

César Fernández Arce

CÓDIGO CIVIL:  
DERECHO  
DE  
SUCESIONES

Tomo I

Pontificia Universidad Católica del Perú  
Fondo Editorial 2003





**CÓDIGO CIVIL**  
**DERECHO DE SUCESIONES**



CÉSAR FERNÁNDEZ ARCE

**CÓDIGO CIVIL**  
**DERECHO DE SUCESIONES**

**TOMO I**



Pontificia Universidad Católica del Perú  
Fondo Editorial 2003

*CÓDIGO CIVIL. DERECHO DE SUCESIONES*  
Tomo I

Primera edición: noviembre 2003

Tiraje: 500 ejemplares

© 2003, César Fernández Arce

© 2003 de esta edición por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú  
Plaza Francia 1164, Cercado de Lima – Perú  
Telefax: 330-7405; 330-7410; 330-7411  
Email: feditor@pucp.edu.pe

Cuidado de la edición: Nelly Córdova Núñez

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

*Derechos Reservados*

Hecho el Depósito Legal: 15010522003-6295

ISBN de obra completa: 9972-42-612-2

Tomo I: 9972-42-613-0

Tomo II: 9972-42-614-9

Tomo III: 9972-42-615-7

Impreso en el Perú - Printed in Peru

*Dedico esta obra a mi esposa Beatriz Hart Gaige,  
a mis hijos Beatriz, Elena, Ernesto, Juan y Rafael Fernández Hart,  
a la Pontificia Universidad Católica del Perú y a la  
Compañía de Jesús como expresión de mi profundo afecto y gratitud.*



# ÍNDICE

## CÓDIGO CIVIL: DERECHO DE SUCESIONES

INTRODUCCIÓN	25
--------------	----

### TOMO I

#### CAPÍTULO I: LA SUCESIÓN EN GENERAL

1. La sucesión	59
2. Derecho sucesorio	60
3. Sucesión <i>intervivos</i> y <i>mortis causa</i>	64
4. Sucesión universal y particular	68
5. La disciplina constitucional de la herencia	71
6. Estructura del fenómeno sucesorio	72
7. Sucesión en las personas y en los bienes	76
8. La institución en cosa cierta	81
9. El legado de parte alícuota	81
10. La institución en el usufructo	82
11. La delación	83
12. Principios que informan el Derecho Peruano	87
13. Ley sucesoria de aplicación en el espacio	93

#### CAPÍTULO II: LA HERENCIA

1. Aspectos conceptuales	111
2. Sucesión <i>mortis causa</i>	112
3. Clases de sucesión <i>mortis causa</i>	115
4. Fundamentos de la prohibición respecto de los pactos sucesorios	116
5. Razones que justifican la existencia de la herencia como una universalidad	119
6. Trasmisibilidad <i>mortis causa</i> . Contenido de la herencia	120

### CAPÍTULO III: TRASMISIÓN SUCESORIA

1.	Apertura de la sucesión	125
2.	Responsabilidad limitada	133
3.	Responsabilidad ilimitada como sanción	136
4.	Unidad jurisdiccional	138

### CASOS JURISPRUDENCIALES

#### MATERIA CIVIL

Trasmisión Sucesoria	145
----------------------	-----

#### MATERIA REGISTRAL

Trasmisión Sucesoria Intestada	153
Calificación del Tracto Sucesivo en la transferencia <i>mortis causa</i>	158

### CAPÍTULO IV: PETICIÓN DE HERENCIA

1.	Aspectos generales de la acción de petición de herencia	167
2.	Naturaleza jurídica	169
3.	La acción de petición de herencia en el Código Civil	172
4.	Naturaleza jurídica de la acción reivindicatoria	176
5.	La acción reivindicatoria en el Código Civil	178
6.	Caso del poseedor que enajena los bienes hereditarios	181
7.	Diferencias entre la acción reivindicatoria y la acción petitoria de la herencia	185

### CASOS JURISPRUDENCIALES

#### MATERIA CIVIL

Petición de Herencia	193
Acción reivindicatoria de Herencia	

### CAPÍTULO V: INDIGNIDAD

1.	Generalidades	267
2.	La indignidad como causa de exclusión de la sucesión	272
3.	La indignidad como incapacidad para suceder	274
4.	Las causales de indignidad en el Código Civil	274
5.	La exclusión de herencia por indignidad: no opera de pleno derecho	283
6.	Prescripción de la acción	286
7.	El testador puede desheredar por causales de desheredación y de indignidad	287

8. La indignidad es estrictamente personal	289
9. El declarado indigno deberá restituir a la masa los bienes hereditarios y reintegrar los frutos	291
10. Incompatibilidades para heredar	293

## **CASOS JURISPRUDENCIALES**

### **MATERIA CIVIL**

Exclusión de Heredero por Indignidad	299
--------------------------------------	-----

## **CAPÍTULO VI: ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA**

1. Generalidades	309
2. La aceptación de la herencia	315
3. Formas de aceptación de la herencia	321
4. Capacidad legal para aceptar o renunciar	324
5. Caso de las personas por nacer	326
6. Forma de la renuncia	329
7. Impugnación de la renuncia por el acreedor	333
8. Naturaleza jurídica de la impugnación de la renuncia	336
9. Caracteres de la aceptación y renuncia	341
10. Herencia futura	343
11. Transmisibilidad del derecho de opción	344
12. El derecho de trasmisión y el de representación	349
13. Efectos de la renuncia	350

## **CAPÍTULO VII: REPRESENTACIÓN SUCESORIA**

1. Aspectos generales	355
2. Naturaleza Jurídica de la Representación Sucesoria	360
3. Fundamentos de la Representación Sucesoria	363
4. Elementos de la Representación Sucesoria	363
5. Requisitos de la Representación Sucesoria	364
6. La Representación Sucesoria frente al Mandato, la Sustitución y el Derecho de Trasmisión	365
7. La Representación y los Modos de Sucesión en el Código Civil	367
8. Efectos de la Representación Sucesoria	374

## **CASOS JURISPRUDENCIALES**

### **MATERIA REGISTRAL**

Representación sucesoria: calificación y partes judiciales	379
--	-----

## **CAPÍTULO VIII: DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA. DISPOSICIONES GENERALES**

1. Generalidades	387
2. Contenido del Testamento	389
3. Naturaleza Jurídica y Caracteres del Testamento	393
4. Capacidad para Testar	398
5. Incapacidad absoluta	400
6. Incapacidad relativa	404
7. Impedimentos del Notario y de los Testigos Testamentarios	405
8. Modalidades en el Testamento	409

## **CAPÍTULO IX: FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS**

1. Clases de Testamentos y limitaciones para otorgarlos	415
2. Formalidades de todo Testamento	417
3. Protocolización Notarial del Testamento	419
4. Protocolización de Testamentos Cerrados con intervención notarial	421
5. Comprobación de Testamento Cerrado a cargo del notario	422

## **CAPÍTULO X: TESTAMENTO EN ESCRITURA PÚBLICA**

1. Formalidades esenciales	427
2. Unidad del acto	428
3. Manifestación de voluntad del testador	430
4. Escritura de puño y letra del notario	431
5. Firma de notario, testador y testigos	432
6. Verificación	432
7. Constancia de las indicaciones	432
8. Envío de partes al registro	433

## **CASOS JURISPRUDENCIALES**

### **MATERIA REGISTRAL**

Sucesión testamentaria: Aclaración y Ampliación de Testamento	437
Constitución de usufructo vitalicio respecto de bienes de propiedad de menores de edad - Causales de Reversión en el anticipo de legítima	443
Testamento discrepante en los nombres del testador	453

**CAPÍTULO XI: TESTAMENTO CERRADO**

1.	Formalidades esenciales y custodia	461
2.	Etapas	463
3.	Ventajas	464
4.	Criterio seguido en otras legislaciones	464

**TOMO II****CAPÍTULO XII: TESTAMENTO OLÓGRAFO**

1.	Formalidades esenciales	491
2.	Comprobación judicial	492
3.	Presentación al juez	497
4.	Procedimiento judicial	498
5.	Caso de testamentos especiales con forma ológrafa	499

**CASOS JURISPRUDENCIALES****MATERIA REGISTRAL**

	Comprobación judicial de testamento	50.
	Testamento ológrafo: protocolización	514
	Testamento ológrafo mancomunado	517

**CAPÍTULO XIII: TESTAMENTO MILITAR** 533**CAPÍTULO XIV: TESTAMENTO MARÍTIMO** 539**CAPÍTULO XV: EL DERECHO DE SUCESIONES Y EL PROTOCOLO NOTARIAL** 545**CAPÍTULO XVI: TESTAMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO** 549**CAPÍTULO XVII: INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS****CAPÍTULO XVIII: LA LEGÍTIMA Y LA PORCIÓN DISPONIBLE**

1.	Código Civil	565
2.	Definición	566

3. Hijos alimentistas	567
4. Herederos legitimarios	568
5. Posición de la doctrina sobre la legítima	571
6. Antecedentes	572
7. Naturaleza jurídica	574
8. Derechos legitimarios del cónyuge superviviente	576
9. Derecho de habitación del cónyuge superviviente	577
10. Fundamentos del derecho de habitación	579
11. Naturaleza jurídica del derecho de habitación	580
12. Nuestra posición respecto del derecho de habitación	582
13. Requisitos para la constitución del derecho de habitación	583

## CASOS JURISPRUDENCIALES

### MATERIA REGISTRAL

Testamento: legítima del cónyuge superviviente	595
Inscripción del testamento en el registro de propiedad	602

## CAPÍTULO XIX: INSTITUCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE HEREDEROS Y LEGATARIOS

1. Institución de heredero: concepto, importancia y fundamento	612
2. Formalidades de la institución de heredero. Art. 734	615
3. Sucesión a título universal y particular. Art. 735	618
4. Legado de cuota	622
5. Forma de instituir al heredero forzoso. Art. 736	622
6. Institución de heredero voluntario. Art. 737	623
7. Institución de legatario. Art. 738	624
8. Legatarios y herederos legales. Art. 739	625
9. Sustitución de herederos voluntarios y legatarios. Art. 740	627
10. La sustitución y su fundamento	627
11. Clases de sustitución	628
12. Igualdad de condiciones y cargos entre sustitutos e instituidos. Art. 741	631
13. Las mejoras	632
14. Concepto de mejora	632
15. Fundamentos de las mejoras	633

## CASOS JURISPRUDENCIALES

### MATERIA REGISTRAL

Institución de heredero	639
-------------------------	-----

**CAPÍTULO XX: DESHEREDACIÓN**

1. Código Civil	647
2. Concepto	648
3. Titulares del derecho a desheredar. Arts. 742 y 743	653
4. Quiénes pueden ser desheredados. Art. 742	654
5. Requisitos de la desheredación	654
6. Contradicción de desheredación. Arts. 750 y 752	655
7. Causales de desheredación	656
8. Procedencia de la desheredación por indignidad. Art. 747	661
9. Sujetos exentos de esta sanción civil. Art. 748	662
10. Efectos de la desheredación. Arts. 749 y 755	663
11. Cuándo queda sin efecto la desheredación	667
12. Semejanzas y diferencias entre la indignidad y la desheredación	670

**CASOS JURISPRUDENCIALES****MATERIA CIVIL**

Contradicción de desheredación	673
--------------------------------	-----

**CAPÍTULO XXI: LEGADOS**

1. Código Civil	693
2. Antecedentes	695
3. Su distinción con el título hereditario	695
4. Naturaleza jurídica	698
5. Criterio jurídico para la distinción entre heredero y legatario	703
6. Modos y formas de hacer el legado	707
7. Clasificación de los legados según nuestro <i>Código Civil</i>	716

**CAPÍTULO XXII: DERECHO DE ACRECER**

1. Antecedentes	741
2. Código Civil	742
3. Fundamento	743
4. Aplicación del derecho de acrecer	747

**CAPÍTULO XXIII: ALBACEAS**

1. Código Civil	755
2. Concepto	757
3. Naturaleza jurídica	760

4.	Caracteres del albaceazgo	764
5.	Capacidad para ser albacea en las personas naturales	768
6.	Capacidad para ser albacea en las personas jurídicas	771
7.	Albaceazgo plural o en conjunto	775
8.	Forma de la designación. Art. 779	776
9.	Excusa y renuncia del albaceazgo. Art. 785	778
10.	Oportunidad para el ejercicio del derecho de opción por parte del albacea. Art. 786	778
11.	Remoción del cargo. Art. 795	780
12.	Contenido del albaceazgo	781
13.	Obligaciones (Arts. 785, 787, 788, 789, 790, 791 y 792)	782
14.	Derechos del albacea	794
15.	Extinción del cargo. Art. 796	798

## **CAPÍTULO XXIV: REVOCACIÓN, CADUCIDAD Y NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS**

### **TÍTULO PRIMERO: REVOCACIÓN**

1.	Código Civil	805
2.	Derecho de revocación del testamento. Art. 798	806
3.	Clases de revocación. Art. 799	807

### **TÍTULO SEGUNDO: CADUCIDAD**

1.	Código Civil	821
2.	Concepto	821
3.	Clases de caducidad	822

### **TÍTULO TERCERO: NULIDAD**

1.	Código Civil	833
2.	Nulidad de testamento	834
3.	La nulidad en el Libro de Sucesiones	836
4.	Caracteres de la nulidad absoluta. Arts. 220 y 2002, inc. 1°	837
5.	Anulabilidad del testamento	838
6.	Caracteres del acto jurídico anulable	838
7.	Casos de nulidad absoluta del testamento	839
8.	Casos de nulidad relativa del testamento	847

## **CASOS JURISPRUDENCIALES**

### **MATERIA CIVIL**

Caducidad de testamento	855
Nulidad de testamento	863

**MATERIA REGISTRAL**

Sucesión intestada por declaración judicial de caducidad de institución de heredero hecha por testamento	903
Calificación de resoluciones judiciales: caducidad de testamento	911

**TOMO III****CAPÍTULO XXV: DE LA SUCESIÓN INTESTADA****TÍTULO PRIMERO: DISPOSICIONES GENERALES**

1. Código Civil	939
2. Vocación Legal	940
3. Caracteres de la sucesión legal	941
4. Situaciones que dan origen a la sucesión legal o intestada	942
5. Ordenes de la vocación legal o intestada	945

**TÍTULO SEGUNDO: SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES**

1. Código Civil	948
2. Sucesión de los hijos	949
3. Sucesión de los demás descendientes	950

**TÍTULO TERCERO: SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES**

1. Código Civil	952
2. Sucesión de los padres	952
3. Sucesión de los demás ascendientes	953

**TÍTULO CUARTO: SUCESIÓN DEL CÓNYUGE**

1. Código Civil	955
2. Sobre los derechos del cónyuge sobreviviente	955

**TÍTULO QUINTO: SUCESIÓN DE LOS PARIENTES COLATERALES**

1. Código Civil	962
2. Aspectos generales	963
3. Concurrencia de hermanos de doble y simple vínculo	964

**CASOS JURISPRUDENCIALES****MATERIA CIVIL**

Sucesión intestada	969
--------------------	-----

**MATERIA REGISTRAL**

Sucesión intestada:	
Fecha cierta en contrato de compra venta	1079
Sucesión intestada de ambos cónyuges en un solo procedimiento	1088

**CAPÍTULO XXVI: SUCESIÓN DEL ESTADO Y DE LAS BENEFICENCIAS PÚBLICAS**

1. Código Civil	1095
2. Antecedentes	1095
3. Naturaleza Jurídica del Derecho del Estado	1096

**CAPÍTULO XXVII: MASA HEREDITARIA****TÍTULO PRIMERO: COLACIÓN**

1. Código Civil	1109
2. Introducción	1110
3. Donaciones	1111
4. Colación	1136
5. Prescripción del Derecho de Colación y de la Acción de Reducción	1179
6. Conclusiones	1185

**CASOS JURISPRUDENCIALES****MATERIA CIVIL**

Revocatoria de anticipo de legítima	1193
Nulidad de anticipo de legítima	1198
Acción pauliana	1214

**MATERIA REGISTRAL**

Anticipo de herencia de bien inmueble gravamen con hipoteca y embargo a favor de menor	1231
--	------

**TÍTULO SEGUNDO: INDIVISIÓN Y PARTICIÓN INDIVISIÓN**

1. Código Civil	1237
2. Indivisión Sucesoria. Art. 844	1238
3. Regulación de la Indivisión Sucesoria. Art. 845	1238
4. Relaciones que derivan de la comunidad hereditaria	1240
5. Derechos de los copropietarios	1241
6. Obligaciones de los copropietarios	1247

7.	Indivisión establecida por el testador. Art. 846	1251
8.	Necesidad de ser inscrita en los Registros Públicos, la indivisión de la herencia. Art. 848	1253
9.	Pago por no aceptación de la indivisión. Art. 849	1254
10.	Administración de herencia indivisa. Art. 851	1255

## **PARTICIÓN**

1.	Código Civil	1256
2.	Partición Testamentaria. Art. 852	1259
3.	Partición Extrajudicial. Art. 853	1261
4.	Partición Judicial. Arts. 854 y 855	1262
5.	Casos de suspensión de la partición. Arts. 856 y 857	1264
6.	Necesidad de otorgamiento de garantía en la partición	1267
7.	Reglas a tomar en cuenta en la partición	1268

## **CASOS JURISPRUDENCIALES**

### **MATERIA CIVIL**

Indivisión y partición	1283
------------------------	------

## **TÍTULO TERCERO: CARGAS Y DEUDAS DE LA HERENCIA**

### **CARGAS**

1.	Cargas de la Herencia. Art. 869	1367
2.	Beneficio a personas que vivieron con el causante. Art. 870	1369

### **DEUDAS**

1.	Deudas de la Herencia	1370
2.	Orden de preferencia de pago. Art. 872 del Código Civil	1372
3.	Pago de deudas antes de la partición. Art. 873	
	Concordancias. Art. 857	1373
4.	Pago de la deuda alimentaria. Art. 874	1374
5.	Oposición del acreedor a la partición, al pago y a la entrega del legado. Art. 875	1375
6.	Ineficacia de la partición respecto al acreedor. Art. 876	1376
7.	Derecho de repetición por pago de deuda. Art. 877	1376
8.	Perjuicio por insolvencia. Art. 878	1377
9.	Obligación y derechos del legatario. Art. 879	1378
10.	Conservación de derechos crediticios del heredero	1379

**CASOS JURISPRUDENCIALES****MATERIA CIVIL**

Responsabilidad de herederos por indemnización de daños y perjuicios	1381
--	------

**CAPÍTULO XXVIII: PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA EN EL LIBRO DE DERECHO DE SUCESIONES DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984**

1389

**BIBLIOGRAFÍA**

1403

**ANEXOS**

Anexo 1	Código Procesal Civil de 1992	1416
Anexo 2	Ley del Notariado Decreto Ley N° 26002	1422
Anexo 3	Ley de Competencia Notarial en asuntos no contenciosos. Ley N° 26662	1453
Anexo 4	Ley de Aeronáutica Civil. Ley N° 27261	1462
Anexo 5	Modelos de Documentos	1463
	Modelo de Testamento por Escritura Pública	1463
	Modelo de Solicitud de Sucesión Intestada	1465
	Modelo de Certificado Negativo de Inscripción de Testamento	1467
	Modelo de Certificado Negativo de Inscripción de Sucesión Intestada	1468
	Modelo de Parte Notarial	1469
	Modelo de Anotación de Inscripción	1470
	Modelo de Ficha Registral con Anotación Preventiva de Sucesión Intestada	1471
	Modelo de Publicaciones en Periódicos de Solicitud de Apertura de proceso de sucesión intestada ante Notario	1472
	Modelo de Acta de Sucesión intestada y protocolización de Actuados	1473
	Modelo de Anotación de Inscripción de Sucesión Intestada Definitiva	1474
	Modelo de Inscripción Definitiva de la Declaratoria de Herederos en el Registro de Sucesión Intestada	1475

## BREVES REFLEXIONES DE UN JUEZ

La justicia sin verdad es iniquidad.  
La justicia sin honestidad es una farsa.  
La justicia sin compasión es crueldad.  
La justicia sin independencia es servilismo.  
La justicia sin firmeza es debilidad.

Nuestra sociedad está gravemente enferma. Su enfermedad se llama egoísmo y se manifiesta en una violencia pluriforme, que muchas veces resulta lamentablemente aprobada y justificada.

Frente a esta indeseable situación, la acción a favor de la justicia y a través de ella, la transformación del mundo y de todos los hombres, se nos presenta claramente como una necesidad impostergable, como una dimensión constitutiva de la predicación del Evangelio.

Es urgente asumir una ética del amor, porque el amor es la esencia de la persona, es su más alta vocación. La ética es la fidelidad a la vocación humana de amar. La ética es una necesidad antropológica.

El hombre no ha descubierto hasta la fecha, mejor instrumento que el Derecho para armonizar la convivencia social. Empero, el Derecho no es un valor en sí, sino sólo un medio, constituyendo su fin la justicia, valor moral que equilibra las aspiraciones individuales con los de la sociedad, en la búsqueda de la paz para la realización plena del hombre dentro del ordenamiento social.

Como señala el Concilio Vaticano II: «La índole social del hombre demuestra que el desarrollo de la persona humana y el crecimiento de la propia sociedad están mutuamente condicionados. Porque el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana, la cual por su misma naturaleza tiene absoluta necesidad de la vida social» (*Gaudium et spes* 25).

La sociedad busca el bien común que por su naturaleza es superior al bien particular, pero aquél no se opone a la personalidad del hombre sino que la prolonga y perfecciona.

La razón de ser de la sociedad son los hombres que la constituyen y su razón de existir son también los hombres. Existe para ellos.

El bien común reafirma entonces el respeto a la dignidad de la persona humana. Podrá haber subordinación del bien temporal del individuo al bien común, pero la persona misma jamás podrá quedar subordinada al bien de la sociedad. En un orden de valores espirituales y trascendentes, es la persona quien tiene primacía porque la sociedad nace de la persona y existe para la persona.

El amor es fuente inagotable de la vida que inspira la búsqueda de la verdad y de la justicia, las cuales se van descubriendo a medida que se avanza en el camino de la libertad. La libertad verdadera es para el bien.

Como señala Juan Luis Lorda en *El arte de vivir*: «Los grandes obstáculos de la libertad son la ignorancia, la debilidad y el egoísmo. La ignorancia apaga la voz de la conciencia; la debilidad la hace incapaz de seguirla y el egoísmo la descalifica para alcanzar el bien».

La sabiduría no se alcanza por la vastedad de conocimientos, adquiridos y ni siquiera por la profundidad de los mismos, sino sólo cuando se nutre del mensaje de bondad, verdad y de vocación al servicio de los demás.

En la hora que nos ha tocado vivir es indispensable despertar la conciencia y la reacción eficaz frente a la grave crisis de ética del amor. Salir de ella no depende sólo del cambio de estructuras sino fundamentalmente de saber que, habiendo sido creados por Dios a su imagen y semejanza, estamos dotados de razón y de libertad para lograr la felicidad mediante nuestro pleno desarrollo como personas. El hombre necesita de los demás para ser él mismo, para realizarse. En este sentido, dice Schillbeckz: «Ser persona es poseerse a sí mismo, entregándose a los demás»<sup>1</sup>.

Cuán cierto es aquello que ha afirmado David Fischman (15 de abril del año en curso en el Diario *El Comercio*): «Sólo la verdadera evolución del ser humano vendrá cuando seamos capaces de resolver nuestros conflictos con las armas de la razón, la comprensión y el amor al prójimo».

Concluyo esta exposición destinando mis últimas palabras a los jueces de mi patria. Es la función donde con vocación, entusiasmo e idealismo desarrollé mi vida por más de 30 años.

---

<sup>1</sup> SCHILLBECKZ, Edward O.P. 1914. *El mundo y la Iglesia*. Salamanca: Dios y el hombre, sígueme, 1969, p. 205).

A aquellos que considero mis maestros y guías por el testimonio de su vida, les debo el haberme hecho ver la razón, destino y trascendencia de nuestra noble profesión, su sentido y grandeza en una sociedad ávida de justicia y de paz.

Aprendí que este honorable trabajo, llevado con bondad, honestidad, probidad, lealtad, rectitud, sinceridad, comprensión, plena independencia, firmeza, trabajo propio y con caridad es bello, es digno de vivirse porque el juez es un realizador de la justicia, aspiración suprema de la sociedad.

Servir a la justicia constituye una necesidad humana insoslayable; es la misión más noble del abogado y de los jueces porque conduce a la paz.

La formación adquirida nadie podrá arrebatárnosla, a pesar de las innumerables vicisitudes e incomprensiones de la vida.

El juez en su noble función de administrar justicia debe tomar en consideración:

1. Honrar, respetar y hacer respetar la dignidad de la persona humana, así como todos los valores que de ella derivan porque la persona es un fin en sí misma.
2. Buscar el bien común. No se opone a la personalidad del hombre sino que la sociedad la prolonga y perfecciona.  
La sociedad no es un fin en sí misma sino algo supletorio y subsidiario subordinado a la persona humana que es su origen y fundamento.
3. La legitimidad moral del Derecho porque su valor moral es la justicia.  
La justicia no es una utopía. Depende de los hombres de buena voluntad, en toda sociedad, porque incumbe a todos.  
Corresponde especialmente a los jueces con verdadera vocación de servicio hacerla realidad. No perdamos nunca la fe ni la esperanza en ello.

Que el juramento con el que asumimos el cargo sea verdaderamente una consagración.

Permítaseme una última reflexión y corresponde a Couture, quién en el Decálogo del Abogado dice: «Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que en el camino de la vida encuentres conflicto entre el Derecho y la Justicia, no dudes, lucha por la justicia»<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> COUTURE, Eduardo, J. *Los mandamientos del abogado*. Montevideo: Facultad de Derecho, 1956. Art. 4º de los mandamientos del abogado.

El trabajo que hoy presentamos a consideración de los señores magistrados, abogados y estudiantes lo hacemos con mucho entusiasmo y con la esperanza de ser motivo de nuevas investigaciones y de nuevas reflexiones.

Terminaré recordando al insigne maestro Osorio y Gallardo: «En el abogado, la rectitud de conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos. Primero es ser bueno, luego ser firme, después ser prudente, la ilustración viene en cuarto lugar, la pericia en el último».

# INTRODUCCIÓN

Esta obra es el fruto de la experiencia adquirida tras varios años de participar en la investigación, paralela a la labor de docencia, en los claustros universitarios, así como en el desempeño de nuestra labor como magistrado durante largo tiempo en el Poder Judicial. Reconocemos, sin embargo, que este trabajo deja planteados algunos temas por desarrollar para futuras investigaciones. Creemos que nuestra satisfacción se verá coronada en la medida que con la lectura de esta obra se logre el objetivo principal que nos mueve, cual es el de incentivar la investigación dado que el Derecho está en constante proceso de desarrollo con avances y retrocesos. El derecho es dinámico, como la vida que está en constante acción.

La materia relativa al Derecho de Sucesiones se encuentra en el Libro Cuarto de los diez en que ha sido dividido el Código Civil de 1984, a diferencia del anterior en que ocupaba el Libro Tercero de los cinco que contenía. Su ubicación en el actual Código tiene un sentido lógico pues viene después de los correspondientes a Personas, Acto Jurídico y Familia. La primera ubicación corresponde al Derecho de Personas, porque como señala el jurista alemán Ennecerus, la persona «constituye la condición previa a todos los derechos y deberes»<sup>1</sup>. Es, como afirman ilustres representantes de la Escuela Formalista como los hermanos Mazeaud, Bevilacqua, Kelsen y Lehman «un centro de imputación de normas, es una manera de designar la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen derechos y deberes»<sup>2</sup>. Pero los sujetos de derechos y obligaciones no se identifican entre sí porque *persona* pueden ser los nacidos o recién concebidos, o personas jurídicas regular o irregularmente constituidos, lo cual nos demuestra que *sujeto de derecho* es más bien el género y *persona*, la especie.

---

1 ENNECERUS, Kippy Wolf. *Tratado de Derecho Civil*. T. I. Barcelona: Bosch, 1951, p. 325.

2 BORDA, Guillermo. *Manual de Sucesiones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1966, 3ª edición, p.142.

Luego sigue el Libro sobre el Acto Jurídico que da lugar a la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas originadas por la manifestación de voluntad lo cual presupone la existencia de personas; continúa con el desarrollo natural de la persona, que deriva en la constitución de familias —como un fenómeno natural reconocido, regulado y protegido por el ordenamiento jurídico—, temática que es desarrollada en el Libro Tercero.

A continuación, el Libro Cuarto sobre Derecho de Sucesiones, cuyo ponente fue el distinguido maestro universitario, Dr. Rómulo Lanatta Guilhem, miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936. La Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil acordó su reforma habiéndose encomendado a dicho maestro la materia correspondiente a este libro. Él fue ponente en la Comisión del Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil, cuyo excelente trabajo fue publicado en Lima por la Editorial Desarrollo en el año de 1981.

Esta publicación contiene el texto completo de los 221 artículos, cada uno de los cuales va acompañado de su respectiva fundamentación y que, en su mayoría, han pasado a integrar —con algunas modificaciones— el texto final aprobado por la Comisión Revisora, que figura en el Código Civil en los artículos 660 a 880.

En cuanto a la denominación del Libro «Derecho de Sucesiones» —y no «Del Derecho de Sucesión» como se le designó en el Código Civil de 1936—, resulta intrascendente cuestionar dichas denominaciones porque en ambas su contenido es igual y su variante obedece a que en el actual código se señalan las dos fuentes principales del Derecho Sucesorio: la voluntad del causante —cuando éste otorga testamento— y la ley —en cuyo caso estamos frente a la sucesión intestada—. No se admite en nuestro ordenamiento jurídico, la sucesión contractual o derivada de pactos sucesorios como ocurre en otras legislaciones, como las de Alemania y Austria, aunque de manera restrictiva.

Nuestra legislación reconoce el derecho de toda persona a disponer de sus bienes para después de su muerte y a instituir a las personas llamadas a heredar; pero, a falta de disposición testamentaria, se suple dicha voluntad por las reglas de sucesión intestada. Empero, como ya lo señaló el maestro Toribio Pacheco<sup>3</sup>, tal aserción no es enteramente exacta. La ley no tiene un papel necesariamente supletorio frente a la voluntad del testador, al menos cabalmente, porque la voluntad del testador no es absoluta. ¿No es cierto acaso que la libertad del testador está limitada por la ley cuando tiene herederos forzosos,

---

<sup>3</sup> PACHECO, Toribio. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Imprenta del Estudio Calle de las Rifas, 1872, 2ª edición, p. 356.

los cuales tienen no sólo derecho preferencial sino excluyente? ¿No es cierto asimismo que los herederos forzosos que concurren a una herencia tienen derecho a lo que se denomina «legítima» la cual está regulada por normas legales que son de orden público? ¿No es verdad que las donaciones u otras liberalidades otorgadas en vida por el causante a sus herederos forzosos deben ser colacionadas a su muerte, salvo dispensa expresa de éste, que puede ser expresada en su testamento o en otro instrumento público, pero que, en todo caso, debe limitarse al valor de la cuota de libre disposición? Y en cuanto a las formas del testamento, como veremos oportunamente, solamente valen las formas preestablecidas por la ley. Con estas restricciones legales de carácter imperativo vale lo que el testador disponga.

Por eso resulta correcto afirmar que constituye un principio fundamental, en materia de herencia, el imperio de la ley porque interviene en toda clase de sucesiones, aunque con más amplitud en la sucesión intestada.

La ley también a veces cumple un rol complementario cuando las disposiciones hechas por testamento son insuficientes, como en los casos que prevén los incisos 2° y 5° del artículo 815 del Código Civil.

Respecto a su estructura, no hay modificaciones con relación al Código anterior. En el anteproyecto se divide en cuatro títulos, a saber: Sucesión en general, Sucesión testamentaria, Sucesión legal o intestada y Masa hereditaria. Cada título es dividido en capítulos y algunos capítulos en secciones. Las variantes impuestas por la Comisión se refieren a la denominación de los temas. Así, el Libro Cuarto ha sido dividido en cuatro grandes secciones y cada una de ellas, en títulos y algunos de éstos en capítulos. Así se ha hecho para mantener la metodología y unidad establecidas por la Comisión revisora a lo largo de todo el articulado.

En cuanto a los aspectos metodológicos utilizados en el desarrollo de la presente investigación, se ha empleado el análisis inductivo y deductivo, partiendo del estudio de una perspectiva dogmática al acceder a los trabajos de la doctrina y estudios del derecho sucesorio existentes, para lo cual se acudió a la abundante bibliografía y que en materia de sucesiones se ha podido ubicar en las bibliotecas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Lima. También se ha realizado el estudio exegético de las normas de derecho sucesorio que recoge nuestro Código Civil y de algunos Códigos extranjeros como los de España, Alemania, Francia, Italia, Argentina y Chile, entre otros.

Complementa el trabajo la importante recopilación de jurisprudencia civil que en materia casatoria ha expedido la Corte Suprema de Justicia durante el período de 1994 a 1999, mostrándonos las sentencias expedidas en primera

y segunda instancia que preceden a cada sentencia casatoria, y también la jurisprudencia expedida por el Tribunal Registral emitida en el lapso de 1996 al 2000. Para una mejor comprensión de los temas que aborda el libro se acompaña como anexo las normas pertinentes del Código Procesal Civil, la Ley del Notariado, la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, en la Ley de Aeronáutica Civil, así como unos modelos vinculados a los trámites en materia de sucesión testamentaria como intestada. Estamos seguros de que para los lectores de esta obra serán de gran utilidad.

Nuestra intención al escribir este trabajo ha sido presentar, de modo claro y sencillo, las diversas instituciones de Derecho Sucesorio. Exponemos, en resumen, la doctrina que sustenta sus disposiciones legales, explicándolas con el apoyo de raciocinios y citas de doctrina, legislación comparada y jurisprudencia. Finalmente, desarrollamos nuestra opinión acerca de los puntos que ofrecen alguna dificultad.

Este sistema de trabajo nos ha llevado al examen filosófico de sus disposiciones legales en relación con algunas leyes de otros países, y a la solución de los puntos dudosos que surgen por imprecisiones en la redacción o por la falta de mayor desarrollo o, en fin, por antinomias reales o aparentes.

Hasta las leyes más perfectas generan a veces dudas y proporcionan, de paso, materia para que sobrevengan dificultades en su aplicación; eso ocurre porque el entendimiento del hombre, por elevado que sea, no puede abarcarlo todo, ni siquiera es siempre feliz al expresar en algunas oportunidades sus diferentes concepciones. Además, lo que sale de los labios o de la pluma no tiene para todos el mismo sentido.

Nuestros comentarios vendrán después de desarrollar un cuerpo de doctrina. Nuestras dudas y soluciones se ubicarán a una respetuosa distancia de la ley; por la adaptación de este sistema establecemos una prudente separación entre lo que dijo el legislador y lo que nosotros creemos que ha querido decir o debe suponerse que dijo según nuestro concepto.

Si bien nuestra obra es posterior a otras, en una materia en que no cabe la originalidad estricta, tenemos la esperanza de haber cubierto la solución de algunas dudas y vacíos legales que asumimos confrontando las disposiciones del Código Civil, así como las de otras legislaciones extranjeras y también con el auxilio de muy importantes trabajos de destacados juristas y comentaristas.

El método adoptado tiene conocidas ventajas sobre el comentario simple por artículos. A medida que avancemos en la lectura de la obra se irán dando explicaciones para una debida comprensión.

Esta obra está escrita especialmente para los estudiantes que necesitan ver resueltas sus dudas y, además, como incentivo para la prosecución de las in-

vestigaciones, principal tarea de nuestra Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El nuevo Código Civil, como sabemos, entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984 y, en el lapso transcurrido hasta la fecha, son muy escasas las modificaciones que se han hecho, las cuales no le restan, sin embargo, su importancia. Su mérito radica no sólo por la mejor distribución de las materias, sino, fundamentalmente, por las innovaciones establecidas plenamente justificadas.

En efecto, entre los cambios legislativos que se han incorporado en el Libro Cuarto de nuestro Código Civil deben destacarse los referidos a las siguientes instituciones del derecho de sucesiones.

## 1. RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA. ARTÍCULO 661

Contiene una declaración enunciativa más completa que la correspondiente al Código Civil de 1936, artículo 658, porque aunque la responsabilidad restringida de los herederos, respecto de las obligaciones insolutas del causante, está establecida en ambas legislaciones, sin embargo, en el actual se precisa que incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial. Este agregado resultaba necesario porque en el caso dado, frente a requerimientos de los acreedores del causante, corresponderá al heredero la prueba del exceso para liberarse de la obligación de pago. Esta posición encuadra con la disposición establecida en el artículo 196 del Código Procesal Civil cuando señala que «salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos». Es la consagración del principio procesal del *onus probandi*.

La responsabilidad relativa, limitada al valor de los bienes que integran la herencia, tiene su origen en el antiguo Derecho Germano en donde la concepción de la sucesión por parte de los herederos es en los bienes que el causante que dejó a su muerte. En el Derecho Romano la sucesión se daba en la persona del causante y por eso la responsabilidad era absoluta y los herederos quedaban obligados a cubrir dichas obligaciones con su propio patrimonio cuando éstas excedían el valor de los bienes hereditarios. Ésta era la regla; pero, excepcionalmente, quedaba limitada la responsabilidad cuando el heredero la aceptaba con beneficio de inventario. En las legislaciones contemporáneas, la regla general es la responsabilidad restringida y la excepción es la responsabilidad absoluta cuando el heredero no prueba el exceso. Como podemos com-

probar el aditamento del actual artículo 661 era necesario para el buen funcionamiento del instituto.

## **2. RESPONSABILIDAD ABSOLUTA POR EXCEPCIÓN. ARTÍCULO 662**

Completa la declaración anterior, y llena un vacío del Código Civil pasado, al establecer otros casos de excepción que también generan, por parte del heredero que actúa con mala fe, responsabilidad absoluta. Constituye una sanción muy justificada para el que actúa dolosamente en detrimento de los acreedores quirografarios del causante a quienes la ley protege particularmente como emerge de los artículos 871, 872, 873, 875, 876 y 879 del Código Civil. Esta medida se encuentra generalizada en la legislación comparada como en las de Alemania y Argentina, por ejemplo.

Se sanciona al heredero con la pérdida del derecho establecido en el artículo anterior, cuando su conducta se encuentra encuadrada dentro de los casos taxativos que este precepto legal enuncia, si su conducta dolosa lo lleva a obtener injustificadamente beneficios económicos de la herencia en detrimento de aquellos. Además, pierde el derecho opcional de aceptar la herencia. Constituye un caso de aceptación forzosa de la herencia.

## **3. COMPETENCIA JUDICIAL. ARTÍCULO 663**

Es una norma de naturaleza procesal que tampoco contenía el Código anterior.

Establece un criterio de unidad jurisdiccional al señalar que el conocimiento de los asuntos contenciosos y no contenciosos relativos a una sucesión corresponde al juez del último domicilio del causante, siguiendo así el criterio de Códigos Civiles como los de Italia, Francia y Argentina, entre otros.

Es una norma de orden público, por razón de su naturaleza procesal que establece un fuero de atracción.

## **4. ACCIONES SUCESORIAS. ARTÍCULOS 664, 665 Y 666**

Las acciones sucesorias son también de naturaleza procesal; esta materia tiene un mejor desarrollo que los artículos 662, 663 y 664 del Código anterior. Como señala Lanatta en la exposición de motivos del Anteproyecto de Reforma del

Código Civil de 1936, este código derogado carecía de título sobre la petición de herencia y empleó el nombre de reivindicación de la herencia indistintamente para designar a esta acción como para la reivindicación de bienes hereditarios.

El actual Código Civil es más didáctico en esta materia, no sólo porque señala los elementos constitutivos en cada caso sino también porque determina a sus efectos.

Establece los casos en que procede la recuperación de los bienes hereditarios; y, cuando no es posible, señala la procedencia para la restitución del precio o resarcimiento del valor del bien, distinguiendo las consecuencias cuando el poseedor enajenante ha procedido de buena o mala fe.

El Decreto Legislativo N° 768 de 1992 ha modificado parcialmente el texto del artículo 664 al disponer extensivamente que el demandado que ha poseído sea un sucesor, y no sólo un heredero como originalmente se estableció. Igualmente, permite la acumulación con la solicitud de declaratoria de herederos.

## **5. EXCLUSIÓN DE HERENCIA POR INDIGNIDAD ARTÍCULOS 667 AL 671**

Es desarrollado el tema de la indignidad, que no es un caso de incapacidad para heredar, como erróneamente señalaba el Código Civil de 1936, en el Título II de la Sección Primera del Libro Tercero. La capacidad es un presupuesto lógico de la indignidad. La indignidad es un caso de incompatibilidad moral. No resulta cierto entonces que la capacidad sea el género y la indignidad la especie. Como señala Lanatta en su Exposición de Motivos, la capacidad de suceder es una capacidad receptiva y constituye un derecho inherente a toda persona desde el momento de su concepción a condición de que nazca vivo. Antiguamente, algunas personas estaban incapacitadas para heredar, como los esclavos, los apóstatas, los herejes, los que incurrían en la comisión de ciertos delitos que determinaban su muerte civil. Pero todo ello es cosa del pasado; ahora toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad sucesoria. Se extiende a las personas naturales, a personas jurídicas, a los concebidos y aun a las sociedades irregularmente constituidas como señalan los artículos 77 y 100 del Código actual.

La capacidad sucesoria es diferente de la capacidad civil que se adquiere por la mayoría de edad, según el artículo 42; y, excepcionalmente, en los casos que prevé el artículo 46. La capacidad civil implica la de goce y la de ejercicio.

La capacidad sucesoria es sólo de goce, por eso es que cualquier persona mayor o menor de edad, o sujeto a tutela o curatela, tiene capacidad sucesoria. La vocación sucesoria es una capacidad de derecho que requiere necesariamente antes la capacidad sucesoria.

Por todo lo anterior, resulta erróneo considerar dentro del título de incapacidades para suceder, el referido a la indignidad. Ahora está superado definitivamente.

El Código Civil de 1936 comprendió tres figuras:

- a) Indignidad (artículo 665).
- b) Incompatibilidades para suceder (artículo 668 y 669).
- c) Exclusión del hijo legítimo de la herencia de su padre por reconocimiento de tercero.

El Código actual, en título propio, sólo se ocupa de la indignidad, al igual que otros códigos como los de Alemania, Italia y Brasil. Tiene mayor desarrollo y más precisiones como cuando establece que la primera causal, señalada en el inciso 1º del artículo 667, no queda sin efecto por el indulto ni por la prescripción de la pena.

El anterior código decía escuetamente: «no queda sin efecto por el indulto ni por la prescripción». Como sabemos en materia penal existe la prescripción de la acción y de la pena. También señala el actual código quiénes tienen legitimación activa para exigir la exclusión de herencia por indignidad, el plazo para interponer la acción judicial, pues sin sentencia firme no procede hacer valer la exclusión. Asimismo, señala las consecuencias de la exclusión.

El artículo 669 es nuevo. Prevé la desheredación por indignidad y perdón del indigno. El artículo 667 del Código Civil de 1936 señalaba que las causales de indignidad podían ser invocadas sólo por los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. Esta limitación resultaba injusta al no permitir que el causante, que era precisamente el ofendido por estos actos, no pudiera ejercitar este derecho, como ahora sí lo establece.

## **6. ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA**

### **ARTÍCULOS 672 AL 680**

Es desarrollado de modo ordenado y sucesivo ambos temas, y después las normas comunes. La herencia no se impone a nadie, salvo los casos establecidos en los artículos 662 y 830. Cubre, además, importantes vacíos del Código anterior al determinar las formas de aceptación, señalando la expresa, la tácita,

la legal y la forzosa (artículos 672, 673 y 662). En cambio, al ocuparse de la renuncia, precisa que su formalidad es solemne y sólo admite la expresa, todo lo cual se justifica por la trascendencia del acto, dado que importa un apartamiento total y definitivo de la posición como sucesor, así como de la pérdida de su derecho hereditario.

El tema tiene mayores precisiones especialmente respecto de la impugnación de la renuncia por el acreedor quirografario, artículo 676; y también respecto a los caracteres del derecho de delación como se le denomina en la doctrina, artículo 677.

Consideramos que el término para ejercer el derecho de opción es un caso de caducidad. El plazo que establece el artículo 673 es realmente corto a diferencia de otras legislaciones como la de Argentina.

## 7. LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA. ARTÍCULOS 681 AL 685

Es un modo de sucesión hereditaria. En doctrina se señalan como modos de sucesión:

- a) Por derecho propio.
- b) Por representación.

Consideramos inadecuada esta clasificación porque en ambas situaciones se hereda por derecho propio. En la representación sucesoria el representante hereda del causante de modo indirecto y mediato por derecho propio. No deriva del derecho del representado porque el representado no hereda nada del causante en los casos de premoriencia, renuncia, indignidad o desheredación. Por tanto nada puede transmitir al representante de lo que corresponda al causante. Consideramos que resulta más apropiado afirmar que los modos de sucesión pueden clasificarse en: a) de modo directo e inmediato y b) de modo indirecto o mediato. Además, el empleo de la expresión «representación sucesoria» es impropio, e inadecuado, porque el representante no actúa en nombre del representado ni en beneficio de éste, que son las características esenciales de la representación por acto entre vivos. En la representación sucesoria, el representante actúa por derecho propio. Es un caso de naturaleza *sui generis* en que por excepción se llama a la herencia, quebrando el principio del mejor derecho. Lo importante, sin embargo, es que la función de la representación es mantener el *quantum* hereditario que pudo corresponder al representado para permitir la igualdad de cuotas entre todos los herederos, sean de un mismo tronco o de troncos diferentes.

Los fines esenciales de la representación sucesoria en nuestro concepto, como expresa Carlos Vatiez Fuenzalida, son dos: a) evitar el perjuicio económico de los descendientes del heredero originario que no pudo recibir su cuota hereditaria proveniente de la herencia del causante por determinadas causas taxativamente establecidas por la ley —de esta forma los coherederos del mismo grado que el del representado no tendrán el derecho a la acrecencia—; y b) el de mantener un justo equilibrio entre las diferentes ramas de la descendencia a fin de que unos no reciban por herencia más que a las pertenecientes a otras. Habrá pues una participación igualitaria de las estirpes.

Como señala Albadalejo, el representado sólo será tomado en cuenta:

- a) Para individualizar a las personas descendientes del representado que, por excepción, concurrirán a la sucesión con parientes más próximos al causante en grado que ellos.
- b) Para fijar lo que recibirán los representantes, quiénes pero también estarán sometidos a la obligación de colacionar a que el representado hubiera estado sujeto, y así imputar a la legítima de los representantes lo que el causante donó al representado.

Los artículos 681, 682 y 684 del Código Civil actual regulan el concepto general de esta importante institución al referirse a los casos en que procede en la línea recta descendente de modo ilimitado, cuyo efecto es la recepción de la herencia por estirpe. La doctrina nacional, acorde con la legislación comparada, mantiene uniformidad en cuanto admite la representación sucesoria en línea recta descendente en todos los casos, ya sea que los hijos del difunto concurren con los descendientes de un hijo que no puede heredar por las causales antes señaladas, o porque los descendientes de todos los hijos del causante se encuentren entre sí en grados iguales o desiguales.

Este criterio legal prevalece sobre el contenido en el artículo 819 —que lamentablemente está desconectado del artículo 681—, porque cuando un hecho se encuentra regulado por dos o más disposiciones legales diferentes, debe aplicarse la norma especial. En este caso, el artículo 681 constituye la norma especial.

El fundamento de la necesidad del equilibrio respecto del *quantum hereditario* radica en que el derecho igualitario de los herederos forzosos sobre la herencia está regulado por normas imperativas que le hacen intangible e imperativa.

El otro caso de representación sucesoria que prevé el Código Civil vigente se encuentra en el artículo 683 y se refiere al derecho en la línea colateral; pero, a diferencia de la anterior, el beneficio se extiende sólo a los hijos de los hermanos del causante, requiriéndose en este supuesto, la concurrencia de hermanos del causante con hijos de otros hermanos, salvo que el causante

haya previsto el derecho de sustitución dispuesto por testamento. Procede la aplicación de la representación sucesoria en la línea colateral en la sucesión intestada.

Cabe acotar que, en la representación sucesoria, tratándose de la línea colateral, sí hay concordancia entre los artículos 683 y 828.

En nuestro ordenamiento legal, la representación sucesoria no es privativa de la sucesión legal o intestada. Se hace extensiva a la sucesión testamentaria aunque con algunas restricciones, como ha sido anteriormente expuesto cuando se trata de los hijos de los hermanos del causante que son herederos voluntarios.

En estos casos, la representación sucesoria es supletoria de la voluntad de testador porque puede hacer valer el derecho de sustitución que la ley le acuerda, artículo 740.

No procede la representación sucesoria en nuestro Código Civil tratándose de la línea recta ascendente, ni respecto de cónyuges ni tampoco cuando se trata de legados. La ley no los reconoce.

## 8. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Las disposiciones generales están desarrolladas en los artículos 686 al 690. Contienen cinco subtemas.

El primero establece el concepto y funciones del testamento, salvando los vacíos del Código anterior.

El artículo 686 destaca el carácter voluntario, pero restrictivo del acto en cuanto incide sobre el fondo; es decir, sobre el derecho legitimario que corresponde necesariamente a los herederos forzosos si concurren a la herencia y en cuanto a las formalidades que se deben observar dada su naturaleza esencialmente formal. También destaca la validez del testamento aunque sólo contenga disposiciones de naturaleza extra patrimonial. Este precepto legal no contiene una definición. Es fórmula análoga a la de muchas legislaciones como las de Portugal, Italia, Francia, España y Argentina.

El segundo subtema establece quiénes están incapacitados para otorgar testamento de modo absoluto y relativo. El problema no consiste tanto en determinar quiénes adolecen de incapacidad absoluta para testar, porque el artículo 43 lo establece, sino, quienes no pueden hacerlo, por incapacidad relativa. Es menester precisarlo taxativamente y no dejarlo librado al criterio judicial, como anota Lanatta en su Exposición de Motivos, para no generar dudas que podrían perjudicar en un momento dado, la validez y firmeza de un testamento.

El inciso 2° del referido artículo 687 se refiere únicamente a los incapaces que no pueden testar, y que se encuentran comprendidos en los incisos 2 y 3 del artículo 43 y artículo 44 incisos 2, 3, 6 y 7. *Empero hay un error al considerar el artículo 808, 2° parte, como casos de anulabilidad los comprendidos en los incisos 2 y 3 del artículo 43*, porque se trata de personas absolutamente incapaces; y por tanto, de otorgar testamento, este adolecería de nulidad absoluta. Todos los casos restantes contemplados en el artículo 687 del Código Civil si son casos de anulabilidad como los casos presentados en los incisos 2, 3, 6 y 7 del artículo 44, así como los que carecen en el momento de testar por cualquier causa aunque sea transitoria de la lucidez mental y de la libertad necesaria para el otorgamiento del acto. De esta forma el legislador ha cubierto todos los eventuales casos que pudieran presentarse. En esta forma el legislador ha cubierto prudentemente todos los casos eventuales que pudieran darse y que determinarían su invalidez.

El tercer subtema, contemplado en el artículo 688, sanciona la nulidad de las cláusulas testamentarias a favor del notario ante el cual se otorga el testamento o cuando la persona favorecida tiene vínculos familiares estrechos con el notario, como el cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Su fundamento es de orden moral. El notario, por su función de fedatario público, debe ser imparcial; no debe tener ningún interés extraño a su función que lo pueda perturbar cuando interviene en el otorgamiento de una escritura pública; no es correcto que por su intervención como fedatario público reciba, adicionalmente a sus derechos notariales, un beneficio económico a través de los legados. Respecto de sus familiares, rige igual prohibición para evitar las formas indirectas de beneficio económico y en cuanto a los testigos testamentarios, porque su intervención no puede ser retribuida dado que le restaría imparcialidad. En todos los casos existe incompatibilidad.

El penúltimo subtema, respecto a la aplicación de normas legales sobre modalidad del acto jurídico, es desarrollado en el artículo 689. Se justifica porque el testamento es un acto jurídico; aquellas disposiciones serán aplicables al testamento salvo cuando incidan sobre la institución de herederos forzosos y su correspondiente derecho legitimario, cuyas normas son de orden público, estando prohibida toda clase de modalidades del acto jurídico que incida sobre estos derechos.

Su fundamento es simple, si el testador está obligado por mandato legal imperativo a instituir como herederos forzosos a sus hijos y demás descendientes, padres y otros ascendientes, y cónyuge, resulta obvio concluir que tampoco tendrá libertad para imponer a éstos, condiciones o plazos. El artículo 733 corrobora esta aserción. Quien no puede lo más, no puede lo menos.

Por tanto, las modalidades que se impongan a los herederos forzosos instituidos, se tendrán por no puestas y no invalidan la disposición testamentaria sobre la cual inciden. Muchas legislaciones siguen este temperamento, como las de Alemania, Francia, Italia. Esta tendencia, como apunta Lanatta en su Exposición de Motivos, prevalece actualmente en el derecho comparado. El Código Civil de 1936 carecía de norma específica.

El quinto, y último subtema, destaca el carácter personal y voluntario del acto jurídico. El artículo 690 precisa que es un acto personalísimo y no puede darse por poder ni dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero, porque debe ser la expresión directa y voluntaria del testador. El Código Civil de 1936 careció de norma específica.

## **9. CLASES DE TESTAMENTO Y FORMALIDADES COMUNES. ARTÍCULOS 691 AL 695**

Se refiere a las disposiciones comunes relativas a las formalidades de los testamentos.

La novedad, en cuanto a las clases de testamentos, se encuentra en que dentro de las clases especiales de testamento se incluye al militar que el Código Civil de 1936 suprimió.

Asimismo, el artículo 694 señala que los mudos, los sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa, pueden otorgar sólo testamento cerrado u ológrafo, a diferencia del Código Civil de 1936, en cuyo artículo 683 se refería sólo al mudo. El Código vigente sigue así en este tema el mismo criterio que otras legislaciones como las de España, Alemania, Francia y Argentina.

El artículo 695 del Código Civil vigente es más completo que el artículo 685 del Código anterior porque señala, como formalidades comunes a todo testamento, la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, salvo lo dispuesto en el artículo 697. Las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a los de otros.

Las formalidades en el testamento son genéricas y además esenciales; su omisión o transgresión a las normas pertinentes determinan su nulidad de pleno derecho conforme al artículo 811.

## 10. FORMALIDADES ESENCIALES DEL TESTAMENTO POR ESCRITURA PÚBLICA

El artículo 696 las enumera con mucha precisión. El Dr. Lanatta en su Exposición de Motivos expresa que éstas provienen del artículo 657 del Código de 1852. Una variante con relación al artículo 687 del Código Civil de 1936, se encuentra en el artículo 696 inciso 2° del Código actual, cuando establece que el testador debe expresar por sí mismo su voluntad en forma alternativa; es decir, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener. Este escrito que el testador le entrega no constituye minuta, porque en ninguna clase de testamento existe. Igualmente, el inciso 7° del precitado Artículo 696 es nuevo, al señalar que el notario debe dejar constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.

Estas innovaciones se encuentran también señaladas en otros Códigos Civiles como los de Italia, Francia, España, Alemania y Argentina.

El artículo 697 del Código vigente también establece otra novedad cuando dispone formalidad especial del testamento otorgado por ciego, sordo y analfabeto por escritura pública. En cuanto a la firma, por ejemplo, cuando el testador no sabe o no puede firmar, lo debe hacer a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento por el notario interviniente.

Los mismos Códigos Civiles anteriormente citados contienen disposición análoga.

## 11. FORMALIDADES ESENCIALES DEL TESTAMENTO CERRADO

Los artículos 699 al 703 desarrollan la materia con mucha claridad y precisión.

El artículo 699 presenta innovaciones en sus 4 incisos. El testador debe firmar cada una de las páginas, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo. Se reduce a dos el número de testigos testamentarios. El notario debe levantar un acta de otorgamiento en la cubierta del testamento, en donde conste la entrega y recepción del mismo por el notario, con la firma de todas las personas intervinientes; y será transcrita íntegramente en el registro del notario, firmándolo las mismas personas. El cumplimiento de las formalidades, desde el momento en que interviene el notario y se reúne con el

testador y los dos testigos, se hace en un solo acto. Se establece, finalmente, la obligación del notario de dar al testador copia certificada del acta.

El artículo 700 también es nuevo. El testamento cerrado queda en poder del notario hasta el deceso del testador. Empero este, en cualquier oportunidad, puede retirarlo con observancia de ciertas formalidades. En tal caso, se tiene por revocado el testamento cerrado aun cuando puede valer como testamento ológrafo si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707.

Esta disposición legal es nueva en nuestro ordenamiento legal, siendo su fuente el sistema italiano.

El artículo 702 señala que, muerto el testador, debe ser presentado el testamento cerrado por el notario respectivo en cuya custodia quedó para el efecto del procedimiento judicial no contencioso de comprobación y protocolización notarial, requisito legal indispensable para su ejecución.

## 12. IMPEDIMENTOS DEL NOTARIO Y DE LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS

El artículo 704 prohíbe la intervención del notario en el otorgamiento del testamento por escritura pública, o de autorizar el testamento cerrado, cuando es pariente del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. El artículo 690 del Código Civil de 1936 se refería a los parientes del testador en línea recta o en línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o el segundo de afinidad. Aquí encontramos una lamentable omisión al no incluir al cónyuge del notario; sin embargo, este hecho ha sido subsanado por la Ley Orgánica del Notariado N° 26002, artículo 17 inciso a.

La única innovación que hay en el artículo 705, cuando regula las personas impedidas para ser testigos testamentarios, se encuentra en el inciso 8°, al señalar que también están impedidos los cónyuges en un mismo testamento.

El artículo 706 también es nuevo. Se trata de una importante norma que, según Lanatta, tiene su origen en el Derecho Romano, *Las Institutas*, y en el derecho español, *Las Partidas*.

Esta figura admite la capacidad putativa de los testigos testamentarios cuyos impedimentos no son notorios y que de buena fe se incurrió en error en su designación. Por ejemplo, que el testador y el notario hayan ignorado que el testigo era realmente analfabeto. También el caso del testigo que adolece de una enfermedad mental con intervalos lucidos y que fue desconocida por el testador y el notario. Esta norma legal también la tienen otros Códigos Civiles como los de Argentina, Chile y Colombia.

### 13. FORMALIDADES ESENCIALES DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO ESTÁN CONTEMPLADAS EN LOS ARTÍCULOS 707 AL 711

El artículo 707 que regula específicamente el tema es lamentablemente equívoco en la segunda parte cuando expresa que para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador. El segundo párrafo del artículo 694 del Código Civil de 1936 indujo a error al señalar que debía solicitarse la correspondiente protocolización en el plazo de 2 años desde el día del fallecimiento del testador.

El equívoco no está en el comienzo del plazo sino en la fecha de vencimiento. No es correcto interpretar que, para que produzca efectos, debe haber sido protocolizado dentro del plazo de un año, porque lo que se sanciona es la negligencia del solicitante, mas no cuando la resolución judicial sobre protocolización es expedida vencido el plazo. Por eso, debe entenderse que la solicitud de comprobación debe hacerse dentro del año de fallecimiento del testador. La interpretación *ratio legis* debe prevalecer sobre la literal.

El plazo del año que se señala es de caducidad como resulta del artículo 815 inciso 1°. El artículo 708 sobre la obligación de presentar el testamento ológrafo dentro del término que se señala es más preciso que el artículo 697 del Código Civil de 1936.

El artículo 710 sobre traducción del testamento ológrafo también es nuevo. Cuando el testamento está escrito en idioma diferente al castellano, corresponde al juez del último domicilio del testador nombrar un traductor oficial y si el testador es extranjero, la traducción debe hacerse con citación del cónsul del país de su nacionalidad, con el propósito de que pueda cautelar la fidelidad de la traducción.

### 14. TESTAMENTOS ESPECIALES. ARTÍCULOS 712 A 720

Los artículos 712 al 715 que regulan el testamento militar son nuevos. El Código Civil de 1936 no los reguló y, según señala Lanatta en su Exposición de Motivos, se debió posiblemente a que en 1936 estuvo vigente el Código de Justicia Militar de 1898 que legisló esta clase de testamento. En muchos Códigos Civiles —como los de Italia, Francia, Portugal, Argentina, Chile y Brasil— se encuentra expresamente regulado.

La caducidad de los testamentos especiales está regulada en el primer párrafo del artículo 715 y primer párrafo del artículo 720; en ambos casos es de

tres meses computables a partir del hecho establecido en estos preceptos. En el primero, militar, se computa a partir de la fecha del documento oficial que autoriza el retorno del testador, sin perjuicio del termino de la distancia; en el segundo, marítimo, a partir de la fecha de arribo definitiva al puerto de destino.

Respecto al testamento otorgado en aeronaves durante el vuelo, no se encuentra regulado en el Código Civil, sino en la Ley de Aeronáutica Civil N° 27261 publicada el 10 de mayo del 2000, que ha derogado la Ley N° 24882.

## 15. TESTAMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO

### ARTÍCULOS 721 Y 722

El artículo 721 del Código Civil trata de testamentos ordinarios, pues están referidos a los testamentos por escritura pública o testamentos cerrados en los que interviene el Cónsul del Perú en un país extranjero. El testamento ológrafo se otorga sin necesidad de intervención de ninguna autoridad. Por tanto, aquellos testamentos deberán sujetarse a las formalidades especiales que el Código Civil establece.

El artículo 722 señala que el testamento es válido si ha sido otorgado en otro país ante los funcionarios respectivos y de acuerdo con las formalidades legales establecidas por sus autoridades. Empero, carecen de validez los testamentos mancomunado y verbal, así como las modalidades testamentarias incompatibles con la ley peruana.

Los artículos 721 y 722 son también nuevos en nuestro ordenamiento legal y guardan concordancia con el artículo 2094 que es norma de Derecho Internacional Privado.

La parte final del artículo 722 se justifica porque las normas legales que lo prohíben son de orden público interno.

Este precepto legal se aplica cuando la sucesión ha sido abierta en el Perú, si fue el último domicilio del testador; o cuando corresponda el lugar de apertura a alguno de los países con los que el Perú ha participado en el Tratado de Derecho Internacional de La Habana de 1928. De no ser así, prevalecerá la legislación del país extranjero, según el artículo 2100 que es norma de Derecho Internacional Privado. Debe añadirse que si bien hay normas de orden público interno que deben respetarse, también hay normas de orden público internacional que prevalecen sobre aquellas, en casos determinados. Así, por ejemplo, en Alemania se permite el testamento mancomunado. Creemos que no tendrá valor en el Perú aún cuando el tema es opinable. El artículo 148 del Tratado de La Habana de 1928, que el Perú ratificó por Resolución Legislati-

va N° 6442 de 08 de enero de 1928, expresa: «Son de orden público internacional las disposiciones que no admiten el testamento mancomunado, el ológrafo y el verbal y las que lo declaran acto personalísimo».

