos da 120 000. Entonces, cada heredero es titular de una cuota que asciende a 40 000. En ese supuesto, los dos hijos que no recibieron el anticipo tomarán cada uno de ellos bienes por 40 000, y el hijo beneficiado con el anticipo, solo tomará 10 000, pues los otros 30 000 ya los recibió en forma de anticipo de herencia.

Luego de lo señalado, una primera aproximación a lo que es la colación podría ser el acto por el cual el heredero forzoso que recibió una liberalidad de su causante (liberalidad que la ley considera como anticipo de herencia) devuelve el valor de ese bien a la masa hereditaria, con la finalidad de que el valor de lo recibido en vida del causante se impute a su cuota hereditaria; ahora bien, como veremos más adelante, nuestra legislación permite que las formas de colación se verifiquen a través de lo que se conoce como colación en especie, esto es, la devolución material del bien, y la otra forma de colación la denomina el Código reintegración del valor del bien, no precisándose qué significa ello, si se trata de una imputación de ese valor a la cuota del anticipado (colación por imputación), o si se trata de pagar el valor del bien a los otros herederos que concurren con el obligado a colacionar.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO II
COLACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

1. HISTORIA DE LA COLACIÓN

Se señala que proviene de la palabra collatio que significa llevar, traer, aportar, devolver o poner. En la promulgacion de la novela 18 de Justiniano, se estableció la obligación de «collacionar» para todos los descendientes, trátese de herederos legales o testamentarios, salvo el caso de dispensa otorgada expresamente por el causante; obsérvese que se alude solo a los descendientes, y no como en el presente, que obliga a colacionar a todo aquel heredero forzoso que ha recibido un anticipo; heredero forzoso que pueden ser, a parte de descendientes, los ascendientes e incluso el cónyuge del causante.

Un primer tipo de collatio aparece en Roma, la «collatio bonorum», estando sometidos a ser colacionados todos los bienes adquiridos por el emancipado, provengan del pater familia o de un tercero; en una segunda etapa, se da la «collatio dotis», señalándose que en el año 472, el emperador León estableció en su constitución la obligación de colacionar para todo descendiente, ya sea una dote o una donación propter nuptias, y una tercera y última etapa es la que nos ha sido legada hasta nuestros días, «collatio descendentius», que se da con la promulgación de la Novela 18 de Justiniano, estableciéndose la obligación de colacionar para todos los descendientes que sean herederos ab intestato o instituidos, salvo el caso de dispensa.

En el Derecho peruano, el Código Civil de 1852 adoptó la institución romana de la colación referida a la última etapa, esto es, la collatio descendentius, percibiéndose que el fin de la colación era mantener la estricta igualdad de los coherederos en la repartición del patrimonio hereditario, no permitiéndose la renuncia ni la dispensa, precisándose que la colación solo estaba referida a los descendientes.

El Código Civil de 1936, siguiendo al Código Civil de 1852, establece la colación solo para los hijos u otros descendientes del causante, no comprendiéndose al cónyuge del causante ni tampoco a sus ascendientes, reputándose que todas las donaciones o liberalidades otorgadas por el causante a sus descendientes, han sido dadas como anticipo de herencia. Repárese en que el término liberalidad es lo genérico, y más bien la donación, lo específico; entonces esas liberalidades podían aparecer no solo bajo la forma de donación, sino también a través de la condonación, el pago de una deuda perecida. En fin, lo central del asunto es que constituya una ventaja económica para el que lo recibe, y un detrimento económico para el que lo da.

2. CONCEPTO DE LA COLACIÓN

Decía el doctor Cornejo Chávez, en sus clases de sucesiones, que la colación es el acto por el cual el heredero forzoso o legal, que ha recibido por vía distinta de la herencia uno o más bienes, los añade a la masa hereditaria, de tal modo que no reciba más de lo que recibe un heredero de la misma clase o condición. Ahora bien, interesa para los efectos de adentrarnos en el concepto de colación desagregar este concepto.

Repárese en que el maestro hace una distinción entre el heredero forzoso y legal, quizás aludiendo a la sucesión testamentaria y legal; sin embargo, señalamos que no todo heredero legal es forzoso, como es el caso de los parientes colaterales de segundo, tercero y cuarto grado respecto al causante; entonces cuando alude al heredero legal, debemos entender que se estaría refiriendo a los tres primeros órdenes de herederos legales, esto es, los descendientes, ascendientes y cónyuge, los tres que como sabemos son también herederos forzosos; por otro lado, cuando el maestro Cornejo Chávez refiere que este heredero ha recibido por vía distinta de herencia, se pone en el supuesto de actos o contratos celebrados entre el anticipante y anticipado en vida del primero, pero que no tienen ninguna incidencia en el testamento del causante; en otros términos, son liberalidades que van a actuar y tener efecto en vida del causante, no dilatándose sus efectos a posteriori (post mortem).

El maestro Cornejo señala que lo recibido por el anticipado lo constituyen bienes; sobre el particular, debemos decir que el jurista citado solo se estaría refiriendo al anticipo que aparece como donación; sin embargo, como sabemos, la liberalidad puede adoptar otras formas, como por ejemplo, el pago de una deuda perecida. Entonces, entendamos, como una suerte de adelanto de conclusión, que el anticipo no solo aparece como donación, sino que puede aparecer bajo otras formas, constituyendo lo fundamental para ser considerado como anticipo que se trate de cualquier ventaja económica para el anticipado.

Sigue señalando el doctor Cornejo Chávez, que el anticipado añade a la masa hereditaria estos bienes, se entiende luego de fallecido el causante; pues bien, aquí se está limitando la colación, en cuanto a su forma de operar, pues solo se menciona la devolución de los bienes a la masa hereditaria, que es como se conoce a la colación por especie; sin embargo, como sabemos, la colación principalmente es por imputación, esto es, cargando a la cuenta del anticipado el valor de lo recibido. Por último, nos dice el maestro, cuál es el fin que persigue la colación, que no es otro que el anticipado no reciba más de lo que recibe un heredero de la misma clase o condición. En otras palabras, que los herederos de la misma clase y condición reciban cuotas iguales.

En «Nociones sobre Colación», en Revista Lecciones y Ensayos, Esther Berasategui nos dice de la colación lo siguiente: «una operación a cumplirse al tiempo de la partición, por ciertos herederos, llevando a la masa hereditaria determinados bienes o valores recibidos en vida del causante, en los casos en que la ley, interpretando la voluntad del de cujus no manifestada expresamente, de que éste no ha querido quebrantar el principio básico de la igualdad de los herederos en cuanto a la distribución de bienes». Obsérvese que más que una definición es una descripción de la institución, en la que no solo nos dice cuál es el fin, sino nos precisa la forma cómo opera y la oportunidad de la misma.

Teniendo en cuenta el artículo 831 del código civil, que a la letra dice: «Las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se considerarán como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél». Y reconociendo que nuestro código no define la colación, esbozamos un concepto de la institución en los siguientes términos: obligación que asume el heredero forzoso requerido para tal fin, de regresar a la masa hereditaria el valor de la mejora económica recibida en vida del causante, a los efectos de dividir y partir el patrimonio hereditario en condiciones de igualdad, ante la concurrencia de herederos de la misma condición y clase.

3. FUNDAMENTO DE LA COLACIÓN

Consideramos que lo que determina la existencia de la colación es la equidad y justicia en la repartición de los bienes hereditarios entre herederos de igual clase, en tanto que si uno de ellos ha recibido una ventaja económica, luego de abierta la sucesión, de no tomarse en cuenta esta ventaja, terminaría recibiendo más de lo que reciben otros herederos de su misma condición. Así, si el heredero recibió 100 como anticipo, y luego de la apertura de la sucesión, su cuota representa 200, entonces de no haber colación terminaría recibiendo 300, mientras que sus coherederos solo recibirían 200; ahora bien, autores califica-

dos como Guastavino señalan que el fundamento de la institución está referido a proteger la legítima en tanto que los legitimarios tienen cuotas iguales, no existiendo la posibilidad de que legitimarios iguales reciban cuotas diferentes; entonces aquel que recibió como anticipo de herencia el valor de ese anticipo, debe imputársele a su legítima, por ello la institución termina protegiendo la intangibilidad de la legítima, y ello es correcto.

Otros autores señalan que la colación en última instancia busca la igualdad entre los coherederos, y ello se consigue, como ya lo hemos visto, con la devolución del valor de lo recibido, importe este que es cargado a la cuota del anticipado; sin embargo, repárese en que esta igualdad, en puridad, no viene a ser tal, pues la ventaja económica recibida por el anticipado ya la gozó, e incluso los frutos originados por el bien anticipado han enriquecido el patrimonio del beneficiado. Todo ello no va a suceder con los otros herederos, que se limitarán a recibir su cuota pura y simple.

En conclusión, y tal como existe consenso entre los diversos autores, podemos afirmar que es la ley y no el causante la que se propone encontrar la igualdad patrimonial entre los herederos, y lo hace en una suerte de interpretar el silencio del causante, quien al otorgar la ventaja sin dispensa, entonces se presume que fue hecha en calidad de lo que le tocaría al heredero al momento de la repartición.

4. NATURALEZA JURÍDICA

En primer lugar, bueno es precisar que la colación es un derecho del heredero forzoso no anticipado, pero que no se deriva del causante, en otras palabras la colación nace en cabeza del heredero, derecho propio de él, cuando se dan los supuestos para su procedencia; ahora bien, en cuanto a su esencia, debemos señalar que comulgamos con aquellos autores como Guastavino, que señalan que la colación no es un derecho real, sino un derecho personal, en tanto que va unida a la calidad del sucesor, el cual por el hecho de serlo, no solo participa del patrimonio hereditario, sino nacen con él derechos como la delación, o como el que estamos comentando, la colación; por lo tanto, es un derecho que por ejemplo no podría ser ejercido por terceros ajenos a la sucesión; sin embargo, en tanto que la colación en la mayoría de veces está ligada a la devolución de un bien, o un derecho, se dice que se trataría de una acción real, tesis esta con la que no comulgamos, pues la colación procede incluso en los casos en que el anticipado ha dispuesto del bien, o bienes que le fueron dados por su causante, circunstancia en la cual no habría bien que devolver. Además el heredero forzoso que tiene derecho a la colación, una vez salido el bien del patrimonio del anticipado, ya no podría dirigirse contra ese bien, más si tiene el derecho de

dirigirse contra el anticipado, lo que nos da la idea de que tal derecho no goza de la persecución, característica básica del derecho real.

Entonces se trata de un derecho personal pero que tiene una singularidad, pues en última instancia viene a ser un derecho compensatorio, en el sentido de equiparar o igualar derechos; en efecto, se ha señalado que herederos de la misma clase y condición tienen cuotas hereditarias iguales, entonces cuando uno de ellos fue beneficiado por el causante con un bien o derecho otorgado en vida del causante, luego de abierta la sucesión, sus coherederos están en desventaja con respecto al que recibió el anticipo; por ello, este debe compensar a sus coherederos devolviendo el valor del bien, para que todos ellos terminen en situación de igualdad, y la colación lo consigue, pues termina equiparando derechos.

Se dice que la colación es una obligación por parte del anticipado, sin embargo, debemos señalar que si bien es cierto termina siendo una obligación, esta no opera en forma automática, ni por el hecho de la apertura de la sucesión, sino que debe ser solicitada, requerida, exigida, pues de caso contrario, el beneficiado no tendría por qué devolver el bien o su valor, salvo que lo desee hacer por propia voluntad. Entonces, ante el requerimiento por parte del heredero forzoso, surge la obligación en el anticipado de colacionar.

Otros autores, como es el caso de Messineo, señalan que no se trataría de una obligación, en tanto que si el anticipado se negara a colacionar, no pasaría nada, pues sus coherederos simplemente tomarían de la masa hereditaria bienes en cantidad igual a la que recibió el anticipado; sin embargo, ello no siempre es así, pues al abrirse la sucesión del causante, puede ser que no existan bienes a repartir; en esa circunstancia, la tesis de Messineo no funciona, sin embargo, la colación sigue siendo exigible, y el anticipado estará obligado a devolver el bien, o su valor; y si se negara, entonces los coherederos tienen el derecho a exigírselo judicialmente, con las garantías de orden procesal como son las medidas cautelares.

5. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA COLACIÓN

Exigencias o condiciones que tienen que aparecer, pues de caso contrario no habría la posibilidad de referirnos a la colación.

a) Que haya concurrencia de herederos forzosos. Este requisito parece obvio, sin embargo, es necesario señalarlo, pues si a la muerte del causante existe solo un heredero forzoso, y este ha recibido un anticipo, este no le deberá nada a nadie, pues se convierte en propietario úni-

co de todos los bienes y derechos que conforman la herencia; ahora bien, si a la apertura de la sucesión no le sobrevive al causante ningún heredero forzoso, ni descendientes de estos que puedan representarlo, entonces no procede la colación, aún cuando el testador haya instituido herederos voluntarios o legatarios, pues la colación no se da con ellos, en tanto que al no existir herederos forzosos, el testador tiene la libre disposición de sus bienes, y en esa medida no hay cuotas que proteger, no hay legítima que cuidar, ni por cierto herederos a quienes se tiene que defender; y en el caso de que esos herederos voluntarios hayan recibido del causante en vida, liberalidades, estas no tienen que regresar al patrimonio del causante para los efectos de la colación; esta última, como es de verse del artículo 831 del Código Civil, existe en función de los herederos forzosos.

b) Que el heredero forzoso haya recibido, del causante en vida, un beneficio económico, sin dispensa, en otras palabras que la liberalidad fue otorgada pura y simple, en esa situación, y como ya lo hemos sostenido, se presume que el testador al entregarle esa ventaja económica, lo hizo en la idea de que le estaba adelantando su cuota hereditaria, en todo caso así lo considera la ley.

c) Que la colación sea requerida por el heredero forzoso no anticipado, en tanto que, como ya quedó establecido, la colación no funciona automáticamente, sino que debe ser demandada por los llamados a ello; en efecto, si fuera el caso de tres hermanos, y uno de ellos recibió un anticipo de su padre, y los otros no tuvieron ese favor, muerto el causante, puede ser que estos hermanos no anticipados no necesiten pedir la colación, y además no desean hacerlo, en esa circunstancia no podemos ser más papistas que el Papa, por ello decimos que la colación debe ser requerida.

Guastavino dice, a propósito de los requisitos, que haya pluralidad de herederos; computación, esto es, reconstrucción del patrimonio hereditario tomando en consideración los valores dados en vida por el causante; imputación, lo que significa asignar estos valores a la cuota hereditaria que corresponde al obligado a colacionar; ausencia de dispensa y exigencia o requerimiento, pues funciona a pedido de parte.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO II
COLACIÓN

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

1. PERSONAS OBLIGADAS A COLACIONAR

En la historia de la colación vimos como esta funcionaba sólo respecto de los descendientes, fórmula que llegó al Perú, y así el Código Civil de 1852, en su artículo 935, establecía que solo debían colacionar los hijos y descendientes del causante, luego el Código Civil de 1936, en su artículo 775, estableció que la colación solo operaba en los hijos o descendientes; sin embargo, hoy la colación no solo comprende a los descendientes que hayan recibido de su causante un anticipo, sino también a cualquier heredero forzoso, trátese del cónyuge, o de los ascendientes que hubieran sido mejorados económicamente por el causante, lo cual nos parece prudente y equitativo, en tanto que si la ley quiere evitar preferencias entre los descendientes, lo mismo debe ocurrir en el caso del cónyuge o de los ascendientes; al respecto Lanatta nos dice: «En este nuevo Código (1984), tal obligación comprende a todos los herederos forzosos, debido a que, teniendo la colación como finalidad procurar igual participación en la herencia de quienes como legitimarios tienen derecho a una cuota intangible, no hay razón para que algunos de ellos estén obligados a colacionar, cuando les corresponda heredar, y otros no»

El articulo 831 del Código Civil al referir las donaciones que hayan recibido del causante sus herederos forzosos, no hace distingos entre estos; entonces debemos entender que está incluido, en esta obligación, cualquier heredero forzoso que haya recibido un anticipo. Esta exigencia de colacionar por parte del heredero forzoso, cualquiera fuera, ya la consignan la mayoría de las legislaciones, como es el caso de Italia (737), Argentina (3476 y 3477), Bolivia (1254).