## **16. LA LEGÍTIMA Y LA PORCIÓN DISPONIBLE. ARTÍCULOS 723 AL 733**

Los artículos 723 y 733 establecen el concepto de legítima, precisando que es *pars hereditatis* y que es impuesta por la ley al testador. No está dentro del ámbito de la voluntad privada como la cuota de libre disposición. Por tanto, no se puede privar de este derecho a los herederos forzosos así como tampoco gravarla, ni imponerle modalidades ni disponer la sustitución porque esto sólo es posible, si la institución de herederos forzosos fuera establecida por voluntad de aquél. En el Código Civil de 1936 no estaba regulada con esta precisión, antes bien, se advierte en él, una clara contradicción entre los artículos 700, 704 y 705, porque después de reconocer el derecho legitimario del cónyuge sobreviviente resulta condicionado. El artículo 704, en efecto, señala que su legítima es igual a la que le correspondería como heredero legal, pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden al monto de la cuota, y ésta se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fueren menores. Este precepto legal ha sido suprimido en el Código Civil vigente por su incongruencia con la naturaleza jurídica de la legítima y de los gananciales.

La cuota de libre disposición es la parte restante de la herencia después de deducir el valor de la legítima.

¿Cómo se determina en nuestro ordenamiento el valor de la legítima y la cuota de libre disposición? Se deducen de la masa hereditaria las cargas y deudas de la herencia, los gananciales del cónyuge sobreviviente y se agrega el valor de los bienes colacionables si los hubiera. Esto es muy importante. Lo que queda es la herencia líquida. Recién entonces se conocerá el monto de aquéllas.

## **17. LEGÍTIMA DE LOS HEREDEROS FORZOSOS. ARTÍCULO 729**

Este artículo es parcialmente nuevo. La cuota de los herederos forzosos es igual a la que les corresponde en la sucesión legal. Esto es cierto, pero la base de distribución es diferente. En la sucesión testamentaria son las dos terceras partes o la mitad de la herencia, según los casos, al igual que en los casos de la

sucesión legal de estos mismos herederos (hijos y demás descendientes, padres y otros ascendientes o cónyuge sobreviviente) porque en la sucesión legal son también forzosos por mandato imperativo de la ley.

Señala también el precepto que las normas legales de sucesión intestada son de aplicación supletoria o complementaria para los casos de concurrencia, participación o de exclusión. Como vemos, esta disposición cubre un vacío legal que no reguló el Código derogado; fue la jurisprudencia la que estableció este criterio.

## **18. SEPARACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE DEL DE SU DERECHO A GANANCIALES**

El artículo 730 sobre la legítima del cónyuge es muy importante. Sustituye el artículo 704 del Código Civil de 1936 y expresa que la legítima es independiente del derecho que corresponde al cónyuge sobreviviente por gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio, porque los derechos hereditarios que corresponden al cónyuge viudo derivan del patrimonio del causante, mientras que los relativos a los gananciales del viudo les son propios y no derivan del causante.

## **19. DERECHO DE HABITACIÓN VITALICIO DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE. ARTÍCULOS 731 Y 732**

El artículo 731 instituye por primera vez en nuestro ordenamiento legal, de modo preciso, el derecho real de habitación vitalicio, gratuito y personalísimo a favor del cónyuge sobreviviente.

Es una figura muy importante de reciente aparición en el Derecho moderno. Cumple una función económica de protección familiar, suspendiendo la división y partición del bien inmueble que sirvió de hogar conyugal en tanto subsista el derecho del cónyuge sobreviviente.

Resulta interesante comprobar cómo el artículo 733, en la parte final, señala que el causante tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los casos de exclusión de herencia por indignidad o por desheredación, porque en *pars hereditatis* y no *pars bonorum*.

## **20. INSTITUCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE HEREDEROS LEGATARIOS. ARTÍCULOS 734 AL 741**

El título es nuevo. En el Código Civil de 1936 sobre la institución de herederos sólo existió el artículo 686 y sobre la sustitución el artículo 706.

Era menester un desarrollo sistemático como se hace en el actual Código al regular las siguientes situaciones: a) Cómo se instituye heredero o legatario; b) Concepto diferencial entre uno y otro; c) Forma de instituir heredero forzoso; d) Forma de institución de heredero voluntario; e) Caudal disponible para el legatario y la posibilidad de imponerles modalidades a la institución; f) Remanente a favor de herederos legales; g) Sustitución de herederos voluntarios y legatarios; h) Igualdad de condiciones y cargos para los sustitutos. El contenido de este título es también nuevo en su mayor parte.

## **21. DESHEREDACIÓN. ARTÍCULOS 742 AL 755**

Nuestro ordenamiento legal contempla dos modos de exclusión de la herencia, por indignidad y además por desheredación, porque responde a la necesidad de concederle al causante, de modo exclusivo y excluyente, el derecho de privar de la herencia a sus herederos forzosos. Sigue la corriente impuesta por otras legislaciones como las de España, Alemania, Suiza y Argentina.

En cambio las de Francia e Italia tienen un solo modo de exclusión, por considerar redundante e injustificado el otro sistema.

En el Código actual hay una mejor sistematización que en el anterior. Se señalan los casos de desheredación de los descendientes, artículo 744; de los ascendientes, artículo 745; y del cónyuge, artículo 746. Regula los efectos, artículos 749 y 755. Señala el medio formal para la validez de la desheredación, artículo 743. Indica las personas exentas de desheredación y de exclusión por indignidad, artículo 748. También reconoce al desheredado, el derecho a contradecir la desheredación cuando el testador lo hizo por testamento sin juicio previo. Dispone que, en este caso, la prueba de la causa que determinó la desheredación corresponde a los demandados, artículo 752. Finalmente, el artículo 753 señala algo muy importante: el juicio anterior, seguido para justificar la desheredación, queda sin efecto cuando el causante lo revoca. Como podemos comprobar, este título es novedoso y muy importante.

## 22. LEGADOS. ARTÍCULO 756 AL 773

El tema está contenido en 18 disposiciones mientras que en el Código derogado no excedió de 10. Lo importante no deriva de su mayor extensión sino porque desarrolla con más técnica una serie de tipos y regula la caducidad que no fue prevista en aquél.

El artículo 756 establece que 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 dentro de su facultad de libre disposición. Significa que en nuestro ordenamiento jurídico sólo cabe el legado de bienes concretos y el de cuota parte a diferencia de lo establecido en el artículo 719 del Código Civil de 1936, que permitía al testador disponer dentro de su facultad de libre disposición, a título de legado, de toda la herencia, o de una parte de ella; de acuerdo con el Código actual no es posible el legado respecto de toda la herencia. En tal caso, el beneficiario será propiamente un heredero y no un legatario. Para la comprensión de esta figura es menester su concordancia con el artículo 735. El artículo 737 podría inducir a error si no se analiza debidamente. La primera parte de este precepto legal establece que cuando el testador carece de herederos forzosos, puede instituir herederos voluntarios hasta con la totalidad de sus bienes y señalar lo que asigna a cada uno de ellos. Significa, pues, que en esta eventualidad concurren los siguientes elementos: a) No hay herederos forzosos y por tanto la totalidad de la herencia es de plena disponibilidad por parte del testador; b) Asignación de esa totalidad en partes iguales o desiguales legados; y c) Pluralidad de herederos voluntarios. El artículo 738 establece que el testador puede instituir legatarios con la parte disponible si tiene herederos forzosos y no teniéndolos, hasta con la totalidad de sus bienes. En esta última situación debe haber pluralidad de legatarios, porque si toda la herencia le es adjudicada a uno solo, entonces la asumirá como heredero y no como legatario. Con mucha razón, la parte final del artículo 735 señala que: «El error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición».

¿Que importancia tiene la correcta denominación de heredero o de legatario? Es por sus efectos jurídicos. El heredero goza a) del derecho de acrecer como regla, mientras que el legatario sólo como excepción, artículo 775; b) del derecho de colación que no tiene el legatario; c) del derecho de representación sucesoria que carece el legatario; d) el heredero es titular de la herencia mientras que el legatario un acreedor; y e) la responsabilidad por las obligaciones de la herencia recae sobre los herederos, no así respecto de los legatarios, salvo disposición contraria del testador.

El artículo 770 prevé la figura del prelegatario que no contempló el Código derogado. El Código anterior tampoco reguló el caso de concurrencia de herederos voluntarios y legatarios que sí regula el artículo 771.

Finalmente, el artículo 772 trae algo nuevo cuando prevé los casos de caducidad del legado.

### 23. DERECHO DE ACRECER. ARTÍCULOS 774 AL 777

Es un atributo exclusivo y excluyente que proviene de la naturaleza jurídica del derecho del heredero. Es un atributo que se caracteriza por tener un poder expansivo porque en potencia el heredero es titular de la universalidad de la herencia. Cuando, por ejemplo, el testador instituye como herederos a sus dos únicos hijos y les deja la mitad de la herencia a cada cual, si uno de ellos no puede o no quiere recibir su cuota hereditaria, entonces ésta incrementará la del otro hijo, opera de oficio a no ser que aquél haya dejado descendientes que lo representen. Por eso, el artículo 735 señala que el heredero es instituido a título universal, porque todo heredero tiene vocación a la totalidad de la herencia.

El Código Civil de 1936 careció de un capítulo sobre esta materia y si bien se encuentra ubicado en la Sección Segunda del Libro Cuarto del Código Civil, tiene aplicación, sin embargo, tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.

Los artículos 774 al 777 regulan diversas situaciones muy interesantes debiendo quedar en claro que, el derecho de acrecer se aplica siempre tratándose de la legítima de los herederos forzosos, salvo que alguno de ellos hayan dejado descendientes, en cuyo caso prevalecerá el derecho de éstos a la representación sucesoria. También se aplica respecto de los herederos voluntarios salvo que el testador disponga otra cosa. Por excepción se aplica también a los legatarios en la situación del artículo 775, salvo que el testador disponga lo contrario (artículo 777). En estos casos, tratándose de herederos voluntarios o de legatarios como son instituidos por libérrima voluntad del testador sólo es aplicable si el testador no ha dispuesto la sustitución.

### 24. ALBACEAS. ARTÍCULOS 778 AL 797

En el Código anterior se les denominó *ejecutores testamentarios*. En el actual, esta figura tiene un mejor desarrollo.

Se ha suprimido la posibilidad de nombramiento de albacea por escritura pública que estableció el artículo 730 por sus graves inconvenientes ya que, por este medio, no queda asegurado el conocimiento de la persona designada para tal cargo por el testador porque este nombramiento, por escritura pública, no es inscribible en el Registro de Testamento ni en el de mandatos.

Quede claro que sólo es *albacea* el nombrado por el causante mediante testamento. El artículo 792 del Código Civil actual señala erróneamente otras clases de albaceas cuando expresa que: «Si el testador no hubiera 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». Estos no son albaceas, propiamente son mandatarios de los otros herederos o administradores judiciales.

## 25. REVOCACIÓN, CADUCIDAD Y NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS. ARTÍCULOS 798 A 814

Corresponde a los tres últimos capítulos de esta Sección Segunda. Desarrolla la materia de modo ordenado y sucesivamente.

En la figura de la revocación es de destacar el derecho irrenunciable que tiene el testador para revocar, integra o parcialmente, un testamento anterior. Toda declaración que haga en contrario carece de valor como lo establece el artículo 798. El Código Civil de 1852 sí reguló este derecho en el artículo 847, pero el Código Civil de 1936 lo suprimió injustificadamente.

El artículo 800 sobre reviviscencia de testamento anterior es nuevo. La reviviscencia de las disposiciones del primer testamento está dada, como apunta Lanatta, sólo como una presunción *juris tantum* de la voluntad del testador. En los códigos civiles de Italia, Alemania y Argentina se la encuentra contemplada.

El artículo 799 también es parcialmente nuevo cuando precisa que «La revocación expresa del testamento, total o parcial, o de algunas de sus disposiciones, sólo puede ser hecha por otro testamento, cualquiera que sea su forma».

La caducidad determina la ineficacia del testamento cuando sobrevienen hechos después de otorgado, a los cuales la ley les confiere ese efecto.

Hay tres clases de caducidad:

- 1) La del legado. Artículo 772.
- 2) La del testamento. Artículos 707, 2ª Parte, 815 y 820.
- 3) La de la institución de herederos. Artículo 805. Prevé tres situaciones al igual que el artículo 752 del Código Civil de 1936.

La situación que regula el artículo 806 no es propiamente de caducidad sino de preterición, porque en la caducidad, el heredero forzoso sobreviene al otorgamiento del testamento; en cambio, en la preterición, el heredero preexiste al tiempo de su otorgamiento, pero no es instituido injustificadamente.

En el caso de la preterición, la solución que plantea el aludido numeral es muy interesante. Limita la invalidez del testamento sólo a la institución de heredero forzoso y, asimismo, a la invalidez de la institución de herederos voluntarios que el testador hubiera hecho en el lugar que correspondía a los legitimarios. Sin embargo, estos herederos voluntarios, indebidamente instituidos, luego de haber sido pagada la cuota legitimaria a los herederos forzosos preteridos, recibirán la porción disponible, pero en la condición legal de legatarios.

En cuanto a la nulidad del testamento, merece una revisión, ya que se hace necesario precisar las causales de nulidad y de anulabilidad. Y por eso hacer una necesaria rectificación en la segunda parte del artículo 808, cuando señala que es anulable en los casos de las demás personas incapaces comprendidas en el artículo 687, porque no son realmente, casos de anulabilidad, sino de nulidad, existiendo en este punto notoria contradicción con lo establecido en el Libro del Acto Jurídico.

Las normas del Libro de Sucesiones sobre este tema no pueden ser más extensivas que las establecidas en el acto jurídico. Si la incapacidad absoluta del agente produce la nulidad absoluta del acto jurídico, lo mismo tiene que ocurrir en el ámbito sucesorio.

Como regla de interpretación y, mientras no sea modificada esta parte del artículo 808, debe entenderse que el testamento es nulo o anulable según los casos, si resulta de aplicación cualquiera de las causales de nulidad absoluta o de nulidad relativa determinadas en el Libro de Acto Jurídico, así como cualquiera de las expresadas en el Libro de Sucesiones.

## **26. SUCESIÓN INTTESTADA. ARTÍCULOS 815 AL 830**

Es fuente supletoria y, en determinados casos, complementaria de la sucesión testamentaria, la cual prevalece en todo caso.

El artículo 815 señala taxativamente los casos en que procede la declaración de herederos. Es más completo que el artículo 758 del Código anterior, pero adolece de algunas deficiencias.

El orden sucesorio ha variado. El artículo 816 coloca en tercer orden al cónyuge sobreviviente a diferencia del artículo 760 del anterior que lo colocaba en el cuarto orden detrás de los hermanos.

El artículo 818, en concordancia con el artículo 2116, establece el derecho igualitario de los hijos independientemente de su origen, a diferencia del anterior que concedía cuotas diferenciadas según fueran matrimoniales o extramatrimoniales.

El orden sucesorio que establece el numeral 816 ha modificado parcialmente el señalado por el código derogado.

La regla del artículo 817 es ilustrativa y permite discernir fácilmente los derechos hereditarios.

## **27. SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES. ARTÍCULOS 818 Y 819**

Regula la igualdad de todos los hijos independientemente de su origen en armonía con el último párrafo del artículo 6° de la Constitución de 1993.

Queda prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres, y la naturaleza de la filiación de los hijos en los Registros Civiles y en cualquier documento de identidad. Esta igualdad comenzó a aplicarse a partir de la vigencia de dicha Constitución, 28 de julio de 1980. Por eso, debemos resaltar la coherencia que existe entre los artículos 818, 819 y 2116 del vigente Código Civil.

## **28. SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES. ARTÍCULO 820 Y 821**

A diferencia del código derogado no concurren con los hermanos del causante. Aquellos heredan por partes iguales.

## **29. SUCESIÓN DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE. ARTÍCULO 822 AL 827**

Hay varias innovaciones. Una de ellas la señala el artículo 822. Cuando concurre con hijos u otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo. Esto significa que si el viudo y varios nietos sobreviven al causante, aquel hereda como un hijo o sea por cabeza y los nietos por stirpe; es decir, a éstos les corresponderá la cuota de los hijos que son representados. Esta solución es diferente a la establecida en el artículo 765 del Código Civil de 1936 que dispuso que cuando el cónyuge concurre con hijos u otros descendientes

herederá una parte igual a la de un hijo legítimo observándose la regla del artículo 704. Si hubiere descendientes legítimos la cuota hereditaria del cónyuge no excederá de la cuarta parte de la herencia.

También señala el artículo 823 que el cónyuge, en los casos del artículo anterior, podrá 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. En cambio, el artículo 766 del Código anterior limitó el derecho de opción al usufructo de la herencia a la cuarta parte.

En el artículo 826 hay una variante respecto del artículo 770 del Código anterior, que condicionaba el derecho hereditario del viudo a la vigencia del matrimonio contraído con el causante por un período no menor al año, a no ser que hubiera tenido hijos. El código actual lo reduce a un mes, si hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio muriese de esa enfermedad en tal lapso, salvo que el matrimonio hubiera sido celebrado para regularizar una situación de hecho.

Finalmente, el artículo 827 trae otra novedad al señalar que el segundo cónyuge del bigamo tiene derecho a heredarle siempre que concurren dos condiciones:

- a) Que el primer cónyuge de aquel haya fallecido antes que el bigamo.
- b) Que el segundo cónyuge del bigamo hubiera contraído matrimonio con éste de buena fe.

### **30. SUCESIÓN DE LOS PARIENTES COLATERALES. ARTÍCULO 828 Y 829**

El artículo 828, en concordancia con el numeral 683, regula la posibilidad de representación sucesoria en la línea colateral siempre que los sobrinos del causante concurren al menos con un tío, es decir, con un hermano de aquél. Esto significa que a diferencia de la representación sucesoria en línea recta descendente, en que sólo concurren tres elementos como son: el causante, el representado y los representantes, en la línea colateral es menester, en cambio, de un cuarto elemento que es la concurrencia de otro hermano del causante con los sobrinos, hijos de un hermano diferente.

En la línea recta descendente no se exige la concurrencia de un heredero más próximo al causante con otros más lejanos en grado; en caso de ausencia de este requisito, ello sería indiferente porque lo que se protege es la legítima de los herederos forzosos, de manera que los representantes de un heredero originalmente instituido sólo recibirán la cuota legitimaria de éste, indepen-

dientemente de que concurren con otros herederos más próximos al causante. Así se respeta el equilibrio de intereses. Es por eso que el Código Civil señala al respecto que, en los casos de representación sucesoria, el heredero colacionará lo recibido por su representado. En la representación sucesoria, el representante no puede recibir ni más ni menos de lo que pudo corresponder al representado.

El artículo 829 es también nuevo. Señala que cuando concurren hermanos del causante con doble vínculo con otros medio hermanos aquellos recibirán el doble de éstos. Recoge así disposiciones modernas como las del Código Civil de Italia de 1942. En caso de representación, los representantes de un medio hermano recibirán la misma cuota hereditaria que a éste pudo corresponder.

### **31. SUCESIÓN DEL ESTADO. ARTÍCULO 830**

Es considerado excepcionalmente como heredero, a falta de sucesores testamentarios o legales, y lo declara el juez a quien corresponda conocer de la sucesión. El Estado como heredero no goza del derecho de delación, está obligado a aceptar la herencia.

### **32. LA COLACIÓN. ARTÍCULO 841 AL 843**

Contienen algunas innovaciones. Ha modificado el artículo 775 del Código anterior respecto de las personas obligadas a hacerlo. Antes correspondía sólo a los hijos y demás descendientes; ahora, a todos los herederos forzosos.

Además de acuerdo con el artículo 777 del Código anterior, la colación se realizaba por el valor que los bienes tenían al tiempo en que lo recibió el heredero. Ahora la colación se realiza de acuerdo con el valor que los bienes tienen al tiempo de la apertura de la sucesión; asimismo, el heredero colacionante tiene el derecho de optar entre la devolución del bien dado como anticipo de herencia a la masa hereditaria, o la reintegración a ésta de su valor. También distingue entre la colación que se hace en especie, de la colación en dinero, créditos o títulos valores.

Finalmente, se señala casuísticamente los bienes colacionables de los que no lo son.

### 33. INDIVISIÓN. ARTÍCULO 844 AL 851

Hay tres innovaciones notables contemplados en los artículos 848, 849 y 850 que señalan:

Primero, que la indivisión surta efectos respecto de terceros sólo desde que es inscrita en el registro correspondiente.

Segundo, que en los casos de indivisión se paga la porción de los herederos que no la acepten, situación que se da cuando el testador así lo establece, siempre que no afecte el derecho de los herederos forzosos o cuando se trate del pacto convencional.

Tercero, se prevé la posibilidad de hacer la partición total o parcial de la herencia, pese a la indivisión establecida por disposición judicial, cuando media petición de parte si sobrevienen circunstancias graves que la justifican.

### 34. PARTICIÓN. ARTÍCULOS 852 AL 868

Implica una permuta. Modifica algunos temas. Así el artículo 788 del Código anterior facultaba al causante a hacer la partición de sus bienes por testamento o por escritura pública. En cambio, el actual admite sólo la primera forma, artículo 852; su fuente ha sido el artículo 734 del Código Civil Italiano.

El Código actual permite la partición extrajudicial cuando todos los herederos son capaces y están de acuerdo, porque los actos de disposición requieren de la unanimidad de votos, artículo 971, inciso 1°.

El código derogado carece de disposición sobre este tema. Procede también la partición judicial cuando entre los coherederos hay algún incapaz o ausente, y sus representantes están de acuerdo con los restantes coherederos respecto de la partición, entonces la autorización judicial se lleva a cabo dentro de un procedimiento no contencioso, artículo 855 y 987.

La partición sucesoria no incluye los casos de rescisión por lesión, ya que se encuentra regulada en el artículo 1447 y siguientes del Código Civil vigente.

### 35. CARGAS Y DEUDAS DE LA HERENCIA. ARTÍCULOS 869 AL 880

Las cargas constituyen obligaciones sobrevinientes a la muerte del causante. Las deudas, en cambio, se originan por actos contractuales o extracontractuales realizados por el causante.

El plazo del beneficio a personas que vivieron con el causante ha sido ampliado de uno a tres meses, siguiendo la orientación del Código Alemán, lo cual resulta justificado por razón de la naturaleza y finalidad de este beneficio.

\* \* \*

La dación del Código Civil de 1984 respondió a una sentida necesidad tras de 52 años de vigencia del Código Civil de 1936, dado que en ese lapso se habían producido cambios sustanciales que exigían un replanteo de muchas de sus instituciones a fin de actualizarlas. Respondió a un anhelo de adecuada seguridad, así como a una concepción orgánica y coherente de las áreas del Derecho Civil con el propósito de ordenar la legislación y la jurisprudencia.

La reforma del nuevo Código Civil entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984. El Código anterior de 1936 ha durado 48 años. A partir de 1965 en que se sintió la necesidad de su reestructuración, tal como bien apunta el maestro Fernando Vidal Ramírez en la presentación de este último cuerpo legal, en él se advierte una mejor división de las materias, distribuida en diez libros. Sus novedades son cuantiosas e importantes, las mismas que han sido destacadas por la doctrina nacional y extranjera.

El Código Civil vigente tiene como autores a destacadas personalidades en el ámbito profesional que integraron la Comisión Reformadora: doctores José León Barandiarán, Felix Navarro Irvine, Rómulo E. Lanatta Guilhem, Jorge Vega García, Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez, Max Arias Schreiber Pezet, Ismael Bielich Florez, Alberto Eguren Bresani, Manuel García Calderón Koechlin, Felipe Osterling Parodi, Jorge Avendaño Valdez, Fernando de Trazegnies Granda, Lucrecia Maisch von Humboldt de Portocarrero, Manuel de la Puente y Lavalle, Carlos Fernández Sessarego y Fernando Vidal Ramírez; así como los asesores, doctores Delia Revoredo Marsano, Jorge Vega Velasco, Carlos Cárdenas Quirós, Shoshana Zusman Tinman, Jorge Muñiz Ziches y Rafael Rosselló de la Puente.

Posteriormente, se designaron como miembros de la Comisión Revisora, dispuesta por la ley N° 23403, a destacados abogados y profesores como a los doctores Javier Alva Orlandini, Róger Cáceres Velásquez, Eduardo Haya de la Torre, Ricardo Castro Becerra, Roberto Ramírez del Villar, Rodolfo Zamalloa Loayza, César E. Fernández Arce, Guillermo Velaochaga Miranda y Jack Bigio Chrem. Este equipo tuvo un trabajo extraordinario que hizo posible la culminación de tan importante trabajo y merece también como aquéllos, el reconocimiento de la sociedad por su empeño y calidad.

Como cualquier obra humana, nuestro trabajo de Sucesiones no es, reconocemos, perfecto pues el Derecho Civil se sigue transformando día a día y requiere partir de la realidad en que vivimos frente a la inminente dación de una nueva Constitución, aspectos que determinan el desarrollo continuo de una función de reactualización coherente y orgánica. El derecho es como la vida, evoluciona permanentemente.

Un mundo que se encuentra informado por la globalización, exige un ordenamiento jurídico también global, que como dice Antonio Garrigues Walker al prologar el Código Civil de Japón debe ser integrador y no excluyente, capaz de adaptarse al ritmo de la propia sociedad a la que sirve. Nuestro Código Civil de 1984 se encuentra en esta línea porque ha recogido elementos del Derecho Romano, Español, Germánico, Suizo, Francés, entre otros de un modo perfectamente integrador, de manera tal que las diferencias culturales entre los naciones no pueden ser obstáculo para la unificación jurídica de los pueblos.

La intención del legislador del Código Civil vigente no fue ajena a esta inquietud, de ahí que muchas de sus disposiciones legales responden a ese sentido integrador, que permiten una adaptabilidad a las nuevas exigencias de la sociedad.

Para finalizar esta presentación, deseo expresar mi profundo agradecimiento a las personas que me han ayudado en la difícil tarea para la realización de esta obra, como son los doctores Verónica Zambrano Copello, Emilia Bustamante Oyague, Lourdes Escaffi, mi sobrina Patricia Vidurizaga Fernández, mi hija la doctora Beatriz Fernández Hart, el doctor Mario Romero Valdivieso y mi esposa Beatriz Hart Gaige, por su importante cooperación en la revisión de textos, el aporte de criterios técnicos y jurídicos, en la selección de jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia así como de los Registros Públicos. Agradezco también profundamente al Dr. Fernando Gamarra Rubio y a los muy distinguidos alumnos de nuestra Facultad señorita Beatriz Parra Quintana y señores César Aliaga Castillo y Renzo Saavedra Velazco por el invalorable trabajo brindado en la compilación de datos, ordenación de los temas y revisión final de la obra. No puedo dejar de manifestar además, mi especial agradecimiento a la Pontificia Universidad Católica del Perú, a través de sus autoridades, por haberme permitido realizar este trabajo, brindándome tantas facilidades que han hecho posible su culminación.

**TOMO I**



**CAPÍTULO I**

**LA SUCESIÓN EN GENERAL**



## 1. LA SUCESIÓN

Significa transmisión de algún bien o bienes de manera que su titular, por este acto, deja de serlo en favor de otro; hay pues un fenómeno de sustitución o de subrogación. Según Savigny hay «Una transformación puramente subjetiva de una relación de derecho».

En este sentido señala Coviello que la «identidad de la relación jurídica y la diversidad de los sujetos, constituyen los caracteres de la verdadera sucesión»<sup>1</sup>. Bonfante explica a la sucesión como sigue: «se continúa la relación misma del antecesor, por lo que se sucede también en derechos que de otro modo serían intransmisibles, y en todos los derechos así adquiridos continúa siempre para el sucesor el mismo título de adquisición del causante»<sup>2</sup>.

Implica jurídicamente la transmisión de derechos y obligaciones de una persona a otra.

En la esfera del Derecho Privado existen derechos que se extinguen con la muerte de su titular, como el usufructo, uso, habitación, alimentos y renta vitalicia. Se trata, como señala el maestro Domínguez, de derechos temporales que fenecen con la muerte del titular. No puede haber en estos casos sucesión alguna. En cambio es viable que algunas relaciones jurídicas perduren más allá del causante. Pueden ser transmitidas por actos entre vivos —sucesión entre vivos vía contrato—, o por causa de muerte. Aquí estamos frente a un caso de sucesión en su sentido estricto —*mortis causa*— que abarcará todo el patrimonio de aquél y sin que dependa de la voluntad del causante. La muerte así

---

1 COVIELLO, Nicolás. *Doctrina general del derecho civil*. México: Uteha, 1938, p. 346.

2 BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*. Madrid: Editorial Reus, 3ª edición 1965, p. 553.

constituye una *conditio juris*. Es un supuesto esencial de la transmisión, porque con la muerte del titular de un patrimonio deja irremisiblemente de ser sujeto de derecho.

Como señala Clemente de Diego, «la diferencia que existe entre la sucesión *mortis causa* y la sucesión *inter vivos* radica en que la primera puede ser universal y singular, mientras que la segunda no puede ser más que singular<sup>3</sup>».

Héctor Lafaille comparte este criterio al expresar que «nos encontramos pues, en la ley con dos acepciones del vocablo sucesión: una amplia; la otra limitada; abarcando la primera todos los supuestos de transmisión y la segunda más especialmente los originados por el deceso» especialmente<sup>4</sup>. «El derecho de sucesiones comprende el estudio de la sucesión *mortis causa* a título universal... con todas las particularidades y efectos que determina el ordenamiento jurídico» afirma Pérez Lasala y añade que, «en sentido técnico jurídico no es más que la sucesión universal *mortis causa*, es decir, la del heredero, y no la del legatario, que es un simple adquirente<sup>5</sup>».

El objetivo fundamental de esta materia es determinar las consecuencias que produce el hecho de la muerte respecto de las relaciones jurídicas que tenía el causante, determinando la identidad de las personas sobrevivientes que van a continuar esas relaciones jurídicas y de que modo, siendo de advertir que principalmente son de naturaleza patrimonial y excepcionalmente, extrapatrimoniales.

## 2. DERECHO SUCESORIO

### 2.1. Concepto

El Derecho de Sucesiones está constituido por el conjunto de normas jurídicas destinadas a regular el destino del patrimonio de una persona, en todo aquello que resulta susceptible de transmisión patrimonial con posterioridad a su muerte.

---

3 DE DIEGO, Clemente. *Instituciones de Derecho Civil Español I*. T. III. Madrid: San Martín, 1959, citado por DE PINA, Rafael. *La Sucesión Testamentaria*. México: Editorial Porrúa, 1970, p. 250.

4 LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho Civil*. T. I. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1992, p.7.

5 PÉREZ LASALA, José Luis. *Curso de Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Depalma, 1989, pp. 11-12.

## 2.2. Fundamento e historia

El derecho sucesorio traduce el afán de trascendencia que el hombre busca en la vida. Ese sentido de trascendencia proviene de su propia naturaleza. No se resigna a que todo concluya definitivamente con su muerte biológica. Es por eso que el derecho sucesorio constituye un medio legal que el hombre ha establecido para que sus relaciones jurídicas continúen, en mayor o menor extensión, más allá de su muerte, de acuerdo con las diferentes ideologías que cada vez son más homogéneas.

Consideramos que el derecho sucesorio no comienza con el Derecho Romano como se podría creer, porque está vinculado al derecho de posesión y propiedad que son tan antiguos como el hombre. Es tan antigua su historia como la existencia del hombre, y surge remotamente cuando comienza a distinguir entre lo que es propio y ajeno. Aunada a esta disposición natural, su vocación familiar y su necesidad de protegerla, más allá de su propia muerte, descubre entonces que son el derecho de propiedad y la familia, los elementos fundamentales que justifican este derecho; pero hay otro más, que es necesario considerar para tener un cuadro más completo que lo justifique. Es la necesidad adicional de proteger los intereses crediticios de los acreedores quirografarios de la persona del causante, porque no sería justo que, a la muerte del deudor, sus acreedores se vieran afectados al verse imposibilitados de cobrar sus legítimos derechos. Por eso, el ejercicio del *jus disponendi mortis causa*, implica también el reconocimiento del derecho preferencial de los hijos y demás descendientes, cónyuge, padres y otros ascendientes como recipiendarios privilegiados de la herencia del causante y asimismo el derecho preferencial de los acreedores del causante para hacerse cobro de sus créditos, antes que los derechos de los acreedores de los herederos, o del pago de los legados o de la partición de los bienes hereditarios entre los herederos. Así, en el Derecho Romano es conocida aquella máxima que reza: *Bona non sun nisi deducto aere alieno* No existen bienes hereditarios, sino después de deducidas las obligaciones. Esto se explica por dos consideraciones:

1. Porque propiamente la herencia es aquella que resulta de su liquidación después del pago de las deudas. Ésta es la herencia líquida. Es lo que realmente recibe el heredero. Por eso es que el profesor Borda afirma, con justa razón, que el heredero es un liquidador de la herencia.
2. Porque si bien el crédito del acreedor del causante carece de concreta garantía real que asegure su pago oportuno, empero la garantía que la ley le otorga, es una global sobre la herencia y es por eso que todas las legislaciones tienen normas protectoras de preferencia en su pago.

Históricamente se advierte la presencia del fenómeno religioso en el Derecho Sucesorio. Los profesores Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, padre e hijo respectivamente<sup>6</sup>, exponen que el derecho de propiedad en el Derecho Sucesorio de Grecia y Roma tenía una función muy especial porque se establecía para la realización del culto familiar, ya que resultaba inadmisibles que por la muerte del causante se viera afectado este culto; por eso, la propiedad debía continuar después de la muerte. No podía desaparecer. Señalan que Cicerón decía: «la religión prescribe que los bienes y el culto de cada familia, sean inseparables, y que el cuidado de los sacrificios recae siempre en el que recibe la herencia (De Legibus, 11, 19-20)»<sup>7</sup>.

Pero, además, está íntimamente vinculado al Derecho de Familia, particularmente en el Derecho Romano más antiguo, en donde la sucesión hereditaria no tiene como objeto fundamental la transmisión del patrimonio, sino la de los poderes que implican la soberanía sobre la familia concebida como un verdadero organismo político. La transmisión del patrimonio era sólo una consecuencia cuyos destinatarios no eran siempre los herederos sino los legatarios por la libertad absoluta de la que gozaba el testador.

La familia primitiva en el Derecho Romano comprendía a los padres, hijos y esclavos, principalmente. Sobre ella el *pater familia* tenía autoridad y además presidía el culto religioso doméstico. Consideraron que la muerte no era un mal necesario, porque estaba la inmortalidad que se proyecta a través de la descendencia, a la que corresponde continuar la función del padre dentro de la familia y en el culto doméstico. Allí está entonces la sucesión en la persona del causante y también en su patrimonio, porque no cabe culto sin patrimonio familiar.

El hijo es el continuador del padre, allí está la inmortalidad, la perpetuidad y por eso se explica aquella afirmación de *semel heres, semper heres* y es que el heredero no puede desprenderse de esta calidad, aunque disponga de los bienes hereditarios que hubiera recibido. Esto no es nuevo, recordemos que en el Derecho Hindú los hijos son considerados como el alma de los padres muertos.

Cuando decaen las costumbres y el sentido del culto doméstico, el Derecho Sucesorio, sin embargo, va acentuando paulatinamente la idea fundamental de que sirve para la transmisión del patrimonio del causante.

---

6 DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Derecho Sucesorio*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, 2ª edición actualizada, pp. 18-19.

7 *Ibidem*.

Actualmente, el sucesor es considerado no como el continuador de la persona del causante, sino de su patrimonio, porque eso es lo que queda a su muerte. El causante, con su muerte, extingue su personalidad, de modo que el sucesor no puede ser continuador de la persona que ya no existe. Es por eso que ya no es considerado ahora como persona responsable de las obligaciones del causante en forma ilimitada. No se produce una confusión del patrimonio propio y el recibido del causante, sino que responde de estas deudas hasta el monto de lo recibido. Es solo con el patrimonio del causante, que el heredero ha recibido y no con el propio, que está obligado a responder frente a los acreedores de aquél. Ésta es la denominada responsabilidad *intra vires hereditatis*.

Ahora el Derecho Sucesorio es considerado como una extensión de la propiedad privada más allá de la vida. La herencia tiene ahora la función de transmitir el patrimonio del causante.

La libertad absoluta para disponer por testamento a quienes quiera legar el testador va sufriendo restricciones, imponiéndose la obligación de dejar parte de los bienes a los parientes más próximos de aquél, estableciéndose, la facultad por parte de éstos, de invalidar todo el testamento cuando son preteridos mediante la *querella inofficiosi testamenti*, hasta que la ley Falcidia en el año 714 señala, como obligación imperativa, que el testador no puede disponer de más de las tres cuartas partes de la herencia, correspondiendo la cuarta parte restante al heredero.

Bajo la influencia del Cristianismo, durante Constantino, la sucesión se fundamenta en el parentesco de sangre.

En el Derecho Germánico antiguo no se conoce el testamento. El principio que rige es: *Solus Deus heredem facere potest, non homo* sólo Dios puede instituir a los herederos mas no el hombre, que no puede modificar el orden sucesorio. Sólo existe la sucesión intestada fundada en el vínculo familiar.

En el siglo XII reaparece en Francia el testamento, en donde la voluntad del causante está limitada por el derecho legitimario de los descendientes.

Finalmente, debemos señalar que el Derecho Español consagra el derecho a la legítima en beneficio de lo que se conoce ahora con el nombre de herederos forzosos, como en el Fuero Juzgo y las Partidas.

A diferencia del *Common Law*, en que no existe la institución legitimaria y se respeta la irrestricta libertad del testador, la herencia legal rige sólo a falta de testamento. Es pues, fuente supletoria. Empero, como señalan los ilustres juristas Domínguez Benavente y Domínguez Águila en la obra citada, se nota también una evolución restrictiva de esta libertad en países como Inglaterra, en donde a partir de 1938 *The Inheritance Family Provision Act*, enmendada en 1952, ha impuesto al testador la obligación de reservar como provisión, parte

de sus bienes para la manutención del cónyuge, hijo menor o mayor incapaz. Igual ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica.

El Derecho Sucesorio como transmisión del patrimonio del causante por motivo de su muerte, ha respondido a factores cuya fuente principal se encuentra en la naturaleza humana que obedece a un deseo de trascender a través de los descendientes brindándoles seguridad y oportunidad de desarrollo. Al principio la voluntad del testador era absoluta, pero paulatinamente se observa, cualesquiera que fuere el ordenamiento nacional, una restricción: la obligación de reservar parte del patrimonio personal a favor de un orden sucesorio fundado en vínculos de consanguinidad o de matrimonio o de parentesco civil derivada de la adopción. La magnitud de las cuotas podría ser diferente, pero el principio es igual en todos los países. Y es que la familia constituye el centro vital de todo ser humano. La legítima se funda en el deber moral de procurar el apoyo económico de quienes han formado parte de la familia del causante. Se apoya en la idea de conservar el patrimonio del causante entre los que formaron su familia por consideraciones de solidaridad familiar.

Ésta es la línea de nuestro ordenamiento nacional, como se puede apreciar a través de los Códigos Civiles de 1852, 1936 y del actual de 1984.

### 3. SUCESIÓN *INTER VIVOS* Y *MORTIS CAUSA*

Messineo, citado por Castañeda, señala que la sucesión por causa de muerte es una subespecie del instituto de la sucesión en general<sup>8</sup>; este comentario refleja la posición de un gran sector de la doctrina que le atribuye al concepto de sucesión dos acepciones, como antes señalamos: sucesión *inter vivos* y sucesión *mortis causa*. En este sentido, Echecopar explica que «Comúnmente se entiende por sucesión la transmisión, a una o a varias personas vivas de todo el patrimonio que deja otra persona que ha fallecido. Algunos autores sostienen que esta definición es inexacta porque, gramaticalmente, sucesión es todo lo que se transmite o pasa ya sea por acto entre vivos (venta, donación, etc.) o por causa de muerte (herencia, legados), sea por transmisión universal de todo un patrimonio o de una cuota-parte de él, o por cesión de una porción individual o particular del mismo<sup>9</sup>».

Significa que la sucesión puede darse por un acto entre vivos, como por causa de muerte. En el primer caso, los sujetos de la relación jurídica se en-

<sup>8</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Derecho Sucesión*. T. I. Lima: Programa de Derecho de UNFV, 1975, p. 3.

<sup>9</sup> ECHECOPAR GARCÍA Luis. *Derecho de Sucesiones*. Lima: Empresa Gráfica Sanmartí, 1950, p. 2.

cuentran vivos antes y después de la enajenación; ésta puede hacerse a título singular, como en los casos de compra-venta, permuta, donación; o también, a título universal, como en el caso de la extinción y liquidación de una persona jurídica o fusión de empresas, en la que se produce la transferencia del activo y pasivo de una sociedad a otra.

En el segundo caso, la trasmisión opera recién con la muerte del trasmitente y se da a título universal, porque la muerte del titular de las relaciones jurídicas patrimoniales ha determinado la extinción de este sujeto de derecho, dando lugar a que todas estas relaciones jurídicas sean transmitidas a nuevos titulares. Pero, también puede darse la trasmisión a título particular como en el caso de legados dispuestos por el testador.

Como vemos, entre la sucesión por acto entre vivos y por causa de muerte hay semejanzas, pero también diferencias.

Ya hemos advertido las semejanzas. Señalemos ahora sus diferencias.

- a. La primera se da por intermedio de la voluntad de los sujetos de la relación jurídica que no pierden su calidad de sujetos de derecho como causa o como efecto de la transmisión. Se da a través del contrato bien a título oneroso o gratuito. En cambio, en la sucesión *mortis causa*, la transmisión se da necesariamente con la muerte, sin que para ello intervenga la voluntad del titular. Al morir el causante deja de ser sujeto de derecho. Además, cuando se hace por testamento, la transmisión a los beneficiarios ello no implica nunca un contrato, se designa a los causahabientes beneficiados por determinación unipersonal del testador, respecto de los herederos voluntarios y legatarios, porque respecto de los llamados herederos forzosos, éstos son instituidos por mandato imperativo de la ley. El hecho de que los destinatarios tengan derecho a aceptar o renunciar la herencia, no varía el concepto vertido, no convierte en contrato la transmisión porque, como apunta el profesor Lanatta, «la institución de heredero y la aceptación por el instituido, nada tienen de común con la oferta y la aceptación ya que no pueden coexistir simultáneamente instituyente y heredero, porque el fallecimiento del instituyente es el necesario presupuesto para la sucesión del otro. No existen en consecuencia voluntades conjugadas y simultáneas como se da en el contrato, sino, en todo caso, coincidentes, pero superpuestas en el tiempo». Además, tanto la aceptación como la renuncia, producen sus efectos «a partir de la muerte del causante». Si el heredero rechaza la herencia, la sucesión no resulta afectada, sólo cambiará de destinatario. Tanto en la aceptación, como en la renuncia, sus efectos se computan a partir de la muerte del causante, que es precisamente el

- momento en que ocurre la transmisión sucesoria que opera *ipso iure* y no en la fecha del ejercicio del derecho de opción.
- b. En la sucesión por acto *inter vivos* se transfiere, con la enajenación a título oneroso, no sólo el derecho de propiedad sino también el derecho al saneamiento por evicción; éste es el efecto jurídico que deriva precisamente de la transmisión a título oneroso; en cambio, en la sucesión *mortis causa*, cuando la enajenación es a título gratuito no se transfiere con el derecho de propiedad esta garantía.
  - c. En la sucesión *inter vivos* los efectos de la transmisión de bienes pueden determinarlos las partes intervinientes mediante el acuerdo de voluntades; mientras que en la sucesión *mortis causa*, ésta opera *ipso iure* en el mismo momento de la muerte del causante por disposición de norma legal de orden público, Art. 660 del Código Civil y Art. 145 del Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928, suscrito por el Perú y ratificado por el Congreso Nacional de la República que así lo califica.
  - d. En la sucesión *mortis causa* en un solo acto se transmiten todas las relaciones jurídicas del causante, que no son inherentes a su persona, sin siquiera tener que mencionarlas; mientras que en la otra, cada relación jurídica que pudiera ser transmitida, es singular y debe ser objeto de cada contrato.
  - e. En la sucesión *mortis causa* la transmisión patrimonial se rige fundamentalmente por normas legales de orden público, como el acto de apertura de la sucesión, competencia jurisdiccional, la legítima, el derecho de los herederos legales a falta de testamento, etc. Mientras que en la otra son de carácter facultativo, salvo casos de excepción como el de la expropiación.
  - f. Finalmente, en la sucesión *mortis causa*, el transmitente es siempre una persona natural, mientras que en la otra, puede ser natural o jurídica.

La expresión «sucesión hereditaria» es empleada por la doctrina en diversos sentidos: por sucesión *mortis causa* se entiende a la transmisión sucesoria, o también al patrimonio transmitido; por eso es que a veces se afirma que el heredero «recibe la sucesión» del causante. En este sentido sucesión y herencia son consideradas como palabras sinónimas.

También se emplea la palabra sucesión para significar a los beneficiarios, a los causahabientes de la herencia.

Empero, la doctrina mayoritaria al respecto estima que, propiamente, cuando hablamos de sucesión, nos estamos refiriendo a la transmisión misma de los bienes, derechos y obligaciones del causante por causa de su muerte. Asimismo, la herencia es el objeto de la sucesión y los sucesores son los destinatarios de la sucesión.

La mayoría de autores está de acuerdo en considerar que, en sentido estricto, resulta propio identificar la sucesión con aquella que ocurre con motivo de la muerte, porque la muerte es una expresión que sólo puede darse en la persona natural; por este motivo la desaparición o extinción de la persona jurídica tiene otra regulación legal muy diferente; finalmente, porque con la muerte de la persona natural se trasmite *ipso iure* la universalidad de su patrimonio inexorablemente y en un solo acto, porque ha dejado de ser sujeto de derecho.

En este sentido, Echecopar se adhiere a la posición de Planiol cuando afirma que: «la palabra «sucesión» tiene un segundo sentido, en el cual designa toda transmisión de bienes o derechos, aun entre vivos y a título particular. Es cierto que no se cometería una falta... al decir que se realiza una sucesión entre el vendedor y el comprador, entre el donante y el donatario; sin embargo, la palabra «Sucesión» —afirma— «no se emplea jamás en tales ocasiones; uno se sirve de las palabras «cesión» o «trasmisión»<sup>10</sup>. En apoyo a esta tesis, Ramón Domínguez señala que el concepto de sucesión resulta, en cierto sentido, inadecuado para referirse a la que proviene de un acto entre vivos, por lo que debería reservarse solamente para la que tiene lugar *mortis causa*, que es la verdadera y propia sucesión<sup>11</sup>.

10 ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Op. cit.* p. 3.

11 DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Op. cit.*, 1990 t. 1, pp. 93-94. Su crítica a la denominada sucesión por acto entre vivos, la fundamenta así: Desde luego, cuando el traspaso de un derecho tiene lugar por acto entre vivos, no se quiere significar que la sucesión sea el modo mismo de adquirir el derecho. Se sabe que el adquirente (sucesor por acto entre vivos) sucede al tradente, pero es la tradición el modo de adquirir y no la sucesión (Arts. 588 y 670). En la sucesión *mortis causa*, el término no se usa tan solo para referirse a sus efectos, sino también, para indicar la causa misma de la transmisión de los derechos del difunto al sucesor pues ella es un modo de adquirir (Art. 588).

Los efectos de una y otra tampoco coinciden. En la sucesión *inter vivos*, aunque el derecho sigue siendo en el sucesor, aparentemente el mismo, desde que las cargas reales que pesaban sobre el objeto le siguen gravando (Arts. 825 y 2428), la verdad es que la relación jurídica puede, en cabeza del sucesor, sufrir modificaciones trascendentales. Así el cesionario, con suceder al cedente, no adquiere las excepciones personales que corresponden a este último (Art. 1096). Tal reserva no cabe en la sucesión *mortis causa*, especialmente en nuestro sistema de sucesión «en la persona».

Por consiguiente, es en la sucesión por causa de muerte donde hay verdadera y propia sucesión. El sucesor saca su derecho forzosamente del de *cujus*; la relación jurídica se encuentra en el causa habiente con todos sus elementos constitutivos como lo estaba en el patrimonio del causante, sea activa o pasivamente.

En ella, la relación jurídica es el sucesor, idéntica a la que tenía el autor de manera que lo único que cambia es el sujeto, como lo enseña Coviello «la identidad de la relación jurídica y la diversidad de los sujetos constituyen los caracteres de la verdadera sucesión». *Doctrina general del derecho civil*. México: Uteha, p. 346.

Por eso la sucesión por antonomasia es la *mortis causa*; con la muerte del causante la relación con su patrimonio ha quedado interrumpida, no siendo admisible que esas relaciones jurídicas patrimoniales queden sin sujeto; por eso, es imprescindible que otra u otras personas entren en su lugar. Es necesario que el ordenamiento legal prevea esta situación no solo por razones de orden privado sino público.

La muerte de la persona natural determina la apertura de la sucesión hereditaria y con ella, la transmisión de la herencia a los herederos, pero ésta es sólo provisional. La adquisición de la herencia por los herederos se convierte en definitiva, irrevocable y perpetua con la aceptación por parte de éstos, por ser un derecho propio y personal de cada heredero. Con la aceptación del derecho a la herencia se ha convertido, definitivamente, en un derecho hereditario *ex tunc*, es decir que sus efectos se retrotraen al instante de la muerte del causante. Una vez heredero, siempre heredero, como señala una máxima romana: *Semel heres, semper heres*. Por tal motivo se afirma que la transmisión sucesoria con motivo de la muerte de una persona opera *ipso iure*, pero supeditado a una *conditio juris*: la aceptación que sólo la confirma, la consolida.

#### 4. SUCESIÓN UNIVERSAL Y PARTICULAR

José Luis Pérez Lasala explica que el derecho de sucesiones comprende el estudio de la sucesión *mortis causa* a título universal y las adquisiciones a título particular, con todas las particularidades y efectos que determina el ordenamiento jurídico<sup>12</sup>.

Según Domínguez Benavente y Domínguez Águila, «El asignatario puede ser fundamentalmente heredero o legatario. Es heredero cuando se le llama a una asignación denominada herencia (art. 954), y es legatario cuando se le llama a una asignación denominada legado (art. 954). Si el llamamiento para suceder al difunto es a título universal, el asignatario se denomina heredero; si es a título particular», recibe el nombre de legatario. Puede concluirse que el heredero es el sucesor del causante a título universal, y legatario quien sucede a título particular<sup>13</sup>. Esta tesis proviene del Derecho Romano.

---

12 PÉREZ LASALA, José Luis. *Curso de Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 11.

13 DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Op. cit.*, 1998, T. I, p. 231.

Luis Echecopar<sup>14</sup> afirma con acierto que «la herencia constituye una sucesión universal, mientras que el legado es, por lo general, una sucesión singular». Explica el autor que «el heredero adquiere los bienes del causante y lo sucede en sus deudas, hasta el límite del patrimonio que recibe (artículo 658 del Código Civil). El legatario, en cambio, es un simple acreedor del heredero para el cobro de su legado...».

Sobre esta distinción, Jorge Eugenio Castañeda<sup>15</sup> explica que «La sucesión es a título universal (*per universitatem*), o a título singular (*singulatim*). Para la primera, se necesita la figura del heredero que no es siempre necesaria, ya que ahora se puede testar dejando todo el patrimonio en legados... Para la segunda aparece la figura del legatario. Éste sólo asume obligaciones respecto al bien que recibe y aquellas que le han sido impuestas por el testador al instituirlo (a no ser que sea heredero forzoso), como cargas y/o modalidades».

Echecopar<sup>16</sup> señala que «En Francia es herencia lo que se recibe *ab-intestato* y legado es todo lo que se deja por testamento [...] A todas las personas favorecidas en un testamento por acto voluntario del causante se les denomina, en Francia, legatarios. No se hace la distinción entre heredero y el legatario. Se llamará legatario universal al que nosotros llamamos heredero universal; legatario a título universal a quien llamamos heredero o legatario de parte alícuota; y legatario a título singular o particular a quien nosotros llamamos legatario común». Así queda establecido por los Arts. 1003 al 1014 del Código Civil Francés. La máxima del Derecho Francés para justificar este criterio es que «Solo Dios hace a los herederos». Por tanto, en la sucesión testamentaria los instituidos sólo pueden ser legatarios.

Ramón Domínguez afirma que «la sucesión *mortis causa* es la única que puede darse tanto a título universal como a título particular (Art. 981, inc. 1). En el primer caso, se sucede al causante «en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto» (Art. 951, inc. 2º). En el segundo caso se sucede al difunto en «una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo (Art. 951, inc. 3º)»<sup>17</sup>. El autor expone que «En la sucesión *mortis causa* a título universal se sucede al difunto en su

---

14 ECHECOPAR GARCÍA Luis. *Op. cit.*, pp. 200-203.

15 CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, t. I, p. 5.

16 ECHECOPAR GARCÍA Luis. *Op. cit.*, p. 201.

17 DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Op. cit.*, 1990, t. I, p. 97.

patrimonio, abstracción hecha de los bienes mismos que lo componen, que llegan al sucesor porque forman parte de él, pero no por ser considerados individualmente. En la sucesión por causa de muerte a título particular el objeto de la transmisión es determinada relación jurídica, de manera que el sucesor se sustituye al causante en ella y no en otras».

La distinción entre sucesión universal y sucesión particular depende fundamentalmente del grado de extensión de su objeto, de manera que si comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que componen la herencia o una parte alícuota de ellos, entonces se trata de una sucesión universal como señalan los Arts. 3263 y 3281 del Código Civil Argentino.

Este criterio no genera dificultades sino cuando incide sobre parte alícuota de la herencia, porque el legatario —que es un sucesor particular— eventualmente puede ser adjudicatario de una parte alícuota.

En la sucesión particular se transmiten uno o varios derechos hereditarios determinados.

El heredero recibe la herencia a título universal; en cambio, el legatario, a título particular o singular como señala el art. 735 de nuestro Código Civil.

Este criterio distintivo de uno y otro es eminentemente objetivo, y surge del propio contenido de la disposición testamentaria y no de la voluntad del testador.

En la doctrina imperante, sin embargo, no se puede prescindir de ambos criterios, aun cuando, por ejemplo, legislaciones como la de España, Art. 660 establece criterio objetivo, dada la tradición jurídica a partir del Derecho Romano. Tratándose del legatario de cuota alícuota, la mayoría de autores coinciden en considerarlo como un sucesor universal, mas no como un heredero propiamente. Se afirma que el heredero, para ser considerado como tal, debe reunir dos requisitos acumulativos: a) que el llamamiento se haga a título de heredero y no de legatario, y b) que tenga el llamamiento un carácter universal. Cuando se instituye una pluralidad de herederos, aunque sea en partes iguales o sin determinación de partes, estamos frente al caso de llamamiento solidario sobre la base de una universalidad.

El legatario de cuota alícuota asume el pago de las obligaciones del causante en proporción a la cuota recibida, pero carece en principio del derecho de acrecer, salvo el caso del Art. 775 del Código Civil, así como del derecho de representación o del de colación.

En la sucesión *mortis causa* puede darse la transmisión a título particular, como cuando el causante, mediante testamento, instituye a uno o varios legatarios como parte de la herencia, con aquella cuota de libre disposición, asignándoseles bienes individuales o eventualmente una cuota parte de la herencia.

## 5. LA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DE LA HERENCIA

Expresa el Art. 2 inciso 16° de la Constitución Política del Estado de 1993 que: «Toda persona tiene derecho a la propiedad y la herencia». Existe una garantía constitucional de carácter sucesorio, ya que la propiedad privada está íntimamente vinculada a la herencia.

Esta garantía significa un reconocimiento de la herencia como institución y, asimismo, un derecho individual de carácter singular, porque responde a la ineludible necesidad de mantener la existencia de un espacio de apropiación privada de los bienes más allá de la muerte de su titular; y, además, como una forma de protección constitucional a la propiedad privada de la cual deriva el derecho de disposición con las limitaciones que la ley establece.

Esta protección se extiende al derecho de adquirir por herencia, en cualquiera de sus modos de sucesión, bien por testamento o a través de la intestada.

Como se puede advertir, la cuestión esencial del Derecho de Sucesiones es atender el problema de la continuidad de las relaciones patrimoniales que se produce al fallecimiento de una persona. El significado de esta disposición constitucional implica:

- a. Considerar el Derecho Sucesorio con instituciones de orden público, porque contiene —aunque no sean todas— normas imperativas, de valor absoluto, las cuales no pueden ser alteradas ni conculcadas bajo sanción de nulidad absoluta, como ocurre con las normas relativas a la legítima, que constituye un derecho inherente al heredero forzoso, o aquella que establece la transmisión hereditaria en el mismo momento del fallecimiento del causante. Con esas normas imperativas se protege a la familia, porque la razón jurídica que las sustenta, es preservar la estructura familiar.
- b. Porque el ordenamiento jurídico constitucional respeta el derecho de propiedad de los particulares, quienes pueden disponer libremente de los bienes por medio del testamento. Mediante esta norma constitucional se consigue declarar el principio de autonomía de la voluntad y, asimismo, expresar el reconocimiento del derecho de adquirir por herencia, los bienes y derechos patrimoniales dejados por el causante.

En suma, el significado de la norma constitucional citada guarda estrecha relación con el contenido esencial de la herencia, porque se alude a la libertad de testar como atributo propio del derecho de propiedad *jus disponendi*; asimismo, del derecho a suceder de los parientes, pero con las limitaciones que la ley establece, excluyendo de la libre disposición del testador, aquella parte del patrimonio hereditario que ha de corresponder

a los legitimarios o herederos forzosos y, a falta de ellos, a ciertas clases de parientes más lejanos en grado, pero limitadamente. Más allá de esta relación parental se ha establecido que el patrimonio hereditario corresponderá al Estado a falta de sucesores testamentarios o legales.

## 6. ESTRUCTURA DEL FENÓMENO SUCESORIO

El fenómeno sucesorio es extraordinariamente complejo. En él concurre una pluralidad de sujetos, entre quienes se puede distinguir:

- a. El causante, o sea la persona natural, que con su muerte da origen a la sucesión por la necesidad de buscar nueva titularidad a sus relaciones jurídicas. Como la muerte es la causa de la sucesión, sólo las personas naturales pueden ser causantes.
- b. Los sucesores a título universal, es decir, los herederos que pueden ser forzosos o voluntarios según los casos.
- c. Los sucesores a título particular, es decir, los legatarios que tienen derecho a una parte de la herencia y que ocurre cuando así lo dispone el testador. Algunos autores como Borda consideran, con mucha razón, que el legatario no es propiamente un sucesor sino más bien un acreedor. En verdad, la sucesión a título particular sólo es posible cuando al legatario se le adjudica un bien que está dentro de la herencia. Se afirma que los legatarios no implican sucesión porque no responden por las obligaciones insolutas del causante, ni representan a la sucesión en caso de juicio ni tienen derechos de acrecer en principio, así como el de la colación, calidades y atribuciones que sí las tiene el heredero como sucesor.
- d. Los legitimarios, o sea los herederos, que tienen derecho a una parte de la herencia denominada «legítima» que constituye parte intangible de la misma, y la cual no puede ser objeto de gravamen, limitación o imposición de modalidad alguna.
- e. Los ejecutores testamentarios, es decir, los albaceas que son nombrados por el causante mediante testamento, pueden ser personas naturales o jurídicas a quienes se les confía las funciones de administración de los bienes hereditarios indivisos hasta su división y partición, así como también para cumplir los encargos especiales del testador.
- f. Partidores-contadores, encargados de la división y partición de los bienes hereditarios cuando son comunes a varios herederos, o herederos y legatarios conjuntamente.
- g. Acreedores del causante respecto a obligaciones insolutas dejadas por éste.

## h. Los acreedores de los sucesores.

Los elementos esenciales que siempre están presentes en la sucesión *mortis causa* son:

Causante, heredero y legatario, y herencia

- a) *Causante*: Es el personaje central del fenómeno sucesorio. Es la persona natural que fallece y con su muerte da origen al fenómeno sucesorio, también se le denomina *de cuius*, por la frase latina *de cuius successione agitur*, que significa aquél de cuya sucesión se trata. Augusto Ferrero<sup>18</sup> señala que «el causante es el actor de la sucesión, quien la origina». El autor cita a Messineo que «distingue los términos expresando que la voz «difunto» se refiere a la sucesión ya abierta; el vocablo causante al tiempo anterior a la apertura de la sucesión; y la palabra «autor» al efecto de la transferencia de los derechos del difunto y a la consiguiente adquisición por parte del sucesor». El causante es la persona natural que con su muerte determina la necesidad de cubrir la vacancia con la designación de un nuevo titular de las relaciones jurídicas que han quedado truncas. La muerte sólo es propia de la persona física o natural, nunca de la persona jurídica. La extinción de la persona jurídica no es igual a la muerte, que es un fenómeno natural. Las personas jurídicas están sometidas a diversos fenómenos, como la desaparición, la traslación de sus relaciones jurídicas a otros (fusión, transformación, absorción), pero, la naturaleza de los intereses en juego es distinta y tienen su propia regulación legal. La muerte física o biológica y la declaración judicial de muerte presunta constituyen en nuestro ordenamiento legal, únicas causas de la apertura de una sucesión hereditaria (Arts. 660, 60, 61, 63, 64 y 65 del Código Civil).
- b) *El heredero y el legatario*: Los sucesores son todos aquellos que son llamados por la ley o por voluntad del testador para suceder al causante en los derechos que conforman la herencia. Los sucesores pueden ser herederos o legatarios. Los herederos y legatarios son los beneficiarios de las relaciones jurídicas transmisibles que provienen del causante aunadas a otras relaciones nuevas que surgen recién con la muerte de éste, como por ejemplo, el beneficio de inventario, el derecho a impugnar las donaciones o legados que dañen la legítima, el derecho para demandar a los herederos del causante por los créditos insolutos de éste, la responsabilidad limitada por las obligaciones del causante, la aceptación o renuncia de la herencia.

---

18 FERRERO COSTA, Augusto. *Derecho de Sucesiones en el Nuevo Código Civil*. Lima: Cultural Cuzco S.A. editores, 1987, pp. 62-63.

La sucesión hereditaria tiene una particularidad: su carácter necesario, porque a la muerte del causante alguien tiene que sustituirlo a fin de garantizar una continuidad de su posición jurídica.

Los derechos y las obligaciones del causante no pueden quedar a la deriva, porque generarían desorden social al hacer posible la adquisición de los bienes por ocupación y, respecto de las obligaciones, porque resultaría afectado gravemente el tráfico comercial al no hacer posible el cobro de éstas, lo que daría lugar a una injusta extinción.

En cuanto a las obligaciones que son parte integrante de la herencia sucede algo similar, sólo compromete a los herederos de modo relativo y no a los legatarios como señala el numeral 661 del Código Civil:

El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial.

El heredero es instituido siempre a título universal y comprende la totalidad de la herencia. No adquiere todo el patrimonio del causante sino sólo aquél que no le es inherente a su persona (Art. 1218).

El legatario, del cambio, es instituido siempre a título particular (Cfr. Art. 735 del Código Civil); pero, además, hay otras manifestaciones que permiten diferenciarlo del heredero. El derecho de acrecer no lo tiene sino sólo en un caso de excepción y, siempre que el testador no opte por el derecho de sustitución (Cfr. Art. 774, 775 y 777 del Código Civil). El derecho de colación que no comprende a los legatarios (Cfr. Art. 843 del Código Civil). Igualmente respecto al derecho de representación. (Cfr. Arts. 681 a 685 del Código Civil). Finalmente, los titulares de la herencia son los herederos, en cambio el legatario no adquiere de modo directo la posesión de las cosas legadas y no puede tomarlas *motu proprio*, porque deben ser entregadas por el heredero o el albacea o el administrador judicial, según el caso (Cfr. Art. 790 del Código Civil). El heredero responde por las obligaciones del causante, porque es el deudor de la sucesión, mientras que el legatario responde excepcionalmente de las mismas, cuando de modo expreso lo establece el testador.

Estas notas diferenciales entre heredero y legatario provienen de su diferente naturaleza jurídica. Ser heredero significa *suceder in locus et in ius* al causante, lo cual no implica que el heredero sea continuador de la personalidad del causante; adquiere el patrimonio del causante, porque con su muerte, desaparece como persona. Asume ciertas relaciones jurídicas de aquél. Es por eso que nuestro Código Civil, en el Art. 1363 señala que:

Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.

Entonces, el heredero que sucede al causante en su patrimonio, sólo lo será en relación con el patrimonio susceptible de transmisión; mientras que, por ejemplo, la renta vitalicia, el comodato, los alimentos, no son transmisibles por herencia porque son derechos personalísimos que se extinguen con la muerte del titular; además, porque el heredero tiene una posición jurídica peculiar y, por ende, propia.

Como expresa el profesor López y López<sup>19</sup>:

Lo que distingue la figura del heredero es la peculiar estructura de su título, que implica la adquisición de derechos y obligaciones del causante, de un modo global sin necesidad de recurrir a los mecanismos singulares de transmisión de derechos y de deudas. Ello significa que conserve inalterados los títulos jurídicos del 'autor' y no sólo en el vertiente activo (derechos). A ello hay que añadir que no todas las relaciones jurídicas del causante son transmisibles mortis causa y, en consecuencia, tampoco son heredables [...].

Esta nota de peculiaridad, se caracteriza, además, porque produce otra serie de efectos: como afrontar las pretensiones por causa de legado que le haya impuesto el causante, o hacer efectivas las legítimas o, en cuanto a la intransmisión de la calidad de heredero en la venta de la herencia realizada como un todo que no lo exime de la responsabilidad por los derechos de la herencia porque la calidad de heredero es intransmisible.

- c) *Herencia*: El tercer elemento esencial de la estructura del Derecho de Sucesiones está constituido por la herencia que se compone de bienes, derechos y obligaciones, y son transmitidos a los herederos a la muerte del causante. Héctor Goyena afirma que «la herencia es el objeto por excelencia de todo el derecho de sucesión, por cuanto alrededor de ella giran todas las normas que a él se refieren. Al ser una universalidad es algo conceptual, por lo que existe independientemente del mayor o menor contenido que pueda dársele»<sup>20</sup>. Esta afirmación debe ser aceptada, sin que nos suscribamos totalmente a la Teoría del Patrimonio, ya superada.

---

19 LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. *Derecho de Sucesiones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 43.

20 GOYENA COPELLO, Héctor. *Tratado de Derecho de Sucesión*. Buenos Aires: La Ley, 1975, p. 242.

No obstante, la herencia es lo más importante, porque es el objeto mismo de la transmisión que pasa a los herederos desde el mismo momento de la muerte. Salvador Fornieles<sup>21</sup> explica que «cuando son varios los herederos, el patrimonio del difunto desaparece en el acto mismo de la muerte, para ser absorbido y confundirse con el patrimonio de cada uno de sus sucesores en la misma proporción en que participan en la herencia. Resulta ahí que todos quedan desde el primer día propietarios en común de la masa de los bienes y obligados personalmente por las deudas». Con ello Fornieles pretende aclarar la idea de cómo es que se produce la transmisión, sin embargo, esta confusión de patrimonios que describe no es tal, desde que entre nosotros se consagra un régimen de responsabilidad limitada. No se da la confusión de patrimonios.

La herencia sustancialmente tiene carácter patrimonial, aunque excepcionalmente hay bienes extrapatrimoniales que son transmisibles.

Debe indicarse, además, que hay derechos que se transmiten con la muerte del causante, como los derechos inherentes a la persona como la vida, el nombre, domicilio, filiación, profesión; tampoco los derechos de familia como el estado civil, la condición de hijo, los derechos políticos y de la función pública. Empero, hay excepciones en el ámbito de la herencia, como el derecho moral de autor, ejercicio de acciones de impugnación o reclamación de la paternidad, la reparación del derecho al honor del causante y a la intimidad. El heredero puede ser el nuevo titular de estas acciones.

Finalmente, en cuanto a los derechos transmisibles o que nacen con la muerte del causante, y que no forman parte de la herencia, tenemos los seguros de vida por causa de muerte del causante (*Cfr.* Art. 838 del Código Civil), el derecho de aceptar o de renunciar a la herencia, entre otros.

## 7. SUCESIÓN EN LAS PERSONAS Y EN LOS BIENES

Es un tema importante de nuestra materia porque de la tesis que se adopte, serán diferentes sus consecuencias respecto a la responsabilidad de los herederos frente a las obligaciones insolutas del causante de la sucesión.

Hay dos teorías: La de la continuación de la personalidad del causante por el heredero, sustentada por el Derecho Romano, y el de la Sucesión en el patrimonio del causante, sustentada por el Derecho Germánico.

---

21 FORNIELES, Salvador. *Tratado de las Sucesiones*. T. I. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina S.A. 1958, pp. 73-74.

### 7.1. La sucesión en la persona del causante

Descansa en una ficción. Consiste en negar la muerte del causante desde el punto de vista jurídico, y de esta forma queda prolongada su existencia a través de sus herederos. El causante y sus herederos son considerados como una misma persona. Sus antecedentes se encuentran en la Novela 48 de Justiniano y en las *Institutas* de Justiniano aún cuando está referida al modo en que los herederos debían cumplir la voluntad del testador, según apunta Jorge Maffía<sup>22</sup>.

Esta teoría romana en opinión de Julio López de Carril<sup>23</sup> respondió a varios propósitos:

- Religioso, porque el heredero pasaba a ocupar el papel de jefe del culto doméstico desempeñado por el padre.
- Familiar, porque el papel de *pater familia* desempeñado por el padre era continuado también por el heredero.
- Moral, porque era considerado un oprobio que alguien muriese sin haber honrado sus deudas y sin que ningún heredero pudiera hacerlo. «Caía en la infamia». Por eso, era necesario que alguien lo continuase permitiéndose, además, que los esclavos previa manumisión pudieran ser instituidos. Cuando el sentimiento religioso y familiar decaen en Roma, la teoría perdura con fuerza por la fuerte tradición jurídica.
- Realista, porque los derechos provenientes de los contratos no eran transmisibles, y sólo con la teoría de la continuación de la persona del difunto a través de sus herederos, fue posible su cobranza y pago.

Esta teoría representa entonces para los jurisconsultos romanos, la única explicación satisfactoria frente al problema de la responsabilidad por las obligaciones provenientes de la herencia.

Sus consecuencias fueron las siguientes:

- Confusión de los patrimonios del causante y del heredero, porque el patrimonio era considerado como una emanación de la personalidad, como apunta Borda<sup>24</sup>. Si la personalidad del causante es única, entonces único debe ser el patrimonio. Frente a las obligaciones hereditarias, el heredero asumía una responsabilidad *ultra vires hereditatis*, una responsabilidad absoluta, lo cual conlleva para el heredero, la eventual situación de tener

---

22 MAFFIA, Jorge. *Manual de Derecho Sucesorio*. T. II. Buenos Aires: Depalma, 1982, pp. 13-20.

23 LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. *Derecho de Sucesiones*. Buenos Aires: Depalma, 1991, pp. 6-7.

24 BORDA, Guillermo A. *Manual de Sucesiones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, [1963], 1966, 10ª edición, pp. 15-20.

que responder por aquellas deudas hasta con su propio peculio personal, si resulta necesario.

- El heredero continuaba la posición de aquél, en la misma condición, según fuera de buena o mala fe.
- La sucesión es considerada única y sujeta a una misma ley por la universalidad de la herencia transmitida.

Esta teoría, como se advierte, resulta cuestionable porque descansa en una ficción: presumir vivo a uno que ya está muerto. No es posible la continuación en la persona de alguien que ya falleció.

Si fuera cierta esta teoría, el heredero sólo tendría los mismos derechos y obligaciones que el causante, lo cual no es exacto. Por ejemplo, el heredero puede impugnar las donaciones y legados; puede accionar al heredero acreedor del causante contra los otros coherederos para el pago de sus créditos. Puede aceptar o renunciar la herencia. No son pues los mismos derechos del causante.

Esta concepción continuó en el medioevo. Pasó al Derecho Francés, también a países como Argentina y Chile. Prevalció en la Edad Moderna. López del Carril<sup>25</sup> señala que el acogimiento de esta teoría genera dos consecuencias.

- a) La sucesión es un título derivado, porque el derecho que tiene un sucesor emana de su autor, como resulta del Art. 3417 del Código Civil Argentino:

El heredero que ha entrado en la posesión de la herencia, o que ha sido puesto en ella por juez competente, continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión. Los frutos y productos de la herencia le corresponden. Se transmiten también al heredero los derechos eventuales que puedan corresponder al difunto.

- b) En materia sucesoria rige el principio de la unidad, es decir que hay una sola sucesión universal, cualquiera que sea el lugar de ubicación de los bienes (Art. 3284 del Código Civil) y sólo por excepción hay pluralidad de sucesiones.

El Art. 951 del Código Civil de Chile sigue también esta teoría:

Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular.

---

<sup>25</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. *Op. cit.*, pp. 6-7.

El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo tal casa, o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo.

## 7.2. La sucesión en los bienes del causante

Sus antecedentes se encuentran en el antiguo Derecho Germánico. Se fundamenta en la costumbre. Según afirma Maffia<sup>26</sup>, los germanos no conocieron la propiedad exclusiva; es más bien una suerte de copropiedad familiar la que existió, en donde el jefe de familia tenía facultad de administración de los bienes combinado con la función de proteger a los miembros de la misma. A su muerte, el heredero adquiriría los bienes en mérito de esa copropiedad familiar. El patrimonio transmitido por la muerte del padre es entonces distinto del patrimonio personal del heredero. No se da la confusión de bienes como en el Derecho Romano, porque esa continuación sólo se da en los bienes del muerto. Por tanto, su responsabilidad por las deudas del causante queda restringida al valor de los bienes recibidos como herencia. No está obligado personalmente por el pasivo hereditario. Como comprobamos, esta posición resulta más realista, más lógica y más simple. Es una tendencia objetiva imperante hoy en la legislación contemporánea. Su consecuencia es la responsabilidad restringida de los herederos frente al pasivo hereditario. Ya no se acepta previo beneficio de inventario, ahora la aceptación presupone la limitación de esta obligación, no hay necesidad de solicitar el beneficio de inventario como condición para acogerse a la responsabilidad limitada como en el Derecho Romano.

Los Arts. 1967 a 1982 del Código Civil Alemán establecen mediante una ordenación nada sencilla, el principio de la responsabilidad plena del heredero. Puede limitarse en caso de intimación de los acreedores del causante, apertura de concurso, insignificancia de la masa hereditaria o por el transcurso de cinco años sin que los acreedores hayan ejercitado sus derechos.

La concepción de la continuidad personal y responsabilidad plena del heredero ha evolucionado aún más con la tesis de Aubry y Rau citado por Maffia<sup>27</sup>.

---

26 MAFFIA, J. *La Sucesión Testamentaria*. T. II, México: Editorial Porrúa, 1970, pp. 13-20.

27 *Ibidem*.

Según esta concepción, el patrimonio constituye una emanación de la personalidad del causante y el patrimonio hereditario es una universalidad jurídica distinta de los elementos que la integran; asimismo dicho patrimonio comprende los bienes existentes además de la posibilidad de adquisición de bienes en el futuro. Sus consecuencias, anota Maffía<sup>28</sup> son:

- El patrimonio es uno e indivisible como una e indivisible es la persona.
- Toda persona física o jurídica tiene un patrimonio necesariamente.
- Siendo el patrimonio una emanación de la personalidad, es intransmisible mientras viva el titular.
- Sólo a su muerte es posible la transmisión al operarse la confusión de los patrimonios del causante y del personal del heredero.
- La ley de aplicación sucesoria será la personal del causante.

Esta nueva teoría de consolidación tampoco resulta admisible porque descansa en una ficción que es la negación del Derecho el cual sólo puede fundarse en la realidad.

Nuestro Código Civil está inscrito en la teoría de la sucesión en el patrimonio del causante con la consiguiente limitación en la responsabilidad hereditaria por parte de los herederos, como establece el artículo 661.

Empero, el heredero no sucede al causante en todo el patrimonio que tenía al momento de su muerte. Sólo en aquello que no le es inherente a su persona (artículos 1021, 1026, 1218 y 1937).

El heredero con motivo de la muerte del causante asume derechos hereditarios adicionales y diferentes de los transmitidos por el causante. Así tenemos el derecho de aceptar o de renunciar la herencia. Es un derecho nuevo y personal que corresponde al heredero (artículo 672 y siguientes del Código Civil). Cuando el heredero asume la defensa en los casos de acciones de filiación referidos al causante que ha fallecido (artículos 367 y 372 del Código Civil). La intransmisibilidad de la calidad de heredero en la venta de la herencia acorde con una regla del Derecho Romano (Art. 1209 del Código Civil). El derecho de colación (artículo 831 del Código Civil). El derecho de acrecer (artículo 774 del Código Civil). El derecho de impugnar las donaciones y legados cuando exceden la cuota de libre disposición.

---

28 *Idem*, p. 48.

## 8. LA INSTITUCIÓN EN COSA CIERTA

El artículo 735 del Código Civil establece un criterio diferenciador entre el heredero y el legatario al señalar que el primero es instituido a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuarta parte de ellos. En cambio, establece que la institución del legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756. Esto significa que estamos frente a una tesis objetiva, es decir, que la diferencia establecida entre heredero y legatario se da por razón de la extensión de los bienes. Empero, este criterio no puede ser aplicado de modo absoluto. Es sólo una norma meramente presuntiva, lo cual nos induce a afirmar que, en tanto en cuanto no disponga el testador nada en contrario, así debe entenderse. Por tanto, esa prueba en contrario significa que no será óbice legal para que el testador, en ejercicio de su libérrimo derecho de disposición como atributo del derecho de propiedad que le corresponde, establezca a favor de su heredero bienes concretos y determinados o, incluso, derecho hereditario sobre un solo bien cierto, como por ejemplo, un edificio de varios pisos o un automóvil, siempre que guarde proporción con el derecho a la cuota hereditaria que le corresponde.

## 9. EL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA

El criterio impuesto por el artículo 756 del Código Civil es de carácter general, o sea que el heredero es instituido a título universal y es titular de la totalidad o de una parcialidad de la herencia como una cuota o parte alícuota; pero, cabe la posibilidad de que el legatario pueda llegar a ser titular de una parte alícuota. Así lo establece el precitado numeral cuando expresa que la institución de legatarios es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756 del mismo cuerpo legal, o sea que cabe la posibilidad excepcional, de la institución de legatario respecto de una cuota. En efecto, el artículo precitado así lo establece: «[...]titular de uno o más de sus bienes o de una parte de ellos[...]». La única limitación legal a este derecho excepcional es que el legatario no podrá llegar a ser titular de toda la herencia, porque si esto sucediera no sería considerado legatario sino heredero por razón de la naturaleza de la institución.

De todo lo anterior podemos extraer varias conclusiones: al llamado de cosa cierta, se le presume legatario; al llamado en cuota o parte de la herencia, se le debe presumir heredero. Esta presunción resulta superada frente a la

voluntad diversa del testador, quien, en definitiva, determina la individualización del heredero y del legatario. Empero, tales posibilidades de configuración de la posición jurídica del sucesor tienen su límite en que los efectos derivados de la designación por el causante tienen que ser los que la ley considera propios del título correspondiente. Así, por ejemplo, un legatario no puede ser instituido para recoger la totalidad de la herencia porque el derecho del legatario está regulado por los artículos 735 y 756 del Código Civil. Igualmente, el valor patrimonial hereditario del legatario no puede exceder el valor de la cuota de libre disposición, por aplicación del artículo 738 del Código Civil. Asimismo, cuando no hay herederos forzosos y concurren herederos voluntarios con legatarios, aquellos en conjunto no pueden tener una cuota hereditaria menor de la cuarta parte de la herencia, según el artículo 771 del Código Civil. El legatario de parte alícuota podría ser considerado como sucesor universal, pero nunca como heredero.

## 10. LA INSTITUCIÓN EN EL USUFRUCTO

Un tema que no está explícitamente tratado en nuestro ordenamiento legal es el relativo a la institución en el usufructo. ¿Puede ser considerado heredero el beneficiado por el testador con un usufructo sobre la totalidad de la herencia o de una parte o de una cuota? Consideramos que en principio no sería posible, porque en tal situación no sucedería en la universalidad de los derechos que pueden recaer sobre las cosas de la herencia. De producirse tal situación, estaríamos más bien dentro del caso de un legado, artículos 759 a 761 y 1000 del Código Civil.

Pero ¿qué sucede si se trata de un heredero de cosa cierta a quien se le ha adjudicado el usufructo de la misma? Creemos que no sería posible, porque se estaría en situación análoga a la de un heredero fiduciario, en la situación de un fideicomisario. Tendría que restituir los bienes usufructuados. En nuestro ordenamiento legal, sólo existe la sustitución vulgar para los casos de herederos voluntarios y legatarios, artículo 740 del Código Civil. Caso singular es aquél que contempla el artículo 823 del Código Civil, cuando se autoriza al cónyuge sobreviviente que concurre con hijos u otros descendientes del causante a 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, es decir, que este derecho optativo de usufructo que la ley otorga al cónyuge sobreviviente no procede cuando es escogido el derecho real de habitación vitalicio y gratuito. En este caso, el heredero usufructuario de bie-

nes no consumibles ¿podrá transferir a título oneroso o gratuito o gravar su derecho? Considerando que se trata de un usufructo legal no es posible a tenor de lo prescrito por el artículo 1002 del Código Civil.

Finalmente, si el causante dejase por todo patrimonio el derecho de usufructo sobre determinado bien o bienes por un número de años que no ha vencido, ¿podrían heredar este derecho sus herederos?

A tenor del artículo 660 del Código Civil, en este caso excepcional debe ser afirmativa la respuesta, en cuya situación los nuevos titulares podrán ejercer dicho derecho por el tiempo restante del plazo establecido y, asimismo, disponer del mismo según lo autoriza el artículo 1002 del Código Civil por no tratarse de un usufructo legal.

## 11. LA DELACIÓN

En el fenómeno sucesorio hay todo un proceso y, se puede afirmar que, desde un punto de vista lógico —y no cronológico— se da un conjunto de fases que acaecen de modo sucesivo, debiendo añadirse que éstas pueden o no coincidir en el tiempo. Estas son:

- a) La apertura de la sucesión.
- b) Vocación a la herencia.
- c) Delación de la herencia.
- d) La adquisición de la herencia.

La primera coincide siempre con la muerte del causante, o sea con la muerte de la persona natural que es sujeto de derecho hasta la muerte (*Cfr.* artículos 61 *in fine* y 66 del Código Civil), que es la oportunidad en que queda extinguida su personalidad y, por tanto, trunca las relaciones jurídicas que venía manteniendo.

La segunda, que es la vocación a la herencia, como su nombre lo indica, es el llamado a todos los posibles destinatarios a la herencia, desde el momento en que se abre la sucesión. Este llamado puede tener su fuente en la voluntad del causante, vía testamento y en algunos países, entre los cuales no está el Perú, mediante los pactos sucesorios o, también, el llamamiento legal a través de la sucesión intestada (*Cfr.* artículos 686 y 815 del Código Civil).

La tercera, o sea la delación, que es el derecho que tiene «el llamado», a quien se le ha hecho el ofrecimiento de la herencia y que reúne todos los requisitos para heredar (existencia, capacidad, no ser indigno ni haber sido des-

heredado), para aceptar o renunciar a la herencia. La delación es el derecho que tiene el heredero para consolidar, mediante la aceptación, la adquisición de la herencia que le es ofrecida. Este es el *ius delationis*.

La delación consiste en el ofrecimiento de la herencia a los herederos. Para que pueda haber delación, consideramos indispensable que las personas llamadas a suceder estén personalmente designadas (llamadas) y que sean idóneas para recibir la herencia. La idoneidad de la que hablamos no se refiere a la capacidad legal de toda persona, sino, a aquella que resulta necesaria para poder heredar.

Por eso se afirma que, regularmente, la delación coincide en el tiempo con la apertura de la sucesión, es decir, cuando los herederos del causante han sido instituidos por testamento. Si no los hay ¿a quién se puede ofrecer la herencia? En este caso, no hay coincidencia cronológica entre la apertura de la sucesión y la delación.

Rafael de Pina señala que «El elemento causal de la sucesión *mortis causa* es la delación o vocación, que significa el llamamiento a suceder u ofrecimiento de la sucesión a la persona con derecho a ella, por la voluntad expresa del testador (delación testamentaria) o por la voluntad presunta del causante (delación legítima), como veremos más adelante»<sup>29</sup>.

Julio López del Carril afirma que «La vocación sucesoria es uno de los tres elementos de la sucesión *mortis causa* a saber: 1° apertura; 2° vocación, 3° aceptación»<sup>30</sup>. Indica el autor que «El concepto de vocación sucesoria tiene algunas confusiones por parte de los tratadistas. Algunos, erróneamente, sostienen que el llamamiento a la herencia es la “delación”». Se sostiene que «delación» es lo mismo que «vocación sucesoria» y no hay tal semejanza. Julio López del Carril señala que «La delación es la posibilidad jurídica. Es la ostentación de un título» y, «Esa posibilidad jurídica, debe ser actual, no eventual». Para el autor, «La diferencia substancial entre «delación sucesoria» y «vocación sucesoria» consistiría en que, la delación es «una posibilidad jurídica» y la «vocación sucesoria» es una «realidad jurídica» emanada expresamente de la ley o en su caso del testamento». El autor añade: «La vocación sucesoria se ostenta independientemente de la voluntad del sucesor ello se opera de manera instantánea conjuntamente con la muerte, apertura y transmisión... Fallecido un causante y sin intervención alguna del sucesor aparece la vocación sucesoria. Es decir el llamamiento a recibir esa herencia. Ni duda

29 DE PINA, Rafael. *La Sucesión Testamentaria*. México: Editorial Porrúa, 1970, pp. 252, 254.

30 LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. «Unidad y Pluralidad Sucesoria». En *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 331, 333.

que frente a ese llamamiento, el sucesor tiene dos movimientos activos y voluntarios: el de aceptar la herencia y el de repudiar la herencia»<sup>31</sup>.

Para que la sucesión hereditaria se haga efectiva es necesario la aceptación de la herencia, porque ésta no es impuesta al heredero, salvo el caso de excepción previsto en el Art. 662 del Código Civil. Empero de acuerdo con la doctrina que informa el Art. 660 del Código Civil, la transmisión sucesoria a los herederos opera *ipso iure*. La aceptación implica sólo una reafirmación, una consolidación del fenómeno acontecido en el mismo momento de la muerte del causante. Esa transmisión sucesoria *ipso iure* tiene carácter provisional hasta la aceptación. Es una transmisión *ipso iure* sometida a una condición legal: la aceptación por parte del instituido. Esa *conditio legis* es un requisito legal.

De esta forma, con la aceptación, queda integrada definitivamente la herencia al patrimonio del heredero, teniendo recién entonces derecho a transmitirlo a otras personas, bien por acto entre vivos o por causa de muerte. Si renuncia a la herencia, en vez de aceptarla, no llega a producirse esta consolidación y sus efectos se retraen al momento de la apertura de la sucesión.

Si tuviéramos que concretar el significado de la delación, diríamos que es el derecho que tiene el llamado a heredar, para aceptar o repudiar la herencia, siempre que sea hábil para optar —no ser indigno, ni haber sido desheredado y tener mejor derecho—.

Puede suceder que el llamado a aceptar o renunciar la herencia ofrecida muera antes del plazo legal que tiene para hacerlo, en cuyo caso, el artículo 679 del Código Civil establece que este derecho personal se transmite a los herederos del que no pudo aceptar (transmitente), o sea a los llamados transmisarios, debiendo computarse entonces el plazo no a partir de la muerte del causante originario de cuya sucesión se trata, sino desde la fecha de la muerte del primer llamado, o sea del, transmitente que no pudo ejercitar el derecho de delación.

Con la aceptación a la herencia se agota el derecho de delación. La herencia habrá sido adquirida definitivamente, pero sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión (Cfr. artículo 677 del Código Civil).

La aceptación del transmisario a la herencia del causante, caso del artículo 679 del Código Civil ¿significa que éste deba reunir la doble condición de ser capaz respecto del causante y del transmitente? El tema genera algunas discrepancias, porque si bien resulta exacto que con la aceptación del transmisario, se consolida la adquisición de la herencia del causante y, por tanto, lo que aparentemente debería interesar es la idoneidad o habilidad en relación con

---

31 *Idem*.

éste; sin embargo, algunos como A. M. López, catedrático de la Universidad de Sevilla, afirman la necesidad de la doble idoneidad del transmisario con el causante y, asimismo, con el transmitente, porque el derecho de aceptación, forma parte del contenido del patrimonio del transmitente. En este orden de ideas, el transmisario no podría repudiar la herencia del transmitente y aceptar la herencia del causante. ¿Cuál es la posición correcta?

Para dilucidar el problema, es menester saber si el derecho de opción para aceptar o renunciar a la herencia del causante deriva o no del derecho hereditario del transmitente. Éste es el meollo del problema.

Augusto Ferrero<sup>32</sup>, señala, con toda razón, que «El derecho de aceptación a la herencia forma parte del acervo del primer llamado, pudiendo sus herederos, en consecuencia, aceptar su herencia y renunciar a la del primer causante. No procede hacer lo inverso; o sea, renunciar a la herencia del transmitente y aceptar la herencia del primer causante». En esta línea, se encuentran legislaciones como las de Italia, artículo 479, Chile, Art. 957, Venezuela, artículo 100, Portugal, Art. 2058. Considero que esta posición es correcta porque el derecho de opción es personal, el cual no deriva del derecho hereditario del causante. El derecho de opción a la herencia del primer causante, corresponde al transmitente y con su muerte (artículo 679 del Código Civil) transmite en su haz hereditario, aquel derecho de opción a sus transmisarios o transmitidos. Es un derecho derivado.

En conclusión, el *ius delations*, forma parte de la herencia del primer llamado. En nuestro ordenamiento legal, lamentablemente, falta un desarrollo más preciso y coherente, lo que ha determinado una suerte de confusión al tratar de establecer la naturaleza y características de este derecho de sucesión por transmisión. Es por eso que más adelante profundizaremos en el tema.

En caso de muerte del segundo o tercer llamado, se aplicará la misma regla. Tendrá que aceptarse la de los otros llamados anteriormente.

La última etapa del proceso sucesorio está determinada por la consolidación de la adquisición definitiva de la herencia mediante la aceptación de ésta. Históricamente, hay dos modelos respecto de la adquisición de la herencia:

- a) El germánico: La adquisición de la herencia tiene lugar en el mismo momento de la muerte del causante, sin solución de continuidad y se produce *ipso jure*, pero, siendo voluntaria la adquisición, ésta es provisional hasta que el heredero acepte la herencia, situación en la que se convierte en heredero definitivo porque la adquisición de la herencia queda consoli-

---

32 FERRERO COSTA, Augusto. *Op. cit.*, p. 246.

dada. Antes de la aceptación, el heredero tiene derecho a heredar; con la aceptación, el derecho ya es hereditario. Antes era un derecho personal, ahora ya es patrimonial.

- b) El romano: Sin aceptación no hay adquisición de la herencia, pero, una vez producida aquella, sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión. Mientras no hay aceptación, la herencia está vacante *Hereditas non aditio, non trasmititur (hereditas yacens)*.

¿Qué sistema sigue nuestro Código Civil?

Al igual que muchas legislaciones de Iberoamérica, el Código Civil peruano sigue la tendencia germánica, como resulta del Art. 660 del Código Civil:

Artículo 660.- Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

Y, asimismo, del Art. 677 del acotado:

Artículo 677.- La aceptación y la renuncia de la herencia no pueden ser parciales, condicionales ni a término. Ambas son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión.

No hay aceptación ni renuncia a herencia futura. Esta corriente doctrinaria encuentra su explicación en el hecho de que no se puede renunciar a un derecho que aún no existe. Queda establecida con la misma aceptación porque en la doctrina nacional es considerada como un acto de reafirmación o de confirmación respecto de lo que ya se ha producido con la muerte del causante. Con la aceptación queda fijada definitivamente la posición del heredero. Es interesante añadir que quien renuncia a su derecho de heredar es considerado como si nunca hubiera sido heredero, porque sus efectos se retrotraen a la apertura de la sucesión independientemente de la oportunidad legal en que fue efectuada.

## 12. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL DERECHO PERUANO

La tarea de elaborar un sistema sucesorio exige necesariamente que se fundamente determinados principios básicos.

1. **¿El heredero es sucesor de la persona del causante o de su patrimonio?**  
El primero de ellos se relaciona con el heredero que continúa legalmente a la persona del difunto, de modo que no se produce interrupción en la vida patrimonial o si, por el contrario, la sucesión tiene lugar básica y únicamente en el patrimonio del causante.  
Respecto al primer principio, o sea, el de la sucesión en la persona del causante, que fue la base del Derecho Romano, no implica que el sucesor actúe en lugar y nombre de éste. No es posible, porque no se puede representar a un muerto, siendo más bien un continuador de la personalidad jurídica de éste. Sus bienes llegan al sucesor como consecuencia de aquel principio, con lo que se explica la existencia de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* (responsabilidad absoluta) por parte del sucesor respecto de las obligaciones insolutas del causante.  
Esta tesis ha sido criticada por su falta de coherencia, porque si la personalidad del causante se extingue irremisiblemente con su muerte, no se explica cómo el sucesor puede ser continuador de una personalidad jurídica que ya no existe (*Cfr.* artículo 61 del Código Civil).  
Los defensores de la continuidad de la personalidad jurídica pretenden salvar el escollo afirmando que, la aludida responsabilidad absoluta del heredero tiene sustento en el hecho de ser la herencia una *universitas*, a la que corresponde, no sólo los bienes y derechos, sino además las obligaciones del causante y que el heredero recibe la herencia como una unidad. El heredero recoge toda la herencia y no parte de la misma. También es rechazada esta argumentación porque la herencia no es una universalidad abstracta. La herencia no es un ente abstracto, es una realidad tangible. No es tampoco distinta de los elementos que la integran.  
Por la sucesión hereditaria no se produce una confusión de patrimonios, como señalamos anteriormente. El patrimonio del heredero es completamente independiente de la herencia adquirida del causante y, por tanto, las obligaciones de éste sólo pueden ser cubiertas hasta donde alcance el valor de los bienes y derechos hereditarios.  
También afirman los defensores de este principio de la continuidad de la personalidad que el fundamento de esta responsabilidad absoluta del derecho descansa en el hecho de la subrogación en la calidad jurídica del difunto. No se puede fundar el Derecho en ficciones porque el derecho es realidad.  
La doctrina moderna sigue al sistema germánico para quien, por la muerte del causante, la posesión de sus bienes pasa automáticamente a sus herederos. Es una posesión de pleno derecho. El muerto hace heredero al vivo. Es por eso que el Derecho Francés, que sigue esta tesis, se sustenta

en la máxima *Le mort saisit le vif*. Ésta tesis es lógica, coherente y sencilla. ¿Qué es lo que queda a la muerte del causante? Solamente su patrimonio, pero no todo, sino solamente aquél que se puede transmitir; por tanto es lo único susceptible de transmisión a sus herederos. De ahí surge una responsabilidad restringida para los herederos por las obligaciones del causante que comprende la herencia, pero no están obligados a asumirla sino en la medida del valor de los bienes que hubieran recibido. Hay pues una responsabilidad limitada.

La posesión *mortis causa* es transmitida a los herederos tal cual la tenía el causante, de buena o mala fe según la hubiera tenido. Toulhier defiende esta última posición afirmando que la sucesión en los bienes es un principio «fundado en la razón y la equidad».

El deber moral de los hijos frente a las obligaciones del causante no puede tener connotación jurídica al punto de llegar a responder *ultra vires hereditatis* porque no resulta equitativo que si el causante no puede pagar a sus acreedores, se obligue a los herederos más allá del activo del caudal relicto. Esta posición es asumida por muchas legislaciones como el Código Civil Alemán, Arts. 1922, 2032 y 2038; Código Civil de México, Artículos 1281, 1284 y 1750; Código Civil de Argentina, artículo 3363; nuestro Código Civil, Art. 661.

## 2. Principio de la unidad de patrimonio hereditario

Las leyes que regulan el patrimonio en nuestro Derecho sucesorio son las mismas para toda clase de bienes, independientemente de la naturaleza u origen de éstos o de si forman parte del activo o del pasivo.

La sucesión es un proceso único que se rige por una sola ley. Es una unidad. El artículo 663 del Código Civil señala que corresponde al juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el país, conocer de los procedimientos no contenciosos y de los juicios relativos a la sucesión. Es una norma de orden público. El fuero de atracción sólo funciona hasta la partición de la herencia. Asimismo, el artículo 2100 establece que la sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante.

Este principio resulta especialmente importante por las consecuencias que de él derivan en situaciones muy concretas.

- a) Orden sucesorio: en la sucesión intestada, el artículo 816 del Código Civil señala que los hijos y descendientes, los ascendientes, así como el cónyuge tienen una calidad preferente, que se mantiene en la suce-

- sión testamentaria a tal punto que es imperativa la reserva de una parte de la herencia en beneficio de ellos, llamándose a esta reserva, «cuota legitimaria» y a sus beneficiarios, herederos forzosos (*cf.* artículos 723, 724, 725, 726 y 733 del Código Civil).
- b) La capacidad de los herederos se regula también por ley del último domicilio del causante (*cf.* artículos 1663 y 2100 del Código Civil).
  - c) Los derechos y obligaciones de los herederos y legatarios quedan sujetos también a la misma ley (*cf.* artículos 660, 661, 662, 756, 773 y 774 del Código Civil). Conviene añadir que antiguamente, durante la Edad Media y hasta la Revolución Francesa, no existió esta unidad patrimonial en el Derecho Sucesorio. Así, comprobamos que había distinciones entre los bienes pertenecientes a nobles y plebeyos, bienes muebles o inmuebles, si provenían del padre o de la madre. Por ejemplo, si los bienes hereditarios provenían de la línea paterna, no podían pasar por sucesión a la línea materna y viceversa.
  - d) Esta unidad se extiende también al ámbito del Derecho Internacional Privado. Como sabemos, en el campo doctrinario y en el de la legislación comparada existen dos grandes sistemas: el personal y el territorial.

El primero, sustentado por Savigny, establece que la sucesión hereditaria se rige por la ley personal del causante, que puede ser la del último domicilio o la de su nacionalidad.

La ley personal constituye una reminiscencia del Derecho Romano que consideraba al sucesor como el continuador de la «personalidad» del causante. La transmisión de sus bienes es sólo una consecuencia de esta sucesión y, por tanto, debe regirse por la ley personal del causante. Si bien la sucesión es esencialmente una transmisión de bienes, empero, se encuentra más cerca de la regulación de la familia y de la persona, como expresa Martínez Paz.

El sistema territorial sustenta el principio de que los derechos hereditarios deben ser regulados por la ley de su situación, lo cual, como es fácil suponer, genera una pluralidad de leyes aplicables. Este sistema responde a una concepción absoluta de la soberanía, que tiene una gran importancia en los países de inmigración *Lex locus regit actum*.

En nuestro ordenamiento legal el sistema es el personal, pero con una excepción que se encuentra señalada en el artículo 2101 del Código Civil:

Artículo 2101.- 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.

Concordancias: Código Civil artículos 660 y ss., 830. Código Procesal Civil artículos 19 y 830.

El principio de la unidad en Derecho Internacional Privado, no está exento de afrontar graves problemas que a veces colisionan con normas de orden público nacional y que no pueden ser derogadas ni contradichas. Así por ejemplo, si quien fallece bajo el imperio de una ley extranjera, en donde no existe el derecho legitimario a favor de los hijos, y deja hijos peruanos a quienes no se les deja absolutamente nada de la herencia y todos los bienes están en el extranjero ¿Se respetará la ley extranjera y, por tanto, se les privará a los hijos peruanos de la legítima que según la ley peruana les corresponde? Lamentablemente, creemos que la respuesta es afirmativa, porque el reclamo judicial, de hacerse valer en el Perú, no tendría eficacia en el país extranjero de la ley aplicada. No sería posible mediante el exequátur. Y si la acción judicial se entablara en aquel país, no tendría valor frente a la norma legal que no admite la legítima.

Sólo tendría valor en el caso de excepción que propone el Art. 2101 del Código Civil, si los bienes, o parte de los bienes hereditarios, se encontrasen en el Perú. Los herederos nacionales o extranjeros con calidad de herederos forzosos podrían hacer valer su derecho, pero limitado a los bienes ubicados en el Perú. Sería un caso de excepción al principio de la ley personal (*cfi*: artículos 723, 733 del Código Civil). También por excepción, cuando el causante no tiene herederos, pero se encuentra sometido a ley extranjera y deja bienes en el Perú. En tal caso, se aplica por excepción la ley peruana.

### 3. Igualdad en el Derecho Sucesorio

Referido a la sucesión intestada rige este principio sin excepción alguna, resultando indiferente el sexo, edad, primogenitura u origen de los herederos. Todos los herederos en orden y grado reciben cuotas igualitarias. Ahí están los artículos 816, 817 y ss. del Código Civil que corroboran esta aserción.

En la sucesión testamentaria rige el mismo principio respecto de los herederos forzosos (artículos 723, 724, 725, 726 y 731 del Código Civil), porque su vinculación con el causante es de tal importancia que su derecho igualitario está regulado por normas de orden público.

En conclusión, este principio de igualdad en la sucesión hereditaria rige entre nosotros de modo absoluto y se encuentra regulado por normas imperativas. Su fundamento es de naturaleza constitucional.

#### 4. **Protección de la familia**

El interés de la familia del causante tiene un valor fundamental en nuestro ordenamiento sucesorio porque la protege, asegurándole el mantenimiento de los bienes del causante después de la muerte de éste.

Sin embargo, su protección no es tan amplia cuando se trata de los concubinos porque ellos carecen de derecho sucesorio respecto del otro, a diferencia de otras legislaciones como las de México y Bolivia donde sí se les reconoce este derecho.

Tratándose de los hijos sí hay amplia protección, trátase de hijos matrimoniales como de extramatrimoniales, porque todos tienen igual derecho hereditario sin distinción alguno, tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada (cfr. Art. 816, 818 y 822 del Código Civil).

El Código Civil de 1936, Art. 762 señalaba por el contrario, que si había hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos últimos recibiría la mitad de lo que corresponde a cada hijo legítimo.

Esta posición fue superada por la Constitución de 1980, Art. 6° segundo párrafo, en donde por primera vez en la historia del Derecho Peruano se establece el principio de igualdad entre los hijos independientemente de su origen. Es justo porque la naturaleza no hace diferencia; y si se considera que la sucesión hereditaria debe traducir los afectos del causante y el respeto que merece cada uno de los hijos, no se ve por qué deben existir diferencias en el tratamiento legal. Si el comportamiento del hijo ha sido desleal e ingrato, la ley premune al causante de los instrumentos legales para la exclusión de herencia por indignidad o desheredación.

Jean Dabin dice al respecto que la sucesión en favor del hijo natural no implica atentado contra la familia, sino que es consecuencia del deber de solidaridad natural que impone soportar las consecuencias morales o pecuniarias de los errores de alguno de sus miembros. Nosotros agregamos algo más importante a favor de esta corriente: si por naturaleza toda persona es digna, no existe razón valedera para la discriminación.

#### 5. **Derecho de Propiedad y sus derivados**

Porque lo que trasmite con la muerte de una persona natural es su patrimonio hereditario el cual está constituido por bienes, derechos y obligaciones. Si el causante no pudiera disponer de éste mortis-causa, su derecho a defe-

rir estaría mediatizado injustamente porque se le estaría negando el derecho de disposición que constituye uno de los atributos del derecho de propiedad. Es el fundamento más importante porque si no existiera, tampoco existiría el derecho de sucesiones, son inseparables. Al respecto Kipp, Prayones, Lafaille y Borda dicen: «sin el derecho sucesorio la propiedad no se hallaría completa, porque sería entonces solamente un usufructo vitalicio al negarse el derecho de disposición que es un atributo importante del derecho de propiedad». Teóricamente se puede combatir la propiedad y la sucesión pero no admitir uno y negar otro (leyes peruanas: artículos 660 y 923 del Código Civil; artículo 2 inciso 16 de la Constitución de 1993).

### 13. LEY SUCESORIA DE APLICACIÓN EN EL ESPACIO

#### 13.1. Aspectos Generales

Constituye materia propia de Derecho Internacional Privado el conflicto de leyes que se presenta cuando, muerta una persona natural, legislaciones de diferentes Estados pretenden arrogarse competencia para regular el proceso sucesorio causado con la muerte.

No habrá problema alguno cuando el causante y los herederos tienen la misma nacionalidad o domicilio dentro de un mismo Estado, y los bienes que conforman el caudal relicto se encuentran en el territorio del mismo Estado. Diferente será la situación cuando los tres elementos del derecho sucesorio (causante, herederos y ubicación de la herencia) no guarden esta coincidencia. ¿Cuál será entonces la ley aplicable? Desde el siglo XIII se pretendió resolver esta situación a través del sistema de la pluralidad de leyes, llamado también «Sistema de los Estatutos medievales y feudales». Impuso un criterio convencional, sobre la base del fraccionamiento de la sucesión en la cual los bienes inmuebles que integraban la herencia eran regulados de acuerdo con la ley de su ubicación (*lex rei sitae*), o sea, que era de aplicación el estatuto real; mientras tanto, los bienes muebles de la misma herencia se regulaban de acuerdo con el estatuto personal del causante, que según los estatutos municipales, podía ser la ley de la nacionalidad del causante o la de su último domicilio.

Para Luis Roca-Sastre Muncunill<sup>33</sup> el fundamento de los estatutos medievales radica en la necesidad de desarrollar relaciones comerciales entre los muni-

---

33 ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de Sucesiones*. T. III. Barcelona: Bosch, 1994, p. 661.

cipios y ciudades, dando lugar así a que se establecieran reglas de competencia extraterritorial. Este es el sistema de la pluralidad de leyes aplicables a una misma sucesión que actualmente aplican países como Inglaterra, Francia, Bélgica y Estados Unidos. Es el sistema de la *lex rei sitae* o ley de situación de los bienes.

Si los bienes hereditarios se encuentran en varios Estados, entonces se aplicarán las leyes de estos diferentes lugares. El fundamento descansa en el respeto al derecho de soberanía de los Estados y a sus propios regímenes sucesorios, cuyas normas más importantes responden a criterios políticos, por lo que son consideradas de orden público nacional y por tanto prevalente.

Frente a este sistema real hay otro que, por el contrario, sustenta el de la unidad. Una sola debe ser la ley que regule una sucesión causada. Es el sistema llamado de la personalidad del causante. Tiene dos vertientes:

- a) La que sostiene que debe ser la de la nacionalidad del causante; y
- b) La del último domicilio del causante.

La ley de la personalidad es sostenida por la «Escuela Italiana de la Personalidad del Derecho», que fue iniciada por Mancini, sobre la base de la nacionalidad, como vínculo político y jurídico que une a la persona con un Estado. Reactualiza así el pensamiento clásico de Roma al considerar que la herencia es una unidad con personalidad jurídica propia, es una universalidad ideal distinta de los bienes y derechos concretos que la integran.

Savigny es considerado como el primero que sustentó este sistema de la unidad con la teoría de la comunidad del derecho, aunque con aplicación al estatuto personal del domicilio.

Los dos sistemas de solución de los conflictos de leyes en materia de sucesiones son antiguos, pues datan del siglo XIII. No existe en la actualidad uniformidad de criterios. Es un tema muy debatido.

Los defensores de la unidad de sucesiones fundamentan su posición con los siguientes argumentos:

- a. Si lo que se trasmite en la sucesión hereditaria es un patrimonio cuya principal característica es la de su unidad —ya que la herencia es un todo ideal de contenido indeterminado y, por tanto, no tiene ubicación en el espacio— resulta entonces imposible pretender aplicar la ley de su ubicación.
- b. La voluntad del causante (expresa o presunta: testamento o la ley) constituye el fundamento de la sucesión hereditaria; por tanto, resulta lógico afirmar que siendo una la voluntad del causante, sea sólo una la ley de éste que regule el proceso sucesorio. No es posible «que éste haya podido

tener tantas voluntades cuantos sean los países en que se hallen sus bienes y mucho menos, que sin caer en el absurdo el de *cujus*, haya podido tener al mismo tiempo dos voluntades opuestas»<sup>34</sup>.

- c. La aplicación de una única ley tiene la ventaja de la simplicidad para realizar la transmisión con plena garantía de herederos y de acreedores. Un solo juicio, brevedad de tiempo, beneficios para la economía de los interesados. Evita fallos contradictorios que se pueden alcanzar en casos de multiplicidad de leyes.
- d. La soberanía nacional no resulta afectada en casos de aplicación de una ley extranjera, porque ésta en ningún caso podrá imponer criterios legales que afecten la estructura del régimen sucesorio del Estado, porque contiene normas legales que son de orden público nacional cuya preeminencia no se puede discutir.

Los defensores del sistema pluralista señalan como argumentos:

- a. No es cierto que el patrimonio hereditario sea una unidad, un ente abstracto, ideal, distinto de los bienes y derechos que lo integran, porque es una ficción sin ningún sustento real. El Derecho no puede fundarse en ficciones sino en realidades.
- b. La sucesión hereditaria no es en la persona del causante, como lo señala erróneamente el Derecho Romano; es otra ficción. Lo verdadero es que la sucesión se da en los bienes del que muere y, por tanto, resulta lógico concluir que la situación de éstos debe ser regulada por la ley de su ubicación. Si están ubicados en varios países, entonces habrá de aplicarse las diferentes leyes de estos países.
- c. La aplicación de una sola ley vulnera el derecho de soberanía de los Estados, porque daría lugar en determinados casos a la aplicación de leyes extranjeras.
- d. Borda da otro argumento: Todo aquello que concierna al régimen inmobiliario, vincula a la organización social del país en donde se encuentran y afectan de este modo, el orden público nacional; en consecuencia, no es posible la aplicación de la ley extranjera.

Los Códigos Civiles modernos establecen en su mayoría que los bienes inmuebles deben regirse por la ley de su situación. Es decir, siguen el sistema de la *lex situs* o *lex rei sitae*.

---

34 Fiore Pasquale, citado por LANATTA G., Rómulo E. *Curso de Derecho de Sucesiones*. Primera Parte. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1981, p. 217.

Portalís, en su discurso pronunciado ante el Consejo de Estado sobre el Título Preliminar del Código Civil de Napoleón de 1804, señaló como fundamento de esta regla (*lex rei sitae*), el principio de la soberanía territorial: «La soberanía es indivisible. Dejaría de serlo si las porciones de un mismo territorio pudiesen ser regidos por leyes que no emanasen de su soberanía. Está en la misma esencia de las cosas, que los inmuebles, cuyo conjunto forma el territorio público de un pueblo, sean regidos por las leyes de ese pueblo, aunque una parte de esos inmuebles sea poseída por extranjeros».

La objeción más importante que se hace al sistema pluralista (*lex rei sitae*) es que la aplicación de diferentes leyes en la misma sucesión puede dar lugar a soluciones contradictorias que generarían incertidumbre e inseguridad jurídica en detrimento de los propios herederos y de los acreedores de la sucesión. Asimismo, advierte Lanatta que tratándose de la sucesión testamentaria, para evitar estos tropiezos derivados de la aplicación de legislaciones diferentes, habría necesidad que el testador otorgara varios testamentos acordes con las legislaciones de los diferentes Estados donde se encuentren los bienes hereditarios.

Como podemos advertir, no hay unanimidad en estos criterios, lo que ha llevado a los tratadistas a elaborar soluciones intermedias, es decir, con carácter mixto. La transmisión sucesoria, tratándose de bienes inmuebles, debe ser regulada por la ley territorial del país donde éstos se encuentren y respecto de los bienes muebles, por la ley personal del causante, que puede ser la de la nacionalidad o la del último domicilio del causante. Lanatta señala que este sistema mixto fue propuesto en el dictamen del Comité Jurídico Interamericano de 1952.

### 13.2. Sistema Legal Peruano

- a. El Código Civil de 1852 establece, en el Art. 635, lo siguiente: «El extranjero podrá heredar los bienes que están en el Perú, si acredita que en su país gozan los peruanos del mismo derecho de heredar».

Guarda concordancia con los Arts. 34, 35, 692 y siguientes del mismo cuerpo legal y Constitucional Art. 39.

Sustenta el principio de la reciprocidad. Cabe advertir, sin embargo, que la sucesión de los extranjeros en el Perú respecto de los bienes inmuebles, quedaba sometida a las leyes peruanas en estricta aplicación del Art. V del Título Preliminar de dicho Código Civil, al señalar lo siguiente:

Están sujetos a las leyes de la República los bienes inmuebles, cualesquiera que sean la naturaleza y la condición del poseedor. (Constitución, Art. 39, primera parte)

- b. El Código Civil de 1936: Señala en el Art. VIII del Título Preliminar lo siguiente:

La sucesión, en lo concerniente a los derechos de los herederos y a la validez intrínseca del testamento, se rige por la ley personal del causante, salvo las disposiciones de la ley peruana que se aplicarán a los nacionales, a los extranjeros domiciliados, y cuando se trate de la herencia vacante.

La primera parte del precepto establece el sistema de la ley personal del causante; debe entenderse que dicha ley es la del domicilio de éste, como se deduce de la interpretación analógica del Art. V del mismo Título Preliminar, que hace referencia a este criterio. Además, porque este temperamento resulta de la lectura de las Actas de la Comisión Reformadora y, finalmente, porque como advierte Lanatta, el Código Civil de 1936 fue promulgado cuando ya había sido ratificado el Tratado de Montevideo de 1889 por el Perú y, si bien establece el sistema real de la ubicación de los bienes, empero en el artículo 49 se señala:

Los legados de bienes determinados por su género y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte, se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio y, en defecto de ellos, o por su saldo, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante.

Es decir, en algunos casos pese al principio vigente de la *lex rei sitae* que estableció este Tratado —suscrito y ratificado por Argentina, Perú, Uruguay, Paraguay y Colombia—, se respetó, al menos para algunos casos, la ley personal del domicilio del causante.

La segunda parte del comentado artículo VIII del Título Preliminar así como los Arts. 659 al 661 del Código Civil están en abierta contradicción con el principio de la ley personal del domicilio del causante declarado en la primera parte del referido artículo VIII del Título Preliminar porque lo propio habría sido señalar, en la segunda parte de esta norma legal, que no se aplicará en caso de conflicto entre la legislación peruana y aquella de los Estados con los que existan tratados vigentes.

- c. Código Civil de 1984. Es del caso recordar como cuestión previa que, a partir del Código Civil de 1852 han sido celebrados:
- c.1. El Tratado de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889, ratificado por el Perú el 4 de noviembre de ese año, en el que intervienen como ya se señaló anteriormente, Argentina, Perú, Bolivia,

- Uruguay, Paraguay y Colombia. El sistema establecido es el de la pluralidad de leyes, vale decir el de la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, rige la forma del testamento como establece el artículo 44. Este mismo criterio rige para todo el proceso sucesorio, estableciéndose casos de excepción para los legados (artículos 45 a 50).
- c.2. El Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928, llamado también Código de Bustamante, por el nombre de su autor principal, Dr. Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, de nacionalidad cubana.

El Perú lo ratificó con reservas, el 8 de enero de 1929. Lo ratificaron totalmente Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Nicaragua, República Dominicana y Panamá.

Pero con reservas lo ratificaron Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú.

Este tratado internacional adoptó el sistema de la ley personal del causante, bien el de su nacionalidad o de su domicilio, según el sistema que al respecto siga la legislación de cada Estado. Así se establece en los artículos 7 y 144.

Art. 7 del Tratado de La Habana:

Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interior.

Art. 144 del mismo Tratado:

Las sucesiones intestadas y las testamentarias incluso en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de las disposiciones, se regirán, salvo los casos de excepción más adelante establecidos, por la ley personal del causante, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren.

El Perú hizo reserva respecto del artículo 148 en cuanto señala que «son de orden público internacional las disposiciones que no admiten el testamento mancomunado, el ológrafo y el verbal y las que lo declaran acto personalísimo». En nuestro ordenamiento legal, el testamento constituye un acto personalísimo (artículo 690 del Código Civil vigente) y además, es válido el otorgamiento de testamento ológrafo (artículo 707 del mismo

cuerpo legal). El Tratado regula el Derecho de Sucesiones en los artículos 7, 144 y 163.

Un importante tema conexo constituye para el Derecho de Sucesiones, lo que señala el artículo 23 de este Tratado:

El domicilio de los funcionarios diplomáticos y el de los individuos que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su gobierno o para estudios científicos o artísticos, será el último que hayan tenido en su territorio nacional.

Y el artículo 26 del mismo:

Para las personas que no tengan domicilio se entenderá como tal el de su residencia o en donde se encuentren.

El Tratado de Montevideo de 1940 no fue ratificado por el Perú.

Nuestro vigente Código Civil de 1984 en el artículo 2100 señala: «La sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante». Sigue pues el principio de la unidad de sucesión. Guarda concordancia con los artículos 33, 660 y siguientes, 63 y 2061 del Código Civil y artículos 19 y 830 del Código Procesal Civil.

Como podemos advertir, sigue el sistema de la ley personal domiciliaria del causante, al igual que el Código de Bustamante. Sin embargo, admite una excepción en cuanto se aplica la ley de situación de los bienes hereditarios que está contemplada en el artículo 2101: «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».

Guarda concordancia con los artículos 660 y siguientes, y 830 del Código Civil.

En este caso se sigue la *lex rei sitae* (principio real) cuando de acuerdo con la ley extranjera aplicable a la sucesión deban pasar los bienes hereditarios a poder de ese Estado extranjero siempre que el causante no deje herederos y existan bienes en el Perú, caso en que se aplicará la ley peruana (ley de situación de los bienes), o sea, que los tomará para sí como heredero, el Estado Peruano por aplicación del artículo 830 del Código Civil. No es el caso de la herencia vacante que, en nuestro vigente Código Civil, ya no existe. El Estado Peruano asumirá esa herencia como heredero. Es pues un caso de excepción al principio de la ley personal domiciliaria.

### 13.3. Legislación comparada

El sistema de la unidad de sucesiones (ley personal domiciliaria) es seguido por muy pocos Códigos Civiles actualmente. Entre ellos están: el de Italia artículo 23; España artículo 10 y Alemania artículo 24 y siguientes. En otras legislaciones como los de Francia, Holanda, Costa Rica, Puerto Rico, Méjico y Bolivia también se admite este principio de ley personal, con la excepción relativa a los inmuebles que se rigen por la ley de su situación. Es la corriente más generalizada.

El sistema de la pluralidad (*lex rei sitae*) es seguido por Uruguay y Venezuela.

En el articulado sobre la materia, creemos sería conveniente añadir un precepto que diga: «La sucesión, en los casos de conflicto de leyes, siempre que no hubiere con los respectivos países, tratados vigentes, se regirá por la ley personal del último domicilio del causante, en todos los aspectos de la sucesión».

### 13.4. Tratados Internacionales

En Derecho Internacional Privado el Perú ha intervenido en tres Tratados:

1. Tratado de Montevideo de 1889
2. Tratado de Montevideo de 1940
3. Tratado de La Habana de 1928

#### 13.4.1. Tratado de Montevideo de 1889

Fue suscrito y ratificado por los Estados de las Repúblicas del Perú, Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

La materia de Derecho de sucesiones lo regulan los artículos siguientes:

Artículo 44.- La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento.

Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes, será admitido en todos los demás.

Artículo 45.- La misma ley de la situación rige:

- a) La capacidad de la persona para testar;
- b) La del heredero o legatario para suceder;
- c) La validez y efectos del testamento;
- d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite;
- e) La existencia y proporción de las legítimas;
- f) La existencia y monto de los bienes reservables;
- g) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

Artículo 46.- Las deudas que deban ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante.

Artículo 47.- Si dichos bienes no alcanzaren para la cancelación de las deudas mencionadas los acreedores cobrarán sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del preferente derecho de los acreedores locales.

Artículo 48.- Cuando las deudas deben ser canceladas en algún lugar en que el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el artículo precedente.

Artículo 49.- Los legados de bienes determinados por su género y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte, se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio, y en defecto de ellos o por su saldo, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante.

Artículo 50.- La obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión en que ella sea exigida.

Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de que ese bien dependa.

Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones en que concurra el heredero que deba la colación proporcionalmente a su haber en cada una de ellas.

### *13.4.2. Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928 (Código de Bustamante)*

Como veremos acá encontramos cambios muy importantes.

Sobre el domicilio se señala:

Artículo 22.- El concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales o jurídicas se regirá por la ley territorial.

Artículo 23.- El domicilio de los funcionarios diplomáticos y el de los individuos que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su gobierno, o para estudios científicos o artísticos, será el último que hayan tenido en su territorio nacional.

Artículo 26.- Para las personas que no tengan domicilio se entenderá como tal el de su residencia o en donde se encuentren.

En materia de Sucesiones se señala:

Artículo 144.- Las sucesiones intestadas y las testamentarias, incluso en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la

validez intrínseca de las disposiciones, se regirán, salvo los casos de excepción más adelante establecidos, por la ley personal del causante, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren. Artículo 145.- Es de orden público internacional el precepto en cuya virtud los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Según el Código de Bustamante, ¿Cuál es la ley del personal del causante?  
El Artículo 7 dice:

Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior.

Como veremos, seguidamente, en Derecho Internacional Privado, el Código de Bustamante que fue suscrito y ratificado por el Estado Peruano, se encuentra vigente en el Perú, porque el Tratado de Montevideo de 1940, que en esta materia mantiene la línea desde 1889, no fue ratificado por el Perú.

Es por eso que el Art. 2100 de nuestro Código mantiene relativa coherencia con el Código de Bustamante al señalar que:

La sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante.

Así también, el Art. 2101 del mismo cuerpo normativo señala:

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.

Con lo anteriormente expuesto a la luz del Código Civil de 1984, se hace innecesaria la transcripción de las disposiciones pertinentes del Tratado de Derecho Internacional de Montevideo de 1940 porque el Perú no lo ratificó y además porque reproduce los textos del de 1889.

Sobre esta importante y difícil materia de Derecho Internacional Privado cuando se trata del conflicto de leyes, resulta interesante transcribir y comentar por su utilidad un caso de jurisprudencia registral que fue conocido en última instancia administrativa por la Segunda Sala del Tribunal Registral de Lima. Se trata de la resolución del Tribunal Registral N° 092-99-ORLC-TR. Es importante por ser ilustrativo, como pasamos a ver:

En 1998 la Notaría del Dr. Anibal Corvetto Romero interpuso recurso de apelación contra la observación formulada por la Registradora Pública del Registro de Testamentos, Doctora Angélica María Portillo Flores a la solicitud de inscripción del Testamento ológrafo y mancomunado otorgado en Alemania por los esposos Ingebord Eschweiler y Walter Eschweiler el 10 de febrero de 1996 en mérito a la copia del testamento legalizado por los funcionarios del Juzgado de Primera Instancia de Grevenbrich y de la partida de defunción de los cónyuges certificados por el Cónsul A. H. del Perú en la ciudad de Dusseldozf (Alemania). También se adjunta la traducción del testamento realizado por la traductora pública juramentada María Angélica Ponce y el certificado de inscripción en el Registro de Nacionales otorgado por el referido Cónsul, en el que se indica que la cónyuge difunta, se encontraba inscrita en el Registro de Nacionales de esa oficina consular como nacional peruana desde el día 06 de septiembre de 1993 hasta el 26 de noviembre de 1997, fecha de su defunción.

El aludido testamento se presentó el 23 de octubre de 1998, bajo el N°181397. La Registradora Pública denegó la solicitud de inscripción por las siguientes consideraciones:

1. Porque si bien el Art. 2100 del Código Civil establece que la sucesión se rige por la ley del último domicilio del causante, y el Art. 2094 precisa que la forma de los actos jurídicos se rige por la ley del lugar en que se otorgan, estos preceptos legales deben ser interpretados en concordancia con lo establecido en el Art. 2049 de dicho cuerpo legal que establece límites a la aplicación irrestricta de la ley extranjera excluyéndola *cuando es incompatible con el Orden Público Internacional y las buenas costumbres*, en concordancia con el Art. 722 de ese cuerpo legal que señala que son válidos en el Perú los testamentos extranjeros otorgados según las formalidades establecidas en la ley del respectivo país, *salvo los testamentos mancomunados*.
2. Es por eso como el Art. 2094 del Código Civil, que regula la forma de los actos jurídicos en el extranjero, requiere ser interpretado conjuntamente con el Art. 2049 que prevé la excepción de Orden Público Internacional, como se establece en el Tratado de Derecho Internacional de La Habana de 1928 que el Perú ratificó, sin reservas, por Resolución Legislativa N° 6442 de 08-01-1929, Tratado que en su Art. 148 declara que *son de Orden Público Internacional las disposiciones que no admiten el testamento mancomunado el ológrafo y el verbal, y los que lo declaran acto personalísimo*.
3. En el Derecho Comparado, en países como España, Panamá y Venezuela, se ha establecido que no son válidos los testamentos mancomunados. La razón estriba en que *no se trata de un problema de violación de formalida-*

des, sino de una cuestión de fondo, porque se busca proteger la plena libertad de testar y la intangibilidad del derecho de revocar el testamento, cuidando que no se vaya contra la naturaleza de la institución del testamento como son su carácter unilateral y personalismo. Así se explica que sea una norma de Orden Público Internacional.

4. El presente caso es de aplicación el Art. 722 del Código Civil.
5. Una interpretación en contrario implicaría ir contra norma expresa e imperativa de Orden Público Internacional.

Finalmente, se deja establecido que la observación que la Registradora Pública se hace de conformidad con el Art. 2011 del Código Civil, Art. 151 del Reglamento General de los Registros Públicos.

La Segunda Sala del Tribunal Fiscal revocó la observación formulada por la Registradora Pública del Registro de Testamentos al título y declaró que la referida solicitud no es inscribible por los defectos que se señala en la parte considerativa de esta resolución.