La condición para asumir la obligación de colacionar radica en la calidad de heredero forzoso al momento de abrirse la sucesión, y así, si el causante otor-

gó una liberalidad a su padre, y al ocurrir el deceso del causante, le sobreviven el padre y un hijo, entonces el ascendiente no está obligado a colacionar, pues ante la concurrencia de descendientes y ascendientes, estos son excluidos por aquellos, y en esa situación siendo heredero forzoso se ve desplazado por otro heredero forzoso, por lo tanto no tendría obligación de colacionar.

2. COLACIÓN POR REPRESENTACIÓN

Se ha visto que la representación sucesoria implica que el descendiente toma el lugar y grado de su ascendiente, y recibe la herencia que le hubiera correspondido, de no haber premuerto, renunciado o haber sido excluido de la herencia por indignidad o desheredación; en esta situación, encontramos al representante, ocupando el lugar del representado, siendo los efectos de la representación sucesoria, no solo respecto a los bienes y derechos que le hubiera correspondido al representado, sino también las obligaciones a que estaba sujeto, dentro de las cuales se encuentra la colación, si fuera el caso de que este representado hubiera recibido del causante un anticipo sin dispensa. Entonces está claro que el representante está obligado a colacionar, pues ocupa el lugar, o como dicen algunos la posición jurídica del representado, y al ocupar el lugar, se pone en idéntica situación que este, y es por ello que el legislador en el artículo 841 del Código Civil refiere «en los casos de representación, el heredero colacionará lo recibido por su representado», y ello nos parece bien, tal como lo sostiene Lanatta, cuando afirma que el representante no puede recibir más derechos que su representado, y en consecuencia más de lo que a este le correspondería.

El artículo 841 no deja lugar a dudas de que el representante debe colacionar en todos los supuestos en que se da la representación, esto es, cuando el representado murió antes que el causante (premorencia), o cuando el convocado, libre y voluntariamente, se apartó de la sucesión vía la renuncia, o cuando contra su voluntad fue excluido de la sucesión por indignidad o desheredación. por esto creemos que sobre este tema no debe haber otras interpretaciones, en tanto que el representante, al tomar la posición del representado, no solo tiene derechos, sino también obligaciones, y resultaría injusto e inequitativo con respecto a los otros herederos, que no haya colación.

Tema opinable, respecto a la solución a dar, puede ser el caso en que el causante en vida otorgó una liberalidad a su nieto, y abierta la sucesión, no le sobrevive su hijo (padre del que recibió la liberalidad), por lo que el nieto concurre como representante de su padre premuerto, y no como nieto, entonces cabe la pregunta de si ese representante que recibió esa liberalidad como nieto, estaría obligado a colacionar o no le alcanza esta obligación, en tanto que

entra a la sucesión; reiteramos no como nieto sino ocupando el lugar y grado del representado (hijo del causante, el mismo que no fue anticipado); sobre el particular, creemos que no estaría obligado a colacionar, debido a que concurre como representante, es decir, ocupando el lugar y grado del ascendiente, pero sí lo estaría si concurriera como nieto, o si el representado hubiera recibido una liberalidad calificada como anticipo de herencia.

Creemos que igualmente no hay colación, cuando el padre del causante que recibió una liberalidad y al abrirse la sucesión, le sobrevive al de cujus, un descendiente y este padre beneficiado; entonces al ser excluido de la sucesión (descendiente excluye a ascendiente), ya no debe colación, institución que solo juega con los herederos forzosos que aparezcan al momento de abrirse la sucesión, y como vemos en este supuesto ese ascendiente fue desplazado por su descendiente.

Entonces la colación es debida por el representante, si el representado hubiera recibido del causante una liberalidad con las características del anticipo de herencia.

3. COLACIÓN DEL INDIGNO Y DESHEREDADO

El supuesto está referido a que el heredero forzoso recibió un anticipo de herencia, y luego de ello resulta excluido de la misma por inconducta vía la indignidad o desheredación. Entonces cabe preguntarse si ese heredero indigno o desheredado debe devolver el bien o bienes a la masa hereditaria, en tanto que si lo recibió con la calidad de anticipo de herencia, de la cual es excluido. Así resulta para algunos lógico que devuelva el bien que nunca le perteneció, además de que tal devolución sería un acto de equidad, para no perjudicar a los herederos dignos que sí concurren a la sucesión.

En el caso del desheredado, el artículo 749 del Código Civil dice que los efectos de la desheredación se refieren a la legítima, y no se extienden a las donaciones y legados que pueden ser revocados. Entonces según este numeral, y al considerarse el anticipo como una donación y por lo tanto pasible de ser revocado por el causante, y si este se limitó a desheredar y no a revocar pudiendo hacerlo, por cuanto las mismas causales de desheredación se dan para la revocación, parece que la conclusión es que el desheredado no debería colacionar, y si a ello le sumamos que la colación solo está referida a los herederos forzosos, y el desheredado es tenido como si nunca hubiese sido heredero, debido a que los efectos de la desheredación se retrotraen al momento en que se abre la sucesión, entonces se refuerza la tesis de que el desheredado no debe colación.

En cuanto al indigno, la situación parece ser la misma de la desheredación, en tanto que el indigno nunca fue heredero, por el mismo efecto de que la sentencia, que lo declara como tal, se retrotrae al momento en que se abrió la sucesión; ahora bien, la norma que regula los efectos de la indignidad, esto es, el numeral 671, señala que declarada la exclusión, el indigno debe devolver los bienes hereditarios, sin embargo, la pregunta que surge es si dentro de esos bienes hereditarios también se encuentran los dados en vida del causante; sobre el particular, bueno es señalar que lo dado en vida del causante en puridad no puede considerarse herencia, (no hay herencia cuando no se ha abierto aún la sucesión), además la obligación del indigno de devolver está referida a los bienes que él tomó al abrirse la sucesión, son esos bienes que debe devolver, pues no le corresponden ya que no es un heredero, tesis esta que aun cuando pareciera injusta, participamos de esta, sobre todo por cuanto como ya lo hemos manifestado, son los herederos forzosos los obligados a colacionar, y el indigno, por una suerte de ficción legal, nunca lo fue. El Código Civil argentino a decir de Pérez Lasala, excluye a los indignos y desheredados pues no tienen la calidad de herederos, tesis de la cual participa Esther Berasategui cuando dice: «los declarados indignos o desheredados no están obligados a colacionar, puesto que la colación solo tiene lugar entre los herederos, carácter del que ellos carecen».

4. COLACIÓN DEL RENUNCIANTE

Nos referimos al heredero que en vida del causante recibe una liberalidad, y luego de abierta la sucesión, por propia voluntad se aparta de esta, vía la renuncia; en esa circunstancia, cabe preguntarse si ese renunciante debe devolver lo recibido, ya que lo recibió como anticipo de herencia (en todo caso la ley lo considera como tal), herencia a la cual acaba de renunciar.

El Código Civil de 1852, en su artículo 940, decía: «la renuncia de la herencia no exime al heredero de traer a colación lo que hubiese recibido», pues bien, este artículo no dejaba lugar a dudas de que el renunciante debía colacionar, en tanto que al renunciar a la herencia se renunciaba al anticipo, sin embargo, este criterio fue modificado por el Código Civil de 1936, el mismo que en su artículo 782 estableció: «la renuncia de la herencia no exime de devolver lo recibido en cuanto excede de la facultad de donar», lo que significaba que si el importe de lo recibido como liberalidad, no excedía de la cuota de libre de disposición del causante (facultad de donar), entonces el renunciante no debía devolver nada, y si había exceso, era este exceso el que se devolvía, pero no por colación, sino por reducción de la donación. Al renunciante que se aparta de la sucesión se le considera como si nunca hubiese sido heredero, y en esa circunstancia cualquier liberalidad dada a su favor se tiene como una donación a tercero ajeno a la sucesión, y esas donaciones tienen un límite para defender a los legitimarios; en

efecto, la liberalidad no puede exceder de la cuota de libre disposición, y si hubiera excedido la porción disponible del causante, ese exceso debe ser devuelto, pero quien lo devuelve es un tercero ajeno a la sucesión, a quien no le alcanzan las normas de la colación.

El Código Civil de 1984 repite este concepto, y así el artículo 842 dice textualmente: «la renuncia de la legítima no exime al heredero de devolver lo recibido en cuanto exceda de la porción disponible del causante»; creemos que no ha hecho bien el legislador al utilizar el término heredero, pues por los efectos de la renuncia, este ya no lo es desde que se abre la sucesión; ahora bien, al haberse apartado el llamado heredero de la herencia vía la renuncia, y como esta se retrotrae al momento en que se abre la sucesión, se tiene al renunciante, reiteramos como si nunca hubiese sido heredero, y en esa situación al no serlo, no está obligado a colacionar, y al no considerársele heredero, la liberalidad recibida se entiende otorgada a un tercero ajeno a la sucesión, y por lo tanto esa liberalidad debe encuadrarse dentro de los límites que establece la ley para las donaciones, esto es, que no superen la porción disponible del causante, y si llegan a superar, ese exceso debe devolverse pero no por colación, sino como lo dice el artículo 1645 del Código Civil en su parte pertinente; «Si las donaciones exceden la porción disponible de la herencia se suprimen o reducen en cuanto al exceso...».

Autores calificados como Messineo y Mazeaud, dicen que la renuncia exonera al heredero de la comunidad hereditaria y de la colación, no de la reducción por inoficiosidad de la donación. Se señala que si el heredero renuncia a su parte de la legítima, la donación hecha ya no tendrá el carácter de anticipo ya que no le corresponde legítima al donatario, entonces se afirma que no se debe colacionar el anticipo de algo que no existe.

El artículo 842 que regula esta materia, sin proponérselo, posibilita que la renuncia pueda ser usada a favor del heredero que recibió un anticipo, con la finalidad de quedarse con esa liberalidad, porque le resulta mucho más conveniente que una participación en la herencia. Veamos con un ejemplo lo que puede pasar. El causante tiene 10 hijos, y solo a uno de ellos le ha anticipado con un bien de un valor de 30 000; al abrirse la sucesión, deja como patrimonio hereditario la suma de 90 000; por lo tanto los 9 hermanos que no fueron anticipados tienen el derecho de pedirle al beneficiado que colacione los 30 000, y si ello se da, entonces el patrimonio a dividir será 120,000, correspondiéndole a cada uno de ellos la suma de 12 000, y como el anticipado recibió 30 000 está condenado a devolver 18 000. En esa circunstancia, el anticipado piensa que una renuncia a la herencia le sería mucho más provechosa, debido a que lo recibido en vida del causante llega a 30,000, suma esta que no supera la porción

disponible del causante (habiéndose reconstruido el patrimonio, este asciende a 120 000, de los cuales el tercio equivale a 40 000), y en consecuencia al renunciar a la herencia, renuncia a su legítima, y se queda con la liberalidad, sin tener que devolver nada a sus hermanos. Estos por su parte, se repartirían los 90 000, y a cada uno de ellos les correspondería 10 000. Obsérvese de todo ello que termina instrumentalizándose la renuncia, con el solo efecto de no colacionar y por ende beneficiar a uno de los que debió concurrir a la sucesión, lo que no parece lícito, pero sí legal.

5. BENEFICIARIOS DE LA COLACIÓN

Debe entenderse que los que se benefician con la colación son los herederos forzosos que no fueron anticipados y por lo tanto con derecho a solicitarla, no extendiéndose esta potestad a nadie que no lo sea. En tal mérito deberíamos pensar que la colación no podrá ser solicitada por los acreedores de la sucesión, ni por los acreedores de los herederos, ni tampoco por los legatarios, a quienes supuestamente la colación no los beneficia, y así lo da a entender el artículo 843 del Código Civil cuando señala: «la colación es solo a favor de los herederos y no aprovecha a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión». Entonces, ante el supuesto de un anticipo a favor de un heredero forzoso, y si este concurre con otros herederos forzosos de igual clase y condición pero no anticipados, son estos últimos los únicos que podrían solicitar la colación; ahora bien, si el causante al abrirse la sucesión dejó obligaciones insolutas, cabe la pregunta si a estos titulares de los créditos impagos no les alcanza la posibilidad de pedir la colación, y si la respuesta fuera negativa, ¿por qué no tienen derecho a solicitarla?

Una de las respuestas a intentarse podría ser que, en vida del de cujus, la ley otorgó a los acreedores del causante todas las acciones necesarias para recuperar su crédito, e incluso con la posibilidad de solicitar la insolvencia de su deudor; por otro lado, no olvidar la preferencia de los acreedores para realizar sus créditos; en efecto, una liquidación de una sucesión tiene etapas marcadas, las mismas que no pueden trastocarse, así en cuanto a los pagos a realizarse por las deudas transmitidas, primero se encuentran los acreedores de la sucesión, acreedores que lo fueron del causante, luego el pago de la legítima y en último lugar los legados; por lo tanto, dichos acreedores de la sucesión están protegidos por la normatividad legal (ver artículos 871 y 872 del Código Civil), sin embargo, no desaparece el riesgo de que, al no demandarse la colación, pueda llegar a afectar el derecho del acreedor de la sucesión y que antes lo fue del causante.

Abordemos ahora el caso de los legatarios a quienes la ley no les da derecho de solicitar la colación. En cuanto a los legados, como sabemos, constitu-

yen una liberalidad. El artículo bajo comentario nos señala igualmente que los legatarios no pueden demandar la colación. Estos no podrán exigir el pago de su legado en base a los bienes colacionados, empero debe repararse en que el legado es disposición de última voluntad del causante, y que el legado necesariamente sale de la cuota de libre disposición; ahora bien, para saber cuál es esta cuota debe hacerse la computación, esto es, la reconstrucción del patrimonio hereditario, lo que implica adicionar al caudal relicto, entre otros, el importe del anticipo, y con el total recién sabremos a cuánto asciende la legítima y la porción disponible.

Veamos con un sencillo ejemplo cómo la colación terminaría beneficiando al legatario, y por ende con suficiente argumento como para dar acción a estos a fin de solicitar la colación. El causante al fallecer deja como caudal relicto la suma de 90 000, y en vida había anticipado a su hijo, heredero forzoso, con un bien cuyo valor es de 30 000; el causante en su testamento instituye a sus tres hijos como sus herederos, e instituye un legatario a quien le deja la suma de 40 000. Entonces al abrirse la sucesión, y según el artículo 843 del Código Civil, solo pueden pedir la colación, los dos hermanos, hijos del causante que no fueron anticipados, pero no puede solicitarla el legatario, y si los herederos anticipados no solicitan la colación, el patrimonio hereditario del cual saldrá la legítima, y la porción disponible será de 90 000, entonces la legítima a distribuirse será de 60 000, y el legado a pagar será de 30 000, lo que implica que ese legado de 40 000 termina reduciéndose, lo que no ocurriría si el legatario pudiera estar facultado a solicitar la colación (obsérvese el interés directo en el legatario), en tanto que al exigir la colación, el patrimonio hereditario reconstruido sumaría 120 000, de los cuales la legítima asciende a 80 000, y la porción disponible, 40 000; esto es, el legatario tendría derecho al legado, tal como lo instituyó el causante, cumpliéndose de esta manera fielmente con la voluntad del testador; sin embargo, vemos cómo el artículo 843 no posibilita esta acción a favor del legatario, lo cual nos parece incorrecto.

Sobre el mismo tema, se podría alegar en contrario, que la colación tiene sentido solo en tanto que se trata de proteger la legítima, y eso es exacto, pero no debe perderse de vista que en una sucesión testamentaria, la voluntad del testador debe respetarse hasta donde sea posible, lo cual no se estaría cumpliendo en el ejemplo propuesto; también se podría decir en contrario, que el anticipo es una liberalidad realizada en vida del causante y el legado es una disposición mortis causa, y que el causante al testar, luego de haber realizado el anticipo, lo hizo en función del patrimonio real que tenía en el momento de testar, no considerándose el anticipo, pues este ya había cumplido su propósito; es decir transferir propiedad a favor del anticipado. Entonces, al abrirse la sucesión, no tiene por qué considerarse para los efectos del legado ese anticipo; so-

bre el particular diremos que es una tesis, pero que cabe postular otra, ya que el testador también pudo haber estado en la idea de instituir legatario asignándole una suma en función del patrimonio reconstruido, empero lo que debe tenerse en cuenta desde el punto de vista legislativo, es que el legatario no tiene acción para solicitar colación, tal como se desprende de la lectura del artículo 843.