Sus principales argumentos son los siguientes:

1. Para la inscripción de estos contenidos, en documentos que provienen del extranjero, es necesario atender lo dispuesto en los Arts. 126 y 127 del Reglamento General de los Registros Públicos y considerar que la conducta de la Registradora en esta materia no es puramente pasiva, antes bien, tiene facultad para solicitar a los interesados la presentación de informes expedidos por los funcionarios competentes del país cuya ley es aplicable, así como reunir los demás medios para conocer por sí mismo la legislación extranjera.
2. Es cierto que de conformidad con los Artículos 2265 al 2273 del Código Civil Alemán es permitido el testamento mancomunado, como el privado, llamado ológrafo en el Perú; que, en cambio según los Artículos 722 y 814 de nuestro Código Civil, no es válido en el Perú el testamento mancomunado; y respecto al testamento ológrafo, para su ejecución después de la muerte del causante del testamento, debe seguirse el procedimiento judicial de comprobación y protocolización, es decir, que el referido documento privado —el ológrafo— debe ser elevado a público según el Artículo 707 del referido cuerpo legal.
3. Frente a un evidente caso de Derecho Internacional Privado es necesario recurrir a sus normas, a fin de relacionar una situación o persona con un ordenamiento jurídico específico que lo regule; en ese sentido *el factor de conexión* determinará la ley aplicable al caso submateria.

4. Que según el Artículo 2047 del Código Civil, el derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamiento jurídico extranjero se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú sobre la materia; y en su defecto, conforme a las normas del Libro X sobre Derecho Internacional Privado del Código Civil Peruano, siendo supletariamente aplicables los principios de Derecho Internacional Privado.
5. Que en la sucesión testamentaria se pueden distinguir tres aspectos:
  - a) Capacidad testamentaria
  - b) Formalidad del testamento
  - c) Contenido, interpretación y ejecución del mismo.

El primer aspecto se encuentra regulado por el Art. 2070 del Código Civil, siendo la ley del domicilio la que lo rige.

En cuanto a la formalidad, según el Artículo 2094 del mismo cuerpo legal, en virtud del cual, basta con que se aplique la ley del lugar que regula el contenido del acto (en este último caso, se trata del último del domicilio del causante que, en consecuencia, *se somete la forma y el fondo* al mismo derecho material); en todos los demás escritos relativos a la sucesión testamentaria se aplica la ley del último domicilio del causante, de conformidad con el Art. 2100 del Código Civil.

6. De lo expuesto se aprecia que estos aspectos están basados en el punto de contacto domicilio, de conformidad con la estructura conflictual del Libro X del Código Civil que adopta decididamente el domicilio internacional como factor de conexión preponderante, abriendo así la posibilidad de aplicación de leyes extranjeras a las relaciones familiares de los peruanos, materia que durante la vigencia del Código Civil de 1936 estuvo reservada exclusivamente a la ley peruana.
7. La anterior argumentación lleva a señalar que si el último domicilio del causante estuvo en la República Federal de Alemania, resulta obvio concluir que la ley aplicable es la alemana.
8. Empero, si bien el Art. 2049 del Código Civil establece la obligatoriedad de aplicar las disposiciones de la ley extranjera pertinente, cuando así lo determinaría el Derecho Internacional Privado Peruano, también expresa con el mismo rigor *que aquéllas por excepción no se aplicarán cuando se trata del orden Público Internacional o las Buenas Costumbres*.
9. Interesa entonces saber si la ley alemana descarta las disposiciones peruanas —Arts. 722 y 814 del Código Civil— referidos a la invalidez en el Perú de los testamentos mancomunados o, de lo contrario, si estas últimas impiden la aplicación de la ley extranjera declarada competente por tratarse de normas de Orden Público Internacional.

10. Conforme al Art. 814 del Código Civil es nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas, lo cual resulta corroborado por el Art. 722 cuando establece que son válidos en el Perú, en cuanto a su forma, los testamentos otorgados en otro país por los peruanos o los extranjeros, ante los funcionarios autorizados para ello y según las formalidades establecidas por la ley del respectivo país, salvo el testamento mancomunado y el verbal, y las modalidades testamentarias incompatibles con la ley peruana.
11. No hay dificultad de aplicación cuando se trata del Artículo 722 del Código Civil y la ley internacional a aplicarse es la peruana, por remisión del Artículo 2100 del referido Código, porque las disposiciones de forma testamentaria en el Perú son de orden público cuando el peruano o el extranjero tuvieran su último domicilio en el Perú. El problema se presenta cuando este último domicilio estuvo en un país extranjero.
12. Resulta muy importante destacar que el concepto de Orden Público Internacional, dentro del Derecho Internacional, responde a criterios particulares de cada Estado y se encuentra librado al arbitrio del juez o funcionario público, a quienes corresponda evaluar la excepción con prudencia y equidad, para evitar que se produzcan excesos en uno u otro sentido.
13. La doctora Delia Revoredo, de acuerdo con la doctrina imperante, señala la necesidad de diferenciar el Orden Público Nacional del Internacional. El primero se encuentra en las normas del Derecho Peruano y es de carácter imperativo, pues no puede ser modificado por voluntad de los individuos; el segundo, en cambio, tiene que ver con la naturaleza de normas peruanas que no puede ser descartado por la aplicación de leyes extranjeras, por ser principios fundamentales sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico; concluye citando a Alfonsín al afirmar que esta distinción pone de manifiesto que si bien todo precepto de Orden Público Internacional es *a fortiori* de Orden Público Interno, lo inverso no es igualmente verdadero, por lo cual no basta con que una norma sea de Orden Público Interno, para fundar en ella una excepción de Orden Público Internacional.
14. Conforme se aprecia, el problema se presenta cuando la ley aplicable resulta ser la ley extranjera, como ocurre en el presente caso, porque el problema que suscita el Artículo 722 del Código Civil es saber si la ley peruana lo prohíbe por tratarse de una forma solemne o porque incide en el fondo del derecho sucesorio; si la respuesta acoge el primer planteamiento, resulta aplicable el adagio *locus regit actum* porque es la ley del país donde el testamento fue otorgado, pero si es considerado como una cues-

- ción de fondo entonces compromete la libertad del testador porque el fin perseguido por el legislador es salvaguardar el carácter unilateral del testamento, que es la garantía de su revocabilidad. En nuestro caso se trata de normas legales que inciden en el fondo del derecho sucesorio peruano.
15. Conviene enfatizar, sin embargo, que pese a lo anteriormente señalado, en el caso de sucesiones conectadas con elementos extranjeros, el legislador ha declinado en temas de fondo y forma a favor de la ley del domicilio (Arts. 2094 y 2100 del Código Civil) lo cual determina que no podría descartarse la disposición extranjera que admite la modalidad del testamento mancomunado, como sí podría ocurrir en ordenamientos jurídicos en donde la ley del fondo es la ley nacional del causante.
  16. Que, respecto a la fundamentación de la observación, en el Art. 148 del Código Bustamante cuyo texto señala que: «Son de Orden Público Internacional las disposiciones que no admiten el testamento mancomunado, el ológrafo y el verbal y las que lo declaran acto personalísimo», debe afirmarse que no resulta aplicable en el presente caso, porque para el Perú es un «Tratado Común», no «Universal», por tanto, lo aplican solamente los estados vinculados por el mismo, sólo a controversias cuyos supuestos de hecho se realizan en los territorios de las Partes para los cuales rige el tratado; no puede, en consecuencia, extenderse a supuestos provenientes de estados ajenos al Tratado, como en el presente caso más aún si el problema no es de forma sino de fondo, que afecta la libertad de testar, la libertad de revocar el testamento y la libertad de disposición de los bienes que son atributos del propietario. Además, afecta el derecho de intimidad el cual está protegido por nuestro Derecho Constitucional. Debe considerarse, además, que la concepción del Derecho Internacional Privado ha cambiado a partir de la vigencia del Código Civil de 1984, al extender la apertura al derecho extranjero para casos de conexión internacional, lo que no ocurría con anterioridad.
  17. De la argumentación anterior no resulta clara la pertinencia de la aplicación de la ley alemana, porque no es problema de forma.
  18. Que, además, no ha sido sustituida la presentación del documento presentado en esta instancia por la parte apelante, ni llenado «certificado sucesorio», así como tampoco su vinculación con el testamento mancomunado, tanto más si aquella figura particular del Código Alemán —certificado sucesorio— es muy diferente a lo que en el Perú se conoce con el nombre que se da en la sucesión intestada: declaratoria de herederos. Por tales fundamentos, expresa la resolución de la Segunda Sala del Tribunal Registral de conformidad con lo prescrito en el primer párrafo del

Art. 2011 del Código Civil y los Arts. 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos que no procede ordenar la inscripción del título aludido por contener los defectos señalados en las dos últimas considerando precedentes.

Nota: Para nosotros es problema de fondo y no de simple forma, por tanto discrepamos de la resolución de la Segunda Sala del Tribunal Registral en cuanto a su fundamentación, porque, como analizaremos posteriormente en el capítulo correspondiente al tema de Testamentos, creemos que el testamento mancomunado otorgado en Alemania no es inscribible en el Perú.

**CAPÍTULO II**

**LA HERENCIA**



## 1. ASPECTOS CONCEPTUALES

Es el objeto de la sucesión hereditaria y puede ser apreciada desde dos puntos de vista:

- a) Estático: como conjunto de bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extinguen con su muerte.
- b) Dinámico: es el fenómeno por el cual el heredero subentra en la posición jurídica relicto por el causante.

Como expresaban *Las Partidas* (733, ley 8):

Herencia es la heredad e los bienes, e los derechos de algún finado, sacando ende debdas, de las cosas que y fallaren ajenas.

Situaciones en que puede encontrarse la herencia:

- a) Herencia abierta: Por muerte física o por declaración judicial de muerte presunta, de conformidad con los artículos 60 *in fine* y 660 del Código Civil. Con estas situaciones se abre el proceso hereditario.
- b) Herencia deferida: Aquí hay que distinguir entre la vocación a la herencia y la delación de la herencia.

La vocación es el llamado al heredero que hace el testador y, supletoriamente, por la ley. Tiene lugar con la apertura de la sucesión. Es verdad que esta designación precede en la sucesión testamentaria a la apertura de la sucesión, pero sólo alcanza relevancia jurídica a partir de la apertura de la sucesión. La apertura es pues presupuesto de la vocación.

La vocación es el llamado de los destinatarios vivos de la sucesión por vía de testamento o por la ley. Antes de la muerte del causante no reviste connotación jurídica.

La delación de la herencia<sup>1</sup> supone un paso más. No sólo hay una persona determinada y existente llamada a la herencia sino que ésta pueda aceptar. «La delación de la herencia tiene lugar cuando el heredero o herederos designados o llamados pueden hacer suya la misma mediante su aceptación. Así lo expresa un fragmento del Digesto (50, 16, 151) con las palabras *delata hereditas intelligitur quam quis adeundo consequi*» citado por el profesor Luis Roca<sup>2</sup>. Añade el autor: «Más, vocación y delación hereditarias pueden o no coincidir en el proceso sucesorio. Debe, por tanto, distinguirse entre vocación con delación inmediata, con delación diferida y con delación sucesiva»<sup>3</sup>.

La vocación con delación inmediata ocurre cuando la delación es inmediata a aquella. Al respecto afirma Roca: «La vocación con delación inmediata tiene lugar cuando la designación no está hecha bajo condición suspensiva y el designado no se halla concebido sino ya nacido en las condiciones legales, sin que exista otro designado o designados de rango anterior». Agrega el autor: «La vocación con delación diferida tiene lugar cuando la designación está hecha bajo condición suspensiva o el designado se halla sólo concebido»<sup>4</sup>, por tanto en el caso del concebido hay condición suspensiva, es decir, a condición de que el concebido nazca vivo. Finalmente sobre la delación sucesiva afirma dicho autor: «La vocación con delación sucesiva tiene lugar cuando el designado o designados sean de rango ulterior, por tener en la misma herencia otro u otros designados de rango anterior o de preferente llamamiento»<sup>5</sup>.

## 2. SUCESIÓN MORTIS CAUSA

Antes de tratar el tema, es necesario conocer el significado de sucesión en sentido lato sin referencia a la causa.

La sucesión implica la adquisición de derechos patrimoniales. Si es a título originario, el derecho nace en cabeza del adquirente. No hay sucesión sino una constitución nueva que trae como consecuencia la extinción de una relación anterior en caso de haber existido. En la adquisición originaria no hay una relación de hecho que vincule a dos sujetos, como serían la persona del

---

1 LACRUZ BERDEJO, J. L. *Derecho de Sucesiones*. Parte General. Vol. 1. Barcelona: Bosch, 1976.

2 ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Ob. cit.* Tomo I, pp. 69-70.

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*.

transmitente y la del transmitido, porque como afirma Maffia, «el nexo opera en forma directa entre el sujeto adquirente y el derecho adquirido<sup>6</sup>. Se trata de los medios de adquirir por derecho natural y recaen sobre las cosas que no tienen dueño, como la caza, pesca, etc. También por la usucapión, el hallazgo o la accesión. Otros la definen señalando que se da cuando el derecho del sucesor subsiste por sí, sin derivar su fuerza del derecho del predecesor.

Maffia señala que «La incorporación de un derecho al patrimonio de una persona implica su adquisición. Esta adquisición puede obedecer a dos causas distintas: o bien el derecho nace en cabeza del adquirente o, por el contrario, la incorporación deriva de un titular anterior en cuya cabeza el derecho preexistía»<sup>7</sup>.

Algunos autores<sup>8</sup> afirman que «Sucesión es tanto como traspaso de derecho de una persona a otra: adquisición derivativa de derecho, como opuesto a la adquisición originaria en que el derecho que se adquiere surge como nuevo en el actual titular, bien que ese derecho haya tenido antes un titular (prescripción adquisitiva), o que no lo haya tenido (ocupación)».

Consideramos que esta última opinión no tiene asidero legal; lo que existe en un caso como el de la prescripción, es sólo una sucesión material de las personas respecto del bien, pero no una sucesión jurídica. En sentido jurídico, implica la sucesión de derechos; es decir, la transmisión de un derecho con los mismos condicionantes que existían en cabeza de su antecesor. Esta circunstancia nos obliga a concluir que la sucesión sólo puede ser un modo derivado de adquisición de bienes y nunca originario.

En la adquisición a título derivado, se da una sustitución en la titularidad de la relación jurídica; el adquirente ejercita el derecho en su propio nombre. Esta es una característica importante de la sucesión, siéndolo también la identidad y continuidad de los derechos. Por ejemplo, la compra-venta, la donación y la permuta son casos en los que se trata de sucesión por actos entre vivos, mediante contratos. En la sucesión *mortis causa*, a diferencia de los otros, se dan sólo por actos unilaterales, nunca por contratos en nuestro ordenamiento legal.

El artículo 3262 del Código Civil Argentino desarrolla este tema:

---

6 MAFFIA, Jorge. *Manual de Derecho sucesorio*. T. I. Buenos Aires: Depalma, 1982, pp. 1-2.

7 *Ibidem*.

8 DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Derecho Sucesorio*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, 2ª edición actualizada, p. 127.

Las personas a las cuales se trasmitan los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre, se llaman sucesores. Ellas tienen ese carácter, o por la ley, o por voluntad del individuo en cuyos derechos suceden.

En la sucesión se da pues indistintamente el cambio de un sujeto por otro en una relación jurídica, o de un conjunto de ellas que no resultan afectadas.

La sucesión, genéricamente hablando, en opinión de algunos autores, puede asumir una variedad de configuraciones. Así, la sucesión a título particular o a título universal, según se trate de una o de la totalidad de relaciones jurídicas transmitidas.

La sucesión a título universal se da cuando todo el patrimonio de una persona con motivo de su muerte, es transmitido a otra u otras en un solo acto. En tales circunstancias, el sucesor asume la misma posición jurídica del anterior titular respecto del patrimonio susceptible de transmisión. En cambio, en la sucesión a título particular, la transmisión se refiere sólo a determinadas relaciones jurídicas.

Manuel de la Cámara Álvarez<sup>9</sup> considera que «Estas dos figuras jurídicas no son exclusivas del Derecho Hereditario. La sucesión a título particular intervivos es un fenómeno cotidiano, piénsese, sin ir más lejos, en la cesión de créditos o en la cesión del contrato. También hay manifestaciones de la sucesión a título universal entre vivos. Así, la fusión de sociedades... o también cuando una sociedad se escinde en dos o más».

Debemos afirmar que, en sentido estricto, la sucesión universal se da sólo por causa de muerte del titular del patrimonio, porque éste es siempre una persona física y, además, porque la transmisión de su patrimonio no se efectúa por un acto de su voluntad sino por mandato de norma legal imperativa a causa de su muerte que generalmente no es voluntaria. La sucesión universal sólo se da *mortis causa*.

En nuestro ordenamiento legal, al igual que en la mayoría de países de Iberoamérica, la voluntad del causante en la sucesión hereditaria permite designar las personas de sus destinatarios, cuando se trate de herederos voluntarios o legatarios, pero no tratándose de los herederos forzosos. Tampoco puede determinar el momento ni el lugar de la transferencia del patrimonio susceptible de transmisión, porque eso lo establece la ley que es imperativa (Norma de orden público).

---

<sup>9</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid: La Ley, 1990, p. 5.

Finalmente, en la sucesión por acto entre vivos, la fuente productora la constituye la voluntad de las partes (contrato); mientras que en la otra, la constituyen la ley y, en un determinado margen, la voluntad unilateral del causante.

La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir derechos patrimoniales. Es derivativo, porque el derecho del sucesor procede del que tenía su antecesor.

El sucesor no adquiere más derechos de los que pertenecían al causante: *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Esta afirmación no es rigurosamente exacta si comprobamos que el derecho de aceptación a la herencia, la colación, la impugnación de donaciones y legados por excesiva onerosidad y el derecho de exclusión por indignidad, son muestras de ello. También el derecho a la petición de herencia.

Es un modo de adquisición gratuito porque el sucesor recibe algo a cambio de nada; puede libremente aceptar o renunciar la herencia sin que se le imponga una contraprestación.

La transmisión por causa de muerte no modifica el contenido ni la extensión del derecho.

### 3. CLASES DE SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*

En el campo doctrinario, la sucesión universal puede ser de tres clases o especies:

- a) Testamentaria
- b) Contractual
- c) Intestada o legal

Esta clasificación obedece a la fuente de su producción: la voluntad del causante, el acuerdo de voluntades entre el causante y terceros, o la voluntad de la ley.

Nuestro Código sólo regula la primera y la tercera en las secciones segunda y tercera del Código Civil, mientras que la sucesión contractual está prohibida según los artículos 678, 1405 y 1532.

Maffia señala que la «naturaleza de la fuente del llamamiento puede determinar distintas clases de sucesiones, ya sea que el título creador de la vocación reconozca su origen en las disposiciones legales o bien en la voluntad del causante. Conceptualmente corresponde distinguir, en primer término, la sucesión legítima de la voluntaria. A su vez, dentro de esta última categoría puede admitirse una subdivisión motivada en la formulación de la voluntad, puesto

que ella puede manifestarse unilateralmente mediante el acto jurídico del testamento o en forma bilateral por el concurso de dos o más voluntades reguladas contractualmente. Más adelante ha de verse que la posibilidad voluntaria contractual ha sido desechada, en términos generales, por el sistema argentino, no admitiendo la validez de los pactos sucesorios.

Conviene observar que nuestro derecho, sigue la tendencia imperante en los ordenamientos modernos, permite la coexistencia de la fuente legal y la testamentaria»<sup>10</sup>.

La sucesión testamentaria —como expresión de la autonomía de la voluntad— prevalece sobre la intestada que tiene función supletoria, así lo demuestran los casos previstos en el artículo 815, exceptuándose los previstos en los incisos segundo y quinto por tener mas bien función complementaria, de manera que, nuestro ordenamiento legal admite la compatibilidad de la sucesión testada e intestada a diferencia del Derecho Romano que no la aceptó bajo la siguiente regla: *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (*Institutas* 2, 14, 5).

La compatibilidad de ambas clases de sucesiones constituye opinión dominante en la doctrina, tal como señala Luis Roca-Sastre Muncunill<sup>11</sup>. Es un caso de sucesión mixta.

#### 4. FUNDAMENTOS DE LA PROHIBICIÓN RESPECTO DE LOS PACTOS SUCESORIOS

- a) Los pactos sucesorios limitan o anulan la libertad del testador que tiene un derecho irrestricto que no se puede desconocer. Los aludidos pactos, por ser bilaterales, no podrían ser revocados unilateralmente por éste, siendo así que la revocabilidad es otro derecho irrestricto del testador que nadie puede prohibir. El artículo 678 del Código Civil de 1984 consagró este principio y reprodujo el contenido en el artículo 674 del Código Civil anterior.
- b) Resultan contrarias a las buenas costumbres porque giran en torno de especulaciones sobre la muerte del causante; las ventajas pecuniarias de los beneficiados con tales pactos, quedan subordinados a la proximidad de ese deceso, lo que —según se afirma— podrían provocar el deseo inmediato del cumplimiento de tal evento. Es decir, implicaría un *voluntum mortis*. Empero este argumento efectista no convence; es de carácter sub-

<sup>10</sup> MAFFIA, Jorge. *Op. cit.*, 1983, T. II, pp. 6-7.

<sup>11</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Op. cit.*, T. I, p. 28.

jetivo y por tanto de valor muy relativo. Con este criterio también deberían suprimirse otros contratos como el del seguro de vida o el de renta vitalicia o el de usufructo.

- c) Porque hacen peligrar la intangibilidad de la legítima amparada por normas de naturaleza necesaria, e imperativa. Importan —se afirma— una alteración en el orden sucesorio y por tanto, ninguna legislación puede admitir simultáneamente la herencia forzosa y los pactos sucesorios, porque harían ilusoria muchas veces, la finalidad de la primera señalada.

Manuel Augusto Olaechea en su oportunidad —elaboración del Código Civil de 1936— defendió la existencia de los pactos sucesorios, contradiciendo a Juan José Calle, señaló que podían coexistir válidamente en la medida que no afectara la institución de la legítima, cuyas normas reguladoras son de orden público.

- d) Son perjudiciales y lesivos ya que ordinariamente, por las circunstancias en que se celebran, se aceptan convenciones que se traducen en «una despiadada usura».

Son susceptibles de contener el vicio de la lesión por las diferencias de valor de los bienes, a causa del transcurso del tiempo entre el pacto y la muerte, porque la transmisión de esos derechos patrimoniales mediante los pactos sucesorios tienen lugar sólo a la muerte del causante.

Este argumento tiene algún valor indudablemente, pero debería valer para todo acto jurídico aleatorio (la lotería, por ejemplo). Además se afirma, que la figura de la lesión cada día pierde fuerza en el Derecho.

### Clases de Pactos

- a) Pacto de constitución o de institución;
- b) Pacto de renuncia;
- c) Pacto de disposición.

#### a) *Pacto de Constitución o de Institución*

El causante conviene con un tercero en instituirlo heredero de todo o parte del patrimonio hereditario; o en instituirlo legatario de una cuota parte o de uno o más objetos de ese patrimonio.

Tiene efectos anteriores y también posteriores a la muerte del instituyente o sea del causante.

Respecto a los efectos anteriores confiere al instituido un derecho patrimonial irrevocable que no puede ser alterado unilateralmente.

Algunos autores consideran que esta irrevocabilidad no debería ser absoluta cuando el instituido puede incurrir en causales de indignidad para suceder hereditariamente al instituyente produciendo la muerte.

Asimismo, tiene la virtualidad de dejar sin efecto cualquier disposición testamentaria anterior que hubiere otorgado el instituyente.

Finalmente, el instituido sólo puede hacer efectivo su derecho derivado del pacto a la muerte del instituyente. Hay en estos pactos, una condición suspensiva que es la muerte.

Respecto de los efectos posteriores, el instituido ejercita sus derechos a la muerte del instituyente en la misma posición que un heredero o legatario según el caso.

#### *b) Pacto de Renuncia*

Es el acuerdo por el cual el sucesor que en el futuro tenga derecho a la herencia, por virtud de la ley respecto del consorte con motivo de su muerte, hace expresa abdicación de este derecho. El renunciante no designa al beneficiario, porque de ser así, no estaríamos frente a un caso de renuncia sino más bien a un pacto de disposición. El renunciante al hacerlo pierde automáticamente el derecho de disposición. El único efecto de la renuncia es que deja al causante este derecho sobre la herencia que pudo haberle correspondido. Deja así en libertad del causante para disponer de la herencia sin considerar para nada el renunciante.

#### *c) Pacto de Disposición*

Un futuro sucesor hereditario pacta con un tercero transfiriéndole «sus derechos hereditarios» respectivos cuando muera el causante de dicha herencia. En este caso, el causante no tiene intervención en el pacto; por eso, algunos autores estiman que no constituye propiamente un pacto sucesorio, porque no interesa directamente al causante.

De lo anterior podemos extraer como conclusión que estas clases de pactos tienen algunos requisitos comunes:

- a) Su celebración es anterior a la apertura de la sucesión.
- b) Debe versar sobre los derechos sucesorios de una herencia futura.
- c) Debe tratar de un pacto referido al derecho de suceder por causa de muerte biológica o muerte presunta judicialmente declarada.
- d) Generalmente estos pactos sucesorios no son a título gratuito sino oneroso.

Para concluir el tema debe afirmarse que en el Derecho Romano estuvieron prohibidos los pactos sucesorios, porque se consideró la necesidad de mantener incólume la facultad irrestricta del causante para testar y para revocar. Los pactos fueron considerados no sólo contrarios a la tradición sino también inmorales.

En la Edad Media fueron conocidas las capitulaciones matrimoniales que constituyeron una forma de pactos sucesorios a favor del cónyuge o de los hijos por venir. También fueron conocidas las donaciones *mortis causa*, o sea, aquellas donaciones efectuadas por el causante pero que sólo podrían hacerse efectivas a su muerte.

Estos atisbos que encontramos respecto de su aceptación fueron proscritos en *Las Partidas* así como en las legislaciones de influencia romanista.

Sin embargo, observamos en la doctrina —como en la legislación comparada— algunas señales de aceptación en cuanto a los pactos de constitución como en las legislaciones de Alemania, Suiza y Suecia; se afirma como fundamento, la necesidad de aperturar estas modalidades porque permiten el ejercicio de la voluntad autónoma de la persona sin otra restricción que no viole normas de orden público, la moral y las buenas costumbres. El criterio que imprimió el Derecho Romano respondió a una concepción individualista del Derecho que consagra la revocabilidad del testamento, como señalan los Mazeaud.

El carácter inmoral que se esgrime como argumento de las prohibiciones no es tan evidente, tanto más que se puede también emplear en los casos de contratos como los del seguro de vida, renta vitalicia o el del usufructo, como señalan Ripert, G y V. Boulanger<sup>12</sup>.

En cambio, para otros autores como los profesores Domínguez, padre e hijo, pese a que los argumentos históricos que sustentan tal prohibición se han debilitado, no se advierte claramente las ventajas de su admisión.

## 5. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA EXISTENCIA DE LA HERENCIA COMO UNA UNIVERSALIDAD

1. La acción de petición de herencia que persigue la vindicación de la herencia como un todo o de una parte indivisa de ese todo por parte del heredero, se dirige al complejo hereditario en su unidad (Dongo y Dernburg)<sup>13</sup>.

12 RIPERT G. y V. BOULANGER. *Derecho Civil*. T. X. Buenos Aires: La Ley, 1965, p. 26.

13 Dongo y Dernburg citados por ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Op. cit.*, p. 37.

2. La distinción entre herencia y legado se da por el carácter universal de la primera, que no tiene el segundo.
3. El llamamiento sucesorio se realiza por un solo acto.

## 6. TRASMISIBILIDAD *MORTIS CAUSA*. CONTENIDO DE LA HERENCIA

Bienes, derechos y obligaciones del causante al momento de su muerte son transmitidos a sus causahabientes. No todo el vasto complejo de derechos del que una persona es titular, pasa a sus sucesores con la muerte. Algunos se extinguen con ella. Son los derechos y obligaciones inherentes a la persona. La regla general es que se transmiten los derechos patrimoniales; no se transmiten los extrapatrimoniales<sup>14</sup>.

### 6.1. Derechos transmisibles por sucesión que constituyen la herencia

El Art. 2º inciso 16 de la Constitución Política del Perú consagra como derechos fundamentales de la persona los relativos a la propiedad y a la herencia. La naturaleza de la herencia es esencialmente de carácter patrimonial como los bienes, derechos y obligaciones dejados por el causante al momento de su muerte.

1. Entre ellos se encuentran la propiedad y posesión tanto de los bienes inmuebles como muebles. Resultan pertinentes a estos casos los Arts. 885, 886, 889, 896, 897, 898, 907, 908, 912, 917, 920, 921, 923, 950, 951 y 953 del Código Civil.
2. El derecho de aceptar o renunciar la herencia, pero sólo si se trata del caso previsto en el art. 679 del Código anteriormente citado, cuando el heredero originalmente llamado fallece después que el causante, pero antes del plazo (art. 673) que aquél tenía, para ejercitar dicho derecho de delación respecto de esa herencia, situación ésta, en que este derecho se tras-

---

<sup>14</sup> La herencia es el contenido y objeto de la sucesión por causa de la muerte, por ello es una unidad transitoriamente mantenida en conjunto desde la muerte del titular hasta la partición. [...] es una unidad objetiva que es materia de transmisión integral *mortis causa*, y supone un *universum ius* que no consiste en la suma o agregado de bienes, derechos y obligaciones singulares, sino en la unidad patrimonial abstracta que ellos conforman y que abraza tanto el activo como el pasivo del causante. Véase Ejecutoria del Casación 2823-98-Huánuco, Lima, 15 de abril de 1999. En GACETA JURÍDICA. *Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial. 2002/2003*. Lima, 2002.

mite como parte integrante de la herencia del heredero originario.

Exceptuando este caso previsto por el art. 679, que constituye un derecho derivado, tanto la aceptación como la renuncia de la herencia son derechos personales de los herederos que no derivan del derecho del antecesor. Es derecho propio de éstos.

3. El derecho a los legados, salvo los casos de caducidad excepción previstos por los Arts. 667, 674 y 772 del Código Civil.
4. Las acciones sucesorias. (Acciones petitoria y reivindicatoria de bienes hereditarios (Arts. 664 y 666 del Código referido).
5. Los derechos que provienen del contrato de arrendamiento respecto de los herederos del arrendatario, Art. 1705 inciso 5° del mismo cuerpo legal.
6. Derecho de indemnización establecido a favor del causante en materia civil, Art. 1705 inciso 5° del Código Civil.
7. Derecho a la reparación civil proveniente de una sentencia penal condenatoria.

## 6.2. Derechos intrasmisibles por sucesión

1. Los no patrimoniales que son inherentes a la persona del causante y que con su muerte, se extinguen. La intrasmisibilidad puede fundarse en una disposición legal o en la voluntad de las partes o por la naturaleza misma del derecho.

### a) Derechos reales intrasmisibles por mandato legal:

Usufructo: Art. 1021 inciso 4° exceptuándose el caso del usufructo contractual señalado en el Art. 1002.

Uso y habitación: Arts. 1026 y 1029.

### b) Derechos contractuales:

Renta vitalicia: Art. 1926 exceptuándose el caso del Art. 1928.

Comodato: Art. 1773.

Mandato: Art. 1801 inciso 3°.

Irrevocabilidad de la donación Art. 1638.

Derechos relativos a la labor personal del causante.

Locación de servicios: Art. 1768.

Locación de obra: Art. 1787.

Trasmisión de obligaciones inherentes a la persona: Art. 1218.

Por la naturaleza misma del derecho

**c) Derechos personales:**

- 1) A la vida
- 2) A la integridad física
- 3) A la libertad
- 4) Al honor
- 5) Al nombre
- 6) Al domicilio personal, exceptuando el caso del domicilio contractual en cuanto forme parte integrante de las estipulaciones.
- 7) Cadáver del causante, exceptuándose los casos previstos en los Arts. 8 y 9 del Código Civil.

**d) Derechos de familia:**

El estado de familia es uno de los atributos esenciales de la persona humana.

- 1) Las acciones de estado no se transmiten por vía sucesoria sin que se atribuya a otros titulares que las ejercitan por derecho propio. Acción de declaración de paternidad extramatrimonial. Art. 407.
- 2) Derecho de alimentos
- 3) Derechos de tutela, curatela, patria potestad.
- 4) Derechos y obligaciones que surgen del matrimonio.

**6.3. Derechos patrimoniales ajenos a la transmisión sucesoria**

- a) Seguro de vida. Art. 818. El capital que la Compañía de Seguros paga al beneficiario no se encuentra en el patrimonio del causante que asegura el contrato.  
Si el seguro de vida fue contratado por el asegurador para cubrir el riesgo de vida en los accidentes de trabajo de sus empleados, los beneficiarios son los herederos legales.
- b) Pensiones civiles y militares; montepío, viudez, orfandad no forman parte de la masa hereditaria. No es materia propia de la sucesión hereditaria. Están reguladas por leyes especiales.
- c) Fondo de indemnización por retiro de los Jefes y Oficiales de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales.
- d) Beneficios de las asociaciones mutuales.
- e) Derecho al menaje doméstico. Corresponde al cónyuge sobreviviente. Art. 320.
- f) Recuerdos de familia siempre que carezcan de valor económico. Su valor es más bien afectivo.
- g) Derecho a los sepulcros. En la doctrina, este tema es discutible.

**CAPÍTULO III**

**TRASMISIÓN SUCESORIA**



La Sección Primera llamada «Sucesión en General», como su nombre lo indica, contiene en cinco títulos, temas comunes a las dos clases de sucesiones. Al primero de ellos se le denomina «Transmisión sucesoria». Consta de cinco artículos como en el Anteproyecto, con similar redacción salvo el artículo 2 que fue presentado en forma diferente como en su oportunidad precisaremos.

## 1. APERTURA DE LA SUCESIÓN

Artículo 660.- Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

Es transcripción literal del artículo primero del anteproyecto. Esta fórmula tiene como fuente inmediata nacional, la propuesta por la Comisión Reformadora creada por Decreto Supremo de 26 de Agosto de 1922 y se encuentra en la obra del jurista Juan José Calle «Código Civil del Perú»<sup>1</sup>. El artículo 1° de este anteproyecto modificaba el artículo 630 del Código Civil de 1852 con el tenor siguiente:

1. Por la sucesión se transmiten los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte de una persona, desde el instante de su fallecimiento.

El artículo 630 del Código Civil de 1852, recogía la fórmula pero fraccionándola injustificadamente al precisar que «Por la herencia sucede una persona a otra en los bienes y acciones que ésta tenía al tiempo de su muerte».

---

1 CALLE, Juan José. *Código Civil del Perú*. Lima: Gil, 1928, p. 257.

Esta fórmula era defectuosa e imprecisa porque como sabemos, la causa de la transmisión sucesoria es la muerte de una persona natural y la herencia es el objeto de la sucesión, es el acervo patrimonial del causante existente al tiempo de su muerte susceptible de transmisión a los sucesores o causahabientes. Además, no incluía dentro de la herencia las obligaciones que están constituidas por las cargas y deudas.

El artículo 657 del Código Civil de 1936 es mejor que el anterior salvo en cuanto al contenido de la herencia, porque omite igualmente señalar obligaciones como pasivo de dicho patrimonio relicto.

La fórmula del Anteproyecto aludido mantenida por la Comisión Revisora tiene sus antecedentes en Las Partidas Alfonsinas, en el Proyecto del Código Civil español de García Goyena de 1851 y el artículo 1281 del Código Civil de México, entre otros.

José León Barandiarán considera que «La redacción del artículo 660 es superior a la del artículo 657 del Código anterior, pues éste habla de la transmisión «de la propiedad o posesión de los bienes y derechos que constituyen la herencia», y el Código actual habla «de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia». Así queda fijado cuál es el caudal patrimonial transmisible por herencia, excluyéndose los bienes que no pueden estar sujetos a esa transmisión, por ser personalísimos, como son los llamados derechos de la personalidad<sup>2</sup>.

El artículo 660 del vigente Código Civil recoge el principio establecido en el Derecho moderno de la transmisión instantánea, del patrimonio hereditario del causante a los sucesores, sin solución de continuidad.

Sobre el tema, expresan Planiol y Ripert:

La apertura de sucesión marca el instante preciso en que se realiza necesariamente la transmisión universal del patrimonio del difunto a sus herederos<sup>3</sup>.

Dicha transmisión sucesoria opera *ipso jure* sin necesidad de trámite alguno; por tanto, la apertura del proceso sucesorio, la transmisión de la herencia y la muerte constituyen situaciones de una realidad que se dan simultánea-

---

2 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Aportación de Rómulo Lanatta en el Código Civil en Vigencia». En *Libro Homenaje a Romúlo E. Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 3-4.

3 PLANIOL, Marcel y Jorge RIPERT. *Tratado de Derecho Civil Francés*. T. III. La Habana: Cultural S.A., 1942, p. 31.

mente, como afirma Dalmacio Vélez Sarsfield<sup>4</sup>. Dicha transmisión *ipso jure* sometida al requisito legal de la aceptación como *conditio juris* deriva de un principio de orden público que en expresión feliz de Savigny sus reglas son necesarias e invariablemente imperativas que prescriben de modo absoluto ciertos actos u omisiones sin admitir su eventual derogación por la voluntad privada y que, por consiguiente, existen también dentro del Derecho Privado. Guarda estrecha relación con el artículo 762 del Código Civil de 1852.

Cornejo Chávez señala que es fundamental determinar con exactitud el momento de la apertura de la sucesión. Afirma que:

[...] Es importante para la masa hereditaria, para hacer el inventario que arroje los bienes y deudas del causante, porque los frutos producidos hasta ese instante por la masa hereditaria, están sujetos al pago del impuesto sucesorio; los posteriores no pagan dicho impuesto, sino impuesto a la renta. A los herederos les interesa, pues desde ese momento están sujetos a la indivisión, al condominio, que irá eventualmente a desembocar en la partición. Y desde el punto de vista del causante testamentario es importante a fin de determinar para conocer si expresó bien su voluntad o si se excedió en sus facultades<sup>5</sup>.

Cabe precisar que en la actualidad el impuesto sucesorio en nuestro ordenamiento legal ha sido derogado.

Cuando el precepto establece la muerte como causa de la apertura del proceso hereditario, se refiere no sólo al caso de muerte física sino también al caso de muerte presunta judicialmente declarada, como resulta de concordar el precitado numeral con el artículo 60 del mismo cuerpo legal.

Como bien dice Orgaz:

La institución de la muerte presunta, tiene por objeto salvar los inconvenientes prácticos que derivarían de aquella situación de incertidumbre y falta de pruebas<sup>6</sup>.

Tratándose de la muerte física, la apertura de la sucesión opera en ese mismo instante, *ipso jure*; y cuando se origina por la resolución judicial declarativa

---

4 LANATTA G., Rómulo. *Derecho de Sucesiones*. T. I. Lima: Desarrollo S.A., 1983, 3ª edición, p.148.

5 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. «Derecho de Sucesiones». Curso Universitario. Lima, 1959, pp. 8-9.

6 ORGAZ, Alfredo. *Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 53.

de muerte presunta, la transmisión se da en la fecha probable de la muerte física que debe contener aquella, como lo preceptúa el artículo 65 del Código Civil, posición que es compartida por otras legislaciones como la de Bolivia. En efecto, los artículos 1000, 40 y 41 del Código Civil de este país expresan lo siguiente:

Artículo 1000.- La sucesión de una persona se abre con su muerte real o presunta.

Artículo 40.- También puede declararse el saneamiento presunto en los casos particulares siguientes:

Cuando alguien desaparece en un accidente terrestre, marítimo, fluvial o aéreo y no se tienen noticias sobre el desaparecido hasta los dos años del suceso.

1. Cuando alguien, en caso de guerra, desaparece, cae prisionero o es internado o trasladado al país extranjero y no se tienen noticias sobre él hasta los dos años de entrar en vigencia el tratado de paz y a falta de éste, hasta los tres años de cesar las hostilidades.

2. Cuando alguien ha desaparecido en combate, refriega, bombardeo, incendio, terremoto u otro hecho análogo, que pueda provocar la muerte, y no se tienen motivos sobre él, hasta los dos años del hecho.

Artículo 41.- La sentencia fija fecha para el fallecimiento presunto: en los casos 1 y 3 del artículo anterior, en la fecha correspondiente al suceso si ella es conocida, o en la del término medio entre el principio y fin de la época en que ocurrió o pudo ocurrir; y en el caso 2), en la fecha correspondiente a la finalización de la guerra.

Fornieles señala que «En el sistema de nuestro Código la muerte del *de cuius*, la apertura de su sucesión y la trasmisión de la herencia a las personas llamadas a recogerla se producen en el mismo instante. En consecuencia, el heredero, aunque sea incapaz o ignore que la herencia le ha sido deferida, es propietario de ella desde la muerte del autor de la sucesión (Art. 342) y en ese momento quedan fijados sus derechos de una manera irrevocable<sup>7</sup>. El autor argentino destaca un aspecto importante que resulta aplicable a nuestra legislación, al señalar que:

[...] Se sigue de aquí que no hay en el derecho argentino *herencia yacente*. En Roma ciertas personas no adquirirían el carácter de herederos sino después de la aceptación, y en el tiempo intermedio la herencia se

7 FORNIELES, Salvador. *Tratado de las Sucesiones*. T. 1. Buenos Aires: Ediar, 1958, p. 5.

encontraba sin titular, era yacente. Entre nosotros se es heredero desde el primer día, sin perjuicio de renunciar después<sup>8</sup>.

Es verdad que esta posición del heredero llamado queda consolidada definitiva e irreversiblemente con su aceptación, pero sus efectos se retrotraen al momento de la muerte del causante.

Los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia —objeto de la concesión— no se identifican necesariamente con la integridad del patrimonio que en vida tuvo el causante como antes hemos afirmado, porque dentro del mismo, no todo es susceptible de transmisión sucesoria tales como el derecho alimentario artículo 486, derecho de usufructo, artículo 1021 inciso 4; derecho de uso, artículo 1026; derecho de comodato, artículo 1733; y renta vitalicia, artículo 1926. Todas son normas del vigente Código Civil.

La muerte determina inexorablemente la extinción de algunos derechos. De ahí que si bien los herederos entran en la posición jurídica del causante, no hay una asunción absoluta, porque ésta se limita a los derechos transmisibles del causante con exclusión de lo que ha sido objeto de legado.

Empero el heredero no es un simple sucesor universal, porque puede adquirir derechos que no tuvo el causante. Así por ejemplo, tiene derecho a colacionar, a pedir la reducción de donaciones, de legados, o de la legítima cuando el propio testador hizo la división de bienes; solicitar judicialmente la exclusión de algún heredero o legatario por causa de indignidad; solicitar saneamiento por evicción respecto de los bienes hereditarios que le hubieran sido adjudicados, cuando las circunstancias lo justifiquen. Asimismo, nuevas obligaciones que no las tuvo el causante como el pago de legados y cargos de la herencia.

Por eso expresa Pérez Lasala<sup>9</sup> que la situación del heredero no es coincidente con la del causante. La situación de aquél es compleja.

Cabe también acotar que cuando el precepto legal citado —artículo 660— señala bienes, derechos y obligaciones, se refiere a su contenido patrimonial, el cual está constituido por un activo —bienes y derechos— y por un pasivo, las obligaciones, que son las cargas y deudas.

Bienes y derechos no son expresiones sinónimas, pero tampoco son completamente diferentes. Los bienes aluden a los derechos reales, y los llamados «derechos» a las prestaciones o derechos de crédito. Los derechos reales su-

---

8 *Ibidem*.

9 PÉREZ LASALA, José Luis. *Curso de Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Depalma, 1989, V.I, Parte General, pp. 9-10.

ponen la existencia de una persona como sujeto titular y el objeto sobre el cual recae el derecho. Entre ese sujeto y el objeto surge una relación jurídica. El beneficio es obtenido por el titular del derecho directamente del bien, sin que medie la actuación de persona alguna y es oponible *erga omnes*. Los derechos reales pueden recaer tanto sobre objetos materiales —cosas— como sobre aquellos que no tienen existencia material. Los bienes materiales pueden ser inmuebles o muebles.

Los derechos, en cambio, no recaen sobre bienes pues su objeto inmediato radica en el comportamiento que una persona deberá observar a favor de otra. Consiste en el derecho de una persona a exigir de otra una determinada prestación u obligación que consiste en dar, hacer o no hacer. Es pues, como se observa, un derecho personal, aún cuando de naturaleza igualmente patrimonial.

En conclusión, cuando el precepto, contenido en el artículo 660 del Código Civil, expresa que desde el momento de la muerte de una persona se trasmite a sus sucesores, los bienes y derechos, se refiere a los derechos reales y a los personales o de crédito respectivamente que constituyen el activo de la herencia. El pasivo lo integran las obligaciones, es decir, las cargas y deudas insolutas del causante.

El principio sustentado en el numeral precitado, resulta rigurosamente cierto y de consecuencias inevitables en cuanto al tiempo, sin embargo no se puede aplicar la misma rigurosidad cuando se trata de relacionar el momento de la muerte con lo que se transmite. Por eso, debe agregarse que tal precepto vale, pero en concordancia con lo dispuesto en los artículos 831 y 1629 del mismo cuerpo legal. Tales dispositivos se refieren a la colación y a las donaciones efectuadas a terceros. En ambos casos se establece que constituyen derechos de los herederos forzosos en cuanto pueda afectar la cuota legitimaria y, por tanto, genera el derecho de éstos a pedir al coheredero beneficiado la devolución del bien dado como adelanto de ella o a reintegrar su valor o a pedir al tercero, cuando corresponda, la ineficacia de la donación cuando su monto exceda de la cuota de libre disposición.

El principio constitucional de la irretroactividad legal, contenido en el artículo 187 de la Constitución Política del Estado, determina que el Código Civil de 1984 tiene vigencia para las sucesiones abiertas a partir del 14 de noviembre de ese año, como lo establece el numeral 2117 de este cuerpo legal. Sin embargo, sí podría llamar la atención que el artículo 2116 establezca que las disposiciones de los artículos 818 y 819, relativas a la sucesión de los descendientes, se apliquen a los derechos sucesorios causados a partir del 28 de julio de 1980, ¿con este precepto se transgrede el principio constitu-

cional referido? Definitivamente no, porque con el artículo 2116, o sin él, resulta imperativo el cumplimiento de la Constitución desde la fecha de su vigencia, prevaleciendo sobre cualquier otra norma legal de rango inferior que dispusiera lo contrario. Y precisamente el artículo 6, 2º párrafo de esta ley fundamental, consagró la igualdad de derechos respecto de los hijos independientemente de cualquier consideración. Motivaciones de carácter didáctico primaron para la subsistencia del artículo 2116 del actual Código Civil.

La apertura de la sucesión hereditaria se da inexorablemente con la muerte del causante, porque la muerte pone término a la persona como informa el artículo 61 del Código Civil. El patrimonio del causante ha quedado sin titular, con la muerte la persona deja de ser sujeto de derecho. Así, el artículo 1º del citado cuerpo legal señala que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. El nacimiento determina su existencia legal, pero mientras se encuentra en el seno materno tiene existencia natural con derechos personales desde su concepción y también tiene derechos patrimoniales, pero a condición de que nazca vivo. Hay pues en el llamado *nasciturus* una condición tácita legal suspensiva: que nazca vivo.

El precitado artículo 660 del Código Civil debe ser concordado con el numeral 60 *in fine*. Las causas que determinan la apertura de la sucesión son la muerte biológica y la muerte presunta judicialmente declarada.

La muerte biológica implica la cesación definitiva e irreversible de los signos vitales como informa la Ley sobre trasplante de órganos y tejidos N° 23415 modificada por la ley 24703.

Desde el mismo momento de la muerte de una persona se abre la sucesión hereditaria y sus efectos son irreversibles, definitivos.

En cambio, respecto a la muerte presunta judicialmente declarada, sus efectos son condicionales, mientras no reaparezca vivo, y se abre la sucesión en la fecha probable de la muerte biológica que el juez debe establecer en la sentencia tomando en cuenta los hechos en que se funda la correspondiente solicitud y lo dispuesto en los artículos 63 y 65 del Código Civil. Los efectos sucesorios que derivan de la muerte presunta judicialmente declarada no son definitivos porque según los artículos 67 y 69 del mismo cuerpo legal acotado, la existencia de la persona cuya muerte hubiera sido declarada judicialmente puede ser objeto de reconocimiento cuando estuviera viva a solicitud de ella o de cualquier interesado o del Ministerio Público y dicho reconocimiento faculta a la persona, pero reivindicar sus bienes.

El artículo 63 del Código Civil prevé tres hipótesis dentro de las cuales cabe la declaración de muerte presunta respecto de cualquier persona desaparecida no sien-

do necesaria la previa declaración de ausencia, de esta forma queda modificado el artículo 611 del Código Civil de 1936:

a. Transcurso de 10 años desde los últimos noticias del desaparecido, o 5 si éste tuviera más de 80 años.

b. El transcurso de 2 años si el hecho de la desaparición se ha producido en circunstancias constitutivas de peligro de muerte.

El plazo era de 3 años según el artículo 612 del Código Civil anterior. Esta reducción se justifica según el profesor Fernández Sesarego<sup>10</sup>, porque generalmente son múltiples y evidentes los indicios que inducen a presumir la muerte en dicho evento, por lo que no resulta necesario prolongar la espera para la obtención de la correspondiente declaración judicial. A esto cabe añadir que los medios de comunicación y de información han desarrollado tanto en las últimas décadas que ameritan la reducción del plazo sin mengua del resultado veraz. ¿Cuáles pueden ser esas circunstancias constitutivas de peligro de muerte? Los conflictos bélicos, movimientos telúricos de intenso grado, siniestros marítimos o aéreos, etc.

Hay en este inciso del artículo comentado, una innovación muy importante en la parte final cuando establece que el plazo corre a partir de la oportunidad en que cesó el evento peligroso, porque éste puede tener lugar con la producción de un solo acto, como en el caso de la caída de un avión o como cuando la secuencia de este evento peligroso tiene varios actos, como en el caso de un conflicto bélico.

c. El inciso tercero es enteramente nuevo

El Código anterior no lo previó. Se da cuando existe certeza de la muerte de una persona, pero el cadáver no ha sido encontrado o reconocido. Ponemos como ejemplo, el caso de aquel avión que traía de Iquitos a Lima a todo el equipo de fútbol del Alianza Lima, hace varios años en ocasión de la proximidad de fin de año. Por la neblina y por otras causas no esclarecidas debidamente, la nave perdió altura en la zona de Conchán donde dio lugar a que se hundiera en el Océano Pacífico a pocos minutos del aeropuerto de Lima.

El Capítulo V del Decreto Legislativo N° 310 de 12 de noviembre de 1984 establece las reglas procesales para la aplicación del artículo 63 del Código Civil. Contra la resolución final, caben los recursos impugnatorios que la ley franquea. Caso de no apelarse la sentencia deberá elevarse en consulta a la instancia superior.

---

<sup>10</sup> REVOREDO MARSANO, Delia. *Código Civil*. T. IV. Lima: Industria Avanzada, 1985, pp. 153-155.

Muchos Códigos admiten también la posibilidad de aperturar una sucesión hereditaria por declaración judicial de muerte presunta como el artículo 928 del Código de Luisiana, el de Chile, el de Prusia, el de España de 1888, artículo 193, el de Alemania de 1900, el de Suiza de 1907, el de Argentina.

Pero no todos asumen este criterio. Ennecerus Kipp y Wolf<sup>1</sup> señalan al respecto: El código francés no ha aceptado esta solución, igualmente rechazada por otros códigos que sufrieron, más o menos, la gran influencia ejercida por aquél durante el siglo diecinueve. El artículo 130 del Código de Napoleón dice, en efecto: La sucesión del ausente se abrirá el día de su muerte probada.

El Código Italiano que ha legislado extensamente los efectos de la ausencia dice igualmente en su artículo 34:

Artículo 34.- «En caso que durante la posesión provisoria se probara el tiempo de la muerte del ausente, la sucesión se abriría a favor de quienes, en ese tiempo, fueran sus herederos legítimos o testamentarios.

Mientras no se compruebe la muerte real del ausente, no hay impedimento para iniciar el procedimiento judicial para asegurar el patrimonio del ausente y para poseerlo, por parte de quienes tuvieran eventuales derechos de sucesión hereditaria.

Respecto al efecto sobre los bienes del muerto presunto, el artículo 69 de nuestro Código Civil señala: «El reconocimiento de existencia faculta a la persona para reivindicar sus bienes, conforme a ley».

## 2. RESPONSABILIDAD LIMITADA

Artículo 661.- El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial.

El artículo 2 del Anteproyecto decía:

El heredero responde por las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Para acogerse a este beneficio el heredero debe hacer inventario judicial, dentro de los 3 meses del

---

11 ENNECCERUS, Ludwig (1843-1928). Theodor KIPP y Martin Wolff. *Tratado de derecho civil*. T. V. Barcelona: Bosch, 1951.

fallecimiento del causante o en el plazo que señale el juez, a solicitud del heredero o de los acreedores de la sucesión.

Comentando este artículo, León Barandiarán señala que «el artículo 661 del Código actual no es igual al artículo 2 del Proyecto, en cuanto este último hace obligatorio el inventario judicial para acogerse a la limitación por el concepto de *intra vires*»<sup>12</sup>. Agrega el autor el que no se encuentra de acuerdo con esa solución que se formula en el artículo 2 del Proyecto. Porque en la práctica, en la mayoría de los casos, no se hace inventario judicial por *mortis causa*. De todos modos resulta injusto que se pueda demandar y que prospere una demanda contra el sucesor, cuando ella venga a generar el caso de *herentis damnosa*»<sup>13</sup>.

La fórmula inicialmente elaborada por el Dr. Lanatta, fue modificada parcialmente por la Comisión Revisora debido a la insistencia con que en los foros organizados se reclamaba la conveniencia de establecer, facultativamente, la facción de inventario en determinados casos como medida de seguridad no sólo para los acreedores de la sucesión, sino también para los propios sucesores.

La argumentación que se sostuvo para la permanencia del artículo 2 del Proyecto en tales actuaciones públicas era que dicho beneficio de inventario muchas veces resultaba innecesario, bien porque el activo era cuantioso en relación con el pasivo, o por la inexistencia de obligaciones o porque existía armonía entre los sucesores, evitándose de esta forma la facción de inventario judicial que de por sí resultaba onerosa.

Entonces, la Comisión Revisora que se mantuvo en contacto permanente con el Ponente de esta materia en la Comisión Reformadora, Dr. Lanatta, modificó el texto de común acuerdo en atención a las razones expuestas, quedando tal como aparece en el artículo 661. No obstante lo anterior, consideramos que resulta prudente realizar siempre el inventario judicial como medida de precaución a fin de que presentado eventualmente el reclamo por alguna obligación insoluble del causante, el heredero debe probar fehacientemente si su monto excede o no al activo recibido, a no ser que tenga otra prueba de su aserción. El inventario judicial no es pues ahora un requisito condicionante para que la responsabilidad en cuanto a las obligaciones sea relativa. Pero al heredero dado el caso de cobro de deudas, corresponde acreditar la falta de activos suficientes.

La disposición legal consagra el principio de la responsabilidad restringida o *intra vires hereditatis* como se le denominó en el Derecho Romano, es decir, la trasmisión hereditaria en cuanto al pasivo opera de modo tal que la

12 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, p. 16.

13 *Ibidem*.

responsabilidad del heredero se extiende únicamente hasta donde alcance el activo transmitido. De esta forma, se sigue el criterio impuesto por el Código Civil de 1936 en su artículo 658. Comentando este artículo, León Barandiarán señala que con él se descarta la *responsabilidad ultra viris*<sup>14</sup>.

Por la sucesión no se confunden los patrimonios del causante y del heredero, porque la sucesión no es en la persona del causante.

El precepto tiene dos partes. En la primera se consagra la responsabilidad restringida limitada al valor del activo, salvo cuando alguno de los herederos haya actuado con dolo, en cuyo caso no goza del beneficio de inventario. El inventario es la descripción exacta de todos los bienes que integran la herencia con el objeto de individualizarlos, establecer su existencia y valores respectivos. El beneficio de inventario abre la posibilidad de que el heredero limite su responsabilidad por las obligaciones insolutas del causante, evitándole así que pueda responder con sus bienes propios. La segunda establece que a falta del inventario judicial, corresponde al heredero probar el exceso del pasivo para liberarse de la obligación de pago, en caso concreto.

En nuestro ordenamiento legal en donde la sucesión es en los bienes queda claro entonces que la separación de los patrimonios del causante y del heredero, y la limitación de la responsabilidad al monto de la herencia constituyen principios básicos de la sucesión y no depende de los requisitos formales del inventario, porque el heredero no es sucesor de la persona del causante sino de sus bienes, derechos y obligaciones. La exigencia del inventario constituye sólo un medio de prueba para los casos de exceso del pasivo en relación con el activo recibido. Por eso el artículo 661 establece que incumbe al heredero la prueba del exceso.

Ramón Domínguez afirma, respecto al inventario, lo siguiente: «Del hecho de que el sucesor beneficiario limite su responsabilidad hasta el monto del valor de los bienes que ha recibido del *de cuius*, no se deriva como consecuencia que el aceptante pierda su calidad de heredero. Sigue siendo tal en toda relación jurídica que se quiera considerar, y por tanto, es dueño de los bienes que forman la masa hereditaria y que se han inventariado de la misma manera como lo es el que acepta pura y simplemente. El efecto único de la aceptación con beneficio de inventario es el de limitar la responsabilidad del heredero, pero no hacerle perder ningún atributo que corresponde a su calidad de sucesor universal»<sup>15</sup>.

---

14 *Ibidem*.

15 DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Derecho Sucesorio*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 39-40.

Resulta inevitable la obligación de inventario para todo aquél que administra bienes hereditarios total o parcialmente ajenos, porque de no hacerlo no sería posible una debida rendición de cuentas. Así también cuando existen obligaciones dejadas por el causante en suma tal que hace dudosa la posibilidad de pago por falta de un activo suficiente o, finalmente, cuando los acreedores convienen en que no hubo más bienes que los designados por el heredero.

No existe incompatibilidad alguna con lo preceptuado por el artículo 1218 del Código Civil, porque si bien resulta exacto que la obligación se transmite a los herederos, también lo es que sólo los obliga hasta donde alcance el activo hereditario recibido, como lo ratifica el numeral 871 del acotado.

En síntesis, nuestro régimen hereditario de acuerdo con la concepción jurídica del Derecho Germano, adopta el sistema de la responsabilidad limitada por el valor de los bienes hereditarios recibidos, al igual que lo hace el Código Civil de 1936, artículo 658. En cambio, el Código Civil de 1852 se funda en el sistema del Derecho Romano, el de la responsabilidad absoluta de la cual uno se podía librar mediante el beneficio de inventario, requisito de carácter formal cuyo efecto era el de diferenciar el patrimonio recibido como herencia del propio patrimonio del heredero.

### 3. RESPONSABILIDAD ILIMITADA COMO SANCIÓN

Artículo 662.- Pierde el beneficio otorgado en el artículo 661 el heredero que:

1. Oculta dolosamente bienes hereditarios.
2. Simula deudas o dispone de los bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión.

El artículo 662 por ser una norma sancionadora que restringe derechos, debe ser interpretado restrictivamente no pudiendo, por tanto, extenderse su aplicación por analogía.

Para que se configure la primera causal del artículo 662 es suficiente que el heredero haya ocultado dolosamente los bienes hereditarios.

En cambio, para la segunda causal es requisito necesario y adicional que la simulación de deuda o que la disposición de los bienes perjudique a los acreedores de la sucesión; si no se produce un perjuicio real, entonces no se configurará la causal.

Su fuente inmediata está en el artículo 3 del Anteproyecto y la mediata en el artículo 759 del Código Civil de 1852.

Artículo 759.- Los herederos que hayan ocultado algunos bienes de la herencia no pueden gozar del beneficio de inventario, y pierden su derecho a los bienes ocultados; éstos pertenecerán a los coherederos inocentes en la ocultación, y, a su falta, a los herederos legales.

Comentando el artículo 662 del Código Civil vigente, Rómulo Lanatta señala que:

[...] llena un vacío del que adolecía el Código de 1936, y sanciona con la pérdida del beneficio concedido por el artículo anterior al heredero que oculte dolosamente bienes hereditarios o que simule deudas del causante, o que disponga de los bienes dejados por éste, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión. Por consiguiente, si el heredero incurre en algunos de estos actos, su responsabilidad por las deudas de su causante no queda limitada a los bienes y derechos que le han sido transmitidos por la sucesión, sino que responde *ultra vires hereditatis*, inclusive con sus propios bienes<sup>16</sup>.

Esta disposición legal apunta a sancionar a quienes en estos casos aprovechando de su condición de herederos sustraen indebidamente de alguna forma, bienes que corresponden al activo o pretextan la existencia de falsas obligaciones con el objeto de alcanzar beneficio injustificado en detrimento de los acreedores o de los coherederos y legatarios.

En estos supuestos, el heredero infractor pierde el derecho al beneficio de inventario y se hace pasible de responder ante los demás por las obligaciones sucesorias independientemente del valor del activo, afectando para estas situaciones sus bienes propios independientemente del acervo hereditario recibido.

Como expone Juan José Calle en su obra anteriormente citada:

El beneficio de inventario produce a favor del heredero los efectos siguientes:

1. El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma;
2. Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto;
3. No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia<sup>17</sup>.

---

16 LANATTA G., Rómulo. «Exposición de Motivos y Comentarios». En REVOREDO, Delia. *Separata del Código Civil*. T.V. Lima: Studium, 1985, pp. 13-14.

17 CALLE, Juan José. *Op. cit.*, p. 296.

Cuando se trata de supuestos dolosos previstos en el artículo 662, es razonable que las consecuencias de dichos actos sólo afecten a quienes los emplearon. Extenderlas a los demás herederos de una sucesión indivisa resultaría injusto.

Al respecto, el artículo 3° del Anteproyecto decía:

Pierde el beneficio otorgado en el artículo anterior el heredero que no cumpla con hacer oportunamente el inventario, oculte bienes hereditarios, simule deudas o disponga de los bienes dejados por el causante en perjuicio de los acreedores de la sucesión.

Como ya hemos expuesto, la obligación de inventario asegura la limitación de la responsabilidad de los sucesores; no genera una responsabilidad mayor al activo recibido por cada heredero, salvo en las tres situaciones previstas en el artículo 662, por tratarse de actitudes dolosas que afectan a los demás sucesores o acreedores de la sucesión.

#### 4. UNIDAD JURISDICCIONAL

Artículo 663.- Corresponde al juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el país, conocer de los procedimientos no contenciosos y de los juicios relativos a la sucesión.

Su fuente inmediata la encontramos en el artículo 4 del Anteproyecto, cuyo tenor literal es el mismo y recoge una necesidad sentida, la de establecer una unidad jurisdiccional, al igual que en otras legislaciones como Francia, Italia y Argentina.

Si bien resulta claro que «El heredero es propietario de la herencia desde la muerte del causante y que son suyos los frutos, así como las ganancias y pérdidas de los bienes hereditarios» —como señalaba el artículo 762 del Código Civil de 1852—, no es menos cierto que existía la necesidad del correspondiente título sobre competencia jurisdiccional para poder reclamar los derechos hereditarios. En la sucesión intestada es indispensable la resolución judicial declarativa de su calidad hereditaria expedida por el juez competente. Lo mismo en la sucesión testamentaria tratándose de testamento cerrado u ológrafo, donde resultan necesarios los correspondientes procedimientos judiciales de comprobación judicial y protocolización notarial. Sólo se libra de esta exigencia legal el caso del testamento otorgado por escritura pública. Empero, cuando se requiere inventarios o para asegurar la herencia o para interponer demanda sobre división y partición de bienes hereditarios o de acción

petitoria de herencia, etc., *es menester saber a qué juez corresponde su conocimiento*. Hasta antes del Código Civil de 1984 no existieron normas coherentes que permitieran su utilización de modo claro y preciso sin mengua de la economía procesal, y de seguridad y celeridad procesal. El Código Civil de 1936 no resolvió el problema, mientras que el derogado Código de Procedimientos Civiles tuvo diversas reglas para cada situación específica generando la posibilidad de múltiples procedimientos sobre declaratoria de herederos y en distritos judiciales diferentes respecto de un solo causante, por haber tenido varios domicilios en el país y varias familias. ¿Cuál es el último domicilio? El último domicilio conocido.

Respecto al criterio de competencia exclusiva, la mayoría de autores señala que lo más conveniente para determinar el lugar de apertura de sucesiones es el de aquél donde el causante tuvo su último domicilio. La razón dada es que de esta manera los interesados no se encontrarán con el problema de tener que litigar en lugares diferentes debido a las normas legales de competencia que señalan tribunales distintos<sup>18</sup>.

Julio López del Carril señala con acierto: «Concepto y naturaleza del fuero de atracción. Es de orden público, porque regula excepcionalmente la competencia por razón de la materia», y consiste en el poder que tiene la sucesión y el juez que entiende en ella, creando la obligación de que las demandas indicadas en el Art. 3284 y sus cuatro incisos deben ser tramitadas ante el juez del sucesorio, aun cuando originariamente tales demandas deberían promoverse ante los jueces que les correspondía<sup>19</sup>.

Maffia señala que el fuero de atracción significa que el juez del proceso sucesorio extiende su competencia a todas las cuestiones vinculadas con la transmisión, y se funda en las ventajas que derivan de la centralización de todo lo relativo a la herencia<sup>20</sup>.

El artículo 110° del Código Civil Francés dice:

El lugar donde la sucesión se abrirá se determinará por el domicilio.

Es el domicilio del difunto que determina el lugar de apertura de la sucesión en Francia y en consecuencia, la competencia de los tribunales franceses para conocer las demandas respectivas.

---

18 FORNIELES, Salvador. *Tratado de las Sucesiones*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1958, p. 40.

19 LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. *Derecho de Sucesiones*. Buenos Aires: Depalma, 1991, p. 31.

20 MAFFIA, J. *Op. cit.* 1981. T. I, p. 122-123.

Este mismo principio recogido por el precitado artículo tiene también repercusión en el campo del Derecho Internacional Privado.

Hay en la doctrina dos sistemas como apunta el Dr. Augusto Ferrero<sup>21</sup>: el del estatuto personal y el de la ley territorial.

Así, según el sistema del estatuto personal, se asumen dos criterios:

- a. La nacionalidad del causante.
- b. El domicilio último del causante.

En cambio, el sistema territorial llamado también *Lex rei sitae* señala que la sucesión debe regirse por la ley del lugar en donde se encuentran los bienes del causante; y si los bienes hereditarios se encuentran en varios países, entonces deben aplicarse varias leyes.

El Código Civil de 1936, artículo VIII del Título Preliminar adoptaba el sistema del Estatuto personal del causante, pero no señalaba expresamente si se aplicaba el criterio de la ley nacional o el del domicilio. La doctrina y jurisprudencia establecieron que la ley personal aludida se refería al domicilio del causante. El Dr. José L. Barandiarán considera que el Código Civil acotado entiende por ley personal la del domicilio, porque de los extractos de los debates de la Comisión Reformadora del Código Civil resulta perfectamente claro que ese fue el criterio que asumió.

Artículo 2100.- La sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante.

El artículo 2100 de nuestro Código vigente, acorde con el artículo 663 del mismo, establece que en el ámbito del Derecho Internacional Privado la sucesión se rige por la ley del último domicilio del causante, independientemente del lugar de situación de los bienes. Esta regla tiene una excepción contemplada en el artículo 2101 al disponer que no obstante lo anterior, se aplicará la ley peruana cuando concurren dos condiciones acumulativas:

Artículo 2101.- 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.

---

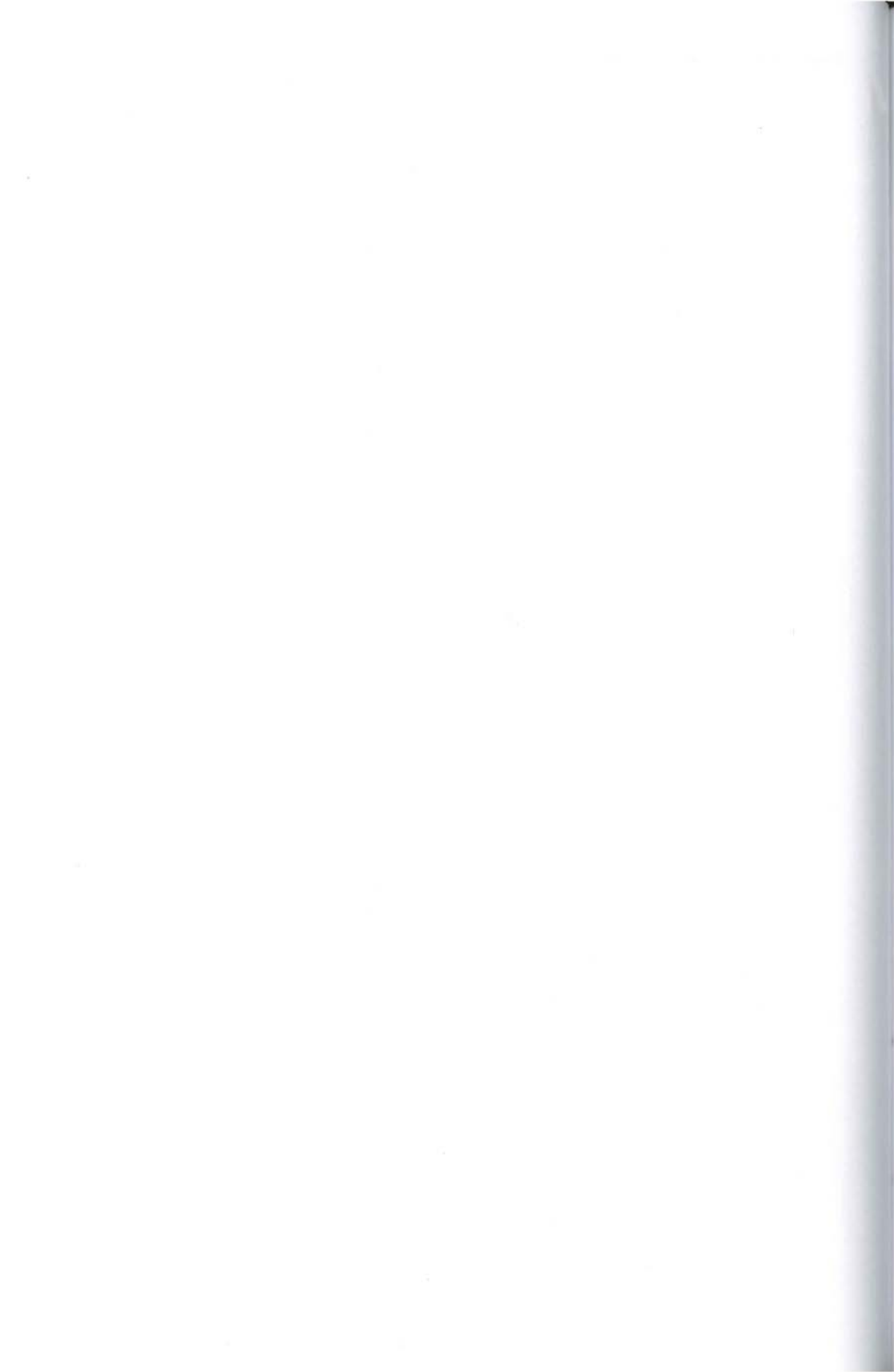
21 FERRERO COSTA, Augusto. *Derecho de Sucesiones en el Nuevo Código Civil*. Lima: Cultural Cuzco S.A. editores, 1987, p.51.

Sus condiciones de inplacabilidad son las siguientes: a) Que los bienes de cuya sucesión se trata, se encuentran en el Perú, y b) Que conforme a la ley del domicilio del causante, ellos deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones a falta de sucesores.

En tal situación, dichos bienes ubicados en el Perú pasarán al Estado peruano o a sus instituciones.

El principio de la unidad jurisdiccional es seguido por otras legislaciones como los Códigos Civiles de Italia, artículo 456; Francia, artículo 110 y 822, y Argentina, artículo 3284.

Antecedente inmediato del artículo 2101 lo constituye el artículo 661 del Código Civil de 1936.



## **CASOS JURISPRUDENCIALES**

**MATERIA CIVIL:**

**TRASMISIÓN SUCESORIA**

**MATERIA REGISTRAL:**

**TRASMISIÓN SUCESORIA INTESTADA**

**CALIFICACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO EN LA  
TRANSFERENCIA *MORTIS CAUSA***



# MATERIA CIVIL: TRASMISIÓN SUCESORIA

## CASO N° 01

### CAS. N° 459-99 TACNA

#### Sumilla del autor:

La adquisición de bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia por parte de los herederos, deriva de derecho que a su vez tuvo el causante en el momento de su muerte respecto de los mismos. No son transmisibles por sucesión hereditaria los bienes de los que aquél dispuso en vida a favor de terceros.

Cuando falleció don Miguel Atencio Llanos, el inmueble *sublitis* ya no formaba parte de la herencia debido a que éste ya había sido transferido a don Nolberto Atencio Achata.

#### Concordancias:

Código Civil: artículo 660, 219 inc. 3, 220, 923.

Código Procesal Civil: artículo 123.

#### Antecedentes:

Don Juan Cruz Cori y doña Ciriaca Gutiérrez Alata de Cruz interponen demanda contra doña Saturnina Achata viuda de Atencio y con citación de doña Graciela Alcalá de Cornejo en su calidad de Registradora Pública, se pide la nulidad de Asientos Registrales, con la finalidad de que se deje sin efecto el Asiento Registral C. Punto 2 de fecha 11 de marzo de 1997 a favor de Saturnina Achata viuda de Atencio inscrita en la ficha número veinte mil quinientos cuatro, y en su lugar se disponga la inscripción a favor de los actores, cursándose los partes respectivos a los Registros Públicos de Tacna.

La acción se fundamenta en el hecho de que el inmueble materia del juicio fue transferido por don Miguel Atencio Llanos y doña Saturnina Achata a su hijo don Nolberto Atencio Achata, según minuta de compra-venta de 4 de julio de 1986, no habiendo llegado a inscribirse este acto jurídico en los respectivos Registros Públicos.

Señala que ante el Juzgado Mixto de Tacna los mismos demandantes con anterioridad a aquella acción judicial, demandaron a don Nolberto Atencio

Achata y otros, sobre devolución de dinero y en ejecución de sentencia les fue adjudicada dicha propiedad por ese juzgado con fecha 12 de febrero de 1997, pero no ha sido posible la inscripción registral porque cuando quisieron hacerlo se dieron con la noticia de que doña Saturnina Achata viuda de Atencio a la muerte de don Miguel Atencio Llanos fue declarada como su única heredera, e hizo inscribir indebidamente a su nombre como única propietaria ese bien en el Registro de la Propiedad Inmueble, cuando ya no correspondía al difunto por haberlo transferido conjuntamente con su esposa a don Nolberto Atencio Achata quien, a su vez, lo vendió a los demandantes.

En el presente caso, tanto la sentencia de Primera Instancia como la de vista han sido uniformes al resolver declarando fundada la demanda respecto a la nulidad de la inscripción registral efectuada por la demandada en su calidad de única heredera, porque no podía inscribir a su nombre un bien que no pertenecía ya a su causante, encontrándonos entonces con un caso contemplado como de nulidad del acto jurídico cuando su objeto es jurídicamente imposible, artículo 219 inciso 3° del Código Civil. También fue declarado improcedente el otro extremo de la demanda respecto a la inscripción del bien a nombre de los demandantes, porque constituye materia que debe ser dispuesta en el expediente anterior en donde les fue adjudicado por el juez de la causa ese mismo bien, debiendo agregarse que se encuentra en situación de cosa juzgada. La casación fue declarada infundada.

## **EXP. N°: 97-136-232301-JC.01**

Demandante : Juan Cruz Cori y otra  
Demandados : Saturnina Achata Viuda De Atencio y otra  
Materia : Nulidad de Asiento Registral  
Secretaría : Doctora Escarleth Laura Escalante

### **RES. N° 19**

#### **SENTENCIA**

Tacna, seis de agosto de mil novecientos noventa y ocho.-

**VISTOS:** Aparece de autos que a fojas trece, Juan Cruz Cori y Ciriaca Gutiérrez Alata de Cruz interpone en contra de Saturnina Achata Viuda de Atencio y con citación de Graciela Alcalá de Cornejo en su calidad de Registradora Pública, demanda la Nulidad de Asientos Registrales con la finalidad de que se deje sin efecto el asiento registral C punto dos de fecha once de

marzo de mil novecientos noventa y siete a favor de Saturnina Achata viuda de Atencio inscrita en la ficha número veinte mil quinientos cuatro y en su lugar se disponga la inscripción a favor de los actores, cursándose los partes respectivos a los Registros Públicos de esta ciudad. Fundamentan su acción en el hecho de que el inmueble sub litis fue transferido por Miguel Atencio Llanos y Saturnina Achata a su hijo Nolberto Atencio Achata, según minuta de compra-venta del cuatro de julio de mil novecientos ochenta y seis, pero que dicho acto jurídico no fue inscrito en los Registros Públicos de esta ciudad; que ante el Juzgado Mixto de Tacna, se ha seguido la causa trescientos sesenta y cinco guión noventa y tres, por parte de los actores en contra de Nolberto Atencio Achata y otros sobre devolución de dinero y en ejecución de sentencia se le adjudicó en propiedad a los demandantes el inmueble antes descrito, según escritura pública otorgada por dicho Juzgado con fecha doce de febrero de mil novecientos noventa y siete; que Saturnina Achata Viuda de Atencio, haciéndose declarar como única heredera de Miguel Atencio Llanos; con fecha once de marzo de mil novecientos noventa y siete, se hizo inscribir en el asiento reclamado como nueva propietaria del predio sub litis y es en dicha razón que los demandantes no pueden inscribir a su nombre dicho inmueble, agregan además que doña Saturnina Achata viuda de Atencio promovió una acción de tercería excluyente de propiedad, la misma que se tramitó como incidente de la causa trescientos sesenta y cinco guión noventa y tres, la misma que concluyó por sentencia que declaró infundada la demanda por haberse acreditado que dicha propiedad era de Nolberto Bernardo Atencio Achata. Fundamenta jurídicamente su petitorio en lo dispuesto en los artículos 2008 al 2013 del Código Civil, asimismo en los incisos 3, 5 y 7 del artículo 219 del mismo cuerpo de leyes y en los artículos pertinentes del Reglamento General de los Registros Públicos, habiendo ofrecido los medios probatorios que a su derecho le compete, es admitida a trámite dicha demanda, previa subsanación mediante resolución dos de fojas diecisiete, tramitándose en la vía del proceso de conocimiento; corrido el traslado de ley es absuelto a fojas cuarentidós por Saturnina Achata viuda de Atencio, negándola, indicando que Nolberto Atencio Achata según aparece de la ficha registral del inmueble sub litis nunca ejerció el derecho de propiedad de éste y por ende, se ha desnaturalizado el proceso pues los demandantes no podían inscribir su título porque el mismo, no emana del anterior titular ni de un proceso instaurado contra él, agregando que los demandantes se encuentran atentando contra el principio del tracto sucesivo previsto en el artículo 2017 del Código Civil; ofreciendo sus medios probatorios con arreglo a Ley, admitida a trámite su contestación y llevadas a cabo las audiencias de ley, la presente causa se encuentra expedita para ser sentenciada y: **CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Que, la carga de pro-

bar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos. **SEGUNDO.**- Que, conforme se desprende del expediente acompañado signado con el número trescientos sesenticinco guión noventitrés los actores en esta causa, procedieron a interponer demanda de devolución de dinero, intereses, gastos y cobro de daños y perjuicios en contra de Edwin Leonardo Atencio Huarcaya y Nolberto Atencio Chata, proceso en el que se dictó la sentencia ejecutoriada que corre de fojas doscientos cincuentiuno a doscientos sesenta y en la que en su parte resolutive declara fundada en parte la demanda instaurada en cuanto a la acción de devolución de dinero, intereses y gastos y en consecuencia se ordenó que los demandados cumplan con pagar la suma de seis mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio del día más los intereses y gastos a partir de la fecha de suscripción del contrato de compra-venta del vehículo Minibus Asia y en ejecución de dicha sentencia el Juzgado adjudica a su favor el inmueble ubicado en la Esquina de la Avenida Circunvalación Oeste sin número, lote «B» veintisiete de la Urbanización Santa Rosa, del distrito, provincia y departamento de la ciudad de Tacna, que cuenta con un área de doscientos sesenticinco punto cincuentidós metros cuadrados y un perímetro de ochentiuno punto setentisiete metros lineales y en cuya virtud se eleva la escritura pública correspondiente. **TERCERO.**- Que, conforme se infiere del expediente acompañado signado con el número trescientos sesenticinco guión noventitrés, doña Saturnina Achata de Atencio enterada del proceso anotado en el considerando precedente, procedió a interponer demanda sobre tercería excluyente de dominio aduciendo ser la propietaria del bien inmueble *sub litis*, proceso que tramitado con arreglo a su naturaleza, concluyó con la sentencia que corre de fojas cuatrocientos ocho a cuatrocientos dieciocho y en la que se resuelve declarar infundada dicha demanda, la misma que al haber quedado consentida conforme aparece de la resolución número ochenticinco corriente a fojas cuatrocientos veintisiete, ha adquirido la calidad de cosa juzgada y por ende, resulta inmutable por mandato de artículo 123 in fine del Código Procesal Civil, por lo que debe tenerse presente por el juzgador que en dicho proceso se ha llegado a determinar que el inmueble *sub litis*, es de propiedad de Nolberto Atencio Achata tal y conforme se desprende de la escritura pública de permuta que corre en dichos autos a fojas doscientos treintiséis y doscientos treintisiete. **CUARTO.**- Que, bajo dicho orden de cosas, tenemos que doña Saturnina Achata de Atencio no podía heredar un bien que no le correspondía a su cónyuge Miguel Atencio Llanos y menos podía incluir dentro de la relación de bienes conocidos de su causante dicho inmueble por haber dejado de pertenecer a dicha sociedad conyugal, siendo ello así, la inscripción realizada a favor de dicha demandada en la

ficha veinte mil quinientos cuatro del Registro de Propiedad Inmueble de los Registros Públicos de esta ciudad que corre en estos autos a fojas cuarenta, resulta ser nula, por contener un imposible jurídico, causal que se encuentra contenida en el numeral 3) del artículo 219 del Código Civil. **QUINTO.**- De otro lado el Juzgador debe tener presente que la adjudicación como acto procesal, es aquél mediante el cual el Organo Jurisdiccional declara que determinado bien le pertenece a una persona determinada, por lo que habiéndose otorgado la correspondiente escritura pública en el proceso correspondiente a favor de los actores de esta causa, resulta un imposible jurídico que se pretenda volver a ordenar su inscripción, lo que en todo caso se deberá solicitar en dicho proceso; por estos fundamentos y Administrando Justicia a Nombre de la Nación: **FALLO:** Declarando **FUNDADA** en parte la demanda interpuesta por Juan Cruz Cori y Ciriaca Gutiérrez Alata sobre Nulidad de Asiento Registral dirigida en contra de Saturnina Achata viuda de Atencio y, en consecuencia dispongo que se oficie al señor Jefe de la Oficina Registral de los Registros Públicos de la ciudad de Tacna para que se proceda a la cancelación del Asiento Registral «C» punto dos correspondiente a los títulos de dominio que se encuentra inscrito en la ficha signada con el número veinte mil quinientos cuatro del Registro de la Propiedad Inmueble, en la que aparece la demandada como propietaria del bien inmueble *sub litis* e **IMPROCEDENTE** en cuanto a que se disponga la inscripción de dicha propiedad a favor de los demandantes. Sin costos ni costas por haber tenido motivos atendibles para litigar: I por esta mi sentencia, así la pronuncio, mando y firmo. Interviniendo el Secretario que autoriza por promoción de la titular.

**EXP. N° 97-136 folio N° 033**

IJCTAC

**RES. N° 27**

Tacna, veintisiete de noviembre de  
mil novecientos noventa y ocho -

**VISTOS;** Con el voto dejado por el señor Bedoya Quelopana de conformidad con el artículo 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; Interviniendo como Vocal Ponente el señor Casas Durand; Con sus acompañados, oído el Informe Oral por sus propios fundamentos y **CONSIDERANDO** además: que la apelante no ha desvirtuado los fundamentos de la recurrida la que está apoyada en el mérito de lo actuado y del derecho; pues se ha compulsado debidamente las pruebas aportadas por las

partes, tanto en los procesos acompañados, como en autos; que los demandantes son los nuevos titulares del dominio del predio sub materia, según la instrumental de fojas diecinueve y siguientes, y como tales, tienen el poder jurídico para hacer uso de todos los derechos inherentes al dominio según el artículo novecientos veintitrés del Código Civil; que por otro lado la propiedad tiene como carácter esencial, la exclusividad, por lo que no pueden existir otros propietarios con derecho inscrito; en armonía con el artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **CONFIRMARON**, la sentencia apelada de fojas noventa a noventitrés, su fecha seis de agosto último del año en curso; que declara fundada en parte la demanda interpuesta por Juan Cruz Cori y Ciriaca Gutiérrez Alata sobre nulidad de Asiento Registral dirigida en contra de Saturnina Achata viuda de Atencio; con lo demás que contiene y los devolvieron en los seguidos por Juan Cruz Cori y otra con Saturnina Achata viuda de Atencio sobre Nulidad de Asiento Registral.

S.S.

CASAS D.-LOZA A.-BEDOYA Q.

**EXP N° 97-136 folio N° 033**

IJCTAC

VOTO DEJADO POR EL SEÑOR BEDOYA QUELOPANA ES COMO SIGUE:

**VISTOS**; Con sus acompañados, oído el Informe Oral; por sus propios fundamentos, y **CONSIDERANDO** además que la apelante no ha desvirtuado los fundamentos de la recurrida la que esta apoyada en el mérito de lo actuado y del derecho; pues se ha compulsado debidamente las pruebas aportadas por las partes, tanto en los procesos acompañados, como en autos; que los demandantes son los nuevos titulares del dominio del predio sub materia según la instrumental de fojas diecinueve y siguientes, y como tales tienen el poder jurídico para hacer uso de todos los derechos inherentes al dominio según el artículo novecientos veintitrés del Código Civil; que por otro lado la propiedad tiene como carácter esencial, la exclusividad, por lo que no puede existir otros propietarios con derecho inscrito; por lo que soy de la **OPINIÓN** que se **CONFIRME** la sentencia apelada de fojas noventa a noventitrés, su fecha seis de agosto último del año en curso; que declara Fundada en parte la demanda interpuesta por Juan Cruz Cori y Ciriaca Gutiérrez Alata sobre nulidad de Asiento Registral dirigida en contra de Saturnina Achata viuda de Atencio; con lo demás que contiene y los devolvieron en los seguidos por Juan Cruz Cori

y otra sobre Saturnina Achata viuda de Atencio sobre Nulidad de Asiento Registral.- Tacna, 1998 noviembre 20.  
S.S.

**CAS. N° 459-99**  
**TACNA**

Lima, veintiuno de julio de  
mil novecientos noventinueve. -

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, vista la causa en audiencia pública en la fecha, con los acompañados, emite la siguiente sentencia:

1. **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Saturnina Achata Vda. de Atencio contra la sentencia de vista expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna-Moquegua a fojas ciento diecinueve, su fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, que confirmando la apelada de fojas noventa, su fecha seis de agosto del mismo año, declara fundada en parte la demanda; con lo demás que contiene.
2. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La Corte mediante resolución de fecha veintiuno de abril de mil novecientos noventinueve, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de inaplicación de las siguientes normas de derecho material: a) los artículos dos mil once y dos mil diecisiete del Código Civil, señalándose que en aplicación de los principios de legalidad e impenetrabilidad, el derecho inscrito de la demandada emana de una sucesión intestada, en donde se le ha declarado heredera de don Miguel Atencio Llanos, en tal sentido, no puede disponerse la cancelación de su derecho en los Registros Públicos; b) los artículos dos mil quince y dos mil veintidós del citado cuerpo legal manifiestan que el principio de oponibilidad de los derechos inscritos en el registro, impide se anule el derecho de la demandada, puesto que el derecho de los demandantes no resulta inscribible, debido a que se deriva de un proceso judicial donde no ha sido parte la demandada ni su causante.
3. **CONSIDERANDO: PRIMERO:** A que, la demanda contiene dos pretensiones, la nulidad del asiento registral en la que aparece inscrito el derecho de la demandada Saturnina Achata como heredera de su causante Miguel Atencio Llanos; y la inscripción del derecho de los demandantes,

quienes adquirieron el inmueble *sub litis* de Nolberto Atencio Achata, a quien le fue transferido el bien mediante contrato privado de compra-venta, otorgado por don Miguel Atencio Llanos y doña Saturnina Achata.

**SEGUNDO:** Que en las instancias de mérito, ha quedado establecido que el inmueble *sub litis* fue adquirido por don Nolberto Atencio Achata, mediante contrato privado otorgado por Miguel Atencio Llanos y doña Saturnina Achata, para luego ésta última en calidad de heredera *de* don Miguel Atencio Llanos inscribir su derecho de propiedad en los Registros Públicos.

**TERCERO:** Estando a lo dispuesto en el artículo seiscientos sesenta del Código Civil, desde la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia, se transmiten a sus herederos; en tal sentido, cuando falleció don Miguel Atencio Llanos el inmueble *sub litis* ya no formaba parte de la herencia, debido a que éste había sido transferido a favor de Nolberto Atencio Achata; siendo esto así, doña Saturnina Achata inscribió su derecho respecto de un bien que no formaba parte de la herencia dejada por su causante, en tal virtud, la inscripción realizada deviene en nula, siendo irrelevante que aquella sea invocada por un tercero, pues, estando a lo dispuesto en el artículo doscientos veinte del Código Civil, la nulidad puede ser alegada por quienes tengan interés.

**CUARTO:** En cuanto a la inaplicación de los artículos dos mil quince y dos mil veintidós del Código Civil, cabe precisar que en las instancias de mérito se ha declarado improcedente la pretensión de inscripción del derecho de propiedad de los demandantes, en consecuencia carece de sustento real lo alegado por la recurrente en el sentido de que el derecho de los demandantes no es inscribible; por lo que no resulta aplicable lo dispuesto en los artículos dos mil quince y dos mil veintidós del Código Civil, normas que regulan el principio de tracto sucesivo y de la oponibilidad de las derechos inscritos en el registro.

4. **SENTENCIA:** Por las consideraciones que anteceden, la Sala Civil de la Corte Suprema; declara **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Saturnina Achata Vda. de Atencio; en consecuencia **NO CASAR** la sentencia de fojas ciento diecinueve, su fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho; **CONDENARON** a la recurrente al pago de una multa de dos Unidades de Referencia Procesal así como de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; en los seguidos por Juan Cruz Cori y otra, sobre nulidad de asiento registral; **ORDENARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron.-

S.S:

PANTOJA-IBERICO-RONCALLA-CELIS-ALVA

**MATERIA REGISTRAL: TRASMISIÓN SUCESORIA INTESTADA****CASO N° 02****RES. N°150-99-ORLC/TR****Sumilla del autor:**

La condición de heredero se adquiere al momento de la apertura de la sucesión del causante, es decir, al momento de su muerte, conforme lo establece el artículo 660 del Código Civil, y no al momento en que se determina quienes son sus herederos, operando de pleno derecho la trasmisión sucesoria.

**Antecedentes:**

Don Enrique Ponce de León Deutz contrajo matrimonio civil con doña Ofelia Arroyo Mundaca el 12 de diciembre de 1949 y posteriormente el 11 de junio de 1993 aquél falleció intestado. Le sobrevivió la referida viuda quien falleció el 17 de agosto de 1993. Aquel tuvo una hija llamada Patricia Maribel Ponce de León Montero.

El proceso declarativo de herederos de don E. Ponce de León se siguió ante el Notario Público de Lima Dr. Elvito Alímides Rodríguez Domínguez, de conformidad con la ley N°26662 y sus modificatorias y las normas pertinentes del Código Procesal Civil. A la fecha de tramitación de este asunto no contencioso la cónyuge del causante ya había fallecido.

Por acta notarial del 25 de febrero de 1999 el aludido Notario Público declaró como única y universal heredera de don Enrique Ponce de León Deutz, a su hija doña Patricia Maribel Ponce de León Montero.

Remitidos las partes al Registro de Intestados la Registradora denegó la inscripción fundándose en que la apertura de la sucesión se determina con la muerte del causante (artículo 660 del Código Civil) de manera que en esa oportunidad, 11 de junio de 1993 le sobrevivieron la aludida esposa e hija, siendo por tanto sus herederos, según los artículos 816 y 822 del mismo cuerpo legal.

Apelada esta resolución por doña Patricia Maribel Ponce de León Montero, fue confirmada la observación formulada por la Registradora del Registro de Sucesiones Intestadas de Lima.

**Comentario:**

En una sucesión intestada procede declararse herederos legales por su orden, a los señalados en el artículo 816 del Código Civil.

La sucesión intestada desempeña así una función supletoria, como lo establece el numeral 815 incisos 1, 3 y 4 y complementaria en los casos puntualizados en los incisos 2 y 5 del mismo numeral.

La determinación de los herederos de una persona que ha fallecido, tiene lugar en el momento de su muerte porque es en esta oportunidad donde se abre ipso iure la sucesión y con ello, la transmisión sucesoria, si los herederos sobrevivieron al causante. Si alguno de los herederos sobrevivientes falleció posteriormente, sin dejar sucesores cuando se inició el proceso declarativo de herederos, tale hecho no obsta en modo alguno, para ser considerado como tal, debiendo tomarse en cuenta que las normas contenidas en los artículos 660, 815 y 816 del Código Civil son normas legales de orden público y por tanto de valor imperativo y absoluto.

Que, finalmente, es importante acotar, que no cabe representación sucesoria respecto de los cónyuges, como erróneamente se afirma al fundamentarse la apelación. Sólo procede en la línea recta descendente de modo ilimitado y además en la línea colateral respecto de los hermanos del causante pero limitado a los hijos de estos por estricta aplicación de los artículos 681, 682 y 683 del Código referido.

**RES. N°150-99-ORLC/TR**

Lima, 22 de junio de 1999

**VISTO**, el recurso de apelación interpuesto por PATRICIA MARIBEL PONCE DE LEÓN MONTERO, mediante Hoja de Trámite Documentario N°14567 del 14 de Mayo de 1999, contra la observación formulada por la Registradora del Registro de Sucesiones Intestadas Dra. Norka Giovanna Chirinos La Torre a la solicitud de inscripción de Sucesión Intestada Definitiva de don Enrique Ponce de León Deutz.

El título se presentó bajo el N°. 72342 del 06 de Mayo de 1999 siendo su anterior presentación el Título N°33280 del 26 de febrero de 1999. La registradora denegó la inscripción en los términos: «Tal como se desprende del acta de Sucesión Intestada de fecha 25 de febrero de 1999, se tiene que el causante contrajo matrimonio con doña Ofelia Arroyo Mundaca; asimismo, se puede ver que ella sobrevivió a la muerte de su cónyuge, ya que se indica que ésta falleció el 17-08-93.

En aplicación de los artículos 660, 816 y 822 y siguientes del Código Civil, la persona de doña Ofelia Arroyo Mundaca tiene vocación sucesoria en su condición de cónyuge *supérstite* del causante. Téngase presente que el Tribunal Registral ya se pronunció en este sentido ante un caso similar (Res. Se determina con la muerte del causante (artículo 660 del Código Civil), sus herederos resultarían ser su cónyuge *supérstite* (ya que su condición de heredera la adquirió a la fecha de la apertura de la sucesión del causante don Enrique Ponce De León Deutz, esto es, el 11-06-1993) y su hija (artículos 816 y 822 del Código Civil), ya que los efectos de la sentencia o su equivalente jurisdicción facultativa se retrotraen a la fecha de fallecimiento del causante», interviniendo como Vocal ponente la Dra. Elena Vásquez Torres; y,

### CONSIDERANDO:

Que, con el presente título se solicita la inscripción de la sucesión intestada de don Enrique Ponce De León Deutz, en mérito a partes notariales del acta de sucesión intestada de fecha 25 de febrero de 1999 con la constancia de no haberse formulado oposición, extendida por el Notario de Lima Dr. Elvito Alímides Rodríguez Domínguez, en la cual declara como única y universal heredera de don Enrique Ponce De León Deutz a su hija Patricia Maribel Ponce De León Montero;

Que, en la partida electrónica N° 11076625 asiento B 00001, del Registro de Sucesiones Intestadas obra anotada la solicitud de sucesión intestada de don Enrique Ponce De León Deutz, presentada por Patricia Maribel Ponce De León Montero;

Que, el proceso no contencioso de sucesión intestada seguido ante Notario se encuentra regulado por la Ley N° 26662 y sus modificatorias, siendo aplicable supletoriamente al citado proceso las normas pertinentes del Código Procesal Civil;

Que, la transmisión sucesoria de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se produce conforme lo establece el artículo 660 del Código Civil desde el momento de la muerte de una persona, determinando la citada norma la apertura de la sucesión, conforme el pronunciamiento de esta instancia en su Resolución N° 421-98-ORLC/TR del 12 de noviembre de 1998;

Que, en el presente caso, se aprecia del acta de la sucesión intestada de don Enrique Ponce De León Deutz, que éste contrajo matrimonio el 12 de diciembre de 1949 con doña Ofelia Arroyo Mundaca, y que a la fecha de su muerte, esto es el 11 de junio de 1993, le sobrevivió su cónyuge, quien falleció el 17 de agosto de 1993, existiendo por tanto transmisión sucesoria; del mismo modo, con la copia certificada de la partida de nacimiento de doña Patricia Maribel

Ponce De León Montero, se acredita su entroncamiento familiar (hija) con el causante;

Que, de lo expuesto; y no habiéndose presentado herederos adicionales al llamado de la vocación sucesoria, se colige al amparo del artículo 816 del Código Civil, que son herederos de don Enrique Ponce De León Deutz su hija Patricia Maribel Ponce De León Montero y su cónyuge Ofelia Arroyo Mundaca, siendo que el artículo 822 del acotado Código dispone que el cónyuge que concurre con otros hijos o descendientes del causante hereda una parte igual a la de un hijo, razón por la que las dos herederas se repartirían en partes iguales el patrimonio del causante;

Que, si bien es cierto que, la muerte pone fin a la persona (artículo 61 del Código Civil) y que, a la fecha de tramitación del proceso no contencioso, la cónyuge del causante ya había fallecido, debe tenerse en cuenta que su condición como heredera de don Enrique Ponce De León Deutz fue adquirida al momento de la apertura de su sucesión, es decir, al momento de su muerte (11 de junio de 1993), conforme lo establece el artículo 660 del Código civil, y no al momento en que se determinó quienes eran los herederos, puesto que la transmisión sucesoria opera de pleno derecho, siendo así que el posterior deceso de doña Ofelia Arroyo Mundaca dio lugar a la apertura de una sucesión distinta, en la que fueron transferidos no sólo los derechos y obligaciones de su propio patrimonio sino también aquellos que se incorporaron, los cuales provinieron de su difunto cónyuge;

Que, sin embargo, del acta notarial del 25 de febrero de 1999, se advierte que el Notario de Lima declaró como única y universal heredera de don Enrique Ponce De León Deutz, a su hija doña Patricia Maribel Ponce De León Montero, cuando lo correcto era declarar como heredera además de ella, a doña Ofelia Arroyo Mundaca; que, si bien la interesada señala que no cuenta con herederos, ello debe ser declarado en el proceso de sucesión intestada de ésta última y en todo caso resultaría de aplicación lo dispuesto por el artículo 830 del Código Civil, el cual indica «A falta de sucesores testamentaria o legales, el Juez o Notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada, adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria, a la Sociedad Beneficencia o a falta de ésta, a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante...».

Que, de otro lado, con respecto a lo señalado por el Notario en su escrito del 05 de mayo de 1999, referente a que resulta imposible declarar coheredera a doña Ofelia Arroyo Mundaca por haber fallecido, debiendo declararse como herederos a sus representantes quienes no se han presentado debiendo así en un imposible jurídico, cabe señalar que la representación sucesoria se encuentra definida en los

artículos 681 y siguientes del Código Civil, siendo que por ella los descendientes tienen el derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, recibiendo la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiere perdido por indignidad o desheredación, asimismo, sus alcances han sido expresados en la Resolución N° 356-97-ORLC/TR del 25 de agosto de 1997;

Que, conforme al artículo 682 del Código Civil, en la línea recta descendente la representación es limitada a favor de los descendientes de los hijos, y, conforme al artículo 683 del referido código, en la línea colateral sólo hay representación para que al heredar a un hermano concurren con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuertos;

Que, no se encuentra prevista la representación en la herencia del cónyuge, por lo que no procedería la representación de Ofelia Arroyo Mundaca en la herencia de su cónyuge;

Que, además, es un presupuesto de la representación la premoriencia, que no se presenta en este caso —dado que la cónyuge falleció con posterioridad al causante— o la renuncia o pérdida por indignidad o desheredación, que tampoco han tenido lugar;

De conformidad con el primer párrafo del artículo 2011 del Código Civil, numeral IV del Título Preliminar, artículos 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos, no es procedente amparar la presente solicitud de inscripción; y,

Estando a lo acordado;

#### **SE RESUELVE:**

**CONFIRMAR** la observación formulada por la Registradora del Registro de Sucesiones Intestadas de Lima, al título señalado en la parte expositiva por los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-** (FDO.) DRA. ELENA VÁSQUEZ TORRES, PRESIDENTA DE LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL REGISTRAL. - DR. WALTER POMA MORALES, VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL - DRA. NORA MARIELLA ALDANA DURÁN VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

## **MATERIA REGISTRAL: CALIFICACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO EN LA TRANSFERENCIA *MORTIS CAUSA***

### **CASO N° 03**

#### **RES. N° 393-2000-ORLC/TR**

#### **Sumilla del autor:**

En la sucesión, los bienes se transmiten a los herederos desde el fallecimiento del causante. En consecuencia, en la calificación del tracto sucesivo se tienen en cuenta los derechos transmitidos por los titulares registrales.

#### **Antecedentes:**

Con fecha 08 de junio de 1998 fue elevado a escritura pública un contrato de compra-venta del departamento N° 406, ubicado en la Av. República de Chile N° 781, distrito de Jesús María, a favor de Miguel Angel Gutiérrez Blásica y su cónyuge Lida Vanessa Ynope Quesada.

El inmueble corre inscrito a favor de la sucesión de don Víctor Saba Cassis, representada por Labibe Cassis Lolás Vda. de Saba, Jorge Antonio Saba Cassis, Nahim Saba Cassis y Alfonso Angel Saba Cassis quienes adquieren el dominio en virtud de la adjudicación celebrada con su anterior propietario la Inmobiliaria Santa Carmen S.A., según escritura pública de 17 de diciembre de 1991 en el cual se aprecia que la transferencia se efectúa a favor de la sucesión de Víctor Saba Cassis en compensación por el importe de sus acciones en el capital de la sociedad referida.

De la resolución judicial declarativa de herederos del mencionado Víctor Saba Cassis aparecen declarados además de los anteriormente señalados, la hija Carmen Patricia Susana Saba Cassis, de lo cual puede concluirse que esta heredera no compareció como adquiriente del predio no obstante haber sido considerada integrante de la aludida sucesión.

Asimismo se advierte que Carmen Patricia Saba Cassis de Abugattás falleció intestada el 1° de diciembre de 1979, o sea que falleció antes de la fecha de la escritura pública de transferencia de dominio a favor de la sucesión de Víctor Saba Cassis, correspondiendo por ello representarlo en dicho acto a su suce-

sión constituida por su cónyuge sobreviviente Ricardo Abugattás Saba y sus hijos Nader Cristian Jaime y Nicolás Ricardo Abugattás Saba.

Se señala también, como observación del Registrador que en la compra-venta del departamento sub-materia intervienen en calidad de propietario Nader Cristian Jaime y Nicolás Ricardo Abugattás Saba como herederos de Carmen Patricia Saba Cassis no obstante no tener su derecho inscrito.

Además el cónyuge sobreviviente de Carmen Patricia Saba Cassis, Ricardo Jorge Abugattás Aboid, y heredero declarado de ésta no ha intervenido en el contrato de compra-venta del departamento 406.

El defecto está en el acto jurídico primigenio mediante el cual se transfiere el dominio a favor de Víctor Ricardo Saba Cassis el cual debe ser aclarado en la misma forma como surgió de acuerdo al principio según el cual los actos se modifican o extinguen de la misma forma como nacen.

El Registrador Público deniega la solicitud de inscripción y la 1° Sala del Tribunal Registral la confirmó, de acuerdo con lo establecido con el primer párrafo del artículo 2011 del Código Civil, artículo IV del Título Preliminar del mismo cuerpo legal y artículos 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos y dispuso que a fin de regularizar el tracto sucesivo y posibilitar la inscripción de la escritura pública de compraventa del departamento debe:

- a. Inscribirse la sucesión de Ricardo Jorge Abugattás Aboid (fallecido intestado el 24 de junio de 1998) en el Registro de Propiedad Inmueble y
- b. Obtenerse la ratificación de la compra-venta de parte de sus herederos Cecilia Jeannette Harcha Cassis, Stephany Carolina Abugattás Harcha y Nicole Francesca Abugattás Harcha en la forma prescrita por el artículo 48 de la Ley del Notariado, por existir un régimen de copropiedad, las decisiones para disponer del bien común deben ser adaptadas por unanimidad (artículo 971 inciso 1° del Código Civil).

### **Comentario:**

El principio de tracto sucesivo no fue cumplido en debida forma. El artículo 2015 del Código Civil establece:

Ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane.

El departamento vendido por escritura pública de 8 de junio de 1998 a los esposos Gutiérrez Ynope no pudo ser inscrito en el Registro de la Propiedad

Inmueble de Lima, porque para posibilitarlo era menester inscribir previamente la sucesión de Ricardo Abugattás Aboid en el Registro de la Propiedad Inmueble y asimismo, obtenerse la ratificación de la compra-venta de parte de sus heredero en la forma prescrita por el artículo 48 de la Ley del Notariado que a la letra dice:

El instrumento público protocolar suscrito por los otorgantes y autorizado por un Notario no podrá ser objeto de aclaración, adición o modificación en el mismo. Esta se haría mediante otro instrumento público protocolar y deberá sentarse constancia en el primero, de haberse extendido otro instrumento que lo aclara, adiciona o modifica.

En el caso que el instrumento que contiene la aclaración, adición o modificación se extienda ante distinto Notario, éste comunicará esta circunstancia al primero para los efectos del cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

Las resoluciones sobre declaratoria de herederos deben ser inscritas en el Registro de sucesiones intestadas.

Artículo 830 del Código Procesal Civil:

En los casos previstos en el artículo 815 del Código Civil, cualquier interesado puede solicitar el inicio del proceso sucesorio. Cuando se trate de interés de incapaces sin representante, puede solicitarlo el Ministerio Público.

Admitida a trámite la solicitud para el inicio de la declaratoria de herederos, corresponde al juez disponer entre otras obligaciones, la anotación de la solicitud en el Registro de Sucesión intestada y el Registro de Mandatos y Poderes (artículo 833, punto dos).

## RES. N° 393-2000-ORLC/TR\*

Lima, 14 de noviembre de 2000

**VISTA**, la apelación interpuesta por Miguel Angel Gutiérrez Blasica (Hoja de Trámite Documentario N° 28433 de fecha 17/07/2000) contra la observación formulada por la Registradora del Registro de propiedad Inmueble de Lima, Dra. Doris Adalinda Valverde Vara Cadillo, a la solicitud

---

\* Tomado de REGISTROS PÚBLICOS DE LIMA Y CALLAO, *Jurisprudencia Registral*. Vol. XI, t. I, julio a diciembre de 2000, Lima, 2001, p. 259.

de inscripción de Ampliación de Asiento y Rectificación por Error. El título se presentó el 01 de junio del 2000, bajo el N° 99172. *La Registradora denegó la solicitud de inscripción en los siguientes términos:* «A efecto de inscribir la compra-venta sobre la totalidad de derechos y acciones del inmueble, deberá intervenir dando su consentimiento el cónyuge *supérstite* de la causante doña Carmen Patricia Saba Cassis de Abugattás: DON RICARDO JORGE ABUGATTAS ABOID, por ser propietario de derechos y acciones sobre el inmueble, según consta de la Resolución de fecha 14/04/1980 y ficha N°14066 del Registro de Sucesión Intestada. Se extiende la presente de conformidad con los artículos 971 inc. 1, 2011° del Código Civil y artículos 151° y 152° del Reglamento General de los Registros Públicos», interviniendo como Vocal Ponente el Dr. Fredy Luis Silva Villajuan; y,

### CONSIDERANDO:

Que, mediante el presente título se solicita la ampliación de asiento vía rectificación por error e inscripción definitiva de la compra-venta a favor don Miguel Angel Gutierrez Blásica y su cónyuge doña Lida Vanessa Inope Quesada, respecto del Departamento N°406, ubicado en la Av. República de Chile N° 781, distrito Jesús María, en mérito a la escritura pública del 08 de Junio de 1998 otorgada ante el Notario de Lima Dr. Jaime Alejandro Murguía Cavero (título archivado N° 162751 del 23 de setiembre de 1998), anotada preventivamente en el asiento C 00001 de la partida registral N°409211171 continuación de la ficha N°136267 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima;

Que, verificado el asiento 2-C de la ficha N° 136267, se establece que el inmueble antes citado, corre inscrito a favor de la sucesión de don Víctor Saba Cassis, representada por doña Labibe Cassis Lolás Vda. de Saba, Jorge Antonio Saba Cassis, Nahim Saba Cassis y Alfonso Angel Saba Cassis, quienes adquieren el dominio en virtud de la adjudicación celebrada con su anterior propietaria la Inmobiliaria Santa Carmen S.A., según consta de la escritura pública del 17 de diciembre de 1991, extendida ante el Notario de Lima Alberto Florez Barrón; instrumento de donde se aprecia que la transferencia se efectúa a favor de la sucesión de don Víctor Saba Cassis en compensación por el importe de sus acciones en el capital de la sociedad antes nombrada, conforme a los acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria de Accionistas del 11 de agosto de 1981 y su complementaria celebrada el 04 de Agosto de 1982;

Que, según puede establecerse de la ficha N° 31770 del Registro de Sucesiones Intestadas del Registro de Personas Naturales Lima, por auto consentido del 27 de marzo de 1980, expedido por el Juez del Sexto Juzgado de Pri-

mera Instancia de Lima, Dr. Raúl Ñato Pino, al fallecimiento de don Víctor Ricardo Saba Cassis ocurrido el 05 de noviembre de 1979, fueron declarados herederos su cónyuge sobreviviente Labibe Cassis Lolás Vda. de Saba y sus hijos Carmen Patricia Susana, Jorge Antonio, Nahim Óscar y Alfonso Angel Saba Cassis, de lo cual puede concluirse que en el otorgamiento de la escritura pública citada en el considerando que antecede no compareció como adquirente del predio, doña Carmen Patricia Susana Saba Cassis, no obstante haber sido considerada integrante de la sucesión mencionada;

Que, doña Carmen Patricia Saba Cassis de Abugattás falleció el 10 de diciembre de 1979, según se aprecia de la ficha N° 14066 del Registro de Sucesiones Intestadas del Registro de Personas Naturales de Lima, así como del respectivo título archivado N° 2726 del 14 de mayo de 1980, habiéndose declarado herederos a su cónyuge sobreviviente Ricardo Jorge Abugattás Aboid y sus hijos Nader Cristian Jaime y Nicolás Ricardo Abugattás cual se colige que a la fecha de la escritura de transferencia de dominio a favor de la sucesión de don Víctor Ricardo Saba Cassis (17.12.91), su heredera doña Carmen Patricia Saba Cassis había fallecido, correspondiéndole por ello a su sucesión representarla en el precitado acto;

Que, la exigencia de la intervención de todos los integrantes de la sucesión de don Víctor Ricardo Saba Cassis y, en su caso, de la sucesión de doña Carmen Patricia Saba Cassis, (al haber fallecido también ésta) en la formalización de la adjudicación a consecuencia de la compensación por el importe de sus acciones en el capital social queda plenamente sustentada pues según lo dispuesto por el artículo 657 del Código Civil de 1936 (norma vigente en la fecha en que se produjeron las sucesiones), es desde la fecha del fallecimiento de una persona en que se transmiten los bienes a sus herederos, más aun, a decir de Jorge Eugenio Castañeda, comentando el artículo antes citado (*Derecho de Sucesiones*. Lima: Editorial Imprenta Amauta S.A., p. 10) «con la muerte del *de cuius* el patrimonio se transmite a los herederos, sin necesidad de que ninguna formalidad judicial»; por lo cual, siendo la sucesión propietaria de las acciones precitadas, la transferencia de propiedad en compensación por el importe de las mismas, debería efectuarse a su favor, conforme además lo acordó la Junta Extraordinaria de Socios;

Que, en el presente caso nos encontramos ante un evidente defecto en el título que dio mérito a la inscripción del asiento 2-C de la ficha N° 162751, lo cual ocasiona la inexactitud registral y con ello, la incompatibilidad con sus antecedentes del título anotado preventivamente en el asiento C00001 de la Partida N° 40921117, pues en la compra-venta del departamento sub-materia, intervienen también en calidad de propietarios Nader Cristian Jaime y Nicolás

Ricardo Abugattás Saba, herederos de doña Carmen Patricia Saba Cassis, no obstante no tener derecho inscrito;

Que, a fin de que exista concordancia entre el título apelado y los derechos de propiedad inscritos, conforme al principio de tracto sucesivo contenido en el artículo 2015 del Código Civil, previamente debe inscribirse los derechos de propiedad de doña Carmen Patricia Saba Cassis, para lo cual resulta insuficiente la Resolución Judicial de Declaratoria de Herederos de su padre, don Víctor Ricardo Saba Cassis, pues como se ha advertido en el presente caso el defecto está en el acto jurídico primigenio mediante el cual se transfiere el dominio a su favor, el cual debe ser aclarado en la misma forma como surgió acorde con el principio de derecho según el cual los actos se modifican o extinguen de la misma forma como nacen, principio además recogido en los artículos 140 y 1351 del Código Civil y artículo 48 de la Ley del Notariado N° 26002; salvo que judicialmente se declare la titularidad antes indicada;

Que, sin embargo, la inscripción de la titularidad de doña Carmen Patricia Saba Cassis no conllevaría la adecuación total del título apelado, pues habiéndose declarado también heredero a su entonces cónyuge don Ricardo Jorge Abugattás Aboid, éste no interviene en el contrato de compraventa mediante el cual se transfiere el departamento 406, según se aprecia de la escritura pública del 08 de junio de 1998, que corre en el título archivado referido en el primer considerando de la presente Resolución;

Que, de otro lado, se verifica en la partida electrónica N° 11035258 del Registro de Sucesiones Intestadas del Registro de Personas Naturales de Lima, que don Ricardo Jorge Abugattás Aboid falleció el 24 de Junio de 1998, habiéndose declarado herederos a: Cecilia Jeannette Harcha Cassis, Nader Cristian Jaime Abugattás Saba, Nicolás Ricardo Abugattás Saba, Stephany Carolina Abugattás Harcha y Nicole Francesca Abugattás Harcha, según Acta extendida ante la Notaria de Lima, Dra. Sofía Ode Pereyra el 07 de setiembre de 1999;

Que, consecuentemente, a fin de regularizar el tracto sucesivo y posibilitar la inscripción del título materia de grado, también debe inscribirse la sucesión de Ricardo Jorge Abugattás Aboid en el Registro de Propiedad Inmueble, y obtenerse la ratificación de la compraventa de parte de sus herederos Cecilia Jeannette Harcha Cassis, Stephany Carolina Abugattás Harcha y Nicole Francesca Abugattás Harcha en la forma prescrita por el artículo 48 de la Ley del Notariado, pues al existir en el presente caso un régimen de copropiedad, conforme al inciso 1 del artículo 971 del Código Civil «Las decisiones para disponer del bien común deben ser adoptadas por unanimidad».

Que, en consecuencia, no es procedente amparar la presente solicitud de inscripción de conformidad con el primer párrafo artículo 2011 del Código Civil, el Numeral IV del Título Preliminar y los artículos 1502 y 1512 del Reglamento General de los Registros Públicos; y,  
Estando a lo acordado;

### **SE RESUELVE:**

**CONFIRMAR**, la observación formulada por la Registradora del Registro de Propiedad Inmueble de Lima al título referido en la parte expositiva, ampliándola de conformidad con lo expresado en la presente Resolución.

### **REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE; (FDO.)**

**DRA. MARTHA SILVA DIAZ, PRESIDENTA DE LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL REGISTRAL.- DR. FREDY LUIS SILVA VILLAJUAN, VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL.- DR. PEDRO ÁLAMO HIDALGO, VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL.**

### **COMENTARIO:**

**¿Es transmisible por sucesión *mortis-causa* la posesión de hecho?**

La posesión no es susceptible de transmisión sucesoria, porque constituye un ejercicio que debe ser probado por la tenencia u ocupación por parte del heredero. En consecuencia, no es suficiente que el causante haya poseído un bien, es menester que la transmisión se dé por tradición, porque por su naturaleza jurídica constituye un ejercicio de hecho que necesariamente debe ser probado (Cfr. Casación N° 1553-98 – Huánuco; y Arts. 900 y 901 del Código Civil vigente).

Artículo 900.- La posesión se adquiere por la tradición, salvo los casos de adquisición originaria que establece la ley.

Artículo 901.- La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece.

**CAPÍTULO IV**

**PETICIÓN DE HERENCIA**



## 1. ASPECTOS GENERALES DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

La transmisión de la masa hereditaria a favor de los sucesores opera *ipso jure* en el mismo instante de ocurrida la muerte biológica del causante o, en su caso, de la fecha probable contenida en la resolución judicial que declara la muerte presunta, artículos 660, 60 *in fine*, 64 y 65 del Código Civil.

No siempre dicha transmisión *ipso jure* concuerda en el tiempo, con la posesión real y efectiva de los bienes y derechos que corresponde a los causahabientes. No hay siempre coincidencia entre la situación de derecho y de hecho, y eso se debe a variadas circunstancias, bien porque los bienes se encuentran en poder exclusivo de otro coheredero o de un tercero, que se niegan a compartirlos o a devolverlos, por lo cual se hace necesario el empleo de medios de defensa que la ley franquea y que son de naturaleza procesal. Esos medios legales se denominan acciones sucesorias.

Héctor Goyena define a la petición de herencia como

[...] La reclamación que intenta quien, invocando su calidad de heredero del causante, *pide su reconocimiento judicial como tal, con igual o mejor derecho* que quien ha entrado en posesión de la herencia, y para concurrir o excluir al mismo en ella, así como la entrega de los bienes como consecuencia de dicho reconocimiento<sup>1</sup>.

Mediante esta acción, el heredero verdadero puede acreditar esta calidad y justificar así que el conjunto de bienes que conforman su derecho hereditario le pertenece cuando es puesta en duda dicha calidad.

<sup>1</sup> GOYENA COPELLO, Héctor. *Tratado de Derecho de Sucesión*. Buenos Aires: La Ley, 1975, pp. 261-263.

*Es una acción originaria* porque no se la trasmite el causante sino que le es conferida directamente por la ley. Tiene perfiles propios.

En el Derecho Romano fue una acción protectora del dominio de los bienes hereditarios (*hereditas petitio*) equivalente a la acción reivindicatoria. Fue considerada una acción real fundada en el derecho que el heredero tiene a la herencia. El demandado debía estar en posesión de ella (posesión *pro herede*) por considerarse heredero, no así al actor.

En la evolución del Derecho Romano afirman P. Jors y V. Kunkel, citados por los Domínguez<sup>2</sup>, «la acción puede dirigirse contra cualquier poseedor de la herencia sin título y que no tiene otro medio de defensa que negar al demandante su calidad de heredero, aunque sin pretenderla para sí. El objeto de la acción es la herencia entera y en todo cuanto el demandado posea de la herencia en el más amplio sentido. Con ella se pretende la restitución de los bienes y valores hereditarios, o si ello no es posible la reparación del perjuicio causado. Por eso es una acción real y universal. Implica fundamentalmente:

- a. Reconocimiento del demandante como heredero, fundamentalmente y,
- b. Restitución de los bienes hereditarios detentados por el demandado.

La acción petitoria es la reivindicación del derecho hereditario.

Puede eventualmente tener por objeto la restitución de bienes específicos que eran del causante, y que ahora son del heredero demandante pero se le desconoce esa calidad. No pierde por eso su carácter universal. En el Derecho Romano, según Ulpiano, se permitía respecto de casos singulares. Biondi afirma que el objeto de la acción petitoria de herencia es el reconocimiento de la calidad de heredero que invoca el demandante y que los bienes deben restablecerse de acuerdo al título.

*Lo que califica a la acción petitoria es que la demanda se funda en el título de heredero.* La calidad de heredero es entonces presupuesto para el amparo de la demanda, empero, no constituye requisito de procedibilidad.

Es una acción por la cual el heredero se funda en este título para reclamar los bienes hereditarios que le corresponde contra quien los posee en todo o parte a título sucesorio para excluirlo o para concurrir con él según que aquél tenga mejor derecho o igual derecho hereditario.

Es necesario por tanto:

---

<sup>2</sup> DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Op. cit.* 1998, t. III, p.1178.

1. Que los bienes hereditarios se encuentren poseídos por otro que invoca también derecho sucesorio como fundamento de su oposición.
2. Que el accionante invoque también el título de heredero, como fundamento de su acción. Si el demandado adujera un derecho diferente al de sucesor sobre los bienes que posee, no sería procedente entonces la acción petitoria de herencia sino la acción reivindicatoria.

La acción petitoria de herencia es el ejercicio del derecho hereditario y satisface la necesidad jurídica que tiene el heredero verdadero de probar su calidad para que le entreguen los bienes hereditarios que le pertenecen, los cuales están indebidamente en poder de otro, sin tener el mismo derecho como heredero.

### **El fin principal de la acción es probar el reconocimiento de la calidad de heredero**

El objetivo común de estas dos clases de acciones que hemos señalado es que el actor pretende se le reconozca su título de heredero y, por consecuencia, se le reconozca el derecho de propiedad sobre todos o parte de los bienes de la herencia; *pero, particularmente, en la petición de herencia el actor no está obligado a probar el dominio que el causante tenía sobre dichos bienes, salvo cuando dentro del juicio se cuestione; se limita a demostrar su título hereditario.* Basta con eso, porque el derecho que el detentador pretende sobre estos bienes se funda también en su calidad de sucesor. Claro está que en el hipotético caso de discutirse la propiedad de algunos de los bienes que erróneamente estuviesen incluidos en la herencia, procederá entonces la prueba respectiva.

En conclusión: mientras que en la acción reivindicatoria la prueba del derecho sobre los bienes es indispensable, en la petición de herencia no lo es, ya que lo único que debe probarse en principio es el título de heredero.

## **2. NATURALEZA JURÍDICA**

¿Es una acción real, o personal o mixta? No hay unanimidad de criterio en la doctrina.

- a. Es una acción real, afirma la mayoría de autores como Fornieles, Segovia, Rébora, Jossierand, Borda, Planiol, Pipert y Messineo.

Se funda en el hecho decisivo de que no se origina en un vínculo obligatorio respecto de persona determinada, sino que se da indistintamente contra cualquier poseedor de los bienes hereditarios. No interesa quien los detente, salvo para poder ser demandado por tal hecho.

Lo que se trata de proteger es el título hereditario del accionante que es de valor absoluto y oponible contra todos.

- b. Es una acción personal afirman minoritariamente otros, como Grimaldi y Simo Saloja, porque lo que se pretende con esta acción es el reconocimiento del carácter de heredero, y que la entrega de los bienes hereditarios es una consecuencia ulterior y accesoria de esta declaración.

La entrega de los bienes es, según esta posición, una consecuencia lógica. Esta argumentación si bien resulta aceptable no lo es totalmente. En esta acción hay que preguntarse cuál es su finalidad para encontrar la respuesta correcta.

Lo que se persigue realmente son los bienes hereditarios y se dirige contra cualquier sucesor que los detente. Por eso se le denomina «Petición de herencia». El reconocimiento del título del heredero es el medio. La entrega de los bienes, el objetivo.

- c. Es una acción mixta según Prayones, para quien reúne dos calidades. Es personal, en cuanto tiene por objeto la declaración del carácter hereditario del accionante; y real, porque se persigue con ella, la restitución de los bienes hereditarios.

No es lo propio, sólo puede aceptarse esta posición si «eventualmente» el demandante interpone acumulativamente dos acciones: una, la de declaración de herederos, si habiéndose pronunciado la declaración judicial de herederos, considera que con ello ha sido preterido su derecho; la otra, la petición de herencia para obtener su restitución.

Consideramos que la acción petitoria de herencia es de naturaleza real y universal por la naturaleza del título del demandante.

Es también imprescriptible. No procede la prescripción extintiva de la acción ni la prescripción adquisitiva del derecho, porque se trata de una acción que interpone un heredero contra otro sucesor y no es admisible entre copropietarios ni los sucesores de éstos, artículos 664 y 985 del Código Civil. La acción petitoria no se extingue por el transcurso del tiempo. En otras legislaciones por excepción, como la de Chile artículo 1269 del Código Civil, «la acción es prescriptible. El derecho de petición de herencia expira a 15 años...».

Consideramos que es imprescriptible porque el efecto de la acción petitoria es el reconocimiento de un título de heredero que no se extingue por el transcurso del tiempo. Lo que caduca con el tiempo es el derecho para renunciar a una herencia. El artículo 1269 del Código Civil de Chile señala:

El derecho de petición de herencia expira en quince años. Pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del artículo 704, podrá oponer a esta acción la prescripción de 5 años contados como para la adquisición del dominio.

La segunda parte del artículo 533, 2º párrafo del Código Civil de Italia coincide con este criterio cuando expresa que:

[...] la acción es imprescriptible, salvo los efectos de la usucapión respecto a los bienes singulares.

Según Messineo, «La razón de la imprescriptibilidad de la petición de herencia debe buscarse en el hecho de que del llamamiento no puede seguir sino una sola adquisición de la cualidad de heredero; la adquisición en favor del heredero efectivo; por tanto, no existen límites del tiempo dentro de los cuales el heredero verdadero deba hacer valer —bajo pena de pérdida del respectivo derecho— la propia cualidad»<sup>3</sup>.