En conclusión pensamos que si la colación es una operación que tiene por finalidad que herederos de igual clase y condición reciban cuotas iguales, no dejando margen para que exista desigualdad entre ellos, también reconocemos que si la sucesión testamentaria responde a la voluntad del causante, quien a través del testamento ordenó su sucesión, debemos tender a respetar al máximo la voluntad de éste, y si eso pasa por conceder acción al legatario para demandar colación, entonces habría que contemplarla, sobre todo si esa acción no altera en nada los derechos de los legitimarios.

El otro caso a contemplar está dado por los acreedores de los herederos y su posibilidad de solicitar colación en nombre de su deudor. Veamos con un ejemplo esta posibilidad. El causante deja como patrimonio hereditario la suma de 90 000, y en vida anticipó a favor de uno de sus hijos con un bien por un valor de 30 000. Al abrirse la sucesión le sobreviven al causante tres hijos, entre los cuales encontramos al que recibió la ventaja económica. Entonces si los herederos forzosos no anticipados solicitan la colación, el patrimonio hereditario a dividir será de 120 000, correspondiéndole a cada una de ellos la cuota de 40 000; y en el caso del anticipado, se imputa a su cuota los 30 000 recibidos, por lo que sólo se le entrega la diferencia de 10 000, ahora bien, si los herederos forzosos no solicitan colación, pese a que la computación (reconstrucción patrimonial) arroja 120 000, el patrimonio hereditario a dividir será de 90 000, y cada uno de estos herederos forzosos recibirá 30 000, con lo cual el anticipado termina beneficiándose doblemente, pues ya en vida del causante recibió 30 000, y luego de muerto el causante recibe otros 30 000, en conclusión ha recibido 60 000, mientras que los otros herederos reciben 30 000 cada uno; pues bien, ello no ofrecería problema alguno, en tanto que como ya quedó establecido la colación debe ser requerida, solicitada, demandada, y si los herederos forzosos llamados a serlo, no lo hacen, entonces no perjudican a nadie, y en esa medida, la ley no puede ir más allá de la voluntad de ellos, sin embargo, y en ese mismo ejemplo, si uno de los herederos no anticipados tiene un acreedor, a quien le debe una determinada suma, la misma que se encuentra impaga, y al ocurrir la apertura de la sucesión, este heredero no anticipado no solicita colación, tenemos como resultado que a este heredero solo le correspondería 30 000, empero con colación su participación se eleva a 40 000, en esa circunstancia, el acreedor de ese heredero se encontraría en mejor posición para cobrar su crédito, por ello cabe la pregunta si ese acreedor, utilizando la vía de la subrogación, ¿podría solicitar la colación?

El artículo 1219, inciso 4º del Código Civil señala que son efectos de las obligaciones, con respecto al acreedor, ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que son inherentes a la persona, claro está que una tesis contraria para no permitirle al acreedor accionar nos diría que la colación es una acción personal, y que por lo tanto solo le corresponde al heredero que tiene título para ello, título de sucesor, que por cierto carece este acreedor: sin perjuicio de lo señalado quedan claros la legitimidad y el interés del acreedor del heredero para solicitar colación.

Downloaded from

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO II
COLACIÓN

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO

1. ¿QUÉ ACTOS JURÍDICOS COMPRENDEN LAS LIBERALIDADES SUJETAS A COLACIÓN?

Liberalidad, según la Real Academia Española, es una virtud moral que consiste en distribuir a alguien generosamente sus bienes sin esperar recompensa. Disposición de bienes a favor de alguien sin ninguna prestación suya, en consecuencia y dentro de este marco general en que se traza el término liberalidades, y a propósito de las donaciones que tienen repercusiones sucesorias, vimos los numerales 1629 y 1645, normas que directa o indirectamente terminan protegiendo la legítima; ahora bien, si estas donaciones fueron otorgadas a favor de los llamados herederos forzosos, entonces se considera que han sido otorgadas en calidad de anticipo de herencia, y son estos anticipos los que terminan colacionándose; sin embargo, como veremos a continuación, las ventajas económicas recibidas por el heredero de parte del causante no solo aparecen como donaciones, sino también bajo otra forma de actos jurídicos, como por ejemplo la condonación.

El artículo 831 del Código Civil dice textualmente: «Las donaciones u otras liberalidades que por cualquier título hayan recibido del causante sus herederos, se considerarán como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél»; al respecto y para una mejor comprensión de la institución, creemos que el artículo en mención solo debió emplear el término liberalidades, sin hacer mención a las donaciones, pues las liberalidades resultan siendo el género, y sus diversas manifestaciones pueden ser varias, dentro de las cuales se encuentra la donación, más la liberalidad no se agota en esta, pues también son liberalidades la condonación, el perdón al deudor, el pago de deu-

das perecidas, esto es, cualquier beneficio económico recibido por el heredero, y por el cual no se obliga a contraprestación alguna. Cierto es que la liberalidad más conocida es la donación, empero, como ya lo tenemos expresado, solo es una de las formas como aparece la liberalidad.

Son materia de regulación igualmente los frutos e intereses producidos por el bien anticipado, y ello para conocer desde cuándo son colacionables. Sobre este tema diremos que nos parece acertada la forma como ha regulado el legislador, en tanto que conforme lo señala el artículo 840, los intereses legales y los frutos que produzcan el dinero y demás bienes colacionables integran la masa hereditaria desde la apertura de la sucesión, lo que significa que esos rendimientos del bien anticipado desde que se abre la sucesión, ya no son de exclusividad del que recibió el bien, sino ahora les corresponden a todos los herederos, aun cuando el legislador en forma confusa dice que integran la masa hereditaria; pero esta masa no se incrementa, pues desde la muerte del causante la masa existente al momento del deceso es lo que se transmite, quedando intacta, resultando por ende que esos frutos e intereses van a corresponder en propiedad a los sucesores, dentro de los cuales se encuentra el heredero que fue anticipado.

Entre otros autores, Polacco no está de acuerdo con la solución que sobre los frutos propone nuestra legislación, ya que según refieren, el donante puede vivir muchos años desde que se efectúa la donación, por lo que la acumulación de los frutos puede llegar a ser mayor que el importe del capital donado, y por ello concluyen que debería colacionarse; ahora bien, una afirmación así significa un desconocimiento de lo que es el anticipo de herencia, y de las características del acto jurídico tal como se manifiesta el anticipo, esto es la donación, que, como sabemos, transmite propiedad a favor del donatario; en consecuencia, de conformidad con el artículo 892 del Código Civil, los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario del bien, que en este caso es el anticipado y le seguirán perteneciendo en tanto que no nazca la obligación de colacionar, la misma que, como sabemos, aparece a la muerte del causante.

2. DISPENSA DE COLACIÓN

Ha quedado claro que cuando el causante otorga una liberalidad a su heredero forzoso, se presume que lo está haciendo como una suerte de entregar todo o parte de su participación de la herencia que por ley le corresponde, es decir un anticipo de lo que le va a corresponder cuando ocurra el deceso del causante; por otro lado, también cabe precisarse que no se trata de que el causante entregue esa liberalidad, con la idea de beneficiarlo exclusivamente al anticipado en perjuicio de los otros sucesores, de allí que el mismo artículo 831

del Código Civil diga textualmente: «Las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título, hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se considerarán como anticipo de herencia...»; por lo tanto se trata de una suerte de adelanto de lo que le va a corresponder al abrirse la sucesión; aquí el término considerarán que emplea el numeral bajo comentario, significa comprender, tener como un verdadero anticipo; entonces, si el causante desea que esa liberalidad no se entienda como adelanto de herencia, debe decirlo expresamente, pues de lo contrario y aun cuando esa hubiera sido su voluntad, tal liberalidad como ya hemos mencionado deberá colacionarse.

En los casos en que el causante desee liberar a su heredero, a quien anticipó, de la obligación de colacionar, lo manifestará expresamente, y en esa circunstancia, ese anticipo no será colacionable, por ello el legislador regula la dispensa de colación manifestando lo siguiente: «La dispensa está permitida dentro de la porción disponible y debe establecerla expresamente el testador...».

Dispensa significa liberar, exonerar a alguien de un deber u obligación, y en este caso, el testador libera a su heredero de la obligación de colacionar. Ahora bien, el artículo 832 del Código Civil, que se ocupa de este tema, refiere que la dispensa está permitida dentro de la cuota de libre disposición del causante, y ello nos parece en primera instancia bien, si consideramos que al no imputarse a la legítima del anticipado el valor del bien, entonces ese valor se imputa a la cuota de libre disposición del causante; por lo tanto, debemos decir que la misma ley le impone un límite a la liberalidad, pues si hubiera exceso este será ineficaz, pues dicho exceso estaría afectando a los otros herederos.

Conocer si ha habido exceso o no en la dispensa, nos lleva a esperar a la apertura de la sucesión, momento crucial en todo proceso sucesorio, pues allí tendremos el referente patrimonial causado, luego de la reconstrucción del patrimonio hereditario, y sobre ese referente conoceremos el importe de la legítima y la de la cuota de libre disposición, y conoceremos si la liberalidad otorgada por el causante con dispensa se encuadra dentro de los límites de la porción disponible; en consecuencia, en vida del causante, no podrá impugnarse cualquier liberalidad que haga y que se considere anticipo, y no podrá hacerse en tanto que, estando vivo el causante, no sabemos cuanto será su patrimonio en el momento de su deceso.

3. MODOS DE HACER LA DISPENSA

El artículo 832 que estamos comentando, refiere que la dispensa puede hacerse en el testamento o en otro instrumento público; en consecuencia, no puede aparecer la dispensa en documento privado. En cuanto a la primera for-

ma como puede aparecer la dispensa, es totalmente procedente que el testador haga uso de su testamento para referirse a un anticipo que hubiera otorgado a uno de sus herederos, y que ahora exprese claramente que es su voluntad que el valor de ese anticipo no se colacione.

La dispensa puede aparecer en instrumento público, esto significa que la dispensa puede consignarse en el mismo instrumento público en que aparece el anticipo, o en instrumento público posterior que haga referencia al anticipo, expresando su voluntad de dispensarlo de colación. Si la liberalidad calificada por la ley como anticipo, aparece en documento privado, no será procedente que en ese mismo documento aparezca la dispensa, pues estaría contraviniendo lo señalado por el artículo 832, que señala al testamento y la escritura pública como únicas formas en que debe aparecer la dispensa .

De lo señalado, podemos enfatizar que no hay dispensa tácita, no es posible que por vía de interpretación lleguemos a establecer que el testador dispensó a alguien, pues, como lo señala el artículo 832, la dispensa debe ser expresa: «La dispensa está permitida dentro de la porción disponible y debe establecerla expresamente el testador...».

La redacción del artículo bajo comentario, no es muy clara en tanto que si bien es cierto establece las formas como debe aparecer la dispensa, sin embargo termina el numeral precisando que «...debe establecerla expresamente el testador», lo que puede llevar a error y creer que solo se puede dispensar por testamento; sobre el particular, debió emplearse otra redacción que integre las formas del testamento o la escritura pública; incluso cuando se trabajó el proyecto del Código Civil, se propuso la siguiente redacción: «la dispensa debe establecerla expresamente quien hace la liberalidad», ello, como es obvio, permitía considerar la dispensa que aparezca bajo la forma de testamento o de escritura pública, y reiterando un concepto ya trabajado, que la dispensa no puede aparecer en documento privado.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO II
COLACIÓN

CAPÍTULO CUARTO

CAPÍTULO CUARTO

1. FORMAS DE COLACIONAR

Son dos formas las clásicas de colacionar: devolviendo el bien materia del anticipo, llamada colación en especie, o tomando de menos, lo que el valor del bien importase; esta última es conocida como colación por imputación. Sin embargo Clemente de Diego agrega una más, denominándola promisoria caucional, afianzando que se colacionaría cuando el obligado no tenga en su poder los bienes o exista duda acerca de la colación.

Nuestro Código Civil refiere en el artículo 833, lo siguiente: «La colación de los bienes se hace a elección de quien colaciona, devolviendo el bien a la masa hereditaria o reintegrando a esta su valor...». Obsérvese que la primera forma de colación, a la que el Código describe «como devolviendo el bien», es la que se conoce como colación en especie; sin embargo, la segunda forma de colación que contiene nuestro Código la describe como «reintegrando su valor».

Una primera interrogante a plantearse es qué significa reintegrar su valor; sobre el particular, diríamos que a lo mejor el legislador lo que ha pretendido es que el obligado pague el valor del bien anticipado a la masa hereditaria, si eso fuera, termina siendo ocioso, en el caso de que el valor del anticipo fuera menor a la cuota que le corresponde al anticipado, pues para qué pagar, si lo que podría hacerse es tomar de menos de su cuota el importe del valor del anticipo, en otras palabras, se imputa (carga) a su cuota el valor de lo anticipado.

Otra posibilidad es entender el término reintegrar como la forma de regresar ,a la masa hereditaria contablemente, el valor del bien recibido para los efectos de la reconstrucción del patrimonio hereditario, y una vez realizado ello, entonces recurrir a la forma clásica de colación, esto es, imputar el valor de

lo recibido a su cuota hereditaria; esta última interpretación estaría más en la idea del paso previo a la colación que la colación misma; en conclusión, resulta poco clara la redacción del artículo para entender la segunda forma de colación. Sobre el mismo tema, volveremos a propósito de la colación por imputación.

Debe resaltarse, no necesariamente por ser lo mejor, la preferencia que se otorga al obligado a colacionar, entiéndase opción al obligado para que pueda elegir la forma de colacionar.

2. COLACIÓN EN ESPECIE

Esta forma de colacionar es cada vez menos frecuente, por la inconveniencia para los otros sucesores, a quienes obviamente no les interesará recibir un bien que ya ha sido usado, e incluso con el deterioro normal de las cosas; por ello, entre otros, la legislación argentina no admite esta forma de colación.

Nuestros legisladores sí regulan esta forma de colación, y si el obligado opta por esta fórmula, los otros sucesores no podrían oponerse. La colación en especie implica que se devuelva el bien recibido en el estado en que se encuentre cuando se abre la sucesión, estadio trascendental en todo el proceso sucesorio, pues desde allí surge la obligación de colacionar, aún cuando materialmente la colación termina dándose en el momento de la partición.

El legislador peruano se pone en el supuesto de colación de un inmueble, y en este caso, refiere el artículo 833 del Código Civil, donde si el inmueble recibido como anticipo hubiera sido vendido o está hipotecado, entonces no cabe la colación en especie.

Resulta claro y obvio que no cabe colación en especie cuando el bien anticipado ha sido dispuesto, en tanto que resulta materialmente imposible se devuelva algo que ya no le pertenece al heredero. En lo que se refiere al bien hipotecado, resulta conveniente a los intereses de los otros sucesores que no opere la colación por especie, pues no tendrían que recibir un bien con semejante carga.

Es natural que el bien anticipado no permanezca en el estado que se encontraba cuando se finiquitó la liberalidad, pues este bien puede haber aumentado de valor, o desmejorado su valor. En esa circunstancia, se ha visto precisado el legislador a regular en estos dos supuestos, y así nos dice que el que colaciona en especie puede deducir a su favor el valor de las mejoras que hubiera realizado y que han aumentado el valor del bien, pero puede ser a la inversa, que el bien esté deteriorado por culpa del anticipado, entonces no tienen por qué los otros sucesores perjudicarse recibiendo un bien desvalorizado. En esa circuns-

tancia, refiere el artículo 834 del Código Civil, el anticipado deberá resarcir los deterioros ocasionados por su culpa.