La acción reivindicatoria de bienes hereditarios es también una acción real que corresponde al causante y que con la herencia es transmitida al heredero quien reclama el derecho de dominio sobre las cosas reivindicables en su calidad de sucesor del primitivo propietario, el causante. El demandante reclama su derecho como heredero del difunto. En cambio, el demandado opone a la acción un título particular diferente al de sucesor del causante.

El bien reivindicado puede haber llegado al demandado por contrato suscrito con el causante, o con el heredero aparente, o con un tercero que se lo vendió o simplemente por posesión precaria.

Cuando son varios los herederos, cualquiera de ellos puede ejercitar la acción reivindicatoria, según el artículo 979 del Código Civil Peruano. Cada comunero puede reivindicar el bien común. La misma posición asume el artículo 3450 del Código Civil Argentino:

Cada heredero, en el estado de indivisión, puede reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la herencia, y ejercer hasta la concurrencia de su parte, todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición.

---

3 *Ibidem*, t. III, p. 1186.

¿Cuál es su fundamento? Vélez Sarsfield, al comentar este precepto legal, afirma que:

[...] no pueden oponerse al derecho de reivindicar las cosas hereditarias por uno solo de los herederos, el que la acción de reivindicación tiende principalmente a la entrega de la cosa reivindicada, y que una parte ideal como la del heredero no puede ser entregada, pues aunque esa parte ideal fuese el objeto principal de la acción de reivindicación, *basta para ser admitida la acción del heredero, que tenga por fin el que se le reconozca su derecho indiviso de copropiedad contra el tercer detentador.*

Hay, sin embargo, otra corriente doctrinaria sustentada por Somarriva y Domínguez, quienes señalan que los comuneros por el solo hecho de serlo, carecen de la representación de los otros para entablar la acción de dominio del total del bien común, sino sólo de su respectiva cuota. Deben obrar todos los herederos porque la acción es común y no de uno de los coherederos. Es el derecho de propiedad el que se encuentra en juego, el cual pertenece a todos los sucesores. El artículo 893 del Código Civil de Chile sigue este criterio porque para el ejercicio de esta acción exige ser titular del derecho de dominio.

Nosotros en cambio, según el artículo 979 del Código Civil se permite que cualquier coheredero pueda interponer la demanda, pero no obsta para que el juez de la causa, si advierte que existe también legítimo interés por parte de los otros coherederos por ser comuneros del mismo bien que se pretende reivindicar, deba citarlos de conformidad con el artículo 95 del Código Procesal Civil por el indudable legítimo interés de éstos, porque si bien la sentencia sólo puede afectar a las partes intervinientes en el proceso, es indudable que tratándose de un mismo bien y uno de los herederos comuneros que no fue citado con la demanda podría resultar afectado al poderse deducir eventualmente por el demandante que hubiese ganado el juicio, la excepción de cosa juzgada en caso de futuros juicios sobre la misma materia que promuevan estos comuneros que no intervinieron en el primer juicio. Expresa el artículo 979: «Cualquier copropietario puede reivindicar el bien común. Asimismo, puede promover las acciones posesorias, los interdictos, las acciones de desahucio, aviso de despedida, y las que determine la ley».

### 3. LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil de 1984 bajo el epígrafe «Petición de herencia» legisla esta materia en el Título II, Sección Primera, Libro Cuarto. La sistematización del

ordenamiento jurídico replantea la tesis de la dualidad de acciones sucesorias, a diferencia de la corriente seguida por el legislador del Código Civil de 1936, que acogió la teoría única de Pothier al señalar la existencia de una sola acción sucesoria: la reivindicación de herencia. Es necesario afirmar el criterio dualista como lo hace el legislador al plasmarlo en las normas contenidas en los artículos 664 y 665 del Código Civil, pues no obstante tener ambas la misma naturaleza jurídica —acciones reales— y el mismo procedimiento civil ordinario, la diferencia proviene de la calidad del demandado, que posee en un caso a título de sucesor y, en otro, a título de adquirente particular, como apunta Planiol.

Artículo 664.- El derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él.

A la pretensión a que se refiere el párrafo anterior, puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos. Las pretensiones a que se refiere este artículo son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento.

Este es el texto casi total, como finalmente fue aprobado por la Comisión Revisora. Su fuente inmediata está en el artículo 5° del Anteproyecto de Reforma, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 5.- La acción de petición de herencia corresponde al heredero que no hubiese estado en posesión de los bienes que le pertenecen, contra quien los posea, en todo o en parte a título de heredero, para excluirlo o para concurrir con él. También procede contra quienes los posee sin título alguno y contra el que los haya adquirido a título gratuito de uno u otro. La acción es imprescriptible cuando se ejerce entre coherederos.

Como se observa, el texto final se aparta del anterior, al limitar su procedencia cuando existe una calidad común en las personas del demandante y demandado; puesto que, ambos son sucesores. De esta manera, la Comisión Revisora acogió la tesis de Planiol<sup>5</sup>, para quien la petición de herencia «es la acción real de que goza un heredero y en virtud de la cual puede exigir la entrega de los bienes de la sucesión que detente en todo o en parte otra persona que pretende tener derecho a ellos en calidad de heredero».

---

5 PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. T. III. París: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1927, 10ª edición, p. 489.

Sus antecedentes próximos se encuentran en los Códigos Civiles de Italia, artículos 533 y 534, y Argentina, artículo 3422.

El artículo 664 del Código Civil absuelve cuatro interrogantes: Quién, cuándo, contra quién y para qué se interpone la acción petitoria de herencia, al disponer que corresponde ejercitarle al heredero cuando no posee los bienes hereditarios que considera le pertenecen y la dirige contra el sucesor aparente o real que los posee en todo o en parte, para excluirlo o para concurrir con él por tener mejor o igual derecho, según el caso, con el heredero demandado.

La calidad de heredero por parte del demandante no constituye, sin embargo, requisito de procedibilidad de la demanda, sino más bien, prueba del derecho que sustenta la acción para reclamar la herencia que le pertenece porque la sucesión hereditaria constituye uno de los medios de adquisición de derechos reales, pero no a título particular como serían los casos de la compra-venta y donación, sino a título universal. Por eso, a esta sección se le denomina «Petición de herencia» y no de «bienes hereditarios». No interesa el número de objetos reclamados, se puede tratar de la totalidad o de una alícuota parte de la herencia.

La mayoría de legislaciones consagran la imprescriptibilidad de esta acción, es decir, que no se extingue por efecto del tiempo. Dos son las razones que la justifican, como antes hemos expuesto. La primera, porque se dirige contra aquellos poseedores *pro herede*, es decir, contra coherederos de bienes indivisos y por eso no puede ninguno de ellos adquirirlos por prescripción con exclusión de los demás como lo establece el artículo 985 del Código Civil<sup>6</sup>. Lo anterior, no significa, sin embargo, que cuando el demandado sea un heredero aparente no pueda oponer a la acción petitoria interpuesta su derecho de propiedad sobre un bien determinado, si lo adquirió por prescripción al amparo del artículo 927 de ese cuerpo legal<sup>7</sup>. Es un caso de prescripción adquisitiva de dominio. Tal situación, entonces, en modo alguno amengua el rigor derivado de la imprescriptibilidad de la acción, porque lo que se pierde son derechos singulares sobre bienes determinados, pero no el derecho a la herencia que constituye una universalidad.

---

6 Expresa el Art. 985 del Código Civil. La acción de partición es imprescriptible y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes.

7 El Art. 927 del mismo cuerpo legal señala: La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción.

La otra razón está en que sólo se accede a la calidad de heredero por dos únicas fuentes según nuestro ordenamiento jurídico: por voluntad del causante, manifestada por testamento y, por la ley mediante el procedimiento declarativo de herederos. La calidad de heredero no se adquiere ni se pierde por prescripción. Lo establecido en el artículo 673 es un caso de caducidad del derecho de delación. En consecuencia, la acción del heredero para hacer valer su derecho hereditario no se extingue por efecto del tiempo porque es imprescriptible.

La acción petitoria exige que el actor pruebe dentro del proceso su derecho de suceder y que la herencia, o parte de la misma, que le corresponde, se encuentre indebidamente, en todo o en parte, en poder de otro heredero o legatario a fin de poder compartirlo o de excluirlo, según el caso.

Será para compartir la herencia o parte de la misma cuando el demandado sea sucesor del actor con el mismo derecho, en cuyo caso, este derecho de copropiedad será regulado por las normas propias, artículos 969 a 982 y 985 del Código Civil; en cambio la finalidad será para excluir al causahabiente cuando éste tenga un derecho ulterior o cuando realmente su título sea aparente.

El texto original del artículo 664 ha sido parcialmente modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del D. Legislativo 768 (Código Procesal Civil de 1992) aprobado por Res. Ministerial 010-93-JUS de 08-01-93. Consideramos, que no era necesario porque conforme con el Código Procesal Civil, artículos 83 y 85, en un proceso civil cabe la acumulación de varias pretensiones o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda, una acumulación subjetiva. Su procedencia depende de la concurrencia de tres requisitos:

1. Sean de competencia del mismo juez;
2. No sean incompatibles entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa;
3. Sean tramitables en una misma vía procedimental.

Se exceptúan de estos requisitos los casos expresamente establecidos en este Código. Por eso, la referencia que hace el artículo 664 del Código Civil respecto a la posibilidad de la acumulación de la declaratoria de herederos, si el accionante ha sido preterido en sus derechos hereditarios a la petición de herencia, resulta innecesaria.

La última parte señala la imprescriptibilidad de la acción petitoria, o sea que puede hacerse valer en cualquier tiempo porque no se extingue, ni el derecho sobre la herencia puede perderse si se considera que el demandado en esta acción petitoria es otro que tiene el mismo título y por tanto igual derecho a

compartirla, resultando que entre ellos hay una situación de copropiedad, artículo 985 del Código Civil.

Se tramita de acuerdo con las reglas del proceso de conocimiento, siendo por tanto de aplicación los artículos 424, 425, 426, 427, 428 y 429 a 472 y específicamente los artículos 475 a 479 del Código Procesal Civil.

Según Dernburg, la acción petitoria es la acción reivindicatoria de la herencia por parte del heredero.

En síntesis, la acción petitoria sólo se puede ejercitar por el heredero contra el que posee proherede y no contra el *pro possessore*. Difiere de la acción reivindicatoria genérica u ordinaria porque el fin de ésta es la restitución de bienes determinados, mientras que aquella persigue la reivindicación de la herencia y se limita a la controversia sobre la calidad de heredero o su mejor derecho como tal.

La acción petitoria, como señala el profesor Valverde, tiene carácter universal y deriva de una necesidad, y se da cuando el heredero verdadero no puede identificar todos los bienes que integran la herencia. Él solo sabe que es heredero y que por tanto tiene derecho a la posesión efectiva de los bienes que conforman la herencia sin poder especificar sus elementos. Se trata de una acción declaratoria que persigue que por sentencia se reconozca la calidad de heredero siendo la restitución de la herencia su consecuencia.

#### 4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

La acción reivindicatoria está vinculada al derecho de propiedad, que es el derecho real por excelencia y comprende todos los derechos posibles sobre un bien, como señala el profesor Eleodoro Romero Romaña en su obra sobre Derechos reales<sup>8</sup>. Al respecto el artículo 850 del Código Civil de 1936, señalaba entre sus atributos el derecho de reivindicación. Y el artículo 923 del Código Civil del vigente lo repite al expresar que «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien [...]».

Empero en la doctrina, las acciones reales que nacen del derecho de propiedad, además de la reivindicatoria, son la acción confesoria y la acción negatoria.

---

<sup>8</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil: los derechos reales*. Lima: P.T.C.M., 1947, p. 87.

Lafaille considera que en la acción reivindicatoria se cuestiona la existencia de un derecho real que reclama al demandante.

Cuando la controversia se refiere a la plenitud del derecho que ha sido restringido en su verdadero alcance, procede la acción confesoria.

La negatoria, añadirá, debe emplearse cuando se impide de alguna forma la libertad de esos mismos derechos, como por ejemplo, atribuirse alguien una servidumbre.

Nosotros consideramos que la acción reivindicatoria es de naturaleza 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 sus frutos y la indemnización por los daños y perjuicios siempre que sean probados.

Hay, ciertamente, otras acciones con igual objeto, pero son de otro carácter por basarse en obligaciones existentes: éstas son las acciones personales mientras que la reivindicación es una acción real por constituir el mismo derecho de propiedad puesto en acción; es decir, es el mismo derecho ejercitado ante los tribunales.

Reivindicar equivale, a restituirse en la posesión de una cosa que nos pertenece, a fin de ejercer en ella la plenitud de facultades que nos corresponde por motivo de esa relación jurídica con la naturaleza que se llama dominio.

No es como la acción reivindicatoria un derecho distinto de los demás dominiales, sino un derecho inherente a la propiedad misma que garantiza la forma de su defensa; es una acción mediante cuyo ejercicio se restablece el orden jurídico quebrantado. Es como dice Clemente de Diego, el complemento de todos los demás que componen el dominio «Tiene el carácter de remedio procesal para el caso de perturbación o desconocimiento de nuestro derecho de dominio».

Para Fornieles:

[...] el dominio de un bien en particular es el fundamento de toda acción reivindicatoria y se discuten en ella los varios motivos que pueden dar ocasión a que el derecho de una de las partes deba prevalecer sobre el de la otra: nulidad de una venta, vicio de consentimiento, incapacidad de las partes, etc. Todas las veces que el propietario se ve desposeído de lo que le pertenece, ya sea por un intruso, o por quien invoca títulos inferiores al suyo, se nos ofrece un caso de reivindicación<sup>9</sup>.

---

9 FORNIELES, Salvador. *Tratado de las Sucesiones*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina S.A. 1958, T. 1, pp. 241-242.

## 5. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA EN EL CÓDIGO CIVIL

Artículo 665.- La acción reivindicatoria procede contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos.

Si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente 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 precautoria que afecte los derechos inscritos. En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título.

Se refiere como podemos comprobar al concepto y a la validez de los derechos del adquirente.

Su antecedente más próximo se encuentra en el artículo 6° del Anteproyecto de Reforma y el más lejano en el artículo 534 del Código Civil Italiano, artículo 2076 del Código Civil de Portugal y artículo 1600 Código Civil de Brasil.

La acción reivindicatoria de bienes hereditarios estuvo regulada anteriormente en los artículos 662 y 664 del Código Civil de 1936.

Esta acción o *actio in rem* es definida por Jörs Kunkel como «la acción concedida al propietario que no poseía la cosa, contra el poseedor no propietario, para obtener la declaración judicial de su derecho y la restitución de la cosa o el pago de su equivalente».

De lo expuesto, tenemos que son tres los requisitos necesarios para el amparo de la acción<sup>10</sup>:

- a. Que el demandante como heredero acredite ser propietario del bien a reivindicar y que al tiempo de su ejercicio no lo posea.
- b. Que el referido bien hereditario se encuentre poseído injustamente por el demandado (que es un tercero).
- c. La singularidad del bien a reivindicar.

<sup>10</sup> La acción reivindicatoria de bienes hereditarios procede: a) contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efectos de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ello; y b) contra quien posee los bienes hereditarios a título gratuito o sin título. Véase Ejecutoria Suprema del Expediente 46-98-Lima, Sala 3, 8 de junio de 1998. En GACETA JURÍDICA. *Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial.* 2002/2003. Lima, 2002.

El artículo 665 del Código Civil establece estos requisitos y, asimismo, los casos en que procede su ejercicio, al señalar que corresponde interponerla al heredero que no posee de modo efectivo los bienes que le pertenecen así como cuestionar la validez de los derechos del adquirente.

Procede el ejercicio de la acción reivindicatoria de bienes hereditarios contra:

1. El tercero adquirente de mala fe por efecto de contratos onerosos celebrados por el coheredero o heredero aparente o legatario aparente, o un tercero adquirente de un poseedor con título o de poseedor precario que entró en posesión de ellos. Queda obligado a la devolución del bien hereditario al heredero verdadero, a entregarle los frutos percibidos o que debió percibir y al pago de una indemnización por los daños y perjuicios.
2. Contra el adquirente a título gratuito de buena fe. Queda obligado a la restitución del bien.
3. Adquirente a título gratuito de mala fe: queda obligado a la restitución del bien, entrega de frutos y pago indemnizatorio.
4. Si se trata de un tercero adquirente de buena fe mediante contrato oneroso celebrado con el heredero aparente que entró en posesión de los bienes hereditarios, no procede la acción reivindicatoria por aplicación del artículo 2014 del Código Civil.

En este precepto, se presenta la figura del heredero aparente como la persona que investida con la calidad de heredero establece una relación jurídica con un tercero para realizar un acto traslativo de dominio respecto de bienes que posee de modo efectivo, pero sin la verdadera calidad de heredero, porque nunca la tuvo o porque la perdió o porque decayó frente al mejor derecho hereditario de otro. Así, se encuentran como posibles herederos aparentes:

1. Los indignos. Es el caso de quienes habiendo sido instituidos herederos realizan actos traslativos de dominio respecto de bienes hereditarios antes de la declaración judicial de indignidad que los inhabilita.
2. Los que son declarados herederos mediante falsificación de Partidas en el Registro Civil y aparecen como persona con derecho hereditario.
3. Los declarados herederos por preterición de otros con mejor derecho.
4. Los herederos declarados por error.

Como antes dejamos señalado, los actos de disposición realizados por todos ellos, independientemente de su buena o mala fe, son válidos si el desti-

natario hubiera actuado a título oneroso y de buena fe, y siempre que los herederos aparentes hubieren estado premunidos del título respectivo proveniente del testamento o de la resolución judicial declarativa y en posesión de los bienes enajenados, por aplicación del artículo 2014 del Código Civil.

Es importante destacar que, llegado el caso de interponerse demanda sobre reivindicación de bienes hereditarios, ésta debe entenderse no sólo contra el adquirente de mala fe a título oneroso o contra el adquirente a título gratuito, sino también, contra el transferente, por tener éste, legítimo interés económico derivado de esa relación jurídico-contractual. No debe olvidarse que la sentencia sólo puede surtir efectos contra quienes han sido parte en el procedimiento respectivo.

Obviamente, en el precitado numeral no se incluye al tercero adquirente de buena fe a título oneroso por aplicación del artículo 2014 del Código Civil. Así resulta salvaguardado el derecho del tercero que ignoraba la verdadera situación del heredero aparente<sup>11</sup>.

Y ¿qué sucede con el tercer adquirente de buena fe cuando el transferente no es un heredero aparente sino realmente un coheredero? La respuesta se encuentra en los siguientes artículos del Código Civil por su orden: 1539, 1540 y 1541:

Artículo 1539.- La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda.

artículo 1540.- En el caso del artículo 1539, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio.

Artículo 1541.- En los casos de rescisión a que se refieren los artículos 1539 y 1540, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido, y pagar la indemnización de daños y perjuicios sufridos.

Debe reembolsar igualmente los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el comprador y todas las mejoras introducidas por éste.

En tales supuestos, el tercero podrá demandar a su enajenante de modo alternativo, bien la rescisión del contrato o la reducción del precio. Si se opta por la rescisión y el enajenante actuó de mala fe sus consecuencias serán: la obligación de resarcir al heredero el valor del bien el precio por parte de éste así como el

---

11 En efecto, el Art. 2014 señala: El tercero que de buena fe adquiere 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. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

pago de una indemnización por los daños y perjuicios que resulten acreditados, y el reembolso de los gastos, intereses e impuestos del contrato pagados por el comprador, así como el valor de las mejoras introducidas por éste.

La buena fe, según el artículo 906 del Código Civil, consiste en que el poseedor crea en la legitimidad de su posesión por error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título, y subsistirá mientras persista la ignorancia de la ilegitimidad del acto posesorio.

Tratándose de bienes registrados, la presunción de buena fe del adquirente es condicionada por el segundo párrafo del precitado numeral 665, a los siguientes requisitos:

- a. Que antes de la celebración del contrato oneroso se encuentren inscritos en los correspondientes Registros Públicos tanto el título del heredero aparente —que es el vendedor— como el acto traslativo del dominio del bien a su favor.
- b. Que en la misma oportunidad no se encuentre anotada en los Registros Públicos demanda alguna ni medida precautoria que de alguna forma afecte los derechos inscritos.

## 6. CASO DEL POSEEDOR QUE ENAJENA LOS BIENES HEREDITARIOS

Artículo 666.- El poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario está obligado a restituir su precio al heredero y si se le adeudara, se transmitirá a este último el derecho de cobrarlo. En todos los casos, el poseedor de mala fe está obligado a resarcir al heredero el valor del bien y de sus frutos y a indemnizarle el perjuicio que le hubiera ocasionado.

Se refiere a la restitución y resarcimiento por enajenación de bienes hereditarios cuando resulta imposible la recuperación del bien.

La fuente inmediata de este artículo es el artículo 7 del Anteproyecto de la Comisión Reformadora y se inspira como apunta el profesor Lanatta, en el párrafo 2º del artículo 535 del Código Civil Italiano:

[...] El poseedor de buena fe, que ha enajenado también de buena fe una cosa de la herencia, está solamente obligado a restituir al heredero el precio o la compensación que haya recibido. Si el precio o la compensación que haya recibido se debe todavía, el heredero se sustituye en el derecho de conseguirlo.

El artículo 664 del Código Civil de 1936 excluía de la reivindicación de la herencia los frutos percibidos, sin tomar en cuenta lo dispuesto por los artículos 834 y 841 del mismo cuerpo legal, que sancionaba al poseedor de mala fe con la obligación de entregar los frutos percibidos y de no existir éstos, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o los debió percibir.

Esta dualidad de tratamiento generó en su momento diferencias de criterio entre los estudiosos, las cuales han desaparecido gracias al artículo 666 del Código Civil vigente, que ha puesto término a la controversia con toda justicia.

Dicho numeral se refiere a los efectos de las acciones sucesorias cuando no es posible la recuperación de los bienes. Si el transmitente a título oneroso fue un poseedor de buena fe, sólo estará obligado a restituir el precio al heredero sin perjuicio de la acción subrogatoria u oblicua que la ley concede a éste para cobrar a aquél el precio o su saldo insoluto. Pero si el transmitente actuó de mala fe y no se puede recuperar el bien, entonces su situación es diferente porque tendrá que resarcir el valor del bien al tiempo en que sea declarada la obligación de pago, además de la entrega de los frutos y, eventualmente, el pago indemnizatorio por los perjuicios ocasionados si llegan a probarse. La mala fe del adquirente hace que proceda la recuperación del bien y en tal caso, no se podría hablar del pago del valor del bien de que hace mención el artículo 666 del Código Civil, sino de la obligación de restitución.

Cuando de acuerdo al artículo 666 del Código Civil se presentase el caso del enajenante de mala fe, ¿podría salir favorecido éste si resulta mayor el precio de venta al valor que tenga que resarcir? No creemos que pueda ser favorecido, porque esa diferencia resultante constituirá entonces el extremo vinculado con la indemnización que deberá abonar el enajenante, conforme al artículo 666 del Código Civil.

El artículo 666 del Código Civil señala los efectos, los cuales varían según que el heredero demandado haya poseído los bienes hereditarios con buena fe o con mala fe. Empero, no prevé el caso del proseedor de buena fe que enajena a título gratuito un bien hereditario. En tal situación, de conformidad con el artículo 665 consideramos que procederá la restitución del bien. Y si el poseedor hizo la enajenación gratuita de mala fe corresponderá el resarcimiento del valor del bien su restitución, el pago de los frutos y una indemnización.

Para determinar lo que es la buena o mala fe es menester recurrir al criterio del Código Civil, ante el silencio en este tema, lo cual es lógico porque de lo contrario sería redundante.

Es importante destacar en cuanto a la buena fe, la precisión que la segunda parte del 665 de dicho Código hace al ocuparse de la acción reivindicatoria de bienes hereditarios al expresar que:

[...] Si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente 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 precautoria que afecte los derechos inscritos...

Este es solo uno de los casos de presunción *juris tantum* de posesión con buena fe.

Para tomar cabal concepto de su significado debemos remitirnos a los artículos 906 al 910 del Código Civil, que desarrollan el tema de la posesión de buena y mala fe así como sus efectos.

Artículo 906.- La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título.

Artículo 907.- La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada.

Artículo 908.- El poseedor de buena fe hace suyos los frutos.

Por el contrario, el poseedor de mala fe es el que carece de las exigencias establecidas en el artículo 906.

Artículo 909.- El poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aún por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que éste también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular.

Artículo 910.- El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir.

En consecuencia, si se tratase del caso que prevé la segunda parte del artículo 665, corresponderá al demandante, en la acción petitoria, desvirtuar la posesión de buena fe por parte del heredero demandado porque esta presunción de que se trata es *Juris Tantum*.

El artículo 3428 del Código Civil Argentino tienen reglas similares a la nuestra:

El poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene. Los parientes más lejanos que toman posesión de la herencia por la inacción de un pariente más próximo, no son de mala fe, por tener

conocimiento de que la sucesión está deferida a este último. Pero son de mala fe, cuando conociendo la existencia del pariente más próximo, saben que no se ha presentado a recoger la sucesión porque ignoraba que le fuese deferida.

Este criterio proviene de *Las Partidas*. Lo sustentan autores como Pothier y Aubry y Rau, según la nota al precepto legal transcrito.

En cuanto a los efectos de la acción petitoria, la doctrina mayoritaria considera que debe comprender la restitución de los bienes hereditarios de los cuales era propietario o poseedor, o usufructuario, o prendario o arrendatario.

La restitución deberá hacerse en el estado en que se encuentren al tiempo de la apertura de la sucesión, incluyéndose los aumentos, mejoras y frutos de acuerdo con la buena o mala fe que se le imputa al demandado.

No corresponde hacer valer el derecho de subrogación real cuando el demandado hubiera permutado un bien hereditario por otro bien existente a la época de la restitución, o cuando hubiera comprado un inmueble con el precio de otro bien hereditario que enajenó. Creemos que en tales situaciones no es posible la subrogación porque no lo contempla nuestra legislación y, además, porque no se funda en el título de heredero que sustenta la demanda.

En cambio hay otras legislaciones, como la de Alemania, artículo 2019 primer párrafo del Código Civil que sí lo reconoce: «Como obtenido a costa de la herencia vale también lo que el poseedor de herencia adquiera con medios de ella por negocio jurídico».

Como resultado de todo lo anteriormente expuesto, consideramos que el heredero demandado y vencido en juicio sobre petición de herencia, si es un poseedor de buena fe, está obligado de conformidad con el artículo 666 del Código Civil a:

1. Devolver los bienes hereditarios que hubiera venido poseyendo al tiempo de la citación con la demanda.
2. No devuelve los frutos percibidos hasta antes de la citación con la demanda. El poseedor hace suyos los frutos mientras dura la presunción de buena fe (artículo 908). Los frutos percibidos después de aquella ocasión sí está obligado a restituirlos porque ya en esa ocasión la presunción de buena fe ha desaparecido «La buena fe del poseedor debe existir en el origen de la posesión, y en cada hecho de la percepción de los frutos, cuando se trate de frutos percibidos (artículo 2358 del Código Civil Argentino)». Nos parece acertado este criterio.

3. Si enajenó alguno de los bienes hereditarios, deberá restituir su precio al demandante y si se le adeudara, se transmitirá a este último el derecho de cobrarlo.

En cambio, si es vencido en juicio sobre petición de herencia, al heredero que poseyó de mala fe, le corresponderá:

1. Devolver los bienes hereditarios que hubiese venido poseyendo, incluyendo los aumentos, mejoras y frutos al tiempo que los percibió o debió percibir y eventualmente también, el pago de una suma de dinero por concepto de indemnización por daños y perjuicios que estos hayan sido probados por el demandante.
2. Si enajenó estos bienes hereditarios, está obligado a resarcir al heredero demandante el valor del bien. Al respecto consideramos que es justo establecer como valor el existente al tiempo de la ejecución de la sentencia, y no el que tenía cuando se le demandó por la diferencia que pueda existir en detrimento del demandado.

Finalmente, consideramos que en caso de mejoras realizadas por el heredero demandado, tendrá derecho a que al demandante le reembolse el valor de las mejoras necesarias y útiles realizadas en los bienes hereditarios (artículos 916, 917, 918 y 919 del Código Civil).

## 7. DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y LA ACCIÓN PETITORIA DE HERENCIA

A diferencia del Código Civil de 1936, el vigente establece diferencias con mucha precisión y claridad. Sin embargo, antes de tocar el punto debemos señalar que el Anteproyecto presentado por el ilustre maestro Lanatta, en esta materia fue diferente. En efecto, el Anteproyecto aludido en su artículo 5 señala que además de proceder contra quien los posea, en todo o en parte, a título de heredero, para excluirlo o para concurrir con él, procedía también contra quien los posea sin título alguno y contra el que los haya adquirido a título gratuito de uno u otro.

Como observamos, el ponente afirma en su referida obra que, la acción procede, no sólo contra quienes lo poseen *pro herede*, sino también contra los poseedores *pro possessore* y, además, contra los adquirentes a título gratuito de unos u otros. Su autor justifica esta amplitud señalando que: «proviene de la que tuvo la *hereditas petitio* en el derecho romano, en la época del derecho formulario y que en el derecho actual, se establece en el Código de Italia, artículos 533 y 534».

El artículo 6 del Anteproyecto señala: «La acción no procede contra el tercero a cuyo poder hayan pasado los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de aquellos, si el adquirente prueba haber contratado de buena fe. Tratándose de inmuebles, la buena fe del adquirente, se presume si antes de la celebración del contrato hubieran estado debidamente inscritos en los Registros Públicos el título que amparaba al heredero aparente y la transmisión de dominio a su favor, y no hubiere anotado la demanda ni la medida precautoria alguna que afecte los derechos inscritos. En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario que le pertenece del tercero adquirente, aunque éste lo fuere a título oneroso y dentro del plazo de la acción de la acción real».

Los dos artículos transcritos pertenecen al Anteproyecto antes referido y nos lleva a las siguiente conclusiones:

**Primero:** El titular de la acción petitoria de herencia es siempre el heredero que no llegó a entrar en la posesión efectiva de los bienes relativos a su cuota hereditaria.

**Segundo:** El demandado puede ser:

- a) Quien posea los bienes hereditarios en todo o parte, a título de heredero.
- b) Contra quien los posea sin título alguno.
- c) Contra quien los haya adquirido a título gratuito de alguno de los citados en los puntos a o b.

**Tercero:** La acción petitoria de herencia es imprescriptible cuando se ejerce entre coherederos.

**Cuarto:** No procede la acción petitoria de herencia contra el tercero que hubiere celebrado con el heredero aparente contrato oneroso y de buena fe respecto de los bienes hereditarios.

**Quinto:** Procede el ejercicio de la acción reivindicatoria contra el tercero en los demás casos. En realidad, el único caso sería el de aquél que adquirió bienes hereditarios a título oneroso, pero con mala fe.

Esta tesis fue modificada parcialmente por la Comisión Revisora, en razón de la naturaleza jurídica de ambas acciones y llegándose a la conclusión de que en la acción petitoria de herencia existe una universalidad jurídica de carácter subjetivo, como ha señalado Antonio Cicu al ocuparse de esta materia: el heredero es a título universal. Ese patrimonio en vida del causante tenía un titular que era éste, pero a su muerte ese patrimonio transmitido, vale

decir, la herencia, pasa a otros titulares que son los herederos, de modo que cuando se ejercita esta acción, tanto el demandante como el demandado son herederos que poseen los bienes hereditarios, pero el demandado con menor derecho o con igual derecho que aquél. Es por eso entonces que la acción tiene un propósito alternativo.

**Primero:** Si el heredero demandado que posee los bienes hereditarios tiene en el orden preferencial que la ley señala menor derecho que el actor, será excluido. Este heredero demandado no es un falso heredero, no es un heredero malicioso, es más bien un heredero aparente. Ha sido instituido por el testador, bien porque creyó erróneamente que sus herederos con mejor derecho habían muerto —los hijos y demás descendientes y cónyuge, y a falta de éstos, los padres y demás ascendientes, que también son herederos forzosos, pero después de aquellos—; bien porque después de otorgar su testamento instituyendo herederos a sus hermanos, por ejemplo, contrajo matrimonio y le sobrevivieron hijos que le sobreviven y, sin embargo, no modificó su testamento; o bien cuando, tratándose de una sucesión intestada, se declara herederos legales a parientes de uno de los seis órdenes de que trata el artículo 816 del Código Civil sin considerar que existen parientes de orden superior y preferente a los declarados. En todos estos casos el heredero aparentemente instituido será desplazado y por tanto excluido de los bienes que ha venido poseyendo.

**Segundo:** Cuando el demandado es un heredero verdadero que posee, no sólo los bienes hereditarios que le corresponden, sino también los del demandante que igualmente es heredero verdadero, la finalidad de la acción petitoria no tendrá por objeto la exclusión de la herencia, sino la concurrencia en la herencia de demandante y demandado en la posesión y disfrute de la herencia.

En cambio, en la acción reivindicatoria de bienes hereditarios, que es una especie de la acción reivindicatoria genérica, si bien el demandante es también un heredero verdadero —porque reclama bienes individualizados que integran la herencia y solo él podría reclamarlos como titular del derecho— el demandado es siempre un tercero que no tiene la calidad de heredero y procede en los siguientes casos:

**Primero:** Cuando el demandado adquirió del heredero aparente, a título singular, mediante un contrato oneroso, pero con mala fe, algún bien hereditario.

**Segundo:** Cuando el demandado lo adquirió del heredero aparente a título singular y mediante contrato de donación.

**Tercero:** Cuando el demandado lo adquirió sin título alguno.

No procede en cambio contra el tercero que con buena fe adquirió los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados con el heredero aparente. Tal posición guarda concordancia con el artículo 2014 del Código Civil vigente.

En esta forma encontramos explicados los artículos 664 y 665 del Código Civil. Pero debemos destacar que en la acción reivindicatoria, el bien poseído por el demandado lo es siempre por un tercero que lo ha adquirido a título singular. En cambio, como antes señalamos, en la acción petitoria, el demandado es otro sucesor que ha recibido los bienes hereditarios.

La otra característica importante de la acción petitoria es la relativa a la prescriptibilidad como antes señalamos. Dice el artículo 664 del Código Civil que la acción petitoria de herencia es imprescriptible. Esta parte del precepto ha sido defectuosamente redactada, porque si hablamos de acción entre coherederos verdaderos, no hay problema alguno porque ellos son copropietarios y el artículo 985 del Código Civil está de acuerdo con la doctrina al disponer que ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes, lo que constituye un avance con relación a los artículos 873 y 874 del Código Civil de 1936, que decían lo siguiente:

Artículo 873.- No son adquiribles por prescripción los bienes de una sociedad por los socios; ni los bienes depositados, retenidos, arrendados o dados en administración o mandato, por quienes los detienen por esos actos.

Artículo 874.- Los herederos de las personas comprendidas en el anterior artículo adquieren por prescripción los bienes a que él se refiere durante el plazo de veinte años, contados desde la muerte de su causante. Igual regla rige para los herederos de un condómino respecto de los bienes que éste poseía en común.

El problema surge cuando se trata de adecuar la imprescriptibilidad de la acción petitoria a los casos en que el demandado es un heredero aparente. ¿Funcionará la imprescriptibilidad? Si se interpreta literalmente la parte final del artículo 664 la respuesta tendrá que ser positiva, pero sería una interpretación errónea porque entre el demandante, que es un heredero verdadero, y el demandado, que es un heredero aparente, no hay ni puede haber copropiedad. En consecuencia, la parte final del artículo 664, al tiempo de interpretarse, debe concordarse con el artículo 985 para dar una cabal interpretación restrictiva a aquel precepto, si el objeto de la acción son bienes particulares.

La acción reivindicatoria de bienes hereditarios tampoco es prescriptible, a menos que el derecho de propiedad lo haya adquirido el tercero por prescripción (artículo 927 del Código Civil). O sea que la diferencia entre ambas acciones radica en que la acción petitoria entre coherederos verdaderos es siempre imprescriptible, como en la acción reivindicatoria de bienes hereditarios, pero no procederá ejercitarse esta última acción contra aquél que adquirió el bien por prescripción. artículo 927 del Código Civil.

Fornieles señala que «El heredero propietario de los bienes no pierde el dominio por el no uso, sino que lo conserva perpetuamente mientras otro no adquiera la propiedad por la posesión continuada. La inacción del acreedor produce la extinción de las acciones personales, volviendo las cosas a su estado normal, que es el de libertad de las partes. En cambio, cuando somos dueños de una cosa, el estado normal es el de permanencia, aunque no ejercitemos nunca nuestro derecho, porque de otra manera perderíamos el dominio sin que otro la ganase: los bienes no serían de nadie. Es un resultado propio de la distinta naturaleza de los derechos reales y personales. Por eso, el demandado no puede oponer al actor la prescripción extintiva... Si él no ha adquirido el dominio por usucapión si no tiene ningún derecho sobre las cosas hereditarias, debe restituirlas<sup>12</sup>.

---

12 FORNIELES, Salvador. *Op. cit.*, t. I. pp. 244-246.



# **CASOS JURISPRUDENCIALES**

**MATERIA CIVIL:**

**PETICIÓN DE HERENCIA**

**ACCIÓN REIVINDICATORIA DE HERENCIA**



# MATERIA CIVIL: PETICIÓN DE HERENCIA

CASO N° 04

CAS. N° 1839-98 JULIACA

## Sumilla del autor:

La acción petitoria tiene por objeto obligar a los demandados que permitan al actor, ejercer la posesión exclusiva o concurrente de los bienes hereditarios en cuya propiedad participa. Esta acción exige que el demandante acredite su calidad de heredero con el título correspondiente, pues de no hacerlo resultará infundada la demanda.

La acción petitoria que es de naturaleza real, puede contener acumulativamente una acción personal de declaratoria de herederos, tal como faculta el artículo 664 del Código Civil; caso en el cual la prueba estará orientada a acreditar tal situación. Si no se demanda la declaración de heredero en esta acción petitoria, no puede el juez declarar heredero al demandante, porque no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes litigantes en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil.

Cuando acumulativamente se demanda petición de herencia y partición de bienes hereditarios, al declararse infundada la demanda en el primer extremo, resulta improcedente el segundo, y no infundado porque la existencia del título de heredero resulta indispensable de conformidad con los artículos 854 inciso 1° y 984 del Código Civil.

## Concordancias:

Código Civil: artículos 664, 854 y 984, VII del Título Preliminar.

Código Procesal Civil: artículos 200, 388 inciso 2°, 392 y 400.

## Antecedentes:

Don Víctor Manuel Benavides Godoy interpone demanda sobre petición de herencia y partición de bienes hereditarios contra doña Irma Concepción Vargas viuda de Urquizo y otros. Expresa ser heredero del causante don Eulogio

Urquizo Barragán al igual que los demandados, correspondiéndole por tanto compartir los bienes dejados por aquél.

Corrido traslado de la demanda, doña Irma Concepción Vargas viuda de Urquizo por sí y por su hija Ivonne Z. Urquizo Vargas la niega sosteniendo que no es cierto que el causante haya llegado a contraer matrimonio civil con la madre del actor, tanto así que pese a solicitud expresa, no logró ser incluido en la sucesión intestada que se tramitó en anterior oportunidad.

La sentencia de Primera Instancia y la de vista declararon uniformemente infundada la demanda por no estar acreditada la condición de heredero del actor.

La Corte Suprema declaró improcedente el recurso de casación.

## SENTENCIA

### EXP. N° 395-95

Demandante : Víctor Manuel Benavides Godoy  
 Demandados : Irma Concepción Vargas Vda. de U. y otros  
 Materia : Acción petitoria de Herencia y otros  
 Vía : Proceso de conocimiento  
 Juzgado : 2do. Juzgado mixto de San Román  
 Juez : Dr. Andrés Carita Quispe  
 Secretario : Walter C. Amanqui Quispe

### RES. N° 38

Juliaca, once de diciembre de  
 Mil novecientos noventa y siete.-

**VISTOS;** estos autos trescientos noventa y cinco guión noventa y cinco seguidos por Víctor Manuel Benavides Godoy, con Irma Concepción Vargas viuda de Urquizo en nombre propio y en representación de Ivonne Zulema Urquizo Vargas, además con los litis consortes necesarios Edith Lourdes, Óscar Eulogio, Herly Edson, Wilber Jhony, Miriam Rocío, Fredy Vidal, Ruben Lucio y Angela Milagros Urquizo Vargas, sobre Acción Petitoria de Herencia y División y Partición de Bienes. Señala el actor en su demanda de fojas veintisiete a treinta y seis, ser junto a los demandados heredero del causante que fuera Eulogio Urquizo Barragán, por representación, quien a su

fallecimiento ocurrido el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventicuatro dejó los inmuebles del Jirón Jorge Chávez ciento treinticuatro y ciento treintiséis, Jirón San Román doscientos cuatro, Jirón Bolívar trescientos veinticinco de Juliaca, y Avenida Goyeneche dos mil quinientos once urbanización Pachacútec de Arequipa que debe permitírsele compartir la posesión y luego debe asignársele en división y partición la cuota hereditaria que le corresponde ya que el causante contrajo matrimonio el treinta de agosto de mil novecientos cuarentidós con su madre María Godoy Pinera dentro de cuya vigencia procrearon como único hijo a Oscar Amador Urquizo Godoy; éste que en su matrimonio con la demandada Irma Concepción Vargas tuvo nueve hijos los litis consortes necesarios emplazados, luego su madre María Godoy Pineda falleció el primero de febrero de mil novecientos ochenticuatro por cuyo hecho concurre a la herencia en su representación, y al haber fallecido Óscar Amador Urquizo Godoy el primero de mayo de mil novecientos ochentiocho concurren también a la herencia en su representación, su esposa Irma Concepción Vargas de Urquizo y sus nueve hijos; concurrentes señalados entre quienes debe procederse la división y partición proporcional de la herencia; que la partida de matrimonio de su madre con el causante ha desaparecido por obra de los emplazados. Al respecto, la demandada Irma Concepción Vargas viuda de Urquizo por sí y por su hija Ivonne Zulema Urquizo Vargas en su contestación de fojas setenticinco a ochentitrés manifiesta que no es cierto que el causante haya llegado a contraer matrimonio civil con la madre del actor tal es así que pese a solicitud expresa, no ha logrado ser incluida en la sucesión intestada que se tramitó; asimismo el inmueble del jirón Jorge Chávez ha sido adquirido en permuta de Concepción Urquizo de Enriquez y no como reza de la minuta en compraventa, el inmueble del jirón Bolívar ha sido adquirido por el causante con su propio peculio posterior al fallecimiento de la madre del actor, el inmueble de la Avenida Goyoneche ha sido adjudicado por la Cooperativa de Vivienda Obrera de Arequipa Limitada ciento dos guión catorce a favor del causante y de la recurrente por escritura pública de mil novecientos ochentidós. Los emplazados litis consortes necesarios Rubén Lucio, Miriam Rocío y Herly Edson Urquizo Vargas, en su contestación de fojas ciento cuarentitrés a ciento cuarentisiete indican lo mismo incluyendo en la permuta alegada el inmueble del jirón San Román. Por su parte el resto de Litis consortes emplazados no han logrado contestar formalmente la demanda deviniendo en Rebeldes según auto de fojas trescientos cincuentiséis y trescientos cincuentisiete. Substanciada la causa sobre la base de tales postulados, a fojas trescientos noventiséis se declara saneado el proceso; a fojas cuatrocientos dieciséis a cuatrocientos diecinueve se realiza la audiencia de concilia-

ción y a fojas cuatrocientos cuarenticinco a cuatrocientos cincuenta la audiencia de pruebas; recabados los expedientes admitidos como prueba y desistido por su proponente con respecto al tercer expediente, se declaran expeditos los autos para sentenciar, siendo ese su estado luego de expirado el plazo de los alegatos; **CONSIDERANDO: PRIMERO.**- Que, por mandato del artículo seiscientos sesenticuatro del Código Civil la acción de petición de herencia tiene por objeto obligar a los demandados a que permitan al actor, ejercer la posesión exclusiva o concurrente de los bienes hereditarios en cuya propiedad también participa; y por mandato del artículo ochocientos cincuenticuatro del mismo texto legal además de que la partición debe operar únicamente entre los que tienen la calidad de herederos, ésta sólo puede ser hecha a solicitud de quien tiene tal condición; en ambos casos debe el actor probar su calidad de heredero.

**SEGUNDO.**- Que, la sentencia recaída a fojas ochentitrés del expediente cuarentiuno guión noventicinco sobre sucesión intestada acompañada como prueba, declara como herederos del causante Eulogio Urquizo Barragán únicamente a los demandados y no al demandante. **TERCERO.**- Que, si bien el actor anexa a su demanda documentos que pueden suplir al certificado de partida de matrimonio del causante con su madre en prueba de aquella unión, no menos cierto es que el ámbito litigioso no abarca a tal dilucidación en virtud a que a la pretensión de petición de herencia no se ha acumulado la de declaratoria de heredero del actor que bien faculta el citado artículo seiscientos sesenticuatro, y conforme al artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil el Juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. **CUARTO.**- Que, en tal virtud, no estando acreditado por el actor su atribuida calidad de heredero, es de aplicación lo dispuesto por el artículo doscientos del Código Procesal Civil según el cual si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada. **QUINTO.**- Que, el actor a fojas ciento cincuentiséis formula tacha de la constancia que determina no existir la partida de matrimonio, la misma que deviene manifiestamente improcedente por cuanto no es punto postulado como de conflicto la declaratoria de heredero para que así pueda cuestionarse una prueba, que resulta ajena a lo litigado. Por estas consideraciones, valorando las pruebas en forma conjunta con apreciación razonada y consignando tan solo las que estimo suficientes al sustento de mi decisión; **FALLO.**- Declarando previamente improcedente la Tacha de fojas ciento cincuentiséis; **INFUNDADA** en todas sus partes la demanda de fojas veintisiete a treintiséis; sin costas ni costos por advertirse razones justificatorias para litigar en el actor. Así lo pronuncio, mando y firmo, en la sala de mi Despacho; en los seguidos por Víctor Manuel Benavides Godoy,

con Irma Concepción Vargas viuda de Urquizo y otros, sobre Acción Petitoria de Herencia y otro en la vía del proceso de conocimiento. T.R. y H.S.

### EXP. N° 95-395-21-110-JX2

Cuaderno : Principal  
Demandante : Víctor Benavides Godoy  
Demandado : Irma Vargas Vda. de U.  
Materia : Petición de herencia  
Procede : San Román  
Vista Causa : 25-05-98  
Ponente : Dra. Butrón Zevallos

### RES. N° 10-98-SSMD/J

Juliaca, veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho.-

**VISTOS;** En audiencia pública, con el acompañado; **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, María Godoy Pineda y Eulogio Urquizo Barragán, tuvieron un hijo Oscar Amador Urquizo Godoy, fallecido, y casado con Irma Concepción Vargas Viuda de Urquizo, quienes tuvieron nueve hijos; y el demandante Víctor Manuel Benavides Godoy, es medio hermano de Oscar Amador Urquizo; **SEGUNDO:** Que, la petición de herencia es una acción por la cual el heredero reclama la entrega de los bienes que componen el acervo sucesorio, de quien los detenta, invocando con su título de heredero, también derechos sucesorios; es así que el demandante, en su condición de heredero de su madre María Godoy Pineda, solicita la herencia en la proporción que le corresponde de don Eulogio Urquizo Barragán, por haber sido casados y haber contraído matrimonio; pero es necesario determinar cual es el título, a mérito del cual el demandante peticiona herencia, del análisis de autos, se desprende que no se acreditó fehacientemente la calidad de heredero o el derecho de suceder; que además no existe la copia certificada de la partida de matrimonio de su madre y padrastro; y la partida que acompaña a fojas cuatro, no produce efectos civiles, menos vocación hereditaria y legítima. **CONFIRMARON** la sentencia de fojas cuatrocientos setenta y siguientes, de fecha once de diciembre de mil novecientos noventa y siete, que declara improcedente la tacha formulada a fojas cincuenta y seis, e infundada en todas sus partes la

demanda de fojas veintisiete a treintiséis, sin costas ni costos por advertirse razones justificatorias para litigar el actor, en los seguidos por Víctor Manuel Benavides Godoy, con Irma Concepción Vargas Viuda de Urquiza y otros, sobre acción petitoria de herencia y otros; y los devolvieron.

S.S.

BUTRÓN ZEVALLOS-CARREÓN FIGUEROA-JIMÉNEZ SARDÓN

### CAS. N° 1839-98 JULIACA

Lima, veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y ocho.-

**VISTOS**; con el acompañado; a que lo actuado aparece que don Víctor Manuel Benavides Godoy ha cumplido con los requisitos de forma previstos para la admisión de su recurso de casación; y **ATENDIENDO**: 1º) Que el recurrente sustenta su recurso denunciando los siguientes agravios: a) la aplicación indebida y la interpretación errónea de una norma de derecho material; b) la inaplicación de la doctrina jurisprudencial; 2º) Que, en cuanto a la primera denuncia, ésta no puede prosperar, por cuanto no se ha cumplido con señalar con claridad y precisión cuales son exactamente las normas que han sido aplicadas indebidamente o interpretada erróneamente, conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil; 3º) Que, en relación con la segunda denuncia, la misma tampoco puede prosperar, ya que aún no existe doctrina jurisprudencial con las formalidades previstas en el artículo cuatrocientos del Código mencionado; 4º) Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que la fundamentación del mencionado recurso se encuentra referida a la apreciación de las pruebas realizadas en las instancias de mérito, que esta Corte tiene establecido que en esta vía no se puede volver a hacer una nueva valoración de la prueba por no corresponder a los fines del recurso casatorio consagrados en el artículo trescientos ochenticuatro de la ley procesal; 5º) Por estas razones, no habiéndose cumplido con lo dispuesto por el inciso segundo apartado dos punto uno y dos punto dos del artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil y en uso de la facultad prevista en el artículo trescientos noventidós del Código Adjetivo: declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por don Manuel Benavides Godoy; en los seguidos con doña Irma Concepción Vargas Viuda de Urquiza y otros, sobre petición de herencia y

otro concepto; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron.-  
SS.

PANTOJA-RONCALLA-ECHEVARRÍA-CASTILLO L.R.S.-CELIS

## CASO N° 05

### CAS. N° 1288-98 SANTA

#### Sumilla del autor:

La acción de petición de herencia regulada por el artículo 664 del Código Civil, contiene varias pretensiones, siendo las consideradas en el petitorio, las correspondientes a la declaratoria de herederos de los actores frente a su común causante, así como la de concurrir como herederos conjuntamente con la demandada respecto de los bienes hereditarios que constituyen la herencia, en partes alícuotas por ser todos hijos del mismo causante.

La acción petitoria es de naturaleza real porque su finalidad es la de compartir con el demandado la herencia o de excluirlo cuando el derecho hereditario del accionante es mayor al del otro. No obstante lo anterior, es viable la acumulación con la declaración de heredero del petitionante, si habiéndose pronunciado anteriormente declaración judicial de herederos, considera que con ella, se han preterido sus derechos. Ambas pretensiones son compatibles y se tramitan como proceso de conocimiento. Si se declara infundada la primera pretensión referida a la declaración de heredero del accionante, entonces la petición de herencia resultaría improcedente.

El recurso de casación debe reunir los requisitos de fondo señalados por el artículo 388 del Código Procesal Civil. El incumplimiento de alguno de ellos determina la declaración de improcedencia (artículo 392 Código Procesal Civil).

#### Concordancias:

Código Civil: artículos 664 y 818.

Código Procesal Civil: artículos 50, 388 inciso 2°, acápite dos punto tres, 392, 412 y 475.

**Antecedentes:**

Don Luis Nery Crispín y cinco hermanos más interponen demanda de petición de herencia y la dirige contra su otra hermana doña Patricia Nery Crispín, alegando que con sus hermanos de padre y madre son herederos comunes del causante, su padre, don Eucasio Nery Quito. Demanda además pago de arriendos por el bien inmueble dejado por éste. La demandada al absolver el trámite de contestación a la demanda expresa que se atenderá a las pruebas que aporten los demandantes, que no ha preterido a nadie y que nunca ha cobrado los arrendamientos como se afirma.

La sentencia de Primera Instancia y la de vista declaran fundada la demanda de petición de herencia, debiendo repartirse entre todos ellos los bienes hereditarios dejados por el causante por estar acreditado la calidad de herederos de los demandantes y de la demandada e improcedente en cuanto al extremo relativo al pago de arriendos.

El recurso de casación fue declarado improcedente por no reunir los requisitos de fondo señalados en el artículo 388 del Código Procesal Civil, siendo de aplicación el artículo 392 del mismo cuerpo legal.

**EXP. N° 94-97**

Demandante: Luis Nery Crispin y otros

Demandado : Patricia Nery Crispin

Materia : Petición de Herencia y otro

**RES. N° 06**

Huarmey, once de diciembre de mil novecientos noventa y siete.-

**VISTOS:** Resulta de autos que a fojas veintidós a veintisiete los demandantes Luis, Gumercinda, Marcela, Armando, Ana, Genoveva Nery Crispín, interponen demanda de petición de herencia y la dirigen contra doña Patricia Nery Crispín, alegando que son hermanos de padre y madre, conforme lo acreditan con sus partidas de nacimiento, ambos fallecidos en esta ciudad, sin haber dejado testamento alguno, es decir, *Ab Intestato* de sus bienes muebles y sus bienes inmuebles, adquiridos en esta ciudad; Que su finado padre don Eucario Nery Quito falleció, y el diez de julio del noventa y cinco la demandada había iniciado la declaratoria de herederos por ante el mismo Juzgado, habiendo obtenido la sentencia a su favor y se inscribió en los Registros

Públicos de Santa-Chimbote, inscrita en la ficha cero cuatrocientos seis; Que mientras los recurrentes estaban tramitando la rectificación de sus partidas de nacimiento, no pudieron concurrir a la sucesión intestada, razón por la que se declaró como única heredera a la demandada; Que así mismo ha obtenido sentencia favorable sobre división y partición de Bienes Inmuebles del predio rústico La Laguna en una extensión de siete punto cinco hectáreas; Y así mismo demanda accesoriamente el pago de arriendos por el bien inmueble dejado por su padre; y demás hechos que expone, amparándose en los dispositivos legales vigentes; admitida que fue la demanda, mediante resolución número uno, se corre traslado a la parte demandada; a fojas treintisiete a treintiocho corre la absolución de la demanda, alegando que estará a las pruebas que aporten los demandantes, que no ha preterido el derecho de nadie por que actúa siempre en ejercicio regular de su derecho y fue declarada heredera en la forma de ley; que en cuanto a la pretensión accesorias de arriendos niega tal pretensión, por cuanto no está en posesión de ningún predio rústico y a la fecha no cobra ningún alquiler, no ha dado en arriendo nada; y, demás hechos que expone, amparándose en los dispositivos legales vigentes; dándose por absuelta la demanda y se conceden diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal civil; por resolución número cuatro de fojas cuarenticuatro, se declara saneado el proceso y por consiguiente la existencia de una relación jurídica procesal válida y se cita a la audiencia de conciliación, la que se llevó a cabo en los términos que aparecen fojas cuarentisiete a cuarentiocho; Luego de conformidad con lo previsto en el artículo 473° del Código Procesal Civil se prescinde de la actuación de los medios probatorios por tratarse de documentos; habiendo transcurrido el término para los alegatos; Ha llegado el momento de expedir la que corresponde; **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que los demandantes han acreditado tener derecho para interponer la presente acción, con los documentos obrantes a fojas ocho, a trece, por existir el entroncamiento con el causante Eucario Nery Quito; **SEGUNDO:** Que, con el documento de fojas veintiuno se puede acreditar que la demandada ha seguido un proceso de sucesión intestada, y según lo expresado en la demanda, solo se le ha declarado a ella como única heredera; **TERCERO:** Que, según es de verse de lo actuado, la demandada no ha negado los hechos expuestos por la parte demandante; **CUARTO:** Que, con el documento de fojas catorce a dieciocho se acredita la propiedad del Fundo La Laguna mencionado anteriormente; **QUINTO:** Que ha quedado establecido que los demandantes son herederos forzosos, por lo que siendo esto así, tienen legítimo derecho para reclamar la parte de herencia que les corresponde; **SEXTO:** Que todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios, respecto de sus padres,

comprendiéndose a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales, reconocidos voluntariamente o por resolución judicial, respecto de la herencia de sus padres; **SÉTIMO:** Que en cuanto al pago de reintegros de arrendamiento, no habiendo probado los hechos alegados los accionantes, así mismo, según lo expresado por la demandada, en cuanto a que no se encuentra en posesión de ningún bien inmueble, y menos que tenga en alquiler alguno, no es atendible su pretensión; Por estas consideraciones y de conformidad con lo previsto en el artículo 664° y 818° del Código Civil y artículo 475° y 50° del Código Procesal Civil;

**FALLO:** Declarando **FUNDADA** la demanda de fojas veintidós a veintisiete, interpuesta por Luis, Gumercindo, Marcela, Armando, Ana y Genoveva Nery Crispín; En consecuencia: Que los bienes dejados por el causante EUCARIO NERY QUITO padre de los accionantes, sean repartidos en forma equitativa entre todos los mencionados herederos forzosos; En cuanto al Reintegro de Arrendamientos: Declárese **IMPROCEDENTE** su petición. Consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución, archívese en el modo y forma de ley.

## JUZGADO MIXTO DE HUARMEY

**EXP. 04-98-C**

Luis Crispín y otros  
Patricia Nery Crispín  
Petición de Herencia y otro

**RES. N° 13**

Chimbote, veintitrés de abril de  
mil novecientos noventa y ocho

**VISTOS: CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Que, la acción de petición de herencia prevista en el artículo 664 del Código Civil vigente, contiene varias previsiones, siendo las consideradas en el petitorio la correspondiente a la declaratoria de herederos de los actores frente a su común causante, así como la de concurrir con el heredero declarado, respecto de los bienes que constituyen la masa hereditaria. **SEGUNDO.-** Que, con las partidas de nacimiento que en copia certificada corren insertas de fojas ocho a trece, los accionantes han acreditado de manera fehaciente su vocación hereditaria respecto de su común causante don Eucario Nery Quito, en su calidad

de hijos del mismo, situación que amerita su declaración expresa de herederos conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo de la norma sustantiva acotada. **TERCERO.**- Que, si bien es cierto del petitorio se puede inferir una acumulación objetiva originaria de las pretensiones de petición de herencia y pago de frutos de los bienes comunes, la misma no cumple con los requisitos previstos en el artículo 87 del código adjetivo, esta situación ha sido convalidada considerando que la subsanación del vicio, no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal conforme lo dispone el cuarto párrafo del artículo 172 del Código Procesal Civil. **CUARTO.**- Que, con los documentos que en copia legalizada corren insertos de fojas catorce a diecinueve, se acredita la existencia de los bienes sujetos a litigio, los mismos que son de propiedad del *ab-intestato* y que sustentan la resolución impugnada. **QUINTO.**- Que, las costas y costos del proceso son de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración conforme lo advierte el artículo 412 del código adjetivo; que en este orden de ideas el *a-quo*, no ha cumplido con el precepto señalado, máxime cuando no hay motivo razonable que excuse a la demandada del pago de las mismas. **SEXTO.**- Que, sin perjuicio de lo expuesto, es de advertir del escrito corriente a fojas treintidós que éste se encuentra referido a una Medida Cautelar, la misma que debe tramitarse conforme a los lineamientos dispuestos en el Capítulo I del Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, situación que ha sido soslayada por el *A-quo* sin ninguna justificación razonable, transgrediendo la normatividad dispuesta desde el veintiocho de Julio de mil novecientos noventitrés; por cuyos fundamentos **CONFIRMARON** la sentencia venida en grado de fecha once de Diciembre de mil novecientos noventa y siete inserta de fojas cuarentinueve a cincuentiuno, **INTEGRÁNDOLA** declararon fundada la demanda; y en consecuencia se declara como los únicos y universales herederos de don Eucario Nery Quito a sus hijos: Luis, Gumercinda, Ana, Marcela, Genoveva, y Armando Nery Crispín, además de la demandada Patricia Nery Crispín que fuera declarada en la Sucesión Intestada respectiva, debiendo concurrir en la masa hereditaria en la proporción del catorce punto veintiocho por ciento cada uno; con costos y costas. Confirmaron en lo demás que contiene. **APERCIBIERON** por última vez al Juez Mixto Jorge Colmenares Cavero por la Inaplicación de las normas procesales pertinentes. Interviniendo Hilda Sancarranco Cáceda como Vocal Ponente.-

S.S.

ZVALETA V.-SANCARRANCO C.-ROSAS M.

## CAS. N° 1288-98 SANTA

Lima, dos de julio de mil  
novecientos noventa y ocho.-

**VISTOS; y CONSIDERANDO: PRIMERO:** que, el recurso de casación interpuesto por Patricia Nery Crispín cumple con las formalidades previstas en el artículo trescientos ochentisiete del Código Procesal Civil; **SEGUNDO:** que, la recurrente no menciona el artículo trescientos ochentiséis del Código acotado, sin embargo la fundamentación se refiere a la inaplicación del artículo seiscientos sesenticuatro del Código Civil, a la vulneración de las normas elementales del debido proceso y a la aplicación errónea del artículo cuatrocientos doce del Código Adjetivo; **TERCERO:** que, en relación con la primera causal se aprecia que la mencionada norma de derecho material si ha sido aplicada por la resolución recurrida, por lo que se desestima la causal invocada; **CUARTO:** que, respecto a la segunda causal sostiene que se ha vulnerado las normas elementales del proceso, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del principio constitucional del debido proceso, y que la Sala resuelve sobre puntos no controvertidos; asimismo, que se le ha condenado indebidamente al pago de costas; **QUINTO:** que, el denunciante no señala en que ha consistido la violación de sus derechos procesales o cual ha sido la formalidad procesal incumplida como lo requiere el inciso segundo, acápite dos punto tres, del artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal; y en uso de la facultad conferida por el artículo trescientos noventidós del propio texto legal: declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Patricia Nery Crispín, contra la resolución de vista de fojas ochenta, su fecha veintitrés de abril del año en curso; **CONDENARON** a la recurrente al pago de costas y costos generados de la tramitación del recurso; así como al pago de una multa de tres Unidades de Referencia Procesal; **MANDARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*; en los seguidos por Luis Nery Crispín y otros con Patricia Nery Crispín, sobre Petición de Herencia y otro; y los devolvieron.-

S.S.

URRELLO A.-ALMENARA B.-VÁSQUEZ C.-ECHEVARRÍA A.-  
SIFUENTES S.

## CASO N° 06

## CAS. N° 867-98 CUSCO

**Sumilla del autor:**

La acción petitoria de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes hereditarios que considera le pertenecen y se dirige contra quien también a título sucesorio los posee en todo o en parte, con la finalidad de excluirlo o para concurrir con él.

En la acción petitoria de herencia lo que corresponde únicamente demostrar, es el título hereditario con que se acciona. No se prueba la propiedad de los bienes hereditarios objeto de la acción como sí corresponde hacerse en la acción reivindicatoria de bienes porque no se cuestiona el derecho de propiedad. En este proceso las partes discuten únicamente el mejor derecho hereditario del accionante o el igual derecho de demandante y demandado. En el primer caso su fin será la exclusión del demandado y en el segundo posibilitarán el compartimiento y disfrute de ambas partes litigantes de los bienes heredados.

La acción petitoria de herencia no se extingue por prescripción.

La filiación extramatrimonial admite sólo dos medios probatorios: el reconocimiento y la declaración judicial (artículo 387 del Código Civil).

El reconocimiento para que tenga valor de prueba plena debe ser efectuado en forma solemne: a) en el registro público de nacimientos; b) en escritura pública; y c) en testamento.

Fuera de estos casos, para el reconocimiento, existe otro medio probatorio: la declaración judicial, cuya acción procede en los casos taxativos establecidos en el artículo 402 del Código Civil.

El artículo 402 inciso 1° del Código Civil se refiere a la existencia de escrito indubitado del padre que admita. Este caso no se refiere al valor probatorio del referido escrito sino a que el mismo contenga una indubitable manifestación de voluntad del presunto padre en que afirma tal calidad respecto de un presunto hijo.

La acción para que se declare la filiación extramatrimonial no caduca, pero sólo corresponde al hijo. Sin embargo, la madre aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo, durante la minoría de éste. El tutor y el curador en su caso, requieren autorización del consejo de familia. Es im-

portante señalar que esta acción no pasa a los herederos del hijo; sólo podrán continuar sus descendientes cuando el proceso se dejó iniciado (artículos 410 y 407 del Código Civil).

En la acción judicial sobre declaración de filiación extramatrimonial es competente al juez del domicilio del demandante como del demandado (artículo 408 del Código Civil).

El reconocimiento de paternidad extrajudicial hecho por escritura pública no admite modalidad y es irrevocable (artículo 395). Empero es susceptible de acción judicial de nulidad, si se cuestiona la autenticidad de la firma puesta en dicho instrumento por el padre que presuntamente reconoció. En ese caso, la prueba de cotejo de documentos escritos respecto de la firma y letra, debe hacerse indudablemente con el instrumento original de los señalados en el artículo 257 del Código Procesal Civil siguiéndose rigurosamente el orden indicado en este precepto de manejar que sólo a falta de los instrumentos públicos señalados en este precepto legal, se recurrirá a otros documentos privados idóneos.

Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición deba ser ordenada por el juzgado, disponiéndose de ser necesario, los apremios de ley.

El cumplimiento de este precepto legal es imperativo por su naturaleza procesal (artículo IX del Título Preliminar).

El cotejo no puede llevarse a cabo con prescindencia de la norma procesal citada y menos empleándose como única base de comparación la fotocopia de una Libreta Electoral porque atenta contra el debido proceso.

Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción del juez, en decisión motivada e inimpugnable, debe ordenar de oficio las pruebas adicionales que considere necesarias (artículos 51 inciso 2° y 194 del Código Procesal Civil).

Son principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículos 139 inciso 3° de la Constitución Política).

Que encontrándose la escritura pública de reconocimiento de paternidad en el Archivo Departamental del Cusco, debe ordenarse su exhibición a fin de que otros peritos practiquen su examen y cotejando con firmas puestas en documentos originales coetáneos emitan un informe sustentado.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el juez deberá atender a que la finalidad correcta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre,

ambos con relevancia jurídica, haciendo efectiva los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

El recurso de casación resulta fundado cuando las denuncias que la sustentan satisfacen el requisito exigido por el numeral dos punto tres del inciso segundo del artículo 388 del Código Procesal Civil, por lo que resulta aplicable el artículo 393 del mismo cuerpo legal.

Tales denuncias en el presente caso, inciden sobre la actuación del peritaje de cotejo empleándose fotocopias del testimonio de escritura pública de reconocimiento de paternidad y de la libreta electoral, debiendo haberse ordenado de oficio por el juez la actuación de medios probatorios adicionales para formar convicción.

### **Concordancias:**

Código Civil: artículos 387, 390 y 664.

Constitución Política: artículos 138 inciso 3°.

Código Procesal Civil: artículos 51, inc. 2°, 194, 257, 266 y 388 N° 2.3 inciso 2°.

### **Antecedentes:**

Doña Dora Lorenza Casafranca interpone demanda contra doña Laura Paredes viuda de Casafranca y otros, sobre petición de herencia y cobro de frutos. Corrido traslado, la parte demandada las niega y reconviene para que sea declarada la nulidad y falsedad de la escritura pública de reconocimiento de paternidad extramatrimonial y del acto jurídico que contiene, así como el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

La sentencia de Primera Instancia declaró infundada la reconvenición respecto al pago indemnizatorio e infundada la demanda. Fundada la reconvenición en cuanto a la nulidad de la escritura pública de reconocimiento de paternidad extramatrimonial y el auto jurídico que contiene.

La sentencia de vista la confirmó íntegramente. Interpuesto recurso de casación por la demandante, la Corte Suprema en casación declaró fundada la casación y en consecuencia, nula la sentencia de vista, e insubsistente la apelada y nulo el dictamen pericial grafotécnico; ordenaron que el juez de la causa expida nuevo fallo previo informe pericial actuado en la forma indicada en la parte considerativa de esta resolución.

**CAUSA N° 1256-95**

Dte : Dora Lorenza Casafranca

Ddo : Laura Paredes Vda. De Casafranca y otros

Sobre: Petición de herencia

**SENTENCIA**

Cusco, veintidós de octubre de mil novecientos noventa y siete.

**VISTOS;** resulta de autos; Que a fojas [...] doña Lorenza Casafranca Olarte, interpone demanda, en contra de Laura Paredes viuda de Casafranca y María Dolores Casafranca Paredes, sobre petición de herencia y cobro de frutos[...] y naturales, con los fundamentos que contiene la misma, desempeñando como anexos y pruebas los instrumentales que corren a fojas uno y ocho; admitida que fue por resolución de fojas dieciséis, las emplazadas son notificadas legalmente en virtud de ello a fojas veintiocho se apersonan y demandan reconventionalmente la acción de nulidad y falsedad de la escritura pública de reconocimiento de paternidad ilegítima y el acto jurídico que contiene, así como la indemnización de daños y perjuicios, a fojas cincuentiocho se dicta el auto de saneamiento; a fojas setentidós se realiza la audiencia de conciliación, continuada a fojas setenticinco, al no producirse la conciliación a fojas ochenta, continuada a fojas ciento diecisiete, ciento veinte, ciento cincuentiuno, ciento sesentidós y ciento sesentitrés, se realizan la actuación de pruebas, acto en el que se actúan las pruebas ofrecidas por las partes, y al término del mismo se dispone que los autos se pongan en mesa para dictar la sentencia correspondiente que se emite en la fecha.

**CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que en una controversia judicial, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice, alegando nuevos hechos, conforme establece el artículo 196 del Código Procesal Civil, consecuentemente el que alega un hecho debe probar su versión con pruebas idóneas e indubitables a efecto de producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, como indica el artículo 188 del mismo Código Adjetivo; por otra parte todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, que en doctrina se denomina el sistema de valoración de las pruebas de la «sana crítica». Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determi-

nantes que sustentan su decisión.- **SEGUNDO:** Que de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo, cuando falta la manifestación de voluntad del agente. Por tanto, sin manifestación voluntaria del agente, como expresión de su voluntad no puede haber acto jurídico válido; que en tal entender, el reconocimiento de paternidad ilegítima mediante escritura pública, cuyo testimonio corre a fojas seis y siguientes, presentado por la actora, de acuerdo a la versión vertida por las demandadas en el fundamento de la demanda reconvenicional de fojas veintiocho, dizque, es nula en razón de que en el referido acto jurídico Domingo Casafranca Lovatón no ha firmado, sino la actora que ha falsificado dicho documento y la firma del supuesto otorgante; cuya versión se halla plenamente acreditada con el dictamen pericial evacuado por los peritos grafólogos nombrados por el Juzgado Gialberto Aragón Caller y Antonio Paredes Baca, de fojas cuarentitrés, se rectifica de fojas noventitrés al noventicinco, quienes en las conclusiones de dicho peritaje, afirman, en el sentido de que: «la firma que aparece a fojas ocho (instrumento de reconocimiento) no corresponde al puño gráfico del señor Domingo Casafranca Lovatón, [...] pueda servir de comparación porque el señor Casafranca, en sus firmas auténticas en forma detallada y con letra cursiva, en consecuencia ha sido burdamente falsificado»; cuyo dictamen pericial, en la audiencia de actuación de fojas ciento cincuentiuno, han sido aclarados por los mismos peritos a raíz de la observación de las partes, en el sentido de que el peritaje se ha cumplido de acuerdo al mandato Judicial. Por otra parte, la parte actora al observar a dicho peritaje en el acto de la audiencia de pruebas de fojas ciento veinte, no se refiere en forma concreta a los aspectos de por qué la firma es del otorgante, tampoco alude sobre algún aspecto de duda o imparcialidad del referido dictamen, sino simplemente que el referido peritaje se ha realizado sólo con fotocopia del documento cuestionado y no con los originales. Siendo así que dicha parte tenía la obligación de presentar los originales, porque en él recae la carga de la prueba, en el transcurso del proceso no ha presentado el original de dicho instrumento.- **TERCERO:** Que por otra parte, en el transcurso del proceso la actora no ha presentado el original del testimonio de la escritura de reconocimiento de paternidad que corre a fojas seis y siguientes, no obstante que de acuerdo al artículo ciento noventiséis del Código Procesal Civil, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión; que por tanto la simple copia fotostática presentada por dicha actora de la referida Escritura de reconocimiento de paternidad no es idónea, tanto mas la copia de copia como es la copia fotostática en referencia, no es prueba suficiente como recomienda la Corte Suprema mediante circular N° A-10 de 1970; en tales condi-

ciones deviene fundada la acción reconvenicional de nulidad y falsedad de la Escritura Pública de reconocimiento de Paternidad Ilegítima y acto Jurídico que contiene; tanto mas, la actora no ha enervado en forma alguna a las conclusiones del Dictamen Pericial en referencia. **CUARTO:** Que por los fundamentos expuestos en los considerandos segundo y tercero de la presente sentencia devienen en infundadas las demandas con las pretensiones de petición de herencia y cobro de frutos civiles y naturales, que por consiguiente se deben declarar infundadas en aplicación al artículo doscientos del Código Procesal Civil. **QUINTO:** Que las declaraciones de parte dipuestas en el acto de la Audiencia de Pruebas no prueban nada en razón de ser negativas, por tanto no contribuyen mayormente para las resultas del proceso. **SEXTO:** Que la acción reconvenicional de indemnización de daños y perjuicios no se halla acreditado suficientemente con ninguna prueba idónea.

Por estos fundamentos y Administrando Justicia a Nombre de la Nación; **FALLO: DECLARANDO INFUNDADA LA ACCION RECONVENICIONAL DE INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS; INFUNDADA LA DEMANDA DE FOJAS NUEVE** interpuesta por Dora Lorenza Casafranca Olarte, en contra de Laura Paredes viuda de Casafranca y María Dolores Casafranca Paredes, sobre Petición de Herencia y cobro de frutos civiles y naturales; **FUNDADA** la Demanda reconvenicional interpuesta por las demandadas en contra de la actora sobre Nulidad y Falsedad de la Escritura Pública de Reconocimiento de Paternidad Ilegítima y el Acto Jurídico que contiene, **EN TAL VIRTUD: DECLARO NULO** la Escritura Pública de Reconocimiento de Paternidad Ilegítima de fecha dieciocho de marzo de mil novecientos sesentiséis otorgado por Domingo Casafranca Lovatón, cuyo testimonio en fotocopia corre a fojas seis y siguientes del presente proceso. T.R. y H. S.

### CAS N° 524-97

Cusco, veintinueve de enero de mil novecientos noventaiocho.

#### RES. N° 38

**VISTOS:** con lo informado por el Abogado Doctor Raúl Rojas por los fundamentos que contiene la resolución materia de grado: **CONSIDERANDO ADEMÁS:** Que el peritaje corriente a fojas noventitrés y puesto en conocimiento de las partes a fojas noventiséis con el que fue notificado a fojas noventisiete la parte actora el catorce de noviembre de mil novecientos

noventa y seis; dicho peritaje no ha sido materia de observación alguna dentro del término de ley por la demandante conforme establece el artículo 266 segundo párrafo del Código Procesal Civil. De otro lado de conformidad al artículo 21 del Código Civil, al hijo extramatrimonial le corresponde el apellido del progenitor que lo haya reconocido, lo que en el presente caso no ha sucedido por lo que no habiendo acreditado la parte actora sus pretensiones en forma fehaciente conforme dispone el artículo 196 del Código Procesal Civil: **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas doscientos cuatro de fecha veintidós de octubre de mil novecientos noventa y siete que declara infundada la acción reconvencional de Indemnización de Daños y Perjuicios, infundada la demanda de fojas nueve interpuesta por Dora Lorenza Casafranca Olarte contra Laura Paredes Viuda de Casafranca y María Dolores Casafranca Paredes sobre Petición de Herencia y cobro de frutos civiles y naturales; **FUNDADA** la demanda reconvencional interpuesta por las demandadas contra la actora sobre Nulidad; Falsedad de Escritura Pública de Reconocimiento de Paternidad Ilegítima y el acto jurídico que contienen, declararon nula la Escritura Pública de reconocimiento de paternidad ilegítima de fecha dieciocho de marzo de mil novecientos sesentiséis otorgado por Domingo Casafranca Lovatón y los devolvieron. H. S.

S.S.

OLIVARES SOLÍS-QUISPE ÁLVAREZ-ORTEGA MATEO

CAS N° 867-98

CUSCO

Lima, diez de diciembre de  
mil novecientos noventa y ocho

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la causa vista en audiencia pública en la fecha, emite la siguiente sentencia; con el acompañado:

#### 1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por don Narciso Terrazas Olarte apoderado de doña Dora Lorenza Casafranca Olarte mediante escrito de fojas doscientos cuarenta, contra la resolución de vista de fojas doscientos

treinticuatro, su fecha veintinueve de enero de mil novecientos noventa y ocho, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que confirmando la sentencia apelada de fojas doscientos cuatro, su fecha veintidós de octubre de mil novecientos noventa y siete, declara infundada la acción reconvenzional de indemnización por daños y perjuicios; infundada la demanda de fojas nueve sobre petición de herencia y otro concepto; y fundada la demanda reconvenzional interpuesta por las demandadas contra la actora sobre nulidad y falsedad de la escritura pública de reconocimiento de paternidad ilegítima y otro concepto; con lo demás que contiene.

## 2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

El recurrente funda su recurso en el inciso tercero del artículo trescientos ochentis y seis del Código Procesal Civil, denunciando que se ha incurrido en las causales de contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso y en la infracción de las formas esenciales para la validez y eficacia de los actores procesales, alegando que: a) con la actuación del peritaje en el que se basa la sentencia, se han infringido los artículos ciento noventa y cuatro y cincuenta y uno inciso segundo del Código Adjetivo, ya que debió ordenarse de oficio la actuación de medios probatorios adicionales para formar convicción respecto de la pretensión; b) la falta de idoneidad del peritaje al haberse realizado con la copia fotostática de la libreta electoral del causante.

## 3. CONSIDERANDO:

**PRIMERO.-** Que, concedido el recurso de casación a fojas doscientos cuarenta y cuatro, fue declarado procedente por la causal invocada por resolución del primero de junio del año en curso.

**SEGUNDO.-** Que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el Juez deberá atender a que la finalidad correcta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

**TERCERO.-** Que, la recurrente señala que las instancias de mérito han incurrido en infracción esencial al darle validez al dictamen pericial que se practicara sobre fotocopias del testimonio de escritura pública de paternidad y de la libreta electoral, determinando «una burda falsificación de la firma del causante».

**CUARTO.**- Que, en el tercer considerando de la sentencia apelada cuyos fundamentos reproduce la resolución de vista, el *A-quo* ha determinado que la recurrente incumplió con presentar el original del testimonio de la escritura pública de reconocimiento de paternidad que obra a fojas seis, incurriendo en error de concepto, ya que una cosa es la escritura pública que se extiende en el Registro Notarial o protocolo y otra la copia certificada de esa escritura que se denomina testimonio notarial.

**QUINTO.**- Que, las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley.

**SEXTO.**- Que, el artículo ciento noventicuatro del Código Adjetivo establece que cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente.

**SÉTIMO.**- Que, encontrándose la escritura pública de reconocimiento de paternidad en el Archivo Departamental del Cusco, debe ordenarse su exhibición a fin de que otros peritos practiquen su examen y cotejando con firmas puestas en documentos originales coetáneos, emitan un informe sustentado.

#### 4. SENTENCIA:

Que estando a las consideraciones precedentes, es de aplicación lo dispuesto en el rubro dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos noventitrés del Código Procesal Civil, declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos cuarenta, por don Narciso Terrazas Olarte, en representación de doña Dora Lorenza Casafranca Olarte; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas doscientos treinticuatro, su fecha veintinueve de enero próximo pasado, e **INSUBSISTENTE** la apelada de fojas doscientos cuatro, su fecha veintidós de octubre de mil novecientos noventa y siete, y **NULO** el dictamen pericial grafotécnico obrante a fojas noventitrés; **ORDENARON** que el Juez de la causa expida nuevo fallo previo informe pericial actuado en la forma indicada en la parte considerativa de esta resolución; **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial «El peruano», bajo responsabilidad; en los seguidos con doña Laura Paredes viuda de Casafranca y otra, sobre petición de herencia y otros conceptos; y los devolvieron.

SS. PANTOJA-IBERICO-SÁNCHEZ-PALACIOS-CASTILLO L.R.S.-  
CELIS

## CASO N° 07

### CAS. N° 455-98 TACNA

#### Sumilla del autor:

Cuando dentro de un proceso judicial se deduzca la nulidad por vicios en la notificación, ésta se convalida si el litigante destinatario procede en el juicio de manera que ponga de manifiesto haber tomado oportuno conocimiento del contenido de la resolución (artículo 172 Código Procesal Civil).

Dentro de un procedimiento judicial sobre petición de herencia, que es una acción de naturaleza real, procede demandarse también la declaración de herederos, si habiéndose pronunciado anteriormente declaración judicial de herederos, se considera que con ella han sido preteridos los derechos del accionante. En tal caso esta acción personal resulta acumulada a la anterior por razón de conexidad.

En la acción petitoria de herencia no se prueba el derecho de propiedad respecto de los bienes hereditarios que se reclama. Sólo se probará la vocación hereditaria de quien acciona. Esta se justifica porque siendo también el demandado poseedor de los bienes hereditarios reclamados por alguien que invoque también su título sucesorio proveniente del mismo causante, lo único que se discute es si el título sucesorio del demandante le da mejor derecho que el del demandado para excluirlo de su posesión o si el título sucesorio del demandado le confiere igual derecho que el del demandante para compartirla. No se discute el derecho de propiedad; no se contravierte el origen de la herencia. Por consiguiente y si de acuerdo con el principio establecido en el artículo 196 del Código Procesal Civil sólo se ha de probar dentro de un proceso los hechos controvertidos, obvio resulta concluir pues que en la petición de herencia sólo se acreditará el título sucesorio. En cambio, en la acción reivindicatoria es indispensable probar el derecho de propiedad respecto de los bienes concretos materia de la acción.

Si en un proceso se declara fundada la demanda de contradicción de desheredación que puede interponer el propio heredero afectado después de muerto el testador, es menester que aquél solicite posteriormente, la declara-

ción judicial de heredero para que tenga el título, hereditario indispensable para poder ejercitar sus correspondientes derechos como el de la petición de herencia, o la división y partición de herencia.

La representación sucesoria tiene su fundamento en la ley y se da cuando alguno de los llamados a heredar al causante, fallece antes que éste, o por renuncia o por exclusión por indignidad o también por desheredación (cuando se trata de herederos forzosos) situaciones en que son llamados los descendientes de aquél (cuando se trata de la línea recta) o los hijos del hermano incurso en alguna de las situaciones expuestas (cuando se trata de la línea colateral) para que por estirpe reciban la cuota que al heredero originario le habría correspondido.

La representación sucesoria en línea recta descendente opera en forma ilimitada, tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.

La representación sucesoria en línea colateral opera limitadamente hasta los hijos del hermano del causante, cuando ha premuerto o ha renunciado o ha sido declarado indigno. Nunca por desheredación porque los hermanos del causante no son considerados herederos forzosos (artículos 724, 725, 726 y 742 del Código Civil).

La representación sucesoria en línea colateral se aplica siempre en la sucesión intestada. Pero eventualmente en la sucesión testamentaria siempre que el testador no haya ejercitado el derecho de sustitución (artículos 685 y 740 del Código Civil).

### **Concordancias:**

Código Civil: artículos 664, 681, 683, 816, 817, 828 y 829.

Código Procesal Civil: artículos 172, 387, 388 y 391.

### **Antecedentes:**

Don Juan Huber Roldán demanda a don Esteban R. Manrique y otros, sobre petición de herencia y declaración de heredero, respecto del causante Rvdo. Padre don Víctor Manrique Poma fallecido en un accidente aéreo de la Compañía de Aviación Faucett en la ciudad de Arequipa en fecha 29 de febrero de 1996. Afirma que los derechos hereditarios de su difunta madre doña María Domitila Vargas Poma como hermana del causante fueron preteridos correspondiéndole heredar al tío en representación de su madre. La parte demandada niega el derecho del demandante porque —sostiene— no ha acreditado el correspondiente entroncamiento familiar.

La sentencia de Primera Instancia y la de vista declaran fundada la demanda.

El recurso de casación es declarado inadmisibles y nulo el concesorio por no haber cumplido el recurrente con abonar el pago de la tasa judicial correspondiente como exige el artículo 387 del Código Procesal Civil.

### **EXP. N° 946-96**

Demandante: Juan Huber Roldán Vargas

Demandado : Esteban Rodolfo Manrique Poma y otros

Materia : Petición de herencia y otro

Secretario : Dra. Norah Traverso

## **SENTENCIA**

### **RES. N° 16**

Tacna, dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y siete

**VISTOS:** Aparece de autos a fojas diez, Juan Huber Roldán Vargas, invocando el artículo 664, 829 y 828, pertinentes del Código Civil y artículos 178, 45 y pertinentes del Código Procesal Civil, demanda a Esteban Rodolfo Manrique Pamo, Rosa Zoila Manrique Pamo, Elizabeth Jovita y Rocío Juana Manrique Ayala, ésta última menor de edad, por lo que en su representación demanda su madre Gervacia Jesús Ayala Alfaro, sobre petición de herencia y declaración de heredero, sosteniendo: Que con fecha veintinueve de febrero de mil novecientos noventa y seis, falleció su tío el Reverendo Padre don Víctor Manrique Pamo, en un accidente aéreo de la Compañía de Aviación Faucett, en la ciudad de Arequipa, dicho tío era hermano por parte de madre de su fallecida madre doña María Domitila Vargas Pamo, que al fallecimiento de su referido tío, sus hermanos por parte de madre y padre, es decir los dos primeros demandados, acudieron al Segundo Juzgado Civil de Tacna, Secretaria Laura, y solicitaron se les declare herederos, preterieron los derechos hereditarios del recurrente, que debió ser también declarado heredero en representación de su fallecida madre, igualmente se preterieron los derechos hereditarios de otro de los hermanos, Juan Manrique Pamo (fallecido) y que en su representación debieron solicitar que sus hijos los demandados Elizabeth Jovita y Rosario Juana Manrique Ayala, sean declaradas herederas y que al

enterarse a tiempo de dicho proceso, reclamaron sus derechos, y el Juzgado a través de la correspondiente sentencia, declaró herederos del ausente a los cuatro demandados a excepción del recurrente, que nadie mencionó su derecho, no obstante el claro y reconocido parentesco, que más pudo la ambición a poseer los bienes que dejó su tío, antes del respeto al derecho de su condición de parientes, que entre los bienes que conoce ha dejado el causante están los siguientes: un inmueble de cinco mil metros cuadrados ubicado en el Pago Copanique del Distrito de Pocollay, de la Provincia de Tacna, un colegio de primaria y secundaria denominado Corazón de Jesús, un Instituto Tecnológico denominado Ibero Americano, Instituciones que funcionan en el inmueble referido, otro inmueble denominado El Pacay de dos mil ciento ochentiocho metros cuadrados, situado en la Provincia de Tacna, bienes muebles en cantidad de toda forma y clase, que forman el mobiliario escolar, entre otros bienes que por el momento desconoce y su condición actual no le permite investigar legalmente; que el causante ha dejado ciertos derechos expectaticios para los herederos, como es obviamente la indemnización por daños y perjuicios que deberá cubrir la Compañía de Aviación Faucett, por ser la única y absoluta responsable del accidente aéreo, que como único hijo y heredero de su fallecida madre (hermana por parte de madre del causante) y en su representación, le corresponde ser uno de sus herederos, cuyo derecho sucesorio será de proporción y grado de parentesco de su madre con el causante; que corrido traslado de la demanda, a fojas cuarenta contesta la demanda Rosa Zoila Manrique Pamo, sosteniendo: Que uno de los requisitos para que proceda la acción de petición de herencia es que el demandante acredite el entroncamiento familiar de su finada madre María Domitila Pamo Vargas, a quién representa en la línea colateral según su petición, con la sucesión del causante Reverendo Padre Víctor Manrique Pamo, quien falleció el veintinueve de febrero de mil novecientos noventiséis en la ciudad de Arequipa, que en la partida de bautismo de María Domitila Vargas Pamo, no aparece reconocida ni por su madre ni por su padre, no acreditando la filiación ilegítima con Juana de Dios Pamo Baldárraga, que la partida de bautismo de la abuela del demandante correspondiente a doña Juana de Dios Pamo Baldárraga celebrada el ocho de marzo de mil novecientos dos, para que surtan efectos legales de una partida de nacimiento, tiene que estar legalizada por el Notario Eclesiástico, por lo que impugna el valor probatorio de dicha partida de Bautismo pertenecientes a María Domitila Vargas Pamo y Juana de Dios Pamo Baldárraga, por carecer de requisitos y formalidades representativas a hechos ocurridos antes de la vigencia del Código Civil de mil novecientos treintiséis, por lo que la partida de bautismo correspondiente a la madre del demandante María Domitila Vargas Pamo, corre en cali-

dad de prueba instrumental, que no existe ningún entroncamiento entre María Domitila Vargas Pamo con la madre del causante Juana de Dios Pamo Baldarraga, en consecuencia menos se acredita la filiación colateral con su finado hermano Víctor Manrique Pamo, por lo que la demanda debe ser declarada infundada; fojas cincuentitrés corre la Resolución que declara rebelde al demandado Rodolfo Manrique Pamo; a fojas sesentitrés corre la Resolución que declara saneado el proceso; a fojas ochentisiete corre el Acta de la Audiencia de Conciliación, a fojas noventitrés corre el Acta de la Audiencia de Pruebas; que cumplida con la tramitación correspondiente a la naturaleza de la causa, su estado es el de expedirse sentencia; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que teniéndose a la vista el expediente número trescientos catorce noventiséis, seguido por Rosa Manrique Pamo y otro sobre sucesión intestada de Víctor Manrique Pamo, fallecido en la ciudad de Arequipa, el veintinueve de febrero de mil novecientos noventiséis, a fojas cincuentitrés corre la sentencia inserta en el acta de la Audiencia de Actuación y Declaración Judicial, recaída en dicho proceso, que declara como únicos herederos a Rosa Zoila Manrique Pamo, Esteban Rodolfo Manrique Pamo, Elizabeth Jovita Manrique Ayala y Rocío Juana Manrique Ayala. A fojas cuatro del expediente acompañado corre la partida de defunción de Víctor Manrique Pamo, fallecido en Arequipa el veintinueve de febrero de mil novecientos noventiséis, siendo sus padres Francisco Manrique Maldonado y Juana Pamo Baldarrago; **SEGUNDO:** Que el artículo 664 del Código Procesal Civil establece que el derecho de petición de herencia, corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen y se dirige contra quien lo posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él, así mismo señala que a esta pretensión puede acumularse la de declarar heredero al peticionante, si habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos se han preterido sus derechos; **TERCERO:** Que a fojas cuarentiocho corre la partida de Bautizo de María Domitila Vargas Pamo, nacida en Arequipa el seis de mayo de mil novecientos veintiséis, siendo sus padres Baltazar M. Vargas y Juana de Dios Pamo Baldarrago. De lo actuado se puede establecer que el causante Víctor Manrique Pamo y Juana de Dios Pamo Baldarrago (madre del demandante), eran medios hermanos, por el lado materno; **CUARTO:** A fojas cuarentisiete corre la partida de Bautismo de Juana de Dios Pamo Baldarrago, nacida en Umate el cinco de marzo de mil novecientos dos, siendo sus padres Florencia Pamo y Baltazar Baldarrago; **QUINTO:** Que a fojas seis, corre copia certificada de la sentencia recaída en el proceso tramitado por ante el Juzgado Mixto Especializado en lo Civil de la Provincia General Sánchez Cerro Omate, en el expediente número cinco noventiséis, seguido por Juan Huber

Roldán Vargas, sobre sucesión intestada, en cuyo fallo se declara el fallecimiento intestado de doña María Domitila Vargas Pamo, ocurrido el diez de enero de mil novecientos ochentiseis y por su heredero a Juan Huber Roldán Vargas: Con este documento el recurrente acredita su condición de heredero de María Domitila Vargas Pamo, quien fuera media hermana por el lado materno, del causante Víctor Manrique Pamo; **SEXTO**: Que el artículo 681 del Código Civil, establece que por la representación sucesoria, los descendientes tienen derecho de entrar en lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a este correspondería si viviese, asimismo el artículo 683 del Código Civil establece que en la línea colateral sólo hay representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes, los hijos de los hermanos premuertos, que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el artículo 681; **SÉTIMO**: Que el artículo 2015 del Código Civil establece que las partidas de los Registros Parroquiales, referentes a los hechos realizados antes del catorce de noviembre de mil novecientos treintiséis, conserva la eficacia que les atribuyen las leyes anteriores; **OCTAVO**: Que la nulidad de actuados, deducido a fojas noventicuatro por Esteban Rodolfo Manrique Pamo, se debe declarar infundada, ya que la declaratoria de herederos del presente proceso, supone la existencia de otro tramitado por la vía no contenciosa con anterioridad y en que se han declarado herederos, con preterición, del que demanda paulativamente la petición de herencia y declaración de heredero, tramitándose este proceso en la vía de conocimiento en contra de los que ya han sido declarados herederos, no siendo necesario efectuar publicaciones; **NOVENO**: Por estas consideraciones y de conformidad con lo establecido por los artículos 816 y 817 del Código Civil, juzgando con criterio legal y de conciencia y administrando justicia a nombre de la Nación, **FALLO**: Declarando infundada la nulidad de actuados deducida por Esteban Rodolfo Manrique Pamo a fojas noventicuatro; y, fundada la demanda de fojas diez interpuesta por Juan Huber Roldán Vargas, en contra de Esteban Rodolfo Manrique Pamo, Rosa Zoila Manrique Pamo, Elizabeth Jovita y Rocío Juana Manrique Pamo, sobre acción petitoria de herencia y declaratoria de heredero; en consecuencia, se declara que el demandante Juan Huber Roldán Vargas, también es heredero de don Víctor Manrique Pamo, en representación colateral de su madre premuerta María Domitila Vargas Pamo, teniendo derecho a concurrir, con los otros herederos declarados en el proceso de sucesión intestada, expediente número trescientos catorce-noventiseis, o sea Rosa Zoila Manrique Pamo, Esteban Rodolfo Manrique Pamo, Elizabeth Jovita Manrique Ayala y Rocío Juana Manrique Ayala, en los bienes pertenecientes a la sucesión de don Víctor Pamo Manrique. Dispongo que una vez quede consentida

y ejecutoriada la presente, se cursen partes dobles y oficio a la SUNAT para los fines de Ley. Con costas y costos a cargo de la parte vencida. TR. y MS.

## RES. N° 21

### EXP. N° 842-97 2ICT 2

Tacna, doce de diciembre de mil novecientos noventa y siete

**VISTOS:** Interviniendo como Vocal Ponente el señor Granados Maldonado con el acompañado pertinente: por los fundamentos de la resolución, manera de apelación y **CONSIDERANDO** además que el demandante Juan Huber Roldán Vargas en representación de su fallecida madre María Domitila Vargas Pamo solicita petición de Herencia y Declaratoria de Herederos por cuanto considera que se han preterido los derechos hereditarios que ostentaba su señora madre, que dicha acción esta amparada por el artículo 664 del Código Civil, precisamente ésta lesiona a sus pretensiones pues por definición legal es aquella que le corresponde al heredero que no posee en todo o en parte a título sucesorio para excluirlo o para concurrir con el que conforme se persuade de autos doña María Domitila Vargas Pamo queda incluida dentro del parentesco con el también fallecido Víctor Manrique Pamo, lo que se puede corroborar con las partidas de fojas cinco y seis, que obran en el expediente acompañado número trescientos cuarentis y seis guión noventa y seis sobre sucesión intestada, así como con la instrumental de fojas ocho y cuarentis y seis del presente expediente; que si bien cuestiona la legitimidad del mismo, éste seguirá surtiendo todos sus efectos, mientras judicialmente no se haya declarado lo contrario; que asimismo las nulidades que se invoquen en un proceso como la efectuada por el demandado a fojas noventa y cuatro, debió plantearse dentro de los términos permitidos por la ley, conforme así lo determina el artículo 172 del Código Procesal Civil y asimismo acreditar en forma debida encontrarse perjudicado con algún acto procesal; que asimismo el artículo 816 del Código Civil establece el orden para heredar, y en ese orden corresponde al accionante reclamar el derecho invocado, que por la representación sucesoria prevista en el artículo 681 del Código Civil y representación en línea colateral prevista en el artículo 683 del acotado, debe ampararse los derechos invocados por el accionante, y al no haberse desvirtuado los fundamentos de la recurrida; en armonía con el artículo 40 del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **CONFIRMARON** la sentencia de

fojas ciento dieciocho a ciento veinticuatro, su fecha dieciséis de setiembre del año en curso, que declara infundada la nulidad de actuados deducida por Esteban Rodolfo Manrique Pamo a fojas noventicuatro y que declara fundada la demanda diez interpuesta por Juan Huber Roldán Vargas en contra de Esteban Rodolfo Manrique Pamo, y otros sobre Acción Petitoria de Herencia y Declaratoria de Herederos con lo demás que contiene interviniendo el señor Loza por encontrarse el señor González en curso de capacitación; y los devolvieron.

SS

PERALTA A.-LOZA A.-GRANADOS M.

### CAS. N° 455-98 TACNA

Lima, veintiuno de abril de mil novecientos noventaiocho.-

**VISTOS;** con el acompañado y **CONSIDERANDO:** 1º) A que, para la admisibilidad del recurso de casación la recurrente debe cumplir con los requisitos de forma, establecidos en el artículo trescientos ochentisiete del Código Procesal Civil; 2º) Que, entre esos requisitos está el pago de la tasa judicial correspondiente, que es de quinientos veinte nuevos soles, establecido en la Resolución Administrativa del Poder Judicial número trescientos noventiséis guión noventisiete, su fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos noventisiete; 3º) Que, la impugnante no ha abonado dicha cantidad, por lo que de conformidad con el artículo trescientos noventiuno del Código Procesal Civil, declararon **NULO** el concesorio de fojas ciento sesentidós, su fecha seis de enero del año en curso, e **INADMISIBLE** el recurso de su propósito; en los seguidos por Juan Huber Roldán Vargas con Rosa Zoila Manrique Pamo y otros, sobre petición de herencia y otro concepto; **CONDENARON** a la recurrente al pago de una multa de tres Unidades de Referencia Procesal así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; y los devolvieron.

SS.

PANTOJA-IBERICO-ORTIZ-SÁNCHEZ PALACIOS-CASTILLO L.R.S.

**CASO N° 08****CAS. N° 295-98 UCAYALI****Sumilla del autor:**

Nuestro ordenamiento jurídico considera como herederos del primer orden a los hijos y demás descendientes, así cuando un hijo extramatrimonial, ha sido reconocido voluntariamente o declarado judicialmente, tiene derecho a concurrir a la herencia dejada por el causante en la misma proporción que el hijo o hijos dejados por aquél.

La nulidad de cosa juzgada fraudulenta es un medio extraordinario de impugnación, pues su admisión es posible ante determinados supuestos, esto es, cuando el proceso impugnado se ha seguido con fraude o colusión, afectando el derecho a un debido proceso.

La garantía del debido proceso, esencialmente, está constituida en la posibilidad de aducir una defensa, de producir prueba y de ser sentenciado mediante un fallo emanado por un órgano jurisdiccional.

**Concordancias:**

Constitución Política del Estado artículo 139

Código Civil: artículos 815, 816, 818 y 664.

Código Procesal Civil: artículos VII del TP, 178, 388, 392, 475 y 200.

**Antecedentes:**

Zoila Rosa Pinedo Musac demanda a su hermana Juana Aglair de Pinto Musac, solicitando se le incluya como heredera en la Sucesión Hereditaria de la causante, su fallecida madre, doña Clotilde Musac Córdova. Sustenta que su madre convivió con su padre Carlos Ricardo Pinedo Acosta y fruto de esta relación ella nació el 22 de enero de 1944, mientras que su hermana la demandada nació el año 1956 de la unión convivencial de su madre con Juan De Pinto Ruiz.

Señala que su hermana ha sido declarada heredera única y universal en el proceso de declaratoria de herederos seguido por aquélla. Que ante esto, refiere la actora que inició un proceso de filiación o declaración judicial de maternidad extramatrimonial, el cual le ha sido favorable en todas las instancias.

La demandada reconviene la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, a fin de que se declaren nulas las sentencias dictadas en el proceso de declaración judicial de maternidad extramatrimonial seguido por la actora contra ella.

En primera instancia se expide la sentencia el 19 de agosto de 1997, declarándose infundada la reconvencción al considerar que no se aprecia que en el proceso cuestionado, se hayan cometido vicios que enerven su mérito probatorio; y declara fundada la demanda; declara heredera de Clotilde Musac Córdova, a su hija Zoila Rosa Pinedo Musac, quien concurrirá a título sucesorio con Juana Aglair De Pinto Musac, sobre los bienes de la masa hereditaria.

La sentencia de vista del 19 de diciembre de 1997, confirma la apelada. Señala que en el proceso de filiación extramatrimonial cuestionado por la demandada, no se advierte transgresión de normas procesales que se consideren violaciones al debido proceso, ya que la parte que se estima afectada tuvo oportunidad, y así lo hizo, de ejercer su derecho.

Interpuesto recurso de casación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia por resolución del 13 de abril de 1998 declaró improcedente dicho recurso al considerar que se pretende recurrir con respecto a lo actuado en el proceso cuestionado por la reconvencción mediante la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, no versando su denuncia casatoria sobre lo que es materia del presente proceso; y porque la denuncia de carencia de motivación jurídica en las sentencias expedidas es un cargo inexistente, al señalar que si han sido adecuadamente fundamentadas.

### **EXP. N° 06-96**

Demandante: Zoila Rosa Pinedo Musac

Demandado : Juana Aglair De Pinto Musac

Materia : Inclusión En Sucesión Hereditaria

Secretario : R. Cahuas

### **RES. N° 16**

Pucallpa, diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete.-

**VISTOS**, con los seguidos entre las mismas partes sobre declaración judicial de filiación extramatrimonial, Secretario Renzo Puyén Rivera, y los seguidos por Juana Aglair de Pinto Musac, con el Ministerio Público, sobre sucesión intestada, los que se devolverán; resulta de autos que por escrito de fojas sesentiuno, doña Zoila Rosa Pinedo Musac, en vía de proceso de

conocimiento y al amparo de lo dispuesto por el artículo cuatrocientos setenticinco y siguientes del Código Procesal Civil, interpone demanda, dirigiéndola contra Juana Aglair De Pinto Musac a efecto de que se le incluya como heredera en la sucesión hereditaria de la que en vida fue su señora madre Clotilde Musac Córdova, quien contrajo matrimonio civil con don Víctor Raúl González Vega, el veintiocho de setiembre de mil novecientos cuarentiuno, con quién no hizo vida conyugal, ya que por ciertas incompatibilidades, ni bien se casaron cada uno regresó al domicilio de sus padres separándose de esta manera de hecho y con fecha treinta de diciembre de mil novecientos setenta se dio la disolución del vínculo matrimonial, haciéndose presente que con Víctor Raúl González Vega su señora madre no concibió hijo alguno, ni tuvieron bienes comunes, luego su madre convivió con su padre don Carlos Ricardo Pinedo Acosta; fruto de esta relación nació el veintidós de enero de mil novecientos cuarenticuatro, para vivir con su padre todo el tiempo de su existencia; En mil novecientos cincuentidós su madre se reúne con don Juan De Pinto Ruiz, de cuya unión nace su hermana Juana Aglair De Pinto Musac el año de mil novecientos cincuentiséis, quién fue declarada como única y universal heredera de su señora madre mediante sentencia expedida en el expediente número setecientos treintitrés guión noventiuno sobre declaratoria de herederos, en el cual se le excluye injustamente, por lo que inició acción de filiación declaración judicial de maternidad extramatrimonial, siéndole favorable en todas las instancias judiciales; que al haberse reconocido como hija de su madre Clotilde Musac Córdova solicitó que se le incluya como heredera de la sucesión hereditaria de la que en vida fue su señora madre ya mencionada. Ampara su pretensión en los artículos ochocientos quince, ochocientos dieciséis y ochocientos dieciocho del Código Civil y artículo cuatrocientos setenticinco y artículos sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil; subsanada que fuera se admitió a trámite la incoada en vía de proceso de conocimiento; por escrito de fojas setentiséis doña Juana Aglair De Pinto Musac se apersona a la Instancia y mediante escrito de fojas ochentiuno absolviendo el trámite conferido niega y contradice la acción en todos sus extremos solicitando que en su oportunidad se declare infundada, a mérito de los fundamentos de hecho y derecho que expone y en el primer otrosí del escrito de demanda reconviene contra la demandante sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta, a fin de que se declaren nulas las sentencias dictadas en el proceso setentiuno guión noventitrés seguido entre Zoila Rosa Pinedo Musac contra Juana Aglair De Pinto Musac sobre declaración judicial de maternidad extramatrimonial que declaró fundada la demanda y dispuso que Zoila R. Pinedo es hija de Clotilde Musac Córdova, corrido el traslado de la reconvenición propuesta,

Zoila Rosa Pinedo Musac por escrito de fojas noventitrés, absuelve el trámite conferido de la reconvencción, negándola y contradiciéndola por los fundamentos que expone; señalada la fecha para audiencia de saneamiento y conciliación a fojas ciento cinco; obra copia certificada de la resolución emitida por el Juzgado que resolvió la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandante mediante resolución número cinco del cuaderno de su propósito, procediéndose en consecuencia a sanear el proceso y señalar fecha para audiencia conciliadora, la misma que se realizó como consta del acta de fojas ciento diez y siguientes, fijados los puntos controvertidos, admitidos los medios probatorios, se señaló fecha para la actuación de los medios probatorios respectivos, realizándose como obra del acta de fojas ciento quince, producidos los alegatos por las partes, su estado es de emitir la correspondiente sentencia, y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** que la recurrente acude al órgano jurisdiccional a fin de que mediante sentencia, se la declare heredera en mérito a ser hija de Doña Clotilde Musac Córdova, en razón de haberse preterido sus derechos mediante declaratoria de herederos, así como compartir los bienes que le corresponden de la Sucesión hereditaria; **SEGUNDO:** que a fin de verter un pronunciamiento sobre el fondo del proceso, es necesario tener presente los puntos materia de controversia señalados en la audiencia de conciliación de fojas ciento diez a ciento doce, acto en el cual se estableció como puntos controvertidos los siguientes: a) Determinar la inclusión de la demandante en su calidad de heredera de Doña Clotilde Musac Córdova, b) Determinar la petición de herencia en cuanto a la masa hereditaria, c) La negativa de la demandada a reconocer a la accionante como hija natural de Doña Clotilde Musac Córdova, producto de las relaciones convivenciales con Carlos Pinedo Acosta, y en consecuencia, sin derecho a la petición interpuesta; d) Determinar la nulidad de la sentencia dictada en el proceso de declaración judicial de maternidad extramatrimonial, en el proceso Número setentiuono - noventitrés y e) Determinar la procedencia o improcedencia de la reconvencción con relación a la pretensión demandada; **TERCERO:** que según la doctrina que inspira al nuevo Código Procesal Civil, respecto al caso *sub judice*, para la procedencia de la pretensión de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, se requiere: a) una sentencia de mérito, es decir una sentencia que se haya pronunciado sobre el fondo de la litis; b) que tal sentencia se haya emitido en un proceso seguido con dolo, fraude, colusión y afectando el derecho a un debido proceso; c) que con aquella sentencia firme, se haya ocasionado un daño o perjuicio al nulidicente; d) que exista una adecuada relación causal entre aquellas consecuencias dañosas o perjudiciales y la sentencia cuestionada, y e) que el afectado y nulidicente haya utilizado y agotado los medios impugnatorios (apelación y casación); **CUARTO:**

que a fin de resolver cada uno de los puntos controvertidos señalados, es necesario analizarlos cada uno de ellos en una secuencia lógica jurídica, por lo tanto, resolviéndose el último punto controvertido, debe señalarse que la reconvencción formulada si resulta procedente formularla desde el punto de vista procesal, por cuanto ésta tiene relación directa sobre el título con que la legitimada activa interpone la acción, es más ésta es tramitable en la misma vía procedimental; **QUINTO:** que respecto al extremo sobre la nulidad de la sentencia dictada en el proceso de declaración judicial de maternidad extramatrimonial, bajo el sustento de que **no se probó** en forma alguna que Doña Clotilde Musac Córdova hubiera tenido una hija llamada Zoila Rosa Pinedo Musac, por lo que se ha seguido un proceso con **fraude, dolo, colusión**, afectándose el derecho a un **Debido proceso**; que respecto al fundamento esgrimido por la parte emplazada en vía reconvenccional, debe señalarse que la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, es un medio extraordinario de impugnación en tanto que sólo es posible su admisión cuando se cumplan determinados supuestos, esto es, que el proceso nulidicente se haya seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso, pues del examen del proceso que se tiene a la vista, no se observa que se hayan cometido tales vicios, por cuanto el Juzgador al emitir la sentencia según se aprecia de fojas ciento dieciséis y siguientes de los autos de su propósito, amparó la acción en base a las pruebas testimoniales aunadas a los demás medios probatorios ofrecidos, teniéndose además en cuenta, que ésta parte no formuló cuestiones probatorias tales como la figura procesal denominada tacha de testigos, a fin de enervar su mérito probatorio, tanto más que mediante la presente acción nulidicente no puede someterse nuevamente a prueba, los hechos controvertidos analizados en el expediente que nos ocupa, por lo tanto no puede arguirse que Doña Zoila Rosa Pinedo Musac, ha procedido de mala fe, a sabiendas que no es hija de Doña Clotilde Musac Córdova, se coludió con el Juez de la causa, a fin de obtener un fallo favorable, en detrimento de su derecho de única y universal heredera; por lo tanto la resolución confirmatoria vertida por el Superior Colegiado, no adolece de causal de nulidad; por cuyas consideraciones debe desestimarse la acción en dicho extremo; **SEXTO:** que de acuerdo a lo expuesto precedentemente, se puede determinar el primer y segundo punto controvertido, en razón de que la accionante ha acreditado con el proceso seguido entre las mismas partes sobre declaración judicial de maternidad extramatrimonial, con las sentencias vertidas en dicho proceso, obrante a fojas ciento dieciséis a ciento diecinueve, y de fojas ciento setentinueve, su calidad de hija consanguínea de Doña Clotilde Musac Córdova, en consecuencia procede que se la declare heredera de la sucesión hereditaria de la *de cuius*; así como su derecho a concurrir a título sucesorio con doña Juana Aglair De Pinto

Musac, sobre los bienes de la masa hereditaria; por lo tanto de acuerdo a lo expuesto se determina el tercer punto controvertido; por cuyas consideraciones y de conformidad con el artículo seiscientos sesenticuatro del Código Civil, y artículo doscientos del Código Procesal Civil; **FALLO:** Declarando **infundada la reconvención** formulada por la parte demandada, y fundada la demanda de fojas sesentiuno a sesentisiete, en consecuencia: Se declara Heredera de Doña Clotilde Musac Córdova, a su hija Zoila Rosa Pinedo Musac; quien concurrirá a título sucesorio con Doña Juana Aglair De Pinto Musac, sobre los bienes de la masa hereditaria, y consentida que fuere la presente resolución pásese los Partes al Registro de Intestados de ésta ciudad para su anotación correspondiente.-

**EXP. N° 187-97**  
**Sala Mixta**

**EXP. N° 06-96**  
**2. J.E.C.C.P.**

**RES. N° 6**

Pucallpa, diecinueve de diciembre de  
Mil novecientos noventa y siete.

**VISTOS:** Con los acompañados sobre Filiación Extramatrimonial y Declaratoria de Herederos que se devolverán y, **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que excepcionalmente nuestro Código Procesal Civil en su numeral ciento setentiocho admite la posibilidad de declarar nula la sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, siempre que se pruebe que el proceso en que se originó ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso cometido por una de las partes, o por ambas o por el Juez, o por éste y las partes, extendiéndose dicha pretensión no sólo para anular una sentencia firme, sino también para declarar la nulidad de un acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso; **SEGUNDO:** Que del expediente acompañado que se tiene a la vista seguido entre las mismas partes sobre filiación extramatrimonial, no se advierte transgresión de normas procesales que puedan considerarse violaciones al debido proceso, desde que la parte que se estima afectada tuvo oportunidad y así lo hizo de ejercer su derecho; **TERCERO:** Que además, la garantía del debido proceso está constituida en lo esencial por la posibilidad de aducir una defensa, de producir prueba y de ser sentenciado mediante fallo emanado del Organismo Jurisdiccional conforme lo preceptúa el artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, presupuestos que se han cumplido a cabalidad en el caso sub materia por lo que la reconvención deviene infundada; **CUARTO:** Que habiendo sido declarado la demandante doña Zoila Rosa Pinedo

Musac hija de doña Clotilde Musac Córdova mediante sentencia que ha quedado ejecutoriada conforme se aprecia del acompañado sobre filiación extramatrimonial, debe concurrir a la herencia dejada por esta última en la misma proporción; por estas consideraciones **CONFIRMARON**: La sentencia apelada de fojas ciento treinticinco a ciento treintinueve, su fecha diecinueve de agosto del año en curso, que declara infundada la reconvención y fundada la demanda, con lo demás que ella contiene; notificándose; en los seguidos por Zoila Rosa Pinedo Musac, con Juana Aglair de Pinto Musac sobre inclusión en sucesión hereditaria. Vocal Ponente señor García Chávez. SS.

GARCÍA CHÁVEZ-LECAROS CHÁVEZ-YOUNG ELÉSPURU

### CAS. N° 295-98 UCAYALI

Lima, trece de abril de mil novecientos noventaiocho.-

**VISTOS**; con los acompañados; a que de lo actuado aparece que doña Juana Aglair de Pinto Musac ha cumplido con todos los requisitos formales para la admisión del recurso de casación; y **ATENDIENDO**: 1º) Que en el escrito de fojas ciento ochenticinco se denuncia: a) la inaplicación del artículo cuatrocientos nueve del Código Civil, por cuanto del estudio del expediente acompañado se establece que la demandante no logró acreditar ser hija de la causante, pese a lo cual, los juzgadores la reconocieron como tal, motivo por el que la recurrente vía acción reconvencional de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, ha solicitado se declaren nulas las sentencias recaídas en el proceso referido; y b) la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, al infringirse lo establecido por el inciso tercero del artículo ciento veintidós de la Constitución Política del Estado, ya que tanto la sentencia de primera instancia como la recurrida carecen de una adecuada motivación jurídica; 2º) Que en relación a la primera denuncia, necesariamente debe estar referida a lo que es materia de este proceso y no a lo controvertido en el proceso cuyas resoluciones de mérito han sido impugnadas en la reconvención mediante la acción de la nulidad de la cosa juzgada, como equivocadamente se ha planteado; 3º) Que respecto al segundo agravio, del estudio de las sentencias expedidas por los juzgadores de las instancias inferiores se aprecia que estas si han sido adecuadamente fundamentadas por lo que el presente cargo resulta inexistente; 4º) Que no habiéndose cumplido con lo establecido por los numerales dos punto dos y dos punto tres del inciso se-

gundo del artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil y en aplicación de lo dispuesto por el artículo trescientos noventidós del Código acotado; declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por doña Juana Aglair de Pinto Musac, en los seguidos por doña Zoila Rosa Pinedo Musac, sobre inclusión en sucesión hereditaria; **CONDENARON** a la recurrente al pago de la multa de tres Unidades de Referencia Procesal así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron.-  
SS.

PANTOJA-IBERICO-ORTIZ-SÁNCHEZ PALACIOS-CASTILLO L.R.S.

## CASO N° 09

### CAS. N° 46-98 HUANCAVELICA

#### Sumilla del autor:

Mediante la acción petitoria de herencia, el heredero ejercita su derecho para concurrir con los coherederos en la posesión efectiva de la herencia que se encuentre en poder de otro u otros herederos, encontrándose sustentado su derecho en que desde la muerte del causante se le ha transmitido de pleno derecho la propiedad y la posesión de los bienes que constituyen la herencia.

Cuando en vida del causante, éste dispone un bien mueble (dinero) a favor de uno de sus hijos, sin acreditarse que sea un acto de libre disposición como anticipo de legítima, donación o transacción comercial o afín, entonces debe considerarse que el dinero dispuesto forma parte de la masa hereditaria sujeta a ley, declarándose fundada la demanda de petición de herencia.

Por la colación se pretende la restitución a la masa hereditaria del bien inmueble o de su valor, materia de disposición por el causante.

La demanda de petición de herencia se dirige contra los sucesores que poseen los bienes hereditarios, ya sea en todo o en parte para excluir o concurrir con aquél.

## Concordancias:

Constitución Política del Estado: artículo 2 inc. 16 y 20.

Código Civil: artículos 664, 660, 624, 625, 818, 819, 822, 823 y 824.

Código Procesal Civil: artículos 197, 200, 386, 388 y 392.

## Antecedentes:

La viuda del causante Juan de Dios Quispe Asparrin, doña Lucía Molina viuda de Quispe por derecho propio y en representación de otros herederos interpone demanda de petición de herencia y entrega de dinero en efectivo, resarcimiento de bienes hereditarios, colación de bien hereditario e indemnización en la proporción que corresponda a cada co-propietario, pago de frutos y daños y perjuicios. Siendo demandados Criselda Quispe Molina y José Luis y Alicia Quispe Huamansuri.

Por su parte, el codemandado, José Luis Quispe Huamansuri reconviene petición de herencia contra la demandante como contra los herederos incorporados al proceso como litis consortes activo.

Mediante sentencia de primera instancia de fecha 12 de agosto de 1997 se declara fundada la demanda en el extremo de petición de herencia: entrega de dinero en efectivo en la suma de 220,403.04 nuevos soles en la proporción que corresponde a la cónyuge *supérstite* y demás herederos incluidos los demandados; infundadas las pretensiones de resarcimiento de bienes hereditarios, colación de bien hereditario e indemnización en la proporción que corresponde a cada co-propietario y pago de frutos por improbadas; infundada la reconvenición por improbadas; y fundada la petición de daños y perjuicios a favor de la masa hereditaria en la suma de diez mil nuevos soles que pagarán los demandados Criselda Quispe Molina, Alicia Quispe Huamansuri y José Luis Quispe Huamansuri solidariamente.

La sentencia de vista del 24 de noviembre de 1997 revoca la apelada, declarando fundada en parte la demanda, sobre petición de herencia: entrega de dinero en efectivo en la suma de 127,000 nuevos soles en la proporción que corresponda a la cónyuge *supérstite* y demás herederos legales, pero sólo en contra de la codemandada Criselda Quispe Molina debiendo ésta restituir a la masa hereditaria la cantidad antes indicada, más los intereses legales que se devenguen; Confirmaron en el extremo que declara infundada la pretensión de resarcimiento de bienes hereditarios, colación de bienes hereditarios e indemnización en la proporción que corresponde a cada co-propietario y pago de frutos; Confirmaron en cuanto se declara infundada la reconvenición; Re-

vocaron en el extremo que declara fundada la petición de daños y perjuicios a favor de la masa hereditaria en la suma de diez mil nuevos soles, reformando en este punto la declararon Infundada.

Los fundamentos de la sala de vista se basan en que sólo existe certeza que 127,000 nuevos soles, correspondieron al patrimonio del causante, pero no la diferencia demandada; sobre la restitución de bienes se determinó como no acreditado que dichos bienes hubieran estado bajo la posesión directa de los emplazados; respecto a la colación de un bien inmueble, se determinó que carece de sustento dicha petición ya que el codemandado José Luis Quispe Huamansuri ha acreditado la titularidad sobre el bien, el cual fue adquirido a una tercera persona; acerca de los daños y perjuicios se establece que si bien los 127,000 nuevos soles fueron dados a favor de Criselda Quispe Huamansuri, no se ha acreditado el elemento de dolo o culpa en contra de la masa hereditaria; que tampoco están probados los frutos reclamados; finalmente, integra la apelada en cuanto a que el fallo debe considerar a los demandantes quienes fueron incorporados como litis consortes activos.

Interpuesto recurso de casación, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia declara improcedente dicho recurso al observar que se plantearon las causales de casación de forma incoherente, pues se invocó el inciso tercero del artículo 386 del Código Procesal Civil, mientras que los agravios se ubican aparentemente en los incisos 1° y 2°, además que erróneamente se coloca como causal la aplicación incorrecta del propio inc. 3° del precitado artículo 386 de la ley procesal.