No hay regulación expresa con respecto a la colación de los bienes muebles, por lo tanto, tendríamos que estar a lo dispuesto por el artículo 834 del Código Civil; sin embargo, creemos que los bienes muebles son más fáciles de deteriorarse, y, en esa medida y por conveniencia de los otros sucesores, debería hacerse la colación no por especie, sino por imputación.

3. COLACIÓN POR IMPUTACIÓN

Nuestra legislación no usa el término imputación para referirse a otra de las formas de colación, diferente a la de especie. Más bien y como ya lo hemos señalado emplea la frase: «reintegrando su valor». Nosotros creemos que a lo que se refiere el legislador con esta expresión es a la colación conocida en doctrina como imputación, pero primero describe la etapa previa, esto es, el regreso del valor del bien recibido en vida del causante a la masa hereditaria, lo cual ocurre contablemente para los efectos de la reconstrucción del patrimonio hereditario.

En cuanto al primer significado que le podemos dar a «reintegrar su valor», implicaría que se pague el precio del bien anticipado. Veamos con un ejemplo cómo operaría esta colación: si el heredero forzoso recibió como donación un bien por un valor de 40 000, entonces al momento de colacionar debe pagar, cancelar el importe de esos 40 000; sin embargo, esta cancelación o pago terminaría siendo ocioso, en tanto que el mismo efecto se consigue si esa misma cantidad puede serle descontada de lo que le corresponde con una simple operación aritmética. Así, si la cuota de ese heredero forzoso fuera de 60 000, entonces se le descuenta de su cuota el valor de lo recibido, que en este caso es 40 000, por lo tanto, solo va a tomar de la masa hereditaria la suma de 20 000.

En cuanto a la segunda interpretación, esto es, que la frase utilizada «reintegrando su valor» hace referencia al regreso del importe de lo recibido a la masa hereditaria, para los efectos de la reconstrucción del patrimonio hereditario; pues bien, como ya lo hemos manifestado, esta operación de reconstruir el patrimonio siempre se va a hacer, exista o no obligación de colacionar. En todo caso, así deberíamos actuar ante un caso de colación.

La conclusión a la que arribamos, respecto al empleo de «reintegrando su valor», es que nuestros legisladores han querido describir la forma cómo opera la colación, y en este caso detallan que para que opere la colación, primero, debe regresar a la masa hereditaria el valor de lo recibido en vida del causante, y luego de ello, recién comienza a funcionar la colación.

Imputación en contabilidad significa cargar a una cuenta, y en efecto eso es lo que pasa en la colación, en que termina cargándose a la cuenta del heredero forzoso el importe de lo recibido del causante como liberalidad. Así, si la cuota hereditaria (cuenta) del heredero forzoso es de 60 000, y recibió como liberalidad en vida del causante 50 000, entonces esta cantidad se descontará de lo que le corresponde; esto es, si su alícuota es de 60 000, solo se le entregará 10 000, en tanto que ya en vida del causante había recibido 50 000. En conclusión, el heredero forzoso toma de menos el importe de lo recibido en vida del causante. Claro está que si el valor de lo recibido supera el importe de su cuota, por ejemplo, recibió por 50 000, y su cuota es de 30 000, entonces este heredero forzoso deberá, ahora sí pagar la diferencia a sus coherederos. En este caso, la colación impone la obligación de pago por parte del anticipado, y un derecho de crédito a favor de los herederos forzosos no anticipados.

La mayoría de las legislaciones adoptan la forma de colación por imputación. Sobre el particular, el Código Civil español, en su artículo 1047, dice: «el donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido percibiendo sus coherederos el equivalente...».

4. COLACIÓN DE DINERO, CRÉDITO O TÍTULOS VALORES

Ha querido precisar el legislador la colación de estos bienes, en tanto que encuentra algunas particularidades que pueden crear problemas al momento de colacionarse; la fórmula que emplea el Código en el artículo 835 es la siguiente: «Si la liberalidad consistió en dinero, crédito o títulos valores, se hará un equitativo reajuste, según las circunstancias del caso, para determinar el valor colacionable al tiempo de la apertura de la sucesión». En caso de discrepancia entre los herederos, el valor será determinado, en la vía incidental por el juez a quien corresponde conocer la sucesión».

A guisa de ejemplo de colación de dinero, veamos el supuesto del heredero forzoso, quien recibió como donación en vida del causante la suma de 200 000. Esta cantidad de dinero es la que deberá colacionarse; en este caso entendemos vía la imputación; sin embargo, con un agregado que resulta muy importante, esto es, la colación deberá hacerse con un equitativo reajuste, a los efectos de que los otros herederos forzosos no se vean perjudicados, recibiendo un dinero devaluado.

Siempre en el tema de la colación de dinero, nos preguntamos cómo debería colacionarse si el dinero recibido por el heredero dejó de circular. Por ejemplo, si en vida del causante, este, el año de 1989 regaló a su hijo la suma de

dos millones de intis, y la sucesión se abre en el 2007, cuando ya no existe esa moneda. Entonces, el problema que surge es, cómo opera en estos casos la colación. Deberá el anticipado devolver los dos millones de intis convirtiéndolos a los nuevos soles, con lo cual perjudica enormemente a sus coherederos, o será que estos soliciten que la colación se haga tomando como referencia una moneda fuerte, dura, como por ejemplo el dólar, y pidiendo que se colacione por el valor a que ascendía los dos millones de intis con respecto al dólar, cuando se hizo la liberalidad, con lo cual los coherederos recibirán un trato mucho más equitativo. En esa circunstancia, obviamente tendrá que intervenir el juez para dilucidar el problema, juez a quien corresponde conocer la sucesión tal como lo refiere la norma comentada; y, para resolver, tendrá un elemento que le proporciona la misma norma. En este caso, deberá hacer un equitativo reajuste.

Similar caso es el de los créditos y títulos valores, a los que el legislador ha dado el mismo trato. En estos supuestos, también se hará la colación con un equitativo reajuste.

En los casos de dinero, créditos o títulos valores se prevé la intervención del juez para solucionar los conflictos que de seguro se van a dar, en tanto que los intereses del colacionante y de los coherederos terminan oponiéndose entre sí.

5. VALOR COLACIONABLE

El Código Civil de 1936 refería que la colación se efectuaba por el valor del bien que tenía cuando se hizo la liberalidad, sin embargo, este criterio ha sido dejado de lado por el legislador de 1984, el mismo que ahora nos señala, en el artículo 833, que tratándose de colación en especie o por imputación (aún cuando ya lo hemos señalado, se usa el término «reintegrar su valor»), el valor del bien es el que tenga en el momento de la apertura de la sucesión, lo cual nos parece pertinente y mucho más equitativo, primero porque la obligación surge en el momento en que se abre la sucesión (aún cuando en puridad la colación se hace al momento de la partición), y segundo porque se evita una injusticia, de parte de los herederos forzosos no anticipados, quienes podrían (si se tratara de la colación por el valor del bien cuando se hizo la liberalidad) recibir bienes por valores considerablemente inferiores al que se tiene al momento de abrirse la sucesión. Un sector importante de la doctrina nacional sugiere que el valor del bien a colacionar se estime no en el momento en que se abre la sucesión, sino, para ser realistas, en el momento en que se verifica la partición; en tanto que desde que se abre la sucesión hasta que se realiza la partición, puede, y de hecho sucede, que transcurra un tiempo mucho más que prolongado, con el perjuicio que ello pueda ocasionar.

Creemos que el legislador del Código Civil de 1984 ha tomado en cuenta el problema de la devaluación para optar por este nuevo criterio.

En cuanto a la transferencia del bien donado (si fuere el caso), por el cual el heredero forzoso recibió un determinado precio, en este supuesto, creemos que la colación debería hacerse al valor real de la enajenación, actualizado al momento de la apertura de la sucesión.

6. BIENES NO COLACIONABLES

El Código Civil de 1984, en artículos varios, nos precisa qué bienes no entran en la colación. Veamos cada uno de ellos.

a) Aun cuando resulte obvio, se precisa que no son colacionables los bienes entregados al heredero forzoso con dispensa de colación, en este caso, como sabemos, al no colacionarse y no imputarse a la legítima del beneficiado, el valor de ese bien se imputa a la cuota de libre disposición, y si el valor de ese bien excede el monto de la porción disponible, entonces el heredero queda obligado a devolver tal exceso, pero no por colación, sino en este caso por exceso de la liberalidad con respecto a la cuota de libre disposición. Así el artículo 1645 del Código Civil, nos refiere que si las donaciones exceden la porción disponible, se suprimen o reducen en cuanto al exceso. Al abrirse la sucesión, el heredero forzoso se verá beneficiado por decisión del causante, en tanto que a lo recibido en vida del causante, debe sumarse el íntegro de su cuota hereditaria sin descuento alguno.

b) No son colacionables los bienes perecidos sin culpa del heredero forzoso, antes de abrirse la sucesión. Se trata de evitar una injusticia. Si efectivamente el heredero forzoso recibió un bien en vida del causante, y antes de abrirse la sucesión, el bien hubiese desaparecido, perdido por caso fortuito o fuerza mayor, sin ninguna culpa de parte del sucesor, por qué tendría que colacionar este, si en puridad, se dice, no habría gozado, o disfrutado del bien, y hasta aquí parece razonable; sin embargo, decimos nosotros, si desde que el heredero forzoso recibió el bien, lo usó y disfrutó hasta días antes de la apertura de la sucesión, y dicho bien perece, entonces ya no resulta siendo justo este tratamiento. Y, puestos en ese caso, diríamos que debería haber una colación proporcional al tiempo de disfrute del bien.

   El tema regulado en el artículo 836 del Código Civil está pensado en función de la inejecución de obligaciones por caso fortuito o fuerza mayor, pues como sabemos, la colación es una obligación a asumir por el heredero forzoso que ha recibido una liberalidad del causante; en este

caso, queda liberado de esa obligación, cuando, sin culpa suya, el bien objeto de la liberalidad ha perecido antes de abrirse la sucesión.

c) No es colacionable lo gastado en alimentos, educación, arte u oficio En principio, diremos que el legislador en este supuesto está haciendo referencia a los descendientes del causante, pues la obligación de cubrir los rubros de alimentos, educación y formación laboral lo tienen los padres respecto de sus hijos, y en el Derecho de familia, viene regulado en las instituciones de la patria potestad, y particularmente en el Instituto jurídico de los alimentos. Además pareciera que este artículo 837 regula algo que es obvio, en tanto que estas obligaciones de los padres respecto de sus hijos son obligaciones antes que legal, de orden natural; por lo tanto, todo lo que los padres puedan haber gastado en sus hijos debe considerarse dentro de estas obligaciones morales que tienen los ascendientes respecto de sus descendientes, e incluso, puede ser que los padres gasten, por ejemplo en educación, mayor cantidad de dinero en un hijo que en otro, y ello puede explicarse en tanto que los padres entienden que las necesidades de sus hijos no son iguales en todos ellos; en ese caso, el hijo en el que se gastó menos por su educación, respecto del otro en el que se invirtió mayor cantidad de dinero, no podrá pedir colación, pues no estamos ante casos de liberalidad, sino gastos necesarios realizados por los padres en cumplimiento de sus deberes que, entre otras instituciones, le impone por ejemplo la patria potestad.

d) No son colacionables los gastos realizados a favor del heredero mientras estén de acuerdo con la condición de quien los hace y con la costumbre. Recordar sobre el particular que el Código Civil de 1936, al referirse a este tema, empleó el término regalos, y así, no eran colacionables los regalos efectuados por el causante hacia uno de sus hijos, sin embargo, en ese entonces nos preguntábamos qué debía entenderse por regalos, en tanto que estos podían ser de gran significación económica o de poca monta; sobre el particular, por ejemplo, legislaciones como la venezolana, entiende por regalos todo lo que no esté referido a la alimentación, educación o dar oficio al hijo, llamándolos a estos últimos gastos; ahora bien, el legislador del Código Civil de 1984 ha cambiado el término regalos por el de gastos. Estos gastos están expresamente excluidos de la obligación de colacionar siempre y cuando hayan sido realizados sin comprometer la condición económica de quien los ha verificado.

   En efecto, no cualquier gasto (regalo) será excluido de la colación, sino tan solo aquellos que se realizan de acuerdo a la condición económica del que lo lleva adelante. Así tenemos como ejemplo, si un padre regala a su hijo un auto muy valioso, y lo hace sin mellar para nada su economía, en tanto que se trata de una persona muy solvente económicamen-

te, entonces no será colacionable, pero si ese mismo padre dona a su hijo el mismo vehículo, pero para hacerlo debe sacrificar su economía, e incluso para obtener el dinero de la compra del vehículo realiza un mutuo, en ese caso si será colacionable, pues no estará dentro de las condiciones económicas del que lo realiza. En la misma línea, refiere el artículo que comentamos, que tampoco serán colacionables los gastos hechos a favor del heredero si están de acuerdo con la costumbre. Aquí debemos entender el término costumbre, relacionando los conceptos de habitualidad y usos principalmente regionales, pero siempre teniendo como referente, la capacidad económica de quien la cumple, y así por ejemplo, no será colacionable lo que el causante regaló a su heredero forzoso, en la fecha en que se realizaba una festividad de la zona.

e) No es colacionable el importe del seguro de vida contratado a favor del heredero. Una persona (en nuestro caso el futuro causante) prevé que a su muerte, uno de sus futuros herederos por su condición de minusvalía tendrá mayores necesidades que sus coherederos, por lo que desea beneficiarlo económicamente. En atención a ello contrata un seguro a favor de ese heredero que se halla en situación de desventaja con respecto a sus coherederos; esta figura es la que regula el artículo 838 del Código Civil, cuando alude al capital recibido por el heredero de una compañía aseguradora, pues bien, ese capital no es colacionable y se dice que no lo es, en tanto que ese capital no sale del patrimonio del causante. En esa medida no tendría por qué colacionar, si en el fondo no se ha realizado liberalidad alguna de parte del causante, y en principio ello es cierto, pues ese capital que recibe el heredero, efectivamente no ha salido del causante. Sin embargo, tenemos que preguntarnos, cómo opera la formación de ese capital, y absolviendo ello respondernos, que ello funciona así, pues para obtenerlo, se debe pagar las primas pactadas con la compañía aseguradora, por lo tanto, tenemos que precisar que si ese capital no ha salido del causante, mas si ha salido de él el pago de esas primas, que incluso pueden ser muy significativas, teniendo en consideración el tiempo de pago de estas. Sobre el particular, recordemos que la legislación pasada del Código Civil de 1936, señaló que el importe del capital no era colacionable, mas si lo era las primas. Pues bien, hoy el legislador refiere que no es colacionable el importe del seguro de vida, ni tampoco las primas si cuando fueron realizados estaban dentro de la condición económica del causante; esto es, el pago de esas primas no perjudicaron la economía del causante, pues sus ingresos eran más que suficientes para efectuarlos sin comprometer para nada su patrimonio. Se dice que el fin que persigue esta norma es prever que no existan seguros excesivos que favorezcan a uno de los herederos, en perjuicio de los otros herederos.

f) No son colacionables las utilidades obtenidas por el heredero como consecuencia de contratos celebrados con el causante, siempre que estos, al tiempo de su celebración, no afecten el derecho de los demás herederos, así reza el artículo 839 del Código Civil, norma nueva, pues es sabido que tal precepto no fue tomado en cuenta por el Código Civil de 1936.

Un comentario inicial a la norma es que el término utilidades no refleja exactamente lo que se propuso el legislador, pues de una lectura completa de la norma, entendemos que a lo que se refiere es a la contraprestación de una de las partes que celebran un contrato, en el que una de estas da un servicio, y la otra paga por ese servicio; en este caso, el causante contrata con su heredero forzoso, quien le presta un determinado servicio, y ese heredero cobra un precio por ello, y el causante paga ese precio. A esta contraprestación se está refiriendo el legislador, que como salta a la vista no se trata, en puridad de utilidad, término este que alude más a un provecho material; entonces si el legislador ha querido usar el término utilidad para asociarlo a cualquier beneficio económico, sí estaría bien, pero creemos que debió ser más preciso. Pues bien, si esa llamada utilidad, a lo que nosotros llamamos contraprestación recibida por el heredero por el servicio prestado, está de acuerdo con los precios del mercado por ese mismo servicio, como es natural no será colacionable, pues debemos entenderlo como cualquier pago realizado por el causante a favor de quien le ha prestado un servicio. En esa circunstancia, ese pago no trae perjuicio alguno a los otros herederos; pero si el causante contrata con su heredero forzoso un determinado servicio, que en el mercado tiene un precio, por ejemplo, de 40 000, y el causante paga por ese servicio 100 000, es lógico suponer que el exceso (60 000) constituye una liberalidad, y que terminaría perjudicando a los otros herederos. En esa circunstancia sí debe ser colacionado.

A propósito de este tema, recordar que el Código en el título de legados regula lo que se conoce como legado remuneratorio, y que según nuestro parecer persigue el mismo fin que este artículo 839 que estamos comentando, que no es otro que tratar de evitar disfrazar liberalidades. La donación remuneratoria, tratado en el tema de los legados (ver artículo 767), tiene la misma inspiración del supuesto que estamos comentando, y en tal lugar sería bueno tenerlo como referente. Recordemos que esa norma está referida a un reconocimiento de deuda que hace el testador a favor de alguien que le prestó determinado servicio, reconociendo adeudar una suma muy superior a lo que ese servicio cuesta en el mercado. En esa circunstancia, dice el Código, se considera como pago (debió decir como obligación a pagar), en la parte en que corresponda razonablemente al servicio prestado, y como acto de liberalidad en cuanto al exceso. Pues bien, no se trata de lo mismo en el caso de la colación, pues en esta última ya se rea-

lizó el pago, en exceso, entonces ese exceso debe ser colacionado, mientras que en el primero se trata de un reconocimiento de deuda en exceso, que se entiende como una liberalidad que viene a manera de legado. Sin embargo, es evidente que ambas normas tienen el mismo propósito, el de no perjudicar a los otros herederos que concurren con el que recibió la ventaja económica, o a aquel que se reconoce deberle una cantidad en exceso.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO III
INDIVISIÓN DE LA HERENCIA

TÍTULO III

INDIVISIÓN DE LA HERENCIA

Según Cabanellas, indivisión está referida a la unidad, comunidad o también falta de división; las acepciones que se usan son la de copropiedad, condominio entre dos o más personas, comunidad de bienes, y en el plano de la herencia se llama así a la situación provisional en que se mantiene el patrimonio hereditario sin partir. Alude al patrimonio del causante que por sucesión pertenece no solo a una persona, sino a dos o más, y se encuentra en situación indivisa.

Si abierta la sucesión del causante existe un solo sucesor, no podemos hablar de indivisión de la herencia o como también se le conoce sucesión indivisa, en tanto que el patrimonio que fue del causante, en su totalidad pasará a poder de ese sucesor, quien resulta siendo el nuevo titular de ese patrimonio. En cambio, si abierta la sucesión concurren varios sucesores, sí estaremos al frente del tema planteado, esto es la indivisión de la herencia, sucesión indivisa en tanto que el patrimonio pertenecerá a todos los sucesores, y cada uno de ellos tendrá una cuota parte sobre el todo, cuota abstracta, y que no está representada por bienes singulares; en consecuencia la indivisión de la herencia se va a dar a la muerte del causante, y cuando este ha dejado pluralidad de sucesores.

La indivisión termina siendo forzada, por cuanto es impuesta a los sucesores, a quienes ni siquiera se les consulta, y también temporal, transitoria, pues en cualquier momento puede terminar cuando uno de los sucesores lo solicite, vía la partición.

Se señala, y con mucha razón, que la indivisión no resulta conveniente sino todo lo contrario, en tanto que traba el comercio y la circulación de la riqueza,

pues cualquier acto de administración y, peor, de disposición implica obtener el consentimiento de todos los sucesores, con las dificultades que esto entraña. Por ello se afirma que esta indivisión impuesta es transitoria y debe terminar cuanto antes, de allí el derecho de los sucesores de pedir partición, pedido que lo pueden hacer en cualquier momento, no existiendo plazo alguno, por cuanto el pedido de partición es imprescriptible, salvo cuando nos encontremos ante indivisiones forzosas, como lo veremos más adelante.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO III
INDIVISIÓN DE LA HERENCIA

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

1. LA COMUNIDAD HEREDITARIA COMO RESULTADO DE LA INDIVISIÓN

Cuando estamos ante una indivisión de herencia, se forma entre los coherederos una comunidad hereditaria, reiterando que estos no son titulares de bienes singulares, sino que tienen una cuota abstracta sobre el todo que constituye el patrimonio hereditario.

Se discute si esta comunidad hereditaria constituye una persona jurídica; sobre el particular, por ejemplo, Salvador Fornieles, nos da su opinión negativa, en tanto que, según refiere, toda persona jurídica, moral, tiene un patrimonio diferente a los patrimonios de las personas que constituyen la persona moral, y que ese patrimonio se halla afectado al fin que persigue esta persona, de donde se infiere que los acreedores de la persona moral en ningún caso son acreedores de los integrantes de la persona jurídica; ahora bien, veamos qué ocurre con la comunidad hereditaria. En esta, el patrimonio de la comunidad es el patrimonio de las personas que la integran, por cuanto las cuotas partes, alícuotas o fracciones de ese patrimonio pertenecen en propiedad exclusiva a los participantes de esa comunidad; por otro lado, la comunidad no tiene ningún objetivo o fin último a lograr, en todo caso los objetivos a perseguir serán los de los propios participantes de la comunidad, según sus propios intereses, razones por las cuales comulgamos con la opinión de Fornieles, y así decimos que la comunidad hereditaria no es una persona jurídica.

2. TRATAMIENTO LEGAL SOBRE LA INDIVISIÓN

El Código Civil, en el artículo 844, refiere que si hay varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la

cuota que tenga derecho a heredar, y el siguiente artículo establece que el estado de indivisión hereditaria se rige por las disposiciones relativas a la copropiedad; pues bien, ese es el marco legal de la comunidad hereditaria, claro está que hubiera sido deseable que el numeral 844 no aluda al término bienes, que puede prestarse a confusión, y más bien, precisar que cada coheredero es copropietario de una cuota parte del patrimonio hereditario, cuota que, como ya lo hemos sostenido, no está representada por bienes singulares, los cuales sí lo estarán cuando se haya producido la partición, última etapa del proceso hereditario.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO III
INDIVISIÓN DE LA HERENCIA

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

1. CLASES DE INDIVISIONES

Dentro del término genérico de la indivisión, se pueden presentar casos de indivisiones forzosas en tanto que no nacen de la voluntad del titular del patrimonio, ni de la de los sucesores, sino que vienen impuestas por la ley o por la naturaleza de las cosas; y al lado de estas tenemos las indivisiones voluntarias porque nacen a iniciativa de una persona, o responde a un consenso de varias personas. Analicemos cada una de estas.

2. LA INDIVISIÓN FORZOSA

En el caso de la comunidad hereditaria, hay supuestos de indivisión como resultado de previsiones legales, en torno a determinadas figuras protectoras de los miembros de la familia; en efecto, la ley reconoce el carácter de inalienable (en general cuando no resulta posible enajenar, por obstáculo natural o prohibición convencional o legal) a determinadas figuras, tales como el patrimonio familiar, el derecho de habitación del cónyuge supérstite, y el usufructo del cónyuge sobre la tercera parte del patrimonio hereditario, cuando concurre con los descendientes del causante. En estos supuestos, si el bien afecto a estas figuras es parte integrante de la comunidad hereditaria, no podrá partirse hasta que se extingan las referidas figuras. Veamos por separado cada una de estas instituciones.

- Patrimonio familiar. Como sabemos, se trata de un predio destinado a casa habitación de la familia, o destinado al comercio, industria, artesanía, agricultura, y que sirve como fuente de ingresos del grupo familiar. Este patrimonio familiar no podrá ser embargado, ni vendido ni limitado. Ahora bien, si dentro de la comunidad hereditaria nos encontramos con un inmueble que tiene la calidad de patrimonio fami-

liar, y sus beneficiarios siguen siéndolo, por lo tanto, aun cuando haya muerto el titular del bien y constituyente del patrimonio, no podrá ser partido. Esto es, los herederos del titular del bien tendrán que respetar el patrimonio familiar, en tanto exista por lo menos un beneficiario. Ello implica suspender la partición del bien hasta que se extinga el patrimonio familiar. Sobre el particular, es elocuente el artículo 488 del Código Civil, que alude a que el patrimonio familiar es inembargable e inalienable, y el artículo 499, que menciona los supuestos de extinción del patrimonio familiar, siendo uno de ellos, cuando todos los beneficiarios dejan de serlo. Por lo tanto, basta que uno solo de ellos exista, para que no proceda la partición del bien, partición que tendrá que esperar hasta que se extinga el patrimonio familiar.

- Derecho de habitación del cónyuge supérstite. Esta figura ya ha sido estudiada, en consecuencia, solo nos limitamos a señalar que, en tanto subsista el derecho de habitación, este inmueble sobre el cual recae el derecho, no podrá ser partido por los otros sucesores que concurren con el titular del derecho de habitación, reiterando un concepto ya trabajado, de que no se trata de que los otros sucesores pierdan su derecho, sino que ese derecho queda suspendido, en cuanto al pedido de partición; sin embargo, ellos tendrán sobre el inmueble la nuda propiedad, la misma que se efectivizará cuando se extinga el derecho y con ello dar lugar a la partición. En buena cuenta, este derecho de habitación viene a ser una carga para los sucesores que concurren con el viudo o viuda que ejercita su derecho de habitación. El Código Civil lo regula en los artículos 731 y 732.
- Usufructo del cónyuge supérstite. Este derecho, que permite al cónyuge, viudo o viuda, que concurre con los descendientes del causante, elegir el tercio del patrimonio hereditario como usufructo del mismo, en vez de aceptar su cuota hereditaria; pues bien, si ese derecho de usufructo recae sobre el inmueble que sirvió de hogar conyugal, no podrá ser partido, lo que implica que con respecto a ese bien la partición se suspenda. Regulado en el Código Civil en el artículo 823.

3. LA INDIVISIÓN VOLUNTARIA

Aquí la suspensión de la partición, por que ese es el efecto de la indivisión, surge no por mandato de la ley o por la naturaleza de las cosas o de las características de las instituciones, sino como un acuerdo que responde a la conveniencia de los sucesores o iniciativa del causante. En ese sentido, y en la medida que ese acuerdo o decisión del causante no perjudique a terceros, estaremos ante una indivisión que nace por la propia voluntad de los sucesores. Esta indivisión

voluntaria puede darse porque así lo dispone el causante, o a nivel de los mismos sucesores, si es que han convenido en establecer esta indivisión. Veamos por separado estas dos posibilidades:

4. INDIVISIÓN VOLUNTARIA ESTABLECIDA POR EL TESTADOR

Refiere el artículo 846 del Código Civil, que el testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de 4 años, sin perjuicio de que los herederos se distribuyan normalmente sus utilidades. Sobre el particular, dos precisiones que son necesarias comentar: la primera, que esta indivisión solo puede ser establecida por el causante en forma testamentaria, esto es, no cabe establecerla por documento público o privado. En conclusión solo puede aparecer por testamento; y, la segunda, que no le está permitido al causante establecer indivisión de toda la herencia, sino que debe circunscribirse a una empresa que es parte integrante de la herencia.

Esta indivisión dejada por el testador, se debe a consideraciones muy personales que lo empujan a dejar establecida la suspensión de la partición de esa empresa, en las que, de seguro, no faltarán razones de orden económico, en beneficio de algún sucesor que no se encuentra en situación de igualdad con respecto a los otros sucesores. En esa medida, piensa el testador que una partición de esa empresa en el futuro puede perjudicar a ese sucesor (puede tratarse de un incapaz) , lo que no ocurriría si esa empresa sigue funcionando como tal, obteniendo las utilidades normales, las mismas que se distribuirán igualitariamente entre los sucesores.

Esta indivisión, como ya lo hemos señalado, tiene un plazo, el cual es de 4 años. Sin embargo, no se entienda que este plazo es fatal, es decir que de todas maneras tendrá que esperarse que venza dicho plazo para proceder a la división, pues la misma ley prevé como derechos de los herederos, en circunstancias justificables, que antes del plazo, y ante pedido de los sucesores, el juez pueda ordenar la partición, tal como lo establece el artículo 850 del Código Civil.

5. INDIVISIÓN VOLUNTARIA ESTABLECIDA POR LOS SUCESORES

Refiere el artículo 847, que los herederos pueden pactar la indivisión total o parcial de la herencia, por el mismo plazo establecido en el artículo 846 del Código Civil (4 años), y también renovarla, esto es, lo que se conoce, en el Libro de Reales del Código Civil, como el pacto de indivisión, tal como lo establece el artículo 993. Ahora bien, conviene hacer algunas precisiones.

En primer lugar, aquí la indivisión no tiene por que limitarse a un bien de la herencia, sino que esta indivisión puede comprender toda la herencia; y en

segundo lugar, que el plazo de 4 años puede ser renovado por otro término, incluso por otros cuatro años, sin embargo, y como ya lo hemos señalado, la existencia de este plazo tampoco es fatal, lo que implica que si sobrevinieran circunstancias graves, cualquier sucesor podrá pedir al juez que autorice la partición.

Importante resulta precisar que, para que proceda este pacto, el acuerdo tiene que ser unánime, y en todo caso si algún sucesor disintiera con el acuerdo de no partir, deberá pagársele el importe de su cuota a fin de posibilitar el pacto, pues de caso contrario no será procedente; en efecto, el artículo 849 del Código Civil dice: «En los casos de indivisión se pagará la porción de los herederos que no la acepten». Esta norma tiene sentido en tanto que, como ya lo hemos dejado establecido, no se puede forzar a un legitimario para que acepte una suspensión de partición, yendo contra sus derechos de heredero forzoso amparado por normas de orden público, y que por lo tanto, tratándose de normas de legítima, estas son intangibles.

6. INDIVISIÓN COMO CONSECUENCIA DE SOMETIMIENTO A PROCESO CONCURSAL

Otra de las formas como aparece la indivisión, en este caso, también impuesta, es cuando la sucesión está sometida a cualquiera de los procedimientos concursales previstos en la legislación nacional. Entonces, a partir de la publicación e inscripción registral de este sometimiento, se produce la indivisión de la masa hereditaria testada o intestada.

7. ADMINISTRACIÓN Y EFECTOS FRENTE A TERCEROS CUANDO LA HERENCIA PERMANECE INDIVISA

Refiere el artículo 851 del Código Civil que mientras la herencia permanezca indivisa, será administrada por el albacea (si lo hubiera) o por el apoderado común nombrado por todos los herederos, o por un administrador judicial; ahora bien, la indivisión surtirá efectos contra terceros desde que es inscrita en el registro correspondiente.

8. REGLAS APLICABLES DURANTE LA INDIVISIÓN

En tanto que el artículo 845 del Código Civil establece que el estado de indivisión se rige por las disposiciones relativas a la copropiedad, en esa medida le serán aplicables las normas que van desde el artículo 974 al 982 del Código Civil.

De estas normas de la copropiedad, señalamos como las más importantes para los sucesores, la que establece que el copropietario que usa el bien total o parcialmente con exclusión de los demás, debe indemnizarles en las proporciones que les corresponda, salvo cuando se trata del derecho de habitación vitalicia (artículo 975); cada copropietario (coheredero) puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos, y para ello no requiere autorización de nadie, puede también gravarlos (artículo 977); sobre el derecho de disposición y su aplicación, recordemos lo dispuesto en el artículo 1209 del código Civil que faculta al heredero a ceder su derecho hereditario tratándose de sucesiones abiertas. También es de resaltar la que establece que cualquier copropietario (coheredero) puede reivindicar el bien común; así mismo, puede promover las acciones posesorias, los interdictos, las acciones de desahucio, aviso de despedida y las demás que determine la ley (artículo 979), y para ello no necesita autorización de los demás sucesores, entendiéndose la norma en tanto que su acción no solo lo va a beneficiar a él, sino que la recuperación del bien termina beneficiando a todos los sucesores.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO IV
PARTICIÓN

TÍTULO IV

PARTICIÓN

Tal como lo mencionamos, a propósito de la indivisión, la que se da solo cuando a la sucesión concurren varios sucesores, igual decimos con respecto a la partición, la que va a tener sentido cuando exista pluralidad de sucesores, ya que si solo existe un heredero, no hay nada que partir, pues él termina siendo titular de todo el patrimonio que fue del causante.