**EXP. N° 121-96**

**RES. N° 46**

## **SENTENCIA**

**VISTOS:** Y estando a lo ordenado mediante resolución de fecha seis de marzo del presente año expedido por la Sala mixta de la Corte Superior de Justicia de esta ciudad, mediante el cual disponen que se dicte nueva sentencia en el presente proceso; en tal sentido, fluye de actuados que por escrito de demanda de fojas dieciocho al veinticuatro doña Lucia Molina Viuda de Quispe interpone demanda contra Criselda Quispe Molina, José Luis y Alicia Quispe Huansuri, sobre petición de herencia con acumulación objetiva originaria y accesoria de entrega de dinero en efectivo en la propor-

ción que corresponde a la cónyuge *supérstite* y demás herederos más intereses respectivos; resarcimiento de bienes hereditarios, colación de bien hereditario e indemnización en la proporción que corresponde a cada co-propietario: pago de frutos y daños y perjuicios; corrido traslado mediante resolución número dos de fecha dieciocho de julio de mil novecientos noventa y seis, los demandados contestan en forma independiente: Criselda Quispe Molina por escrito de fojas ciento siete al ciento catorce; Alicia Quispe Huamansuri por escrito de fojas ciento veinticuatro al ciento veintiocho y José Luis Quispe Huamansuri por escrito de fojas ciento sesenta al ciento sesentinueve y reconviniendo en la misma sobre petición de herencia, la misma que es corrido traslado a la demandante por resolución número once de fecha doce de setiembre de mil novecientos noventa y seis; absuelta la misma por escrito de fojas ciento setentisiete y ciento setentiocho y su correspondiente subsanación de fojas ciento ochentinueve se tiene por contestada la reconvención por resolución número quince de fecha veintidós de octubre de mil novecientos noventa y seis; por lo que siendo su estado del proceso mediante resolución número diecisiete de fojas ciento noventa y siete y ciento noventa y ocho, se dicta el correspondiente auto de saneamiento procesal, declarándose asimismo inadmisibles las tachas y oposiciones a los medios probatorios deducidos por el demandado José Luis Quispe Huamansuri por extemporáneo, dejándose nulo e insubsistente los actuados de fojas cincuentinueve al sesentiséis y de fojas sesentisiete al ochentitrés los mismos que están relacionados a la interposición de las tachas y oposiciones y su correspondiente absolución, por lo que siendo así no es necesario pronunciarse al respecto; consecuentemente por resolución número dieciocho de fecha once de noviembre de mil novecientos noventa y seis se señala fecha para la audiencia de conciliación, la misma que se llevó a cabo conforme al acta de fojas doscientos ocho al doscientos once y no logrando la conciliación deseada por el Juzgador, se fijan los puntos controvertidos, se admiten los medios probatorios, fijándose fecha para la audiencia de exhibición de documentos e inspección judicial y que corre a fojas doscientos treinticuatro al doscientos treintiséis; con la exhibición de documentos que se encuentran glosados a fojas doscientos veintiuno al doscientos treintitrés del expediente; concluida esta etapa procesal se realiza la audiencia de pruebas con fecha trece de diciembre del año próximo pasado mediante acta que corre a fojas doscientos sesentiocho al doscientos noventa; cumplido con los actos procesales previos dentro de los plazos establecidos por el Adjetivo Civil, la causa se halla expedita para pronunciar sentencia; y **CONSIDERANDO:** Que, el derecho de petición se encuentra plenamente amparado por el artículo dos inciso veinte de la Constitución Política del Estado, debiendo la misma

tener una respuesta con la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional conforme señala el inciso tres del artículo ciento treintinueve de la Carta Política señalada. Que, el inciso dieciséis de la Constitución Política del Estado ampara el derecho a la propiedad y a la herencia y en virtud a ello, doña Lucia Molina Viuda de Quispe argumentando haber sido declarada heredera legal y universal del que en vida fue su cónyuge Juan de Dios Quispe Asparrin, así como sus hijos habidos dentro del matrimonio como son: María del Carmen, César, Juan Carlos, Celia y Juan de Dios Quispe Molina; así como Jorge Amadeo y Fernanda Quispe Tornero, Soledad Quispe Tunque, José Luis y Alicia Quispe Huamansuri, así como Criselda Quispe Molina, solicita promover la presente acción contra los tres últimos herederos nombrados, solicitando además que también debe de ser considerado como heredero don Juan Nicéforo Quispe Vilchez acreditando la misma, con copia certificada del expediente de sucesión intestada que corre a fojas tres al siguiente de autos; sin embargo, se aprecia de dicho documento que como heredero no figura éste último nombrado, por lo que siendo así no es parte en el proceso, ni debe de ser considerado como tal; asimismo han sido citados al proceso todos los herederos señalados en el primer otrosí del escrito de demanda, quienes se han apersonado al presente proceso y han dado su anuencia a la demandante para que actúe como tal; y ser considerados como litis consortes activos conforme a la solicitud de fojas trescientos treinticinco y el Juzgado por resolución de fojas trescientos treintisiete los tiene por apersonados e incorporados al proceso en su calidad de litis consortes activos, con lo que ha quedado plenamente acreditado el derecho de la demandante para promover la presente acción en nombre y representación de los herederos, en contra de tres de los herederos José Luis, Alicia Quispe Huamansuri y Criselda Quispe Molina. Que, conforme al artículo seiscientos sesenticuatro del sustantivo civil modificado por el Decreto Legislativo número setecientos sesentiocho, el derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que les pertenecen y se dirige contra quien los posea en todo o en parte a título sucesorio para excluirlo o concurrir con él. Es así, que la demandante ya señalada, solicita la petición de herencia, es decir la entrega de dinero en efectivo en la proporción que corresponde a la cónyuge *supérstite* y demás herederos, más intereses respectivos en la suma de Doscientos veinte mil cuatrocientos tres y 04/100 nuevos soles ofreciendo las pruebas que le respecta; admitidas y actuadas se tiene que: conforme al documento que obra a fojas quince el causante don Juan de Dios Quispe Asparrin tenía la libreta de ahorros número quinientos tres cero cero nueve ciento quince guión cero y con fecha cinco de abril de mil novecientos noventicuatro retira la suma de ciento

veintisiete mil nuevos soles, siendo horas once y diecinueve minutos; y el día mismo, es depositado dicho dinero en la libreta de ahorros número quinientos tres guión cero cero nueve ciento cuarentiocho guión siete pertenecientes a Criselda Quispe Molina, siendo horas once y veinte minutos; esta transacción se encuentra corroborada en forma fehaciente y contundente por el empleado del Banco Internacional del Perú Sucursal Huancavelica, recibidor pagador don Melquiades Quispe Accasi, quien manifiesta a fojas doscientos treintaicinco que ha sido un retiro de la cuenta número quinientos tres cero cero noventiuno quince cero por un monto de ciento veintisiete mil nuevos soles a nombre de Juan de Dios Quispe Asparrin con fecha cinco de abril de mil novecientos noventicuatro para un depósito a favor de la cuenta número quinientos tres cero cero noventiuno cuarentiocho guión siete cuyo titular es Criselda Quispe Molina con fecha cinco de abril de mil novecientos noventicuatro por el mismo monto de ciento veintisiete mil nuevos soles; de la misma manera con el documento de fojas dieciséis se acredita que la libreta de ahorros antes señalada número quinientos tres guión cero cero nueve ciento cuarentiocho guión siete cuyo titular es Criselda Quispe Molina, retira la suma de cien mil nuevos soles en efectivo con fecha veintitrés de enero de mil novecientos noventa y cinco, después de dos días, es decir, con fecha veinticinco de enero de mil novecientos noventa y cinco, retira la suma de noventa mil nuevos soles en efectivo de la libreta de ahorros ya aludida; y el día mismo veinticinco de enero de mil novecientos noventa y cinco deposita la misma cantidad de noventa mil nuevos soles en la libreta de ahorros número quinientos tres cero cero nueve ochocientos treintinueve guión dos, a nombre de los demandados Quispe Molina y Quispe Asparrin quienes son los titulares de esta última cuenta; estos hechos están plenamente acreditados con los documentos que corren a fojas doscientos veintidós al doscientos veinticuatro del expediente entregado por el responsable de Interbank-Huancavelica, en el acto de la diligencia de exhibición de documento de inspección judicial. Que, con los listados acumulados de transacción correspondiente a Quispe Asparrin, Juan de Dios y Quispe Molina Criselda entregados por el responsable de Interbank-Huancavelica y que corre a fojas doscientos veinticinco al doscientos veintitrés, se acreditan aún más estos hechos; es decir la existencia del retiro del dinero en efectivo por parte de Juan de Dios Quispe Asparrin de su cuenta número quinientos tres guión cero cero nueve ciento quince cero se acredita con el ítem número doscientos ochenta del listado acumulado, retiro en efectivo ciento veintisiete nuevos soles, saldo mil ciento veintiséis punto setentiséis céntimos de nuevos soles que corre a fojas doscientos veintisiete; éste mismo dinero es depositado según el listado acumulado de Quispe Molina Criselda a su cuenta número qui-

nientos tres guión cero cero nueve ciento cuarentiocho siete, ítem número diecinueve, depósito efectivo ciento veintisiete mil nuevos soles, saldo ciento veintisiete mil cero cero ocho punto quince céntimos de nuevos soles de fojas doscientos veintinueve; asimismo, con los ítems números doscientos cincuentiuno y doscientos cincuentidós del listado acumulado de la ya referida Criselda Quispe Molina, se acredita el retiro en efectivo con fechas veintitrés y veinticuatro de enero de mil novecientos noventicinco por la suma de cien mil nuevos soles y noventa mil nuevos soles respectivamente, quedando un saldo de veintiún mil cuatrocientos dos punto cuarentitrés céntimos de nuevos soles, por lo que ha quedado plena y contundentemente demostrado estos movimientos y de la existencia de dinero a favor de la masa hereditaria. Que, conforme a la contestación de la demanda por parte de Criselda Quispe Molina de fojas ciento siete al ciento catorce, ésta niega y contradice todos los extremos de la demanda, sin embargo, no aporta prueba alguna que desvirtúe los hechos expuestos y probados por la demandante; más aún, no acredita la fuente generadora de sus ingresos económicos, simplemente manifestando que es fruto de su trabajo, por lo que las pruebas aportadas no tienen relevancia en la presente; asimismo, la contestación de la demanda por parte de Alicia Quispe Huamansuri de fojas ciento veinticuatro al ciento veintiocho se basa en los mismos fundamentos de su codemandada por consiguiente, tampoco aporta prueba susceptible de ser merituada favorablemente en el presente caso. Que, en cuanto a la pretensión de resarcimiento de bienes hereditarios, colación de bien hereditario solicitada por la demandante Lucia Molina viuda de Quispe, no ha acreditado tales pretensiones con medio probatorio alguno, máxime que conforme al artículo ciento ochentiocho del Adjetivo Civil los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones; consiguientemente el demandado José Luis Quispe Huamansuri al contestar la demanda mediante escrito de fojas ciento sesenta al ciento sesentinueve ha acreditado con documento consistente en testimonio de compra-venta, que el inmueble del cual la demandante solicita la colación, es propiedad del demandado José Luis Quispe Huamansuri por haberlo adquirido de título de compra-venta de su anterior propietario Arturo Cárdenas Romani; en relación a la pretensión de resarcimiento de bien hereditario consistente en la devolución a la masa hereditaria de ciento quince cilindros el mismo que no se encuentra inventariado conforme al acta de continuación de inventario que corre a fojas ciento cuarentiséis al ciento cincuentidós, acta de continuación de inventariación que ha sido ofrecido como medio probatorio por el demandado José Luis Quispe Huamansuri, por lo que siendo así y no

estando acreditado la propiedad tanto por la demandante a favor de la masa hereditaria ni por el referido demandado, es menester declarar infundadas las referidas pretensiones dejando a salvo el derecho de los justiciables; en cuanto a la restitución a la masa hereditaria de una balanza de plataforma de quinientos kilos no se encuentra acreditada su existencia con documento de fecha cierta por lo que corre la misma suerte que el anterior; y que los documentos consistentes en boletas de ventas de diez cilindros de alcohol cada uno ofrecidos, admitidos y actuados a favor de José Luis Quispe Huamansuri de fojas ciento cincuentitrés y ciento cincuenticuatro no acreditan su propiedad. Que, la reconvencción sobre petición de herencia solicitado por el demandado José Luis Quispe Huamansuri de los bienes señalados a fojas ciento sesenticinco como son: motor marca «asea» de tres caballos y medio de fuerza, un taladro marca «Hitachi», una boleta de oxígeno «Iflex», una moto de I.H. marca «Tuyang» y un tornillo de banco número cinco, con los documentos adjuntos de fojas ciento cincuenticinco al ciento cincuentinueve se encuentra acreditado su existencia y propiedad a favor de Juan de Dios Quispe Asparrin, más no se encuentra acreditada la posesión, es decir quién a la fecha lo tiene en su poder, por consiguiente debe de ser declarada infundada; en cuanto a los otros bienes de la reconvencción como son: madrid nuevo circular, un equipo «koike» y gasogeno de seis kilogramos no se encuentra acreditado su existencia. En cuanto a la pretensión de indemnización en la proporción que corresponde a cada copropietario y pago de frutos solicitado por la demandante debe de ser declarada infundada debido a que las pretensiones que la sustentan serán declaradas infundadas por improbadas, conforme al artículo doscientos del Código Procesal Civil. Que, de la audiencia de actuación de medios probatorios realizado con fecha trece de diciembre de mil novecientos noventa y seis a fojas doscientos setentiocho al doscientos noventa, se aprecia de la declaración de parte de la demandante que afirma en el sentido de que los demandados son las personas que tienen el dinero al responder la primera pregunta; asimismo, al contestar la primera pregunta del pliego interrogatorio en relación a la reconvencción, el demandado José Luis Quispe Huamansuri contesta en el sentido de que es cierta la pregunta, por la que queda acreditado que la reconvencción debe de ser declarada infundada. Conforme al artículo seiscientos sesenticuatro del Código Civil, el derecho de petición de herencia es imprescriptible; por lo que estando a lo previsto en los artículos seiscientos sesenta, seiscientos veinticuatro, seiscientos veinticinco, ochocientos dieciocho, ochocientos diecinueve, ochocientos veintidós, ochocientos veintitrés y ochocientos veinticuatro del Sustantivo Civil y cumplidos con los actos procesales previos, por los fundamentos y citas legales invocadas, valorando las

pruebas en forma conjunta utilizando la apreciación razonada conforme al artículo ciento noventisiete del Adjetivo Civil **FALLO** declarando **FUNDA-DA** la demanda de petición de herencia: entrega de dinero en efectivo en la suma de doscientos veinte mil cuatrocientos tres y 04/100 céntimos de nuevos soles en la proporción que corresponde a la cónyuge *supérstite* y demás herederos incluidos los demandados, el mismo que fue invocado por doña Lucia Molina viuda de Quispe con anuencia de los herederos referidos en los considerandos, contra Criselda Quispe Molina, Alicia Quispe Huamansuri y José Luis Quispe Huamansuri; consiguientemente consentida sea la presente resolución cumplan los demandados con restituir a la masa hereditaria la cantidad demandada de Doscientos veinte mil cuatrocientos tres y 04/100 céntimos de nuevos soles, mas intereses legales que serán calculados en ejecución de sentencia, con los debidos apercibimientos previstos en el Adjetivo Civil en caso de incumplimiento, suma de dinero que estará bajo la administración de la demandante Lucía Molina viuda de Quispe por la administradora judicial de los bienes de la masa hereditaria conforme al expediente número cuarentidos del noventicinco que en este acto se tuvo a la vista; **INFUNDADA** las pretensiones de resarcimiento de bienes hereditarios, colación de bien hereditario e indemnización en la proporción que corresponde a cada co-propietario y pago de frutos interpuesta por Lucia Molina viuda de Quispe contra Criselda Quispe Molina, Alicia Quispe Huamansuri y José Luis Quispe Huamansuri por improbadas, dejando a salvo el derecho de la justiciable; **INFUNDADA** la reconvencción deducida por el demandado José Luis Quispe Huamansuri contra la demandante Lucia Molina viuda de Quispe por improbadas; y **FUNDA-DA** la petición por daños y perjuicios a favor de la masa hereditaria en la suma de diez mil nuevos soles que pagarán los demandados Criselda Quispe Molina, Alicia Quispe Huamansuri y José Luis Quispe Huamansuri solidariamente una vez consentida sea la presente resolución con los debidos apercibimientos legales, el mismo que fue invocado por la demandante Lucia Molina viuda de Quispe; en tal virtud, no es necesario pronunciarse sobre las tachas. Con costas y costos. Pronunciado por el señor Juez del Juzgado Mixto de Huancaavelica, a los doce días del mes de agosto de mil novecientos noventisiete.

## SENTENCIA

### RES. N° 56

Huancavelica, veinticuatro de Noviembre de mil novecientos noventa y siete.

**VISTOS:** Por los fundamentos pertinentes de la apelada, oído el informe oral y **CONSIDERANDO:** Que, la acción petitoria de herencia, procede para concurrir con los co-herederos a la posesión efectiva de la herencia, en otros términos, mediante la acción petitoria de herencia, tiene expedito tal derecho el heredero, quien, no obstante desde la muerte del causante le hayan transmitido de pleno derecho la propiedad y la posesión de los bienes que constituyen la herencia, no puede entrar en la posesión efectiva de éste, porque se encuentra en poder de otro u otros herederos; en el presente caso, es menester aclarar que la suma de dinero, en discusión, por su naturaleza jurídica es un bien mueble, y de autos fluye, que la actora pretende la entrega de dinero en efectivo en la suma de doscientos veinte mil cuatrocientos tres nuevos soles con cuatro céntimos en la proporción que le corresponde a la cónyuge *supérstite* y demás herederos, más intereses respectivos, entre otros extremos de su demanda, de lo que se colige en forma fehaciente con los documentos obrantes a fojas quince que don Juan de Dios Quispe Asparrin con el comprobante de retiro número tres millones doscientos cincuentiséis mil trescientos sesentiocho, fechado el cinco de Abril de mil novecientos noventa y cuatro, de la Libreta de Ahorros número quinientos tres cero cero nueve mil ciento quince-cero, efectúa un retiro de ciento veintisiete mil nueve soles, firmando dicho comprobante (no cuestionando éste último en la secuela del proceso) identificándose con libreta electoral número veintitrés millones doscientos once mil ochocientos sesentiocho y el mismo día, con intervalo de sólo un minuto (de once y diecinueve a once y veinte horas) se efectúa un depósito por la misma cantidad a favor de su hija Criselda Quispe Molina, Libreta de Ahorros número quinientos tres cero cero nueve mil ciento cuarentiocho-siete corroborando esta transacción además con los listados del acumulado de transacciones de Juan de Dios Quispe Asparrín de fojas doscientos veintisiete y de Criselda Quispe Molina de fojas doscientos veintinueve, y que reforzando tales actos se tiene la versión del empleado recibidor-pagador del Banco Internacional del Perú; sucursal Huancavelica, quien afirma «que ha habido un retiro de la cuenta número quinientos tres cero cero nueve mil ciento quince-cero por un monto de ciento veintisiete mil nuevos soles a nombre de Juan de Dios Quispe Asparrín con fecha cinco de abril de mil

novecientos noventa y cuatro para un depósito a favor de la cuenta de Criselda Quispe Molina con fecha cinco de abril de mil novecientos noventa y cuatro por el mismo monto de ciento veintisiete mil nuevos soles», en cuanto a la anotación del reverso del número treintidós millones quinientos sesentiséis mil trescientos sesentiocho (por ciento veintisiete mil) manifestó que es la propia letra de Quispe Asparrín para garantizar dicho retiro a favor de la cuenta número quinientos tres cero cero nueve mil ciento cuarentiocho y siete a favor de Criselda Quispe Molina. De lo vertido en relación con este extremo de las transferencias, se deduce que el único que podía efectuar el retiro de dinero era solamente el titular, más si se tiene en cuenta el considerable monto en juego y la seguridad del Banco, en cuanto a este tipo de operaciones, vale decir, Juan de Dios Quispe Asparrín efectuó el retiro en la suma de ciento veintisiete mil nuevos soles depositándose en la cuenta de Criselda Quispe Molina (quinientos tres cero cero nueve mil ciento cuarentiocho y siete) lo que además es coherente con lo afirmado por el empleado del banco en el sentido que la anotación al reverso del retiro número treintidós millones quinientos sesentiséis mil trescientos sesentiocho (que se consigna a manuscrito la cuenta quinientos tres cero cero nueve mil ciento cuarentiocho y siete) es de la propia letra de Quispe Asparrín, para garantizar dicho retiro a favor de la cuenta de Criselda Quispe Molina, siendo lógico, por tanto precisar que en vida, Juan de Dios Quispe Asparrín cedió un bien (en éste caso dinero) a favor de su hija Criselda Quispe Molina; ahora bien, si deviene en cierto que Juan de Dios Quispe Asparrín cedió parte de su patrimonio a su hija Criselda Quispe Molina, también lo es que, no se precisa a título de qué lo otorgó, desconociéndose el motivo, no acreditándose en autos actos de libre disposición, como anticipo de herencia, donación o transacción comercial o afines, lo que conlleva a determinar que el monto aludido en cuestión es parte de la masa hereditaria sujeta a ley; que, en cuanto a los otros montos como son el retiro de cien mil nuevos soles (número seis millones quinientos setentisiete mil ochocientos veintiuno), retiro por noventa mil nuevos soles (número seis millones quinientos setentisiete mil novecientos sesentitres), corrientes a fojas dieciséis, doscientos veintitres y doscientos veinticuatro, así como de los listados del acumulado de transacciones de fojas doscientos veinticinco al doscientos treintitres, correspondientes a Juan de Dios Quispe Molina Asparrín y a Criselda Quispe Molina, no existe ninguna evidencia o indicio que conlleve legalmente a determinar que tales montos fueron del patrimonio de Juan de Dios Quispe Asparrín, que si bien, han sido de manejo por parte de Criselda Quispe Molina, no hay prueba concreta y fehaciente que conduzca a determinar que ésta efectuaba el manejo bancario de otra persona, en este caso de su padre, hay que señalar que según

la diligencia de exhibición de documentos e Inspección Judicial, la libreta de ahorros número quinientos tres cero cero nueve mil ochocientos treintinueve no existe, corroborado con el documento obrante a fojas doscientos veintinueve «consulta de movimiento» (depósito por la cantidad de noventa mil-corriente a fojas dieciséis); que, de los listados aparece como deducción en el manejo por parte de Criselda Quispe Molina, en un monto de doscientos veinte mil cuatrocientos tres nuevos soles con cuatro céntimos, monto globalizado, en el que sólo existe la certeza que ciento veintisiete mil nuevos soles, fueron del patrimonio de Quispe Asparrín, pero no la diferencia; en este caso correspondía acreditar la carga de la prueba a la parte demandante, deviniendo que el «listado» no es un documento suficiente para demostrar que se utilizó dinero proveniente de la masa hereditaria; de los extremos de la demanda, como son la restitución de una balanza y de ciento quince cilindros de alcohol, de autos no fluye la categoría probanza que estos bienes estén bajo la posesión directa de los emplazados al no existir medios probatorios suficientes que causen certeza en el Juzgador por lo que no merece amparo tal petición; respecto a la colación, que con éste instituto pretende la actora la restitución a la masa hereditaria del bien inmueble ubicado en el Jirón Carabaya número trescientos nueve de esta localidad; con el testimonio de compra-venta obrante a fojas ciento treinticinco otorgado por Arturo Cárdenas Romaní a favor de José Luis Quispe Huamansuri, con fecha veintitrés de julio de mil novecientos ochentidós, queda acreditado la titularidad de éste último por lo que carece de sustento tal petición, no siendo pertinente que el Organo Jurisdiccional se sustituya en la búsqueda de mayores elementos o pruebas para tal fin la que es de responsabilidad de la actora, más si tenemos en cuenta que la colación es la obligación en que están los herederos de aportar a la masa hereditaria, a la muerte del causante los anticipos de herencia y otras liberalidades recibidos en vida de éste, en vía reiterativa la colación viene a ser la deducción que se hace a los herederos del valor de los anticipos de herencia y otras liberalidades que se les otorgó buscando la igualdad en la participación de la herencia; de lo actuado no se extracta que concurren provechos renovables que produce, cualquiera de los bienes enumerados en el presente caso, sin que se altere ni disminuya su sustancia, en todo caso, no está probado los frutos reclamados. Respecto al extremo reclamado de daños y perjuicios, si bien es cierto que parcialmente le asiste el derecho a los ciento veintisiete mil nuevos soles a favor de la parte demandante, también es cierto que para la dación de dicho monto dinerario a favor de la doña Criselda Quispe Huamansurí, no ha concurrido el elemento culpa o dolo en contra de la masa hereditaria, no ha existido la intencionalidad de causar perjuicio o daño, más si se tiene en cuenta

que tal acto se efectuó por cuenta de Juan de Dios Quispe Asparrín y cuando éste se encontraba en vida, el retiro de dinero lo efectuó en fecha cinco de Abril de mil novecientos noventicuatro falleciendo el veintiuno de noviembre del mismo año; lo que irremediamente releva de responsabilidad a todos los demandados al no acreditarse el daño; en lo que respecta a la reconvencción planteada por el demandado José Luis Quispe Huamansuri, mediante su recurso de fojas ciento sesenta, petitorio de herencia, tampoco surgen elementos de que los bienes que detalla (en número de ocho) estén bajo la posesión y custodia de la accionante, máxime que el reconviniente señala en su mismo escrito que dichos bienes «no han sido inventariados» de lo que se advierte que lo aportado es insuficiente para crear certeza y se declare, tal como lo peticiona; que de otro lado, se tiene que mediante resolución de fojas trescientos treintisiete, se tiene por apersonado, a los recurrentes detallados en el escrito de fojas trescientos treinticinco e incorporado al presente proceso en su calidad de litis consorcios activos, por lo que siendo así, al existir una misma pretensión, litigan como demandantes, deviniendo en que debe integrarse la recurrida, en el fallo a los aludidos incorporados en el proceso; por las consideraciones expuestas; **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas cuatrocientos cuarenticinco y siguientes, su fecha doce de agosto de mil novecientos noventisiete que declara **fundada** la demanda de petición de herencia: entrega de dinero en efectivo en la suma de doscientos veinte mil cuatrocientos tres nuevos soles con cuatro céntimos en la proporción que corresponde a la cónyuge *supérstite* y además herederos y **REFORMÁNDOLA**; declararon **FUNDADA** en parte la demanda, sobre petición de herencia: entrega de dinero en efectivo en la suma de ciento veintisiete mil nuevos soles en la proporción que corresponda a la cónyuge *supérstite* y demás herederos legales, incoada por Lucía Molina viuda de Quispe y los incorporados al proceso como litis consorcio activo; María del Carmen Quispe Molina, César Quispe Molina, Juan Carlos Quispe Molina, Celia Quispe Molina, Juan de Dios Quispe Molina, Jorge Amadeo Quispe Tornero, Fernanda Quispe Tornero y Soledad Quispe Tunque, sólo en contra de Criselda Quispe Molina debiendo ésta restituir a la masa hereditaria la cantidad antes indicada, más los intereses legales que se devenguen. **DECLARARON.- INFUNDADA** en cuanto al extremo indicado de petición de herencia, entrega de dinero en la suma de doscientos veinte mil cuatrocientos tres nuevos soles con cuatro céntimos incoada por Lucía Molina viuda de Quispe y los incorporados como litis consorcios activos, contra: José Luis Quispe Huamansuri y Alicia Quispe Huamansuri. **CONFIRMARON.-** En el extremo que declara infundada la pretensión de resarcimiento de bienes hereditarios, colación de bien hereditario e indemnizatorio en la

proporción que corresponde a cada co-propietario y pago de frutos. **CONFIRMARON**.- En cuanto declara infundada la Reconvención deducida por el demandado José Luis Quispe Huamansuri contra la demandante Lucía Molina viuda de Quispe. **REVOCARON**.- En el extremo que declara fundada la petición de daños y perjuicios a favor de la masa hereditaria en la suma de diez mil nuevos soles. **REFORMADO**.- Dicho punto la **DECLARARON, INFUNDADA, CONFIRMARON** en los demás que contiene. Vocal Ponente **Dr. ALVARADO ROMERO**. Señores: **ALVARADO ROMERO / SÁNCHEZ ARROYO / VALDEZ SALCEDO**.

### CAS. N° 46-98 HUANCAVELICA

Lima, treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho.-

**VISTOS; y CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, el recurso de casación interpuesto a fojas quinientos sesenticinco por Lucía Molina viuda de Quispe ha cumplido con los requisitos de forma exigida para su admisibilidad; **SEGUNDO:** Que, en cuanto a los requisitos de fondo invoca el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil denunciando: a) La inaplicación de normas de derecho material, haciendo referencia a los artículos segundo del Título Preliminar y mil novecientos cincuenticuatro del Código Civil y, b) La no aplicación en forma correcta de la norma contenida en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Adjetivo; **TERCERO:** Que, el planteamiento de las causales de casación resulta incoherente como se puede apreciar del considerando anterior, ya que pese a que invoca el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis citado, los agravios están ubicados aparentemente en los incisos primero y segundo, además que erróneamente coloca como causal la aplicación incorrecta del propio inciso tercero; **CUARTO:** Que, en general, la fundamentación del recurso carece de claridad y precisión que exige el artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil, por lo que es de aplicación el artículo trescientos noventidós del mismo: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto a fojas quinientos sesenticinco contra la resolución de vista de fojas quinientos caurenticuatro su fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y siete; **CONDENARON** a la recurrente al pago de las costas y costos; así como a una multa de tres Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*; en los seguidos por doña Lucía Molina viuda de Quispe con doña

Griselda Quispe Molina y otros sobre Petición de Herencia y otros; y los devolvieron.-

S.S.

URRELLO A.-RONCALLA V.-VÁSQUEZ C.-ECHEVARRÍA A.-  
BELTRÁN Q.

## CASO N° 10

### CAS. N° 1908-97 AYACUCHO

#### **Sumilla del autor:**

La acción petitoria de herencia es de naturaleza contenciosa y puede acumularse la pretensión de ser declarado heredero, si habiéndose pronunciado con anterioridad declaración judicial de herederos, hubiesen sido preteridos los derechos hereditarios del demandante, lo cual no podría hacerse valer ya en vía no contenciosa; porque no procede la duplicidad de estos procedimientos no contenciosos como resulta del artículo 831 inciso 5° del Código Procesal Civil; que la acción petitoria, así como la de declaración judicial de heredero que faculta el artículo 664 del Código Civil en vía de conocimiento son imprescriptibles y de competencia del Juez de Primera Instancia; que finalmente, no existe óbice legal para la inclusión en este procedimiento de conocimiento, de la acción de exclusión de aquellos herederos declarados por existir derechos preferentes conforme a los artículos 815 y 816 del Código Civil, siendo además de aplicación los artículos 84, 85 y 86 del Código Procesal Civil, referentes a la acumulación.

#### **Concordancias:**

Código Civil: artículos 664.

Código Procesal Civil: artículos 84, 85 y 86.

#### **Antecedentes:**

Con motivo de la demanda interpuesta por don Salvador Guardia Velarde sobre nulidad de declaratoria de herederos, petición de herencia y exclusión de herederos, contra don Zacarías Vargas Paucar (quien anteriormente en un

proceso judicial no contencioso, fue declarado único y universalmente heredero de don Modesto Domingo Vargas en su condición de sobrino). El demandado ha deducido como excepciones: la de caducidad contra la de nulidad de cosa juzgada fraudulenta que en realidad es de nulidad de la anterior resolución declarativa de herederos por tener la parte demandante, al parecer, mejor derecho para heredar y se funda en el artículo 178 del Código Procesal Civil que establece un plazo de 6 meses para el ejercicio de la acción, el cual se computa de la fecha en que la resolución judicial adquirió la calidad de cosa juzgada si no fuera ejecutable; y la de incompetencia porque —se afirma— no es competente al Juez de Primera Instancia sino el Juez de Paz y en procedimiento no contencioso para conocer de la declaratoria de herederos que se demanda.

La Corte Suprema al estimar procedente el recurso de casación ha declarado nulo el auto de vista en cuanto declara fundadas las excepciones de incompetencia y de caducidad y confirma el auto de Primera Instancia que las declara infundadas.

Señala como fundamentos principales, que el artículo 664 del Código Civil permite la acumulación de acciones y que la acción petitoria de herencia así como los otros extremos accionados son imprescriptibles y que la declaración de herederos que reclama la parte demandante está previsto en dicho precepto legal y se tramita como proceso de conocimiento siendo competencia del Juez de Primera Instancia.

## EXP. CIVIL N° 01/97

Demandante : Julio César Palomino Flores

Materia : Petición de Herencia

Demandado : Zacarías Vargas Páucar

## CUADERNO DE EXCEPCIONES

.... siete de julio de mil  
novecientos noventa y siete

**RES. N° 10**

**AUTOS Y VISTOS Y CONSIDERANDO:** Que, las excepciones deducidas por don Zacarías Vargas Páucar a fojas cinco de los autos fueron tramitadas de acuerdo a su naturaleza; habiéndose corrido traslado a la

parte demandante como es de ver de la resolución de fojas (...); ordenándose formar el cuaderno respectivo; las que fueron resueltas a fojas trece; admitida a fojas catorce y realizada la audiencia de aaneamiento procesal de fecha veintiuno de abril del presente año, la misma que obra en el principal, a fojas setentisiete, cuya copia no fue agregada inadvertidamente al presente incidente; pero que rectificando la omisión y corriendo la copia certificada a fojas cincuentinueve; no habiéndose contrapuesto las normas procesales en vigencia; y estando a los fundamentos expuestos en la resolución de fojas diecinueve de fecha veintiuno de mayo del presente año; reproduciéndolo literalmente en todos sus extremos; **SE RESUELVE:** Declarar infundada la excepción de incompetencia, caducidad y falta de legitimidad para obrar del demandante. Deducidos por el demandado Zacarías Vargas Páucar. Y existiendo los presupuestos procesales de competencia del Juzgado y de la capacidad procesal de las partes; condiciones de acción y contradicción que hacen para constituir una relación jurídico procesal válida; por lo que al amparo de lo establecido por el artículo 465 del Código Procesal Civil. Se declara saneado el presente proceso; precluyendo toda petición referida directa o indirectamente a la validez de la relación citada. H.S.

## EXP. N° 218-97

### RES. N° 6

Ayacucho, ocho de setiembre de mil novecientos noventisiete.

**VISTOS;** Con sus acompañados fenecidos pedidos para mejor resolver la apelada, que se devolverán; y, **CONSIDERANDO; PRIMERO:** Que aún cuando el mandatario del actor don Salvador Guardia Velarde no lo ha designado expresamente con el *nomen iuris* de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, circunstancia que posteriormente tampoco negó al tiempo de absolver la excepción de su propósito, debe entenderse que la acción acumulada sobre «nulidad de declaración de herederos seguidos por Zacarías Vargas Páucar...» (sic) está referida a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta que contempla el artículo ciento setentiocho del Código Procesal Civil a estar por los fundamentos fácticos glosados en el escrito de demanda acumulativa de fojas cincuenta y siguientes del fotocopiado, si se tiene en consideración que ésta se sustenta en que el emplazado «ha tramitado fraudulentamente una acción no contenciosa de declaratoria de herederos de su supuesto tío en contubernio con el Secretario...», por haberse preterido en ese proceso judicial el derecho

que le corresponde al cónyuge e hijos del finado don Modesto Domingo Vargas Peceros, el cual dio origen al expediente judicial número cero siete guión noventidós cuyos autos se tienen a la vista, para efectos de mejor absolver el grado respecto de la excepción de caducidad de la mencionada pretensión anulatoria planteada por el demandante; **SEGUNDO:** Que siendo esto así y entrando en materia, aparece del mérito de la sentencia de fojas diecinueve y siguientes de la causa judicial fotocopiada número cero siete guión noventidós que el Organo Jurisdiccional de la Provincia de Huanta declaró el fallecimiento *ab-intestato* de quien en vida fuera don Modesto Domingo Vargas Peceros, e instituyó como heredero legal y universal a su sobrino el ahora demandado don Zacarías Vargas Páucar, con fecha veintiséis de Febrero de mil novecientos noventidós, sentencia que al no haber sido impugnada quedó consentida y ejecutoriada con fecha nueve de marzo del mismo año, vale decir, en mil novecientos noventidós, tal como consta de la referida causa fotocopiada que se tiene a la vista; **TERCERO:** Que con estricto arreglo con lo preceptuado por el Artículo ciento setentiocho del Código Procesal Civil, hasta dentro de seis meses de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuera ejecutable, puede demandarse la nulidad de una sentencia alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso cometido, entre otros, por una parte, en cuya circunstancia se sustenta la demanda acumulada sobre nulidad de la declaratoria de herederos seguido por el demandado don Zacarías Vargas Páucar; **CUARTO:** Que en el presente caso y haciendo el correspondiente cómputo desde el nueve de Marzo de mil novecientos noventidós en que la sentencia de declaratoria de herederos cuya nulidad se pretende en la presente acción judicial adquirió la calidad de cosa juzgada por tratarse de una sentencia meramente declarativa, hasta la fecha de presentación de la presente demanda que ocurrió el seis de Enero del año en curso, han transcurrido más de cuatro años consecutivos de haber adquirido la calidad de cosa juzgada; **QUINTO:** Que en consecuencia, la demanda acumulada antes referida sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta planteada por el mandatario del actor don Salvador Guardia Velarde, ha sido incoada mucho tiempo después que la sentencia presuntamente fraudulenta adquirió la calidad de cosa juzgada, y por lo tanto esta pretensión ha caducado, de conformidad con lo previsto por el artículo dos mil tres y siguientes del Código Civil y artículo cuatrocientos cuarentiséis inciso once del Código Procesal Civil; que de consiguiente, y estando a los fundamentos antes glosados, la excepción de caducidad deducida por el demandado don Zacarías Vargas Páucar, resulta fundada; **SEXTO:** Que la excepción de incompetencia deducida por el citado demandado respecto de la acción de

sucesión intestada a efecto de que declare heredero de don Modesto Domingo Vargas Peceros al demandante don Salvador Guardia Velarde en representación de su causante doña Ernestina Honorata Guardia Velarde, se tiene que con estricta sujeción con la parte pertinente de la ley número veintiséis mil seiscientos sesentidós en vigencia desde fines del año próximo pasado, en asuntos no contenciosos se puede recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario Público para tramitar, entre otros, asuntos de sucesión intestada, y que en cuanto al Poder Judicial resulta competente el Juez de Paz Letrado, en cuyo caso se sujetará a las normas contenidas en el Código Procesal Civil; **SÉTIMO:** Que en el presente caso, si bien la pretensión acumulada del actor para que se declare heredero en representación de su mencionada hermana no ha sido formulada de modo expreso en la vía no-contenciosa, sin embargo también es cierto que la vía procedimental para plantear, sustanciar y definir este tipo de acciones en el Poder Judicial se encuentra regulada por el artículo setecientos cuarentinueve y siguientes del Código Procesal Civil relacionada con los procesos no-contenciosos a cuyas normas legales se remite la antes acotada ley número veintiséis mil seiscientos sesentidós en vigencia, por lo que de consiguiente resultan siendo de competencia para conocer este tipo de acciones judiciales los jueces de Paz Letrados y no el Juez Especializado Civil como indebidamente ha sucedido en el presente caso en concreto; que por otro lado, el mandatario del actor, no ha justificado ni sustentado la razón por la que esta acción acumulada debe sustanciarse en el proceso de conocimiento y ante el juez de mayor jerarquía legal que el expresamente prefijado por ley, pues en este tipo de acciones se tramitan procesos que no tengan una vía procedimental propia tal como lo establece el artículo cuatrocientos setenticinco del Código Procesal Civil, lo que no ocurre en el presente caso en que la vía procedimental para que se declare heredero a una persona de otra fallecida se encuentra debidamente regulada y definida para los procesos no-contenciosos y ante el juez de paz letrado o, alternativamente, ante Notario Público tal como lo manda la ley; que de consiguiente, la excepción de incompetencia deducida por el emplazado contra esta acción acumulada, resulta amparable en atención con lo establecido por el artículo cuatrocientos cuarentiséis inciso uno del Código Procesal Civil, dejándose a salvo el derecho del actor a fin de que si lo tiene por conveniente la haga valer ante la autoridad competente de ley; **OCTAVO:** Que no ocurre lo mismo respecto de la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante deducida también por el demandado y por lo tanto ésta, debe confirmarse no en mérito de los fundamentos glosados en el tercer considerando de la resolución apelada, sino porque de los fundamentos glosados en la demanda, se aprecia que existe correspondencia entre la

parte demandante y la pretensión demandada en tanto y en cuanto se argumenta que el actor debe concurrir a la herencia dejada por su cuñado el causante común don Modesto Domingo Vargas Peceros por ser también su heredero de tercer, orden pues el causante fue casado con su hermana doña Ernestina Honorata Guardia Velarde y, en todo caso, la titularidad del derecho sucesorio que se atribuye el actor, es una cuestión de fondo que debe evaluarse y definirse en la sentencia sustancial en mérito de todo el material probatorio que arroje finalmente el proceso; **NOVENO:** Por estas consideraciones, y de conformidad con lo previsto por los artículos trescientos cincuenticinco, trescientos setentidós, trescientos setentisiete, trescientos ochentitrés y cuatrocientos cincuentiuno numeral cinco del Código Procesal Civil, y estando además al principio de legalidad que informa todo proceso judicial cualquiera que sea su denominación o especialidad; **REVOCARON:** El auto materia de grado de fojas cincuentisiete del fotocopiado fechado el siete de julio del año en curso que a su vez se remite también a la resolución expedida por el mismo juzgador a fojas diecisiete y siguiente del fotocopiado, en la parte que declaran infundadas las excepciones de caducidad y de incompetencia deducidas contra las acciones acumuladas de cosa juzgada fraudulenta y de sucesión intestada, respectivamente; **REFORMÁNDOLA:** En estos extremos, declararon fundadas las antes mencionadas excepciones respecto de las referidas acciones judiciales acumuladas, y en consecuencia, nulo todo lo actuado en relación con las acciones acumuladas sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta y de sucesión intestada; la **CONFIRMARON:** En el extremo que declara infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante respecto de las demás acciones judiciales aún subsistentes; **MANDARON:** Se remita copia mediante oficio de la presente resolución al juez de la demanda, se notifique a las partes litigantes con arreglo a ley, y se archive en donde corresponda; en los seguidos por don Salvador Guardia Velarde con don Zacarías Vargas Páucar, sobre petición de herencia y otros (cuaderno de excepciones). Vocal Ponente doctor Eduardo Conde Gutiérrez.

S.S.

CONDE GUTIERREZ-DONAIRES CUBA-JARA HUAYTA

**CAS. N° 1908-97 AYACUCHO**

Lima, veinticinco de marzo de mil novecientos noventinueve.-

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.**- Vista la causa número mil novecientos ocho-noventa y siete; con los acompañados; en la Audiencia Pública de fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho y, producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por don Salvador Guardia Velarde contra el auto expedido por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho a fojas ochentitrés, su fecha ocho de setiembre de mil novecientos noventa y siete, que revocaron el auto de fojas cincuenta y siete, su fecha siete de julio del mismo año, declaran fundadas las excepciones de caducidad y de incompetencia deducidas en las acciones acumuladas de nulidad de cosa juzgada fraudulenta y sucesión intestada; con lo demás que contiene; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La Sala ha estimado procedente el recurso de casación interpuesto sólo por la causal de inaplicación del artículo seiscientos sesenticuatro del Código Civil; **CONSIDERANDO; PRIMERO:** Que, la resolución recurrida incurre en error de derecho por desconocimiento de lo normado en el artículo seiscientos sesenticuatro del Código Civil, que determina que la acción de petición de herencia es imprescriptible, lo que corresponde ser corregido en esta vía; **SEGUNDO:** Que, la norma bajo comentario establece clara e inequívocamente el derecho del heredero que no posee los bienes que considera le pertenecen a solicitarlos; y se dirige contra quien los posea en todo o en parte a título sucesorio para excluirlo o para concurrir con él, es decir, el derecho a la acción petitoria de herencia; **TERCERO:** Que, la acción petitoria de herencia es de naturaleza contenciosa y a ella puede acumularse la pretensión de ser declarado heredero, en el caso que habiendo declaratoria de herederos se hubieran preterido los derechos del demandante, lo que no puede hacerse valer en vía no contenciosa como erradamente señala la recurrida; **CUARTO:** Que, asimismo, puede ser materia de esta acción la exclusión de aquellos que habiendo sido declarados herederos no les corresponda este derecho por existir derechos preferentes, conforme a los artículos ochocientos quince y ochocientos dieciséis del Código Civil; **QUINTO:** Que, si bien es cierto, la acción acumulada de nulidad de cosa juzgada fraudulenta es improcedente esto en nada modifica el deber del Juez de la causa de pronunciarse sobre la acción petitoria interpuesta y elimi-

nar la incertidumbre jurídica, respecto del derecho que pudiera corresponderle al accionante de heredar con exclusión del demandado; **SEXTO**: Que, si bien la excepción de incompetencia cuestiona el abocamiento de la causa del juez por razón del grado, territorio, materia y cuantía, también lo es que en las acciones sobre petición de herencia la vía pertinente es la de conocimiento; **SENTENCIA**: Por lo expuesto, y de conformidad con la facultad contemplada en el artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil; declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Salvador Guardia Velarde, obrante a fojas noventidós del cuaderno de excepciones; en consecuencia **NULO** el auto de fojas ochentitrés, su fecha ocho de setiembre de mil novecientos noventa y siete **en cuanto** declaran fundadas las excepciones de caducidad e incompetencia, respecto de la petición de herencia; y **actuando en sede de instancia**: **CONFIRMARON** el auto de fojas cincuentisiete, su fecha siete de julio del mismo año, que declaran infundadas las excepciones de incompetencia y caducidad; **DISPUSIERON** se continúe la tramitación de la causa según su estado; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por don Salvador Guardia Velarde con don Zacarías Vargas Páucar, sobre petición de herencia; y los devolvieron.

S.S.

URRELLO A.-ALMENARA B.-VÁSQUEZ C.-ECHEVARRÍA A.-CELIS Z.

## CASO N° 11

### CAS. N° 158-97 PIURA

#### Sumilla del autor:

La acción petitoria corresponde al heredero que no posee los bienes hereditarios que considera le pertenecen y se interpone contra quien los posea en todo o en parte a título sucesorio para excluirlo, si éste carece de derecho hereditario o su derecho es menor al de aquél, o para concurrir con él si tiene igual derecho.

La acción reivindicatoria de bien hereditario procede ejercitarla por el heredero contra un tercer adquirente, que sin buena fe adquiere el bien hereditario por efecto de un contrato de compra-venta (a título oneroso) celebrado por el heredero aparente o coheredero que entró en posesión de ellos.

La buena fe del comprador se presume, si antes de la celebración del contrato estaba debidamente inscrito en el registro respectivo el título de heredero del comprador y la transmisión del inmueble a su favor y no se encuentra anotada demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos, tal como señala la segunda parte del artículo 665 del Código Civil. Sin embargo, cuando del Registro de la Propiedad Inmueble aparece que la anterior propietaria fue la causante del vendedor y que además de él habían otros herederos de aquella como aparece de autos, y que tenían por tanto igual derecho sobre el mismo inmueble, por lo que no resulta entonces válida la presunción de buena fe de la compradora por aplicación del artículo 2012 del Código Civil que consagra el principio de publicidad, y del artículo 2015 que establece el otro principio del tracto sucesivo.

Cuando se declara la nulidad de una escritura pública de compra-venta al amparo de lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 219, el efecto legal es el de retrotraer el bien al estado anterior al contrato celebrado debiendo inscribirse dicha nulidad en el asiento de inscripción en los Registros Públicos.

Resulta implicate por contradictorio que se declare la nulidad del contrato de compra-venta del inmueble así como la del asiento de inscripción y que simultáneamente se le reconozcan a la compradora el 25% de los derechos y acciones sobre el referido inmueble.

El contrato de transferencia de propiedad de un bien inmueble que realiza un heredero a sabiendas de la existencia de otros coherederos con los mismos derechos es nulo (inciso 1° artículo 219 del Código Civil).

Para la admisibilidad del recurso de casación es menester que el recurrente cumpla los requisitos de forma y fondo señalados en los artículos 387 y 388 del Código Procesal Civil.

La sustentación del recurso de casación fundamentado en las causales previstas en el artículo 386 del acotado debe ser clara, precisa y coherente, de lo contrario resulta improcedente conforme al artículo 392 del mismo cuerpo legal.

### **Concordancias:**

Código Civil: artículos 140, 219 inc. 1°, 664, 665, 2012 y 2015.

Código Procesal Civil: artículos 386, 387, 388 y 392.

### **Antecedentes:**

Don Manuel Masías Viera interpone demanda de petición de herencia, acción

reivindicatoria y nulidad de contrato de compra-venta contra doña Leyda Muro Chiroque y otros.

Sostiene que a la muerte de doña Natividad Viera Deza, ésta dejó como herencia el inmueble objeto de la presente acción reivindicatoria. El demandado don Roberto Muro obtuvo resolución judicial que lo declaró único heredero, lo cual no era conforme a la realidad porque habían otros tres con igual derecho. El aludido demandado —se afirma— inscribió el bien a su nombre y posteriormente lo vendió a su hija doña Leyda Muro Chiroque apareciendo como único propietario del inmueble.

La sentencia de Primera Instancia y la de vista han amparado la demanda reivindicatoria declarando nulo el contrato de compra-venta así como el asiento registral.

La Corte Suprema declara improcedente el recurso de casación interpuesto por la codemandada Leyda Muro Chiroque.

## RES. N° 31

Piura, ocho de marzo de mil novecientos noventicinco.

**VISTOS:** resulta del proceso que de fojas catorce a dieciséis don MANUEL MASIAS VIERA, interpone demanda de Petición de Herencia dirigida contra don ROBERTO MURO VIERA; asimismo acumulativamente contra doña LEYDA MURO CHIROQUE; la de reivindicación de inmueble, amparado en los fundamentos de hecho y de derecho allí expuestos; a fojas diecisiete se declara inadmisibles el petitorio a fin de que se subsanen las omisiones anotadas, cuyo mandato se cumple con los escritos de fojas diecinueve y veintidós, admitiéndose entonces a trámite la demanda en la Vía del proceso de conocimiento; emplazados válidamente los demandados, apersonándose mediante escrito de fojas cuarentidós a cuarenticinco don ROBERTO MURO VIERA, absolviendo la contestación de la demanda y reconviniendo a fin de que se declaren herederos a doña NATIVIDAD VIERA DEZA, y en representación de GRACIELA MASÍAS VIERA; ELIZABETH AUGUSTA, OSWALDO AUGUSTO Y CÉSAR AUGUSTO RIOFRÍO MASÍAS; asimismo, la codemandada LEYDA EMÉRITA MURO CHIROQUE, absuelve la contestación de la demanda mediante escrito de fojas cincuenticinco a cincuentiséis, solicitando se declare Infundada la demanda interpuesta, amparada en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos; absuelta la reconvención por el demandante a fojas sesentidós vuel-

ta se dicta el auto de saneamiento procesal, citándose para la audiencia conciliatoria, la que se efectuó con los resultados del acta de fojas sesenticinco a sesentisiete; de fojas setentiuno a setenticuatro, se consigna el acta de la audiencia de pruebas y habiendo las partes procesales presentado sus alegatos el proceso es puesto a despacho para sentenciar, que se dicta a fojas noventicuatro, la que al ser impugnada, la Superior Sala Civil la anula por las razones expuestas en la resolución de fojas ciento treintitrés, y habiéndose cumplido el trámite que se ordena, nuevamente los autos se ponen en despacho para expedir sentencia; **CONSIDERANDO: PRIMERO**, que la presente es una petición de Herencia, nulidad de escritura pública de traslación de dominio y Reivindicación del bien inmueble; que respecto a la primera acción las partes han conciliado en la audiencia de fojas sesenticinco, determinándose que los herederos de doña Natividad Viera Deza, son a parte de don Roberto Muro Viera, don Manuel Masías Viera y en representación de doña Josefa Arévalo Viera don Rodrigo Palacios Arévalo, Guillermo Palacios Arévalo y doña Angélica Farroñay Arévalo, conforme se demuestra de la fotocopia legalizada de la sentencia expedida por la Superior Sala Civil de fojas ciento sesentidós y que ha sido inscrita en los Registros Públicos de esta ciudad, en la ficha número veintidós ochentitrés; y en representación de doña Graciela Masías Viera, Elizabeth Augusta, Oswaldo Augusto y César Augusto Riofrio Masias; **SEGUNDO**: Que, respecto a la nulidad de escritura pública a que se contrae la instrumental que obra de fojas cuarentinueve a cincuentidos, en la cláusula primera se sostiene que el inmueble sito en calle Callao número trescientos dieciséis guión trescientos dieciocho de Castilla, es de propiedad del codemandado Roberto Muro Viera y su esposa, por haber adquirido su derecho por herencia de su madre Natividad Viera Deza, aduciendo al absolver la demanda de fojas cuarentidos, que conculó los derechos de los otros herederos y que fue autorizado para que se haga declarar único heredero; **TERCERO**: Que, no resultan creíbles los argumentos que sostiene don Roberto Muro Viera, de que estimaron el valor del bien en cuatrocientos mil intis y que procedió a pagar cien mil intis a su hermana Josefa Arévalo, cien mil intis a sus sobrinos en representación de su hermana Graciela Masias, y cien mil intis a Manuel Masías Viera, en diferentes fechas y por coincidencia, a ninguno le exigió la suscripción de una constancia de pago que acredite dichas entregas en mil novecientos ochentisiete, continuando con estos argumentos increíbles, manifiesta que también le autorizaron que se declare único propietario; que el propósito ha sido el de preterir a sus otros herederos y lograr transferir el bien a su hija, quien debió previamente exigir a su padre si el título de propietario era válido, teniendo en cuenta que la presunta autorización de único heredero con el que

transfería no estaba corroborada con algún documento privado suscrito por todos ellos; **CUARTO**: Que lo expuesto se demuestra al no haberse presentado en autos alguna prueba de que canceló proporcionalmente lo que correspondía a los otros coherederos, por el contrario don Manuel Masías Viera, y Josefa Arévalo Viera al formular la presente están desvirtuando este hecho y que se corrobora con la propia declaración de parte del demandado, donde sostiene que no tiene ningún documento que acredite la venta hecha a sus hermanos; **QUINTO**: Que, al haberse transferido el bien ha sabiendas que existían otros coherederos con el mismo derecho de propiedad y que no han participado del acto jurídico, éste resulta nulo, a tenor del inciso primero del artículo doscientos diecinueve del Código Civil, porque carece de la manifestación de sus voluntades; que al no haber expresado sus voluntades, que consiste en dar a conocer por cualquier medio que esta se exteriorice, ésta no ha producido los efectos queridos; que el codemandado Roberto Muro Viera, podía disponer de la cuarta parte del bien más no de todo el bien, porque no había adquirido la propiedad, a menos que los otros coherederos le hayan autorizado transferir en su nombre por no existir ningún documento idóneo que demuestre y corroboren sus argumentos triviales que señala en su escrito de contestación de la demanda; **SEXTO**: Que, resulta increíble que la demandada sostenga en el punto dos de su escrito de contestación de demanda, que adquirió el bien de buena fe; pues, señala como su domicilio real el mismo que tienen los demandantes, y siendo hija del vendedor, necesariamente tenía que saber que el bien constituía la masa hereditaria de la causante, su abuela quien tenía cuatro hijos; por consiguiente, teniendo vínculos familiares con el vendedor y los otros beneficiarios sus tíos, no puede alegar buena fe, prueba de ello es que en la escritura de transferencia en ninguna de sus cláusulas aparece que su vendedora haya adquirido las acciones y derechos de los otros coherederos, lo que evidencia que ha habido un concierto de voluntades a fin de preterirlos de sus legítimos derechos de propiedad emanados de su causante doña Natividad Viera Deza; **SÉTIMO**: Que, al haberse probado que la citada transferencia carezca de eficacia por no haber participado todos los propietarios que representaban las tres cuartas partes del bien e interviniendo solo el que representaba una cuarta parte del bien, es un acto nulo por carecer de uno de los elementos esenciales que exige el artículo ciento cuarenta del Código Civil, como es la manifestación de voluntad; y siendo así, es atendible la reivindicación del bien en lo que respecta a las acciones y derechos que corresponden a los demandantes, de conformidad con el artículo seiscientos sesenticinco del Código Civil, lo que no implica el desalojo físico de los demandados Roberto Muro Viera y Leyda Muro Chiroque, por cuanto don Roberto Muro

Viera es titular de una cuota hereditaria sobre dicho bien; **OCTAVO:** Que, carece de objeto pronunciarse por la reconvencción formulada, por cuanto esta ya fue dilucidada en la audiencia de conciliación al haber acordado los coherederos respecto a la partición de herencia conforme es de verse del acta de fojas sesenticinco, por estos fundamentos y de conformidad con el inciso uno del artículo doscientos diecinueve del Código Civil; administrando Justicia a nombre de la Nación; **FALLO:** Declarando **FUNDADA** la demanda interpuesta a fojas catorce por don MANUEL MASÍAS VIERA, en consecuencia nula y sin efecto legal alguno la Escritura Traslativa de Dominio, celebrado por los demandados Roberto Muro Viera y Leyda Muro Chiroque, por ante el Notario Público Amarilis Ramírez el once de agosto de mil novecientos noventitrés y el Asiento Registral correspondiente; Fundado el extremo que solicita la Reivindicación, en consecuencia que la demandada LEYDA MURO CHIROQUE, restituya las tres cuartas partes de las acciones y derechos del bien inmueble sito en calle Callao número trescientos dieciséis guión trescientos dieciocho de Castilla, a los herederos del causante que son Manuel Masías Viera; don Rodrigo Palacios Arévalo, Guillermo Palacios Arévalo y Angélica Farroñay Arévalo en representación de doña Josefa Arévalo Viera; asimismo Elizabeth Augusta, Oswaldo Augusto y César Augusto Riofrío Masías en representación de doña Graciela Masías Viera; con costas y costos del proceso, y sin objeto pronunciarse por el extremo de petición de herencia de herederos por haber conciliado las partes, hágase saber y consentida o ejecutoriada que fuera la presente, archívese.

## RES. N° 45

Piura, veintinueve de noviembre  
de mil novecientos noventa y seis.-

**VISTOS;** Oído el Informe Oral y por sus fundamentos: **CONFIRMARON** la sentencia apelada que corre a fojas ciento sesentisiete, su fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y cinco; que declara fundada la demanda interpuesta a fojas catorce por don Manuel Masías Viera; en consecuencia nula y sin efecto alguno la escritura traslativa de dominio, celebrado por los demandados Roberto Muro Viera y Leyda Muro Chiroque por ante el Notario Público Amarilis Ramírez, el once de agosto de mil novecientos noventitrés y el asiento registrado correspondiente; Fundado el extremo que solicita la reivindicación, en consecuencia que la demandada Leyda Muro Chiroque restituya las tres cuartas partes de las acciones del derecho del bien inmueble; e integrándola declararon nulo el asiento de inscripción en los Re-

gistros Públicos, debiendo oficiarse oportunamente; y los devolvieron.- Vocal ponente señor Linares Vera Portocarrero.-

SAGÁSTEGUI-LINARES VERA PORTOCARRERO-VEGAS.

### CASACIÓN Nº 158-97 PIURA

Lima, once de julio de mil novecientos noventa y siete.-

**VISTOS;** con el acompañado y **Considerando;** **PRIMERO:** que, si bien el recurso de casación interpuesto por la codemandada Leyda Muro Chiroque reúne los requisitos de forma para su admisibilidad, lo propio no sucede con relación a los requisitos de fondo para establecer su procedencia; **SEGUNDO:** refiere la recurrente que su recurso esta comprendido en las causales previstas en los incisos primero y segundo del artículo trescientos ochentis y seis del Código Procesal Civil; **TERCERO:** fundamentando la primera de las causales manifiesta la impugnante que, se ha dado indebida aplicación como errónea interpretación del artículo seiscientos sesenticinco del Código Civil, sin precisar cuál debe ser la debida aplicación o correcta interpretación de la misma; **CUARTO:** que, luego citando la misma norma material, esto es, el artículo seiscientos sesenticinco del acotado Código Civil, agrega que dicha norma habría sido inaplicada a manera de sustentar la segunda causal; **QUINTO:** que, aparte de lo incoherente de los planteamientos expresados, la cita del artículo seiscientos sesenticinco del Código Civil en el fallo es pertinente, razón por la que tenemos que convenir en que el recurso carece de la sustentación necesaria para justificar la revisión del fallo; que teniendo en cuenta las razones precedentes; y en aplicación del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil: declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos veintinueve contra la sentencia de vista de fojas doscientos veinticinco, su fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y siete; **CONDENARON** al recurrente al pago de costas y costos del recurso; así como a la multa de tres Unidades de Referencia Procesal; **MANDARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*, en los seguidos por don Manuel Masías Viera y otra contra Roberto Muro Viera y otra sobre Petición de Herencia y otro; y los devolvieron.

S.S.

URRELLO A.-BUENDÍA G.-ORTIZ B.-SÁNCHEZ PALACIOS P.  
ECHEVARRÍA A.

**CASO N° 12****CAS. N° 479-96 CALLAO****Sumilla del autor:**

Cuando la demanda no reúne los requisitos de procedibilidad previstos por ley, corresponde al juez disponer que el demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de 10 días. Vencido este plazo, si el demandante no hubiera cumplido con lo dispuesto por el juez, será declarado inadmisibile porque las normas procesales son imperativas (artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil)

Un requisito de forma previsto para la admisibilidad del recurso de casación es el pago de la tasa respectiva del arancel judicial.

Siendo dos las partes recurrentes, entonces se deben adjuntar dos recibos de pago por el monto establecido como tasa. La omisión de este requisito de forma conlleva a la declaración de nulidad del concesorio e inadmisibilidad del recurso de casación (artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Civil).

**Concordancias:**

Código Procesal Civil: artículos 387 inciso 2° y 426.

**Antecedentes:**

La demanda interpuesta por Pierre Genaro Cueva Olivera, José Rodas Cueva y otros sobre petición de herencia y declaratoria de herederos es rechazada por no haber cumplido los litigantes con adjuntar los recibos de tasa judicial canceladas por cada uno de los accionantes.

La resolución que rechaza la demanda es confirmada por la resolución de vista. Interpuesto recurso de casación por los mismos recurrentes, es desestimado por el referido vicio ya que, no se cumple con adjuntar un recibo de pago de tasa judicial por cada uno de los recurrentes, al presentar su recurso de casación.

**EXP. N° 2367-95**

**RES. N° 2**

Callao, veinticinco de setiembre de mil novecientos noventaicinco.

**AUTOS Y VISTOS:** y, **ATENDIENDO: PRIMERO:** Que, la resolución administrativa 002-93 CE/PJ indica que el recibo de tasa judicial debe ser abonado por cada una de los litigantes en forma individual, el mismo que debe efectuarse conforme a la resolución administrativa 015-95 CE/PJ, por lo que se declara **INADMISIBLE** la subsanación.

**SEGUNDO:** Que, en consecuencia, se **RECHAZA** la demanda, devolviéndose los anexos presentados.

**EXP. N° 1082-95**  
**PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO**  
**CIVIL DEL CALLAO**

Ponente: Dr. Torres Valdivia

**RES. N° 5**

Callao, veintiséis de enero de mil novecientos noventa y seis.-

**AUTOS Y VISTOS;** por los fundamentos de la resolución recurrida los mismos que se reproducen; **CONFIRMARON** el auto de fojas cuarentiséis, resolución número dos, su fecha veinticinco de setiembre de mil novecientos noventaicinco, que rechaza la demanda; con lo demás que contiene; en los seguidos por don Pierre Genaro Cueva Olivera y otros con don Edgar Cueva Flores y otra, sobre petitoria de herencia; y, los devolvieron.-

**CATACORA GONZALES-UCEDA MAGALLANES-TORRES VALDIVIA**

**CAS. N° 479-96 CALLAO**

Lima, dieciséis de mayo de  
mil novecientos noventiséis.-

**VISTOS;** y **CONSIDERANDO:** 1) Que el inciso segundo del artículo trescientos ochentisiete del Código Procesal Civil, exige como requisito de forma, para la admisibilidad del recurso de casación, el pago de la tasa respectiva del arancel; 2) que en el presente caso, el recurso de casación de fojas ochentidós ha sido interpuesto por don Pierre Genaro Cueva Olivera y José Clodomiro Rodas Cueva, acompañando el recibo de fojas ochentiuno expedido conjuntamente a ambos recurrentes, por la suma de cuatrocientos cuarenta nuevos soles, cantidad que debía pagar cada uno de ellos, de donde resulta que el pago ha sido diminuto; 3) que en consecuencia, no se ha cumplido con el requisito de forma contemplado por el inciso segundo del artículo trescientos ochentisiete antes citado; y, aplicando el artículo trescientos noventiuno del mismo: declararon **NULO** el concesorio de fojas noventidós, su fecha veinte de marzo del presente año, e **INADMISIBLE** el recurso de casación; **CONDENARON** a los recurrentes a una multa de tres unidades de referencia procesal así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; en los seguidos por Pierre Cueva Olivera con Edgar Cueva Flores y otros, sobre petición de herencia; y los devolvieron.-  
SS.

**RONCALLA-ROMAN-REYES-VÁSQUEZ-ECHEVARRÍA**

**MATERIA CIVIL: ACCIÓN REIVINDICATORIA DE HERENCIA****CASO N° 13****CAS. N° 1967-T-96 LIMA****Sumilla del autor:**

La acción reivindicatoria de bienes hereditarios participa de la misma naturaleza que la acción reivindicatoria prevista en el artículo 927 del Código Civil, porque ambas se sustentan en el ejercicio del derecho de propiedad. En consecuencia la acción reivindicatoria de bienes hereditarios también es imprescriptible. Empero, la acción reivindicatoria resulta improcedente únicamente cuando se interpone contra aquél que adquirió el bien por prescripción.

El abandono del proceso judicial resulta procedente cuando se encuentra paralizado en Primera Instancia más de 4 meses. Sin embargo, no procede en los procesos en que se contiendan pretensiones imprescriptibles. (artículo 350 inciso 1° del Código Procesal Civil).

**Concordancias:**

Código Civil: artículos 664, 665 y 927, 2001 incs. 1° y 4°.

Código Procesal Civil: artículos 321 inc. 1°, 346, 350 inc. 1°, 386 inc. 1°

**Antecedentes:**

Con motivo de la interposición de una demanda sobre reivindicación de bien hereditario, restitución y pago indemnizatorio por daños y perjuicios que ha presentado doña Josefa Reyes de Torres, doña Consorcia Reyes Ladines solicitó el abandono del proceso y su consiguiente archivamiento, de conformidad con lo dispuesto con el inciso 3° del artículo 321 y artículos 346 del Código Procesal Civil al haber permanecido paralizado el expediente en un término mayor a los 4 meses. Las resoluciones inferiores declararon fundado el abandono del proceso.

La Corte Suprema en casación declaró nula la restitución de vista y revocó el auto apelado y declaró improcedente el abandono. Se fundó en el hecho de que la acción reivindicatoria de bienes hereditarios tiene la misma naturaleza que la acción reivindicatoria y se sustentan en el ejercicio del derecho de propiedad, siendo por tanto imprescriptible como señala el artículo 927 del Código Civil.

**Exp. N° 160-95**

Demandante: Josefa Reyes Ladines de Torres  
Demandado : Consorcio Reyes Ladines y otros  
Materia : Reivindicación

**RES. N° 9**

Lima, nueve de mayo de.-  
mil novecientos noventa y seis.-

**AUTOS Y VISTOS;** Estando a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo trescientos veintiuno y trescientos cuarentiséis del Código Procesal Civil, y habiendo permanecido los presentes autos paralizados en un término mayor a los cuatro meses; se declara: **ABANDONADO** el proceso, en consecuencia archívese.-

**EXP. 632-96 S.S.**

25° JUZGADO CIVIL León Velarde Rosas  
Palomino García  
Canelo Ramírez

**RES. N° 5**

Lima, 25 de octubre  
de mil novecientos noventa y seis.-

**AUTOS Y VISTOS;** interviniendo como ponente el señor León Velarde Rosas; por sus fundamentos; y, **CONSIDERANDO** además: **PRIMERO:** Que, la presente acción cuenta con tres extremos demandados acumulativamente, esto es, reivindicación de un bien hereditario