Como sabemos, cuando el causante deja varios herederos estos resultan siendo propietarios del todo, y la participación de ellos está representada en alícuotas; y la situación de ese patrimonio indiviso debe terminar, a fin de que cada heredero se convierta en propietario individual de los bienes que se le adjudiquen en cancelación de su cuota. La partición es la forma idónea de poner punto final a la comunidad hereditaria.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO IV
PARTICIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

1. CONCEPTO DE PARTICIÓN

Una primera aproximación a lo que significa la partición, sería la división de los bienes de la herencia entre todos los sucesores, a quienes se les entrega bienes en cancelación de su cuota hereditaria. Maffia nos dice de la partición que, por obra de esta la cuota aritmética que cada uno de los herederos tiene sobre la comunidad ha de traducirse materialmente en bienes determinados, sobre los cuales adquirirán derechos exclusivos, mientras que Polacco refiere que se trata de una ficción a la que califica como permuta.

La partición termina siendo la forma como concluye la comunidad hereditaria, y por esta se dividen los bienes de la herencia a favor de cada uno de los herederos, a quienes se les cancela su cuota entregándoles bienes en proporción a dicha cuota.

2. PARTICIÓN PONE FIN A LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Con la partición concluye el proceso hereditario, ya no hay más comunidad hereditaria. Así, los coherederos se convierten en propietarios individuales de los bienes que han recibido en cancelación de su cuota hereditaria. Esta etapa final del proceso hereditario debería ser de fácil realización e incluso con incentivos para llevarla adelante a la brevedad, pues una comunidad hereditaria permanente a nadie beneficia, incluyendo los sucesores, ni la sociedad misma, pues termina siendo una traba para la fluidez comercial y una pesada carga para los sucesores, que teniendo derechos sobre la herencia, no los pueden ejecutar en la medida en que, sigue la comunidad. De allí que normas como la imprescriptibilidad del pedido de partición, así como la apertura a mayor número de personas para que soliciten la partición, terminan ayudando a esta;

sin embargo, la realidad nos muestra sucesiones indivisas que tienen más de dos décadas, en tanto que por las diferencias existentes entre los herederos, no llegan a consumar una partición.

Para llegar a la partición, en primer lugar, debería hacerse un inventario del patrimonio hereditario, con su respectiva valorización. Luego de ello la certificación de los haberes hereditarios de los sucesores, y la adjudicación de bienes en cancelación de esa cuota. Ahora bien, el legislador ha trazado reglas para la realización de una partición, reglas que constituyen disposiciones que pretenden ayudar a los sucesores a través de recomendaciones sobre el cómo partir, evitando incluso los conflictos que pudieran suscitarse. Estas reglas las veremos más adelante.

3. PARTICIÓN ES UNA PERMUTA

Polacco, sostiene que la partición es una permuta. Creemos con dicho autor que ello es cierto, más aun cuando el artículo 983 del Código Civil al referirse a la partición, alude a la permuta. En efecto, el numeral comentado dice: «Por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican». Entonces podemos afirmar que en nuestro país la partición entre los coherederos termina siendo una permuta, en tanto que efectivamente cuando el coheredero recibe bienes de la comunidad en cancelación de su cuota, está cediendo su derecho a la universalidad que tiene, y eso mismo ocurre con los demás herederos quienes mutuamente se cambian sus derechos. Cuando los coherederos parten voluntariamente, el documento que contiene dicho acuerdo se denomina Laudo de Partición, el mismo que extingue el régimen de copropiedad. El acta que contiene dicho laudo es propiamente una transacción (casación 912-96), y siendo esta una forma autocompositiva de conflictos deben homologarse sus efectos a los de una sentencia judicial.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO IV
PARTICIÓN

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

1. CLASES DE PARTICIÓN

En nuestra legislación se prevé varias formas como puede aparecer la partición, e incluso considerándose la que el testador deja establecida en su testamento. Ello nos parece acertado en tanto que el sucesor debe tener alternativas para optar por la que más le convenga, claro está que si esta es sin la intervención judicial, mejor será, en tanto que estaría recogiendo la voluntad de los interesados, con lo cual se evitan los conflictos. Veamos estas clases de partición.

2. PARTICIÓN TESTAMENTARIA

Recomendable que el testador deje establecida la división de los bienes de la herencia entre todos los sucesores, con ello se evitaría conflictos posteriores, y se gana tiempo en cuanto a convertir al coheredero en propietario individual de los bienes que el testador le adjudica. Según la legislación vigente, esta partición solo puede aparecer por testamento, y no por otro instrumento, como sí lo consideró el Código Civil de 1936, al posibilitar que el causante deje establecida la partición por testamento o por escritura pública. Esta última dificultó su realización, en tanto que si no existía testamento, cómo podría adjudicarse bienes a herederos voluntarios o legatarios considerados por el causante, si estos solo pueden aparecer bajo la forma de testamento.

En el vigente Código, solo se prevé la partición establecida por el causante bajo la forma de testamento, sin embargo, el causante no necesariamente está informado de las cuotas hereditarias, y puede caer en excesos, u omisiones. Por ello hace bien el Código, al señalar en el artículo 852 que, ante estos excesos u omisiones, se puede pedir la reducción en la parte que excede la ley.

Debe tenerse en consideración que, si el testador dejó establecida la partición, ya no caben las demás formas de partición regulada, lo que implica que la partición testada tiene preferencia sobre las demás. Bien, si hubiera habido exceso, no se anula la partición, procediéndose a la reducción, en tanto, lo importante es que los herederos de la misma condición reciban bienes en cancelación de sus cuotas de acuerdo a ley. En esa medida, el que se vio perjudicado porque se le entregó bienes insuficientes para cancelar su cuota, pedirá a aquel que recibió en exceso, la reducción de su adjudicación; sin embargo, hay que tener en cuenta que el testador puede haber establecido que si efectivamente se hubieran producido esos excesos, ello deba imputarse a su cuota de libre disposición, con lo cual los legitimarios terminan recibiendo su cuota hereditaria íntegra, y, a aquel que se le entregó en exceso, no tendrá que soportar reducción alguna, en tanto que ese exceso se está imputando a la porción disponible.

3. PARTICIÓN EXTRAJUDICIAL

Si el testador no hubiera dejado establecida la partición, lo más recomendable termina siendo esta forma de partir, sin intervención del órgano judicial, en tanto que ello implica que los herederos en forma libre y voluntaria se han puesto de acuerdo en la forma como van a dividir los bienes de la herencia, evitando con ello los conflictos que suelen aparecer. Para que esta partición se dé, es necesario cumplir ciertas exigencias legales, tales como que todos los sucesores sean capaces y se haga por escritura pública, si es que existen bienes registrados; y si no los hubiera, bastará documento privado con firma legalizada.

El artículo 853 del Código Civil, de corte netamente procesal, refiere «Cuando todos los herederos son capaces y están de acuerdo en la partición, se hará por escritura pública tratándose de bienes inscritos en Registros Públicos. En los demás casos, es suficiente documento privado con firma notarialmente legalizada». Esta forma de partir es la más conveniente no solo desde el ámbito jurídico, sino principalmente en el ámbito familiar, pues si la sucesión a partir es entre familiares del causante, así se evita resquebrajamientos de los lazos familiares, y encono entre ellos.

4. PARTICIÓN JUDICIAL

Termina siendo la más frecuente, en tanto que los coherederos no llegan a ponerse de acuerdo en la forma cómo partir, y de allí la concurrencia al proceso judicial, con todas las dificultades que ello conlleva.

Refiere el artículo 854 del Código Civil, que de no existir régimen de indivisión, la partición judicial puede ser solicitada por cualquier heredero o por

cualquier acreedor de la sucesión misma, o acreedor de alguno de los herederos. Sobre el particular, debemos hacer dos alcances a la norma: en primer lugar, que solo procederá la partición judicial, si es que no estamos frente a una indivisión forzosa, o una indivisión voluntaria; sin embargo, y como ya lo hemos manifestado, aun en esos casos, y por circunstancias que justifiquen, el juez puede autorizar la partición. Y en segundo lugar, reiterando un concepto ya trabajado, no hay término para solicitar partición, en tanto que el derecho a solicitarla no prescribe.

También se pone el legislador en el caso de la partición judicial, que resulta siendo obligatoria por mandato expreso de la ley. En efecto, sucede que dentro de los herederos existen incapaces o herederos declarados ausentes; en estos casos y ante el pedido del representante del incapaz o tratándose del ausente, a solicitud de la persona a quien se le haya ministrado provisionalmente los bienes del ausente, efectuado tal pedido, necesariamente deberá realizarse partición judicial, lo que implica un litigio entre el que lo solicita y los coherederos que vienen a ser los demandados.

Para facilitar la partición de sucesiones en las que concurren incapaces o ausentes, el artículo 987 del Código Civil posibilita una suerte de partición convencional, pero con aprobación del juez, y todo ello dentro de un proceso no contencioso. En efecto, el mencionado artículo señala que se puede hacer la partición convencional, pero será aprobada por el juez, previa tasación y dictamen del Ministerio Público, precisándose que la tasación de los bienes por terceros solo requerirá firma legalizada, y que puede prescindirse de la tasación cuando los bienes tienen cotización en bolsa, o mercado análogo o valor determinado para efectos tributarios.

A la solicitud, deberá acompañarse el documento que contenga el convenio particional, firmado por todos los interesados y los representantes legales. Se comprende se haga intervenir al Ministerio Público, en tanto que se trata de proteger intereses de incapaces, y también la de los ausentes, pues debe tenerse en cuenta que estos están en situación incierta, la que posteriormente se dilucidará, y abundando sobre lo señalado, se hace igualmente intervenir al consejo de familia, si este ente familiar estuviera ya constituido. Obsérvese que en esta partición convencional, si bien es cierto interviene el juez, sin embargo, no lo hace dentro de un proceso litigioso, sino, como ya se ha señalado, dentro de un proceso no contencioso.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO IV
PARTICIÓN

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO

SUSPENSIÓN DE LA PARTICIÓN

Sin perjuicio de los casos de indivisión forzosa o indivisión acordada por los sucesores (pacto de indivisión), el legislador ha establecido algunos casos en los que se tiene que diferir la partición. Pues bien, veamos:

1. SI DENTRO DE LOS SUCESORES HAY UN CONCEBIDO

Refiere el artículo 856 del Código Civil que, si dentro de los sucesores hay algún concebido, se suspenderá la partición hasta su nacimiento, y mientras tanto la madre disfrutará de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos.

Interesa comentar la norma en mención, pues surgen algunos interrogantes, cómo si la madre que goza de ese derecho de alimentos, ¿lo hace en su condición de heredera, o es una persona ajena a la sucesión, pero que lleva en su vientre al heredero?. Sobre el particular, nuestra posición es que la norma está pensada en función de la madre del sucesor, ajena a la sucesión, a quien se le permite cubrir sus alimentos con la herencia, en función precisamente de alimentar al concebido, a través de la subsistencia de la madre.

La norma no tendría sentido si es que la madre fuera también una sucesora, pues para qué normar un derecho de alimentos que podría cubrirlos la sucesora con los bienes de la herencia, en tanto que ella también sería partícipe del patrimonio hereditario. Se señala, y creemos con acierto, que en los alimentos de la madre del concebido existe una suerte de carga de la herencia, carga que afecta a la masa hereditaria antes de su partición.

La suspensión de la partición, cuando dentro de los herederos existe un concebido, es una norma imperativa, y por lo tanto constituye causal de nulidad de partición. Si es que no se da cumplimiento a la norma, esto es, se hace la partición sin importar que dentro de los herederos existe este concebido, sobre el particular, es claro lo dispuesto en el artículo 865, que alude a la nulidad de la partición cuando se efectúa con preterición de un sucesor.

2. SUSPENSIÓN DE PARTICIÓN POR ACUERDO DE SUCESORES

El artículo 857 del Código Civil contiene dos supuestos de suspensión; en efecto, el primero está referido a la suspensión de la partición parcial o total por acuerdo de todos los herederos y hasta por un plazo no mayor de dos años. Esta primera parte de la norma se halla en concordancia con lo dispuesto en el artículo 991, ubicado en el Libro de Reales, numeral que dice textualmente: «Puede diferirse o suspenderse la partición por acuerdo unánime de los copropietarios...».

En cuanto a la segunda parte del artículo bajo comentario, contiene una suspensión por resolución judicial. En efecto, la partición puede suspenderse total o parcialmente por resolución judicial, por un plazo no mayor de dos años y con la finalidad de evitar algún perjuicio al patrimonio hereditario, o para asegurar el pago de deudas o legados. En este último supuesto, se entiende que ha habido intervención del acreedor de la sucesión o de los herederos, e incluso de los legatarios, quienes a su solicitud promueven el pronunciamiento del juez, el mismo que deberá decidir sobre esta suspensión.

En el caso de la suspensión por acuerdo unánime de los copropietarios, la norma que estamos comentando no alude a los incapaces que puedan integrar una sucesión; sin embargo, si lo hace el numeral 991 que se halla en el Libro de Reales del Código Civil, y en este supuesto, para que tal acuerdo tenga validez, deberá contar con la respectiva autorización judicial.

3. SUSPENSIÓN POR SOMETIMIENTO A PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Tal como lo manda la Ley 27809, no cabe en ningún supuesto la partición, en tanto permanezca vigente el procedimiento concursal al que se encuentre sometida la sucesión indivisa.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO IV
PARTICIÓN

CAPÍTULO CUARTO

CAPÍTULO CUARTO

1. NORMAS QUE REGULAN LA EJECUCIÓN DE LA PARTICIÓN

Se trata de un conjunto de normas que el legislador ha creído oportuno consignarlas con la finalidad de coadyuvar a una rápida y eficaz partición. En algunos casos, se trata de recomendaciones, y en otros, constituyen mandatos de obligatorio cumplimiento. Analicemos cada uno de estos.

- Inventario. Sobre el particular recordemos la obligación del albacea de efectuar el inventario dentro de los noventa días de la muerte del testador; en efecto, es una medida necesaria para tener una relación detallada de los bienes que integran la herencia, con su respectiva tasación, y por cierto en esta relación también deben incluirse las deudas existentes, sus montos, y fecha de vencimiento. En efecto, fallecido el causante, resulta indispensable tener un conocimiento certero de cómo está integrado el patrimonio hereditario, debiendo tenerse en cuenta un tema ya tratado, esto es, la reconstrucción del patrimonio hereditario, en el que no sólo se considera los bienes reales, existentes al momento del deceso, sino también los bienes ideales, aquellos dispuestos por el causante en vida. Pues bien, una vez reconstruido el patrimonio del causante, tenemos un referente importante no solo para obtener el importe de la legítima y de la cuota disponible, sino que el conocimiento certero del patrimonio facilitará la partición.
- Partición prestando garantía. Con la finalidad de no interrumpir la partición, en tanto que entre los coherederos pueden producirse controversias sobre los bienes a dividir, sobre la colación, o el valor de la colación, sobre las deudas, y demás, entonces el legislador con mucho tino señala, que aun cuando se suscite estas diferencias, no tiene por qué producir la suspensión de la partición, sino que ésta pueda seguir adelante, y para ello se prestará garantía para los resultados del juicio

que se promueva; en efecto, el artículo 858 del Código Civil dispone tal exigencia, sin embargo no dice quién es el que debe otorgar la garantía. Pensamos que lo hará el interesado en que la partición siga adelante, interesado cuyo derecho estaría siendo cuestionado por los demás herederos.

- Pago de cuotas en especie. El concepto que dimos de la partición alude precisamente a que las alícuotas de los coherederos deberán ser cubiertas entregando bienes de la herencia en proporción a su cuota, empero debe tenerse presente que ello no siempre será posible. En esa circunstancia, podrán cancelarse las cuotas en dinero, incluso para posibilitar ello podrán venderse los bienes, siempre y cuando así lo acuerden los coherederos, acuerdo que sólo requiere mayoría simple, y ratificación del juez. Esta forma de partir puede darse incluso a propio pedido de los coherederos, quienes tienen el derecho de decidir no la entrega de bienes de la herencia, sino dinero en efectivo. Además esta forma de cancelación de las cuotas es similar a lo que ocurre con el albacea cuando debe pagar deudas de la herencia e incluso legados, en esos supuestos y tal como lo señalan las disposiciones referidas al albacea, el artículo 787, inciso 7º del código civil, dice: «Vender los bienes hereditarios con autorización expresa del testador, o de los herederos o del juez en cuanto sean indispensables para pagar las deudas de la herencia y los legados».
- Bienes cómodamente partibles. Respecto a estos bienes, su partición material se efectuará adjudicándose a cada heredero los bienes que corresponda; por ejemplo, si dentro de la masa hereditaria se hallaran un lote de computadoras, entonces se entregará al heredero un número determinado de esos bienes como correspondan al valor que signifique su partición en la herencia.
- Bienes que no son susceptibles de división material. Aquellos bienes que no son susceptibles de división material, pueden ser adjudicados en común a dos o más coherederos que acuerden ello, o se venderán por acuerdo de todos y se dividirá el precio, pero, si los coherederos no estuvieran de acuerdo ni con la adjudicación en común, o en la venta, los bienes se venderán en pública subasta. Comentario obligado de esta norma, nos lleva a señalar la conveniencia de los coherederos de llegar a acuerdos que viabilicen la adjudicación o venta directa del bien o bienes, pues de caso contrario los perjudicados serán ellos mismos, en tanto que la venta en pública subasta no sólo implica asumir costos propios de la venta judicial, sino también que el precio de venta, en su gran mayoría, se va a efectuar muy por debajo del precio real.
- Partición del testador con errores de exceso. Esto se puede dar en la asignación de porciones en cancelación de cuotas, que en su totalidad

exceden el total de la herencia, por ejemplo, si el patrimonio hereditario tiene un valor de 150 000, y el testador establece la partición por 200 000, obviamente sufre de serio error el causante, en tanto que está partiendo por mucho mayor cantidad de lo que representa la herencia; en esa circunstancia, el legislador refiere que deberá darse la reducción a prorrata, lo que implica que a todos los sucesores, se les reducirá proporcionalmente, significando ello que éstos verán reducidas sus cuotas en forma igualitaria, y en la medida que el testador no haya dispuesto nada sobre el particular; o se producirá la reducción respetando la voluntad del testador, siempre y cuando esta voluntad no transgreda las disposiciones de la legítima, salvo que se trate de cuotas disponibles, dentro de las cuales pueden estar los legados. El artículo 862 del Código Civil, que estamos comentando, alude a la partición testamentaria con errores de exceso establecida por el testador; la citada norma establece: «Las porciones asignadas por el testador; que reunidas exceden el total de la herencia, se reducirán, a prorrata, salvo lo dispuesto por aquél».

- Partición de créditos. Alude a los créditos del causante y que no fueron realizados en vida de él, en esa medida tales créditos son recibidos por los herederos, y como activo que son deberán ser divididos entre los sucesores; pues bien, el numeral 863 nos parece intrascendente, en tanto que para partir se hace una distinción entre los activos del patrimonio hereditario que no la necesita; continúa la norma señalando que dichos créditos serán divididos entre los sucesores de acuerdo a la cuota que tienen cada uno de ellos.
- Partición con omisión de bienes. Debemos ser precisos que ello no es causal de nulidad de la partición, sino que en ese supuesto, deberá realizarse una partición complementaria.

2. NULIDAD DE LA PARTICIÓN

La preterición de un heredero forzoso (preterición implica el olvido, el dejar fuera de la sucesión al heredero forzoso) conlleva la nulidad de la partición realizada prescindiéndose de un heredero legitimario, nulidad que juega en todas las formas como aparezca la partición; ahora bien, se comprende también dentro de esta nulidad, el caso de los hijos que sobrevengan al causante luego de que éste dejara establecida la partición. Obsérvese que en este caso, en puridad, no se trata de preterición, en tanto que cuando el causante formuló la partición no tenía hijos, pero los tendrá luego de establecida la partición. Entonces, y como los hijos son herederos forzosos, tal partición igualmente adolece de nulidad. La norma que regula esta nulidad, la encontramos en el artículo 865 del Código Civil. En efecto, alude el numeral a la nulidad de la partición

hecha con preterición de algún sucesor; sin embargo, señala que no afectará los derechos que un tercero adquiera de buena fe y a título oneroso, concluyendo que la pretensión de nulidad es imprescriptible y se tramita como proceso de conocimiento.

La norma protege al tercero, que actuando de buena fe y a título oneroso, adquiera del heredero un bien que le fue adjudicado a él, y posterior a ello se declara la nulidad de esa partición y por ende se estaría dejando sin efecto esa adjudicación; pues bien, en tanto que el tercero obró de buena fe y pagó el precio del bien, no puede afectar su derecho sobre ese bien. Problema a dilucidar es la probanza de la buena fe en el tercero, lo que implica conocer que ese tercero no tenía conocimiento del supuesto de nulidad de esa partición.

A estos supuestos de nulidad debe adicionarse el ya estudiado, referido a la partición que se hace sin respetar que dentro de los herederos existe un concebido, pues como ya conocemos, el concebido es igualmente un sujeto hereditario.

3. SANEAMIENTO POR EVICCIÓN EN LA PARTICIÓN

Según el artículo 1491 del Código Civil, el saneamiento por evicción procede a favor del adquirente si es privado de forma total o parcial de la propiedad, uso o posesión de un bien, atendiendo a una resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho anterior a la transferencia, pues bien, bajo este concepto señalamos que es claramente aplicable este saneamiento en casos de partición, cuando uno de los coherederos ha recibido un bien en cancelación de su cuota, y luego de ello, un tercero lo despoja del mismo en virtud de una resolución firme. En ese escenario, lógico es deducir que los otros coherederos tendrán que sanear al heredero despojado.

El artículo 866 del código civil refiere que cuando el heredero es vencido en juicio sobre los bienes que le adjudicaron sus coherederos, en consecuencia habrá una obligación de saneamiento por parte de los demás coherederos, señalándose que la indemnización será a prorrata y que si alguno resulta insolvente la responsabilidad la asumirán los herederos solventes. Sin embargo, la misma ley prevé los casos en que no hay lugar al saneamiento por evicción, veamos lo que establece el artículo 867.

Si el juicio proviene de causa expresamente excluida de la partición. Un claro ejemplo podemos encontrar en el caso de que el coheredero convenga en la escritura particional en recibir un bien litigioso, haciéndose constar en dicha escritura que el heredero fue instruido del juicio en el que se encontraba el bien; en ese escenario, no cabe concederle acción a ese coheredero en tanto que con

pleno conocimiento de causa recibe ese bien, cuya titularidad se discutía en un proceso, y luego de la partición se declara el mejor derecho a favor del tercero, quien de seguro, posteriormente, accionará contra el coheredero consiguiendo despojarlo del bien.

Si la causa de la evicción es posterior a la partición. En este supuesto el bien adjudicado al coheredero pertenece a la sucesión sin mayor cuestionamiento alguno; por lo tanto, el coheredero recibe un bien sobre el cual va a ejercer dominio, ahora, posterior a la partición, y cuando la comunidad hereditaria ha concluido, se origina un reclamo contra este coheredero pero que no tiene conexión alguna con la partición. En ese escenario, no es dable darle acción al coheredero para que reclame indemnización alguna contra los otros coherederos.

Si la evicción se debe a culpa exclusiva del coheredero. Sobre el tema en mención, el maestro Jorge Eugenio Castañeda nos da un ejemplo, y nos dice que si al heredero reclamante y eviccionado se le adjudicó un inmueble que estaba en poder extraño, quien lo poseía ad usucapione, y que dicho heredero por su negligencia deja que el poseedor se transforme en propietario por prescripción adquisitiva, entonces no cabe evicción alguna, pues el coheredero al recibir un bien que se encontraba en poder de tercera persona, y muestra conformidad a ello, (en el entendido, que luego el heredero accionará para recuperar el bien) y posterior a la partición es negligente, pues permite que el tercero, vía la prescripción, se convierta en propietario, entonces no tiene derecho a reclamar de sus coherederos.

El legislador ha creído pertinente regular la situación de la insolvencia del deudor de un crédito, que le es adjudicado a un coheredero, estableciendo en el artículo 868 del Código Civil la regla de que si la insolvencia sobreviniera después de hecha la partición, no dará lugar a saneamiento; ello nos parece obvio, y de conformidad con la regla ya estudiada de que no hay evicción, cuando esta se da luego de la partición. Diremos que si la insolvencia estaba presente en el momento de la partición, podría dar lugar a saneamiento si es que el coheredero ignoraba tal situación, pero si tuvo conocimiento y pese a ello aceptó el crédito, no tiene por qué dar lugar a saneamiento alguno.

Es claro que se trata de una norma intrascendente e innecesaria.

4. ¿LESIÓN EN LA PARTICIÓN?

No se ha regulado una probable lesión en la partición. Sin embargo, creemos que, con las normas contenidas en el Libro de contratos, cabe una acción de lesión, pero sólo en los casos de particiones extrajudiciales, pues en las otras

formas de partición, como la testamentaria, allí la misma ley prevé la acción de reducción; y en la judicial, las garantías de los justiciables están presentes en los procesos, y aquí el coheredero puede hacer uso de su defensa; sin embargo, en las particiones extrajudiciales, en donde, con libertad y plena voluntad, los coherederos convienen en cancelar cuotas con entrega de bienes, sí es posible que se entregue a uno de los coherederos necesitados bienes por un valor mucho menor de su valor real. En esa situación, creemos que procederá la acción de lesión.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO V
CARGAS Y DEUDAS DE LA HERENCIA

TÍTULO V

CARGAS Y DEUDAS DE LA HERENCIA

El patrimonio hereditario no sólo está integrado por el activo, referido a los bienes reales e ideales que fueron del causante, sino también por un pasivo, dentro del cual se comprende, además de las obligaciones contraídas por el causante en vida, que a su muerte se encuentren insolutas, y en tal estado se transmiten a los sucesores, otras obligaciones que nacen a propósito de la muerte del de cujus, esto es, que a su muerte se devengan una serie de pagos que deben ser atendidos con cargo a la masa hereditaria. tenemos, por ejemplo, los gastos de funeraria. Pues bien, a los primeros, que resultan de obligaciones contraídas por el causante, se les denomina deudas, y a los segundos, cargas de la herencia. Veamos por separado cada uno de estos.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO V
CARGAS Y DEUDAS DE LA HERENCIA

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

1. CARGAS DE LA HERENCIA

Se ha señalado ya con anterioridad que la liquidación de una sucesión sigue un estricto orden, estando en primer lugar, el compromiso que tienen los sucesores de pagar lo que el Código denomina cargas. Luego de ello deberán afrontarse las deudas. Después efectivizar el pago de la legítima. Y por último, los legados. Pudiera darse el caso de que, si por pagar deudas de la herencia no hay cómo pagar legítima ni legados, pues todo el activo fue comprometido para el pago de estas deudas, entonces no deberán ser atendidos ni legitimario ni legatario, los mismos que no tendrán derecho a reclamar estos beneficios.

Las cargas están referidas a los gastos ocasionados como consecuencia directa de la muerte del causante, obligaciones, como las llama Héctor Goyera, que nacen después de la muerte del autor de la herencia. Otros refieren que se trata de obligaciones derivadas del propio desenvolvimiento de la herencia, tales como el pago por inventario, tasación, honorarios del administrador y demás.

Nuestro Código Civil, en su artículo 869 señala que los gastos que se computan como cargas serán a cuenta de la masa hereditaria, y éstas son

2. GASTOS DE FUNERAL Y, EN SU CASO, LOS DE INCINERACIÓN, QUE SE PAGAN PREFERENTEMENTE

Sobre el particular, diremos que es el primer pago, necesario y urgente, que de inmediato deberá ser afrontado por el albacea, o directamente por los sucesores, pago que afecta el patrimonio hereditario.

3. GASTOS DE LA ÚLTIMA ENFERMEDAD DEL CAUSANTE

Sobre esta carga, deja mucho que desear el que se considere como tal, en virtud de que en puridad estas obligaciones se dan cuando el causante está vivo, y por lo tanto deberían comprenderse como deudas de la herencia; sin embargo, el legislador ha considerado prudente considerarlos como cargas, en tanto que son pagos a realizarse con preferencia a otros que puedan presentarse. Empero, es de observar que no se establece término alguno, lo cual podría llevar a considerar gastos de la última enfermedad del causante remontándose a muchos años antes de que se produzca el deceso, lo que terminaría afectando a los sucesores. Por ello, incluso el maestro Rómulo Lanatta consideró que estos gastos no deberían superar los 6 meses antes de la muerte del causante, propuesta con la que mostramos conformidad.

4. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Se comprenden dentro de este rubro los derivados de la función del albacea, la del administrador, o los judiciales, relativos a la sucesión.

5. GASTOS DE ALIMENTACIÓN A FAVOR DE PERSONAS QUE HAYAN VIVIDO EN CASA DEL CAUSANTE

El artículo 870 del Código Civil regula esta carga que resulta peculiar, en tanto que está referida a los alimentos de la persona que, sin ser necesariamente familiar del causante, ha sido atendido por éste al darle vivienda y alimentación, y ello seguro debido a razones muy personalísimas, e incluso de honda sensibilidad social del causante. Pues bien, muerto éste, quizás los herederos no comulguen con esta sensibilidad, suerte de solidaridad social, y pretendan deshacerse de aquel que se alimentó a costa del causante. En esa circunstancia, surge el derecho de éste a solicitar a la sucesión que continúe la atención y hasta por tres meses, y de no verificarse ello tendrán derecho de demandar a la sucesión para el pago de lo que represente esa alimentación. Observamos de esta norma que contiene una suerte de legado legal, pues se trata de un beneficio económico a favor del interesado, y que grava la masa hereditaria. Cierto es que este beneficio económico no lo dejó establecido el causante, pues si así hubiera sido, estaríamos ante la presencia del legado de alimentos; sin embargo, es la ley la que está reconociendo este derecho a favor de aquel que, no siendo sucesor, puede exigir el pago de estos alimentos. Empero la norma no ha previsto el tiempo de convivencia del tercero con el causante, para que nazca esta suerte de derecho. Resolver esto quedará a criterio del juez evaluar caso por caso.

SECCIÓN QUINTA
PATRIMONIO HEREDITARIO

TÍTULO V
CARGAS Y DEUDAS DE LA HERENCIA

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

1. DEUDAS DE LA HERENCIA

Se trata de obligaciones contraídas por el causante, las mismas que a su muerte se encuentran impagas, obligaciones que, por el fenómeno de la sucesión, ahora deben ser asumidas por los sucesores del causante, debiendo tenerse presente para ello lo revisado sobre los límites de la responsabilidad limitada de los herederos, quienes, ahora, asumen esas obligaciones en proporción a su participación en la herencia. En efecto, el artículo 1218 del Código Civil señala: «La obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona , lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario».

El trato legal que le da el Código Civil a estas deudas parte de la separación que hace el legislador, trátese de la herencia indivisa o cuando ésta ya ha desaparecido como consecuencia de haberse dado la partición. En efecto, el artículo 871 refiere que mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria, pero hecha la partición, se entiende sin haberse pagado las deudas, entonces cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria.

Es de verse que en nuestro sistema legal no hay obligación solidaria de los coherederos, ni cuando la sucesión es indivisa, en la que, estando íntegro el patrimonio hereditario, de allí se sacará lo necesario para el pago, que deberá ser realizado por los herederos, o si fuere el caso, el albacea, y menos cuando se hizo partición, en tanto que aquí es clara la norma al especificar que la obligación es mancomunada, pues cada coheredero responde por la deuda hasta donde alcance su participación en la herencia.

Se ha considerado necesario regular la situación del heredero que paga el íntegro de la deuda. En esa circunstancia, el artículo 877 refiere que este heredero tiene derecho a ser resarcido por sus coherederos en la parte proporcional que a cada uno de ellos corresponda.

El legislador, con el ánimo de aclarar el tratamiento de las deudas ha previsto una serie de reglas para su pago, tales como a quiénes corresponde la preferencia del pago, la oposición a la partición como un derecho del acreedor al no haber sido satisfecho su crédito, entre otras. Veamos por separado cada una de estas disposiciones:

2. PREFERENCIA DE LOS ACREEDORES DEL CAUSANTE

Señala el artículo 872 que los acreedores del causante tienen preferencia para ser pagados con cargo a la masa hereditaria, respecto a los acreedores de los herederos, regla que resulta obvia, pues si los acreedores que fueron del causante y ahora lo son de la sucesión tienen preferencia sobre los mismos herederos, con mayor razón tendrán preferencia sobre los acreedores de los herederos, sin embargo el legislador ha creído necesario su tratamiento.

3. EL HEREDERO PUEDE PEDIR QUE ANTES DE LA PARTICIÓN SE PAGUEN DEUDAS

Facultad del heredero de solicitar que «las deudas de la herencia, que estén debidamente acreditadas y que carezcan de garantía real, sean pagadas o se asegure su pago antes de la partición». Así reza el artículo 873; ahora bien, se entiende la norma en tanto que resulta de interés y conveniencia para el heredero que se salden todas las deudas existentes, antes de efectuar la división del patrimonio hereditario, posibilitando con ello que reciban bienes sin compromiso alguno, para evitar el riesgo de que, luego de recibir bienes de la herencia, deba comprometerlos para hacer frente al pago de obligaciones. En consecuencia, el heredero piensa que una partición estará totalmente saneada, si no tiene que reservar parte de los bienes que recibirá para pagos futuros.

4. EL PAGO A FAVOR DEL HIJO ALIMENTISTA, ES DEUDA ALIMENTARIA

La regla contemplada en el artículo 874 del Código Civil, parte del supuesto de la obligación alimentaria a la que estaba sometido el causante en vida, como resultado de un juicio de alimentos promovido por el extramatrimonial no reconocido ni declarado, pero que probó que su madre tuvo trato íntimo en

la época de la concepción con el causante. En esa circunstancia, se fijó alimentos a favor de este alimentista tal como lo regula el artículo 415 del Código Civil. Ahora bien en vida del causante, éste estuvo pagando dicha prestación, pero al ocurrir su deceso, esta obligación será asumida por sus herederos, y esta obligación la considera el legislador como una deuda de la herencia que afecta a la masa hereditaria y que debe ser atendida según los parámetros del artículo 874.

La precitada norma refiere que los herederos del causante tienen una opción para hacer frente con esta deuda; en efecto, o asume uno de éstos la obligación alimentaria, pudiendo asegurarse su pago por hipoteca u otra garantía, lo que implica que este heredero, seguro por disposición del causante, o por que así acordaron los herederos, ahora tendrá que pagar la prestación alimentaria dentro de los límites que establece la ley. Este caso es lo previsto en el artículo 417 del Código Civil, norma ya comentada y que alude a la obligación de los herederos de pagar los alimentos en la medida que no supere la cantidad que le hubiera correspondido al alimentista de haber sido reconocido o declarado.

La otra opción está referida a que los herederos calculen el monto de la pensión alimenticia durante el tiempo que falta para su extinción, y entreguen al alimentista o a su representante legal el capital representativo de la renta; Este capital estará sujeto a los límites de la ley, esto es la edad hasta la que dura el derecho alimentario (18 años conforme al artículo 415), lo que le hubiera correspondido al alimentista de haber sido reconocido o judicialmente declarado, tal como lo establece el numeral 417, y en sede testamentaria, el límite está referido al importe de la cuota de libre disposición, que como sabemos por la existencia del artículo 728, la porción disponible queda afectada hasta donde sea necesario para pagar la obligación alimentaria. Decimos, que alcanzado cualquiera de estos límites se habrá extinguido el derecho del alimentista, debiendo reiterar un concepto ya trabajado, el cual está referido a que estos pagos no tienen el carácter de alimentos, esto es, no constituyen una verdadera prestación alimentaria, sino que son considerados como pagos correspondientes a una deuda, u obligación generada por el mismo causante.

5. EL ACREEDOR DE LA HERENCIA PUEDE OPONERSE A LA PARTICIÓN

Conocemos la preferencia del acreedor de la sucesión en cuanto al cobro de las deudas, por lo tanto lo aconsejable es que la partición no se lleve adelante mientras no se hayan pagado éstas, y si los herederos pretenden realizar la partición, entonces la ley faculta al acreedor para la oposición a la misma, mientras no se le pague o se le asegure su pago. En efecto el artículo 875 refiere que el acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los

legados mientras no se le satisfaga su deuda (debió decir crédito) o se le asegure su pago.

Se dictan reglas procesales para viabilizar la oposición, y así se señala que la oposición se ejerce a través de demanda o como tercero con interés en el proceso existente, de ser el caso, y que también puede demandar la tutela preventiva de su derecho, todavía no exigible.

6. PARTICIÓN SE REPUTA NO HECHA

Se regula el supuesto de la partición realizada pese a no haberse pagado la deuda ni asegurado su pago. En esa circunstancia, el artículo 876 señala que esa partición, en cuanto a los derechos del oponente (acreedor), se reputará no realizada, esto es que el acreedor podrá iniciar las acciones legales del caso, como si no existiera partición (acciones tales como la revocatoria, subrogatoria).

7. HEREDERO QUE PAGA DEUDA DE HERENCIA

Deuda de la herencia debidamente acreditada y cuyo pago ha sido efectuado en su totalidad por el heredero, o que hubiese sido ejecutado por este, en este supuesto tiene derecho a ser resarcido por sus coherederos en la parte proporcional que a cada uno de ellos corresponda; en efecto, tal como lo manda el artículo 877, y en atención a que las deudas se transmiten a los herederos, quienes resultan obligados a pagar estas, de acuerdo a la cuota hereditaria que les corresponde; en esa medida, si uno solo de estos herederos resulta pagando el total de esa deuda, justo es que los coherederos que no participaron en el pago deban entregar al heredero que pagó lo que le corresponde según su participación en la herencia. Ahora bien, si uno de los coherederos fuere insolvente al momento del pago, en este caso, dice el artículo 878 del Código Civil, norma que debemos concordar con lo dispuesto por el artículo 1204 del mismo cuerpo de leyes, se perjudican a prorrata el heredero que pagó como sus coherederos. En otras palabras, si alguno de los coherederos es insolvente, su porción se distribuye entre los demás.

8. EL LEGATARIO NO ASUME DEUDAS DE LA HERENCIA

Una de las diferencias sustantivas con el sucesor a título universal (heredero) y el sucesor a título particular (legatario) está referida a que el primero hace suyas las deudas de la herencia porque entra en la posición jurídica del causante; mientras que el segundo no está obligado a pagar las deudas de la herencia, salvo que el testador expresamente lo haya establecido, y no está obli-

gado, pues, como sabemos, el legatario no sucede al causante, solo es llamado a recoger un bien, o parte de un bien singular. Así lo encontramos en el artículo 879 que a la letra dice: «El legatario no está obligado a pagar las deudas de la herencia, salvo disposición contraria del testador. Si hubiera pagado alguna deuda debidamente acreditada y que grave específicamente el bien legado, deberá resarcírsele por los herederos lo que hubiere pagado».

9. HEREDERO O LEGATARIO ACREEDOR DEL CAUSANTE

El artículo 880 del Código Civil, alude a este tema, señalando que el heredero o legatario que fuere acreedor del causante conserva los derechos derivados de su crédito, sin perjuicio de la consolidación que pudiera operar; en efecto, no existe incompatibilidad en la calidad de sucesor y acreedor a la vez, en ese sentido, si el causante instituye a su acreedor como su heredero, este conserva dos calidades en una misma persona: la de sucesor del causante, y mantiene la de acreedor del que ahora es su causante; ahora bien, la misma norma alude que en este caso puede efectuarse la consolidación, la misma que como señala Osterling, puede operar de toda la obligación o de parte de esta. Al respecto dice: «... es frecuente sin embargo que este medio de extinguir la obligación opere tan solo en forma parcial y que deje subsistente parte de la deuda». Sigue señalando este autor que ello se presenta con relativa frecuencia en sucesiones, y consigna un ejemplo, refiriéndola a una masa hereditaria de 90 con 3 herederos, y uno de ellos resulta siendo acreedor del causante por 30, entonces a título de sucesor lo que le corresponde recibir de esos 90, son 30; sin embargo, en su calidad de sucesor asume parte de esa deuda, en este caso asume 10 como deuda; en este supuesto, el heredero termina siendo acreedor y deudor (de 10) a la vez, por lo tanto, se produce la confusión o consolidación por 10, esto es sólo por parte de la deuda, en conclusión, recibe 20 como heredero pudiendo exigir a sus coherederos 10 a cada uno, coherederos que por la sucesión ahora se han convertido en deudores.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Llanos, Benjamín. La Familia en el Código Civil Peruano. Ediciones Legales: febrero del 2008.

Albaladejo, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Barcelona Bosch, 1974.

Arce y Cervantes, José. De las Sucesiones. Editorial Porrúa: cuarta edición, 1996, México.

Arias, José. Sucesiones. Kraff: Buenos Aires. Argentina, 1942.

Barbero U., Omar. El Derecho de habitación del cónyuge supérstite. Editorial Astrea: Buenos Aires, 1977.

Berasategui, Esther. «Nociones sobre la colación». en Revista Lecciones y ensayo, 1969.

Bevilaqua, Archilles. Código civil brasilero. 8ª edición. Río de Janeiro, 1944.

Biondi,Biondo. Sucesión testamentaria y donación. Barcelona Bosch, 1960.

Binder J. Derecho de Sucesiones. Editorial Labor: Barcelona, 1958.

Borda, Guillermo. Manual de Sucesiones. 2ª edición, Buenos Aires, Ediciones Perrot, 1963.

Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima - Perú, 1989.

Capilla Ronceros, Francisco y otros. Derecho de Sucesiones, Editorial Tirant lo Blanch: 1992, Valencia.

Carrejo, Simón. Derecho Civil, Sucesiones y Donaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1968.

Carrizosa Pardo, H. Las sucesiones. Ediciones Lerner: Bogotá, 1959.

Castañeda, Jorge Eugenio. Derecho de Sucesión. Lima: 1975, Tomo I, II, III.

Clemente de Diego, Felipe. Instituciones de Derecho Civil español. Nueva edición revisada, Tomo III, Madrid, 1959.

Cornejo Chávez, Héctor. Derecho de Sucesiones (curso universitario). Lima, 1959.

Cossío, Alfonso D. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II, Derechos reales, familia y sucesiones. Madrid: Alianza Editorial, 1975.

Cuéllar Murcia, Jorge. El testamento. Bogotá: Ediciones, Universidad Javeriana, 1975.

Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, 7ª edición revisada, Madrid: Tecnos, 1998, Vol. I.

Echecopar García, Luis. Derecho de Sucesiones. Lima: Editorial Gracilazo, 1965.

Espinar La Fuente, Francisco. La herencia legal y el testamento. Barcelona, 1956.

Fassi, Santiago. Tratado de Testamentos. Buenos Aires: Edición Astrea de R. Depalma y hermanos, 1970.

Fernández Arce, César. Derecho de Sucesiones. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, Tomo I, II y III.

Fernández Sessarego, Carlos, Derecho de las personas. Lima: Studium, 1986.

Ferrero Costa, Augusto. Manual Derecho de sucesiones. Editorial Cuzco, 1998.

Fornieles, Salvador. Tratado de las Sucesiones. Octava edición. Buenos Aires: Ediar, 1950, Tomo II

Gaspieri, Luis. Tratado de Derecho Hereditario. Buenos Aires: Editorial Argentina, 1953, Tomo III.

Gatti, Hugo. Estudio de Derecho Sucesorio. Montevideo: Edit. Rep. Oriental del Uruguay, 1950.

Goyena Copello, H. Tratado del Derecho de Sucesión. Buenos Aires: Editorial La ley, 1972.

Guastavino, Elías. Colación de Deudas. Buenos Aires: Ediar, 1964.

Holgado Valer, Enrique. Las sucesiones hereditarias en el Código Civil peruano. Cuzco: Editorial Garcilazo, 1965.

Hooft, Eduardo, Raymundo. Sucesión Hereditaria. Buenos Aires: Depalma, 1981.

Ibarola, Antonio D. Cosas y Sucesiones. México: Porrúa, 1972.

Instituciones de Justiniano. Lima: Mesa Redonda editores, 1986.

Jordano Barea, Joan. Interpretación del Testamento. Barcelona: Edit. L. Bosch.

Lacruz Berdejo, José Luis, Elementos de Derecho Civil. Tomo V, Sucesiones, Editorial Dykinson: Madrid, 2004.

Lafaille H. Curso de Derecho Civil, Sucesiones. Biblioteca jurídica argentina: Buenos Aires, 1932.

Lanatta Rómulo.- Anteproyecto de Reforma del libro de Sucesiones del código civil. Lima: Editorial Desarrollo, 1981.

Lanatta, Rómulo. Derecho de Sucesiones. Lima: Editorial Desarrollo S.A., 1985. Tomos I, II, y III.

León Barandiarán, José. La sucesión hereditaria en la jurisprudencia suprema. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.

Lohmann Luca de Tena Guillermo, Derecho de sucesiones. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, 1996, 1998. Tomos I, II, III.

López del Carril, J. Derecho de las Sucesiones, Depalma: Buenos Aires, 1991.

Maffia, Jorge. Manual de Derecho Sucesorio, 2ª edición Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980. Tomo II.

Manresa y Navarro, José María, Comentarios al Código Civil español. Tomo VIII. Madrid, 1956.

Meza Barrios, Ramón. Manual de la Sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos. Editorial Jurídica de Chile: 1992, Santiago de Chile.

Ossorio Morales. Juan. Manual de Sucesión Testada. Madrid: Instituto de Estudios Políticos,1957.

Pérez Lasala, José Luis. Curso de Derecho Sucesorio. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989.

Polacco, Vittorio. De las sucesiones. 2ª edición. Buenos Aires: Edi Bosch, 1950. Tomo I.

Révora Juan Carlos, Derecho de Sucesiones, tomo I y II La Facultad, Buenos Aires Argentina, 1932.

Revoredo de Debakey, Delia. Código Civil, exposición de motivos y comentarios. Ocurra editores S.A.: 1985. Tomos IV y V.

Rivas Martínez, J.J. Derecho de Sucesiones Común y Foral. Editorial Dykinson: Madrid, 1989.

Rodríguez Grez, P. Instituciones de Derecho Sucesorio. Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile, 1993.

Roca Sastre, Luis. Derecho de Sucesiones. tomo I, 2ª edición. Editorial Bosch: 1995, España.

Simó Santonja, Vicente. Derecho Sucesorio Comparado. Madrid: Edit. Tecnos, 1968.

Somarriva Undurraga, Manuel, Derecho Sucesorio, Santiago de Chile, 1961.

Suárez Franco, Roberto. Derecho de Sucesiones. Bogotá: Editorial Temis, 2ª edición, 1996.

Valet de Goytisolo, Juan, Estudios sobre Sucesiones. Madrid, 1978.

Valverde Emilio, F. El derecho de sucesión en el Código Civil peruano. Lima: 1951, Tomo I.

Vargas y Vargas, J. «El derecho de habitación sobre el inmueble que ocupaba el cónyuge supérstite en el hogar conyugal», en Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor. Cultural Cuzco: Lima, 1992.

Vaz Ferreira, Eduardo. Tratado de las sucesiones. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1992.

Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil, Sucesiones. 4ª edición. Tomo IV. Ed.: Themis Bogotá, Colombia, 1974.

Vallet de Goytisolo, Juan. Estudios de Derecho Sucesorio. Tomos I al VI. Ed.: Montecorvo: Madrid, España, 1982.

Zannoni, Eduardo. Derecho de las Sucesiones. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1982. Tomo I, II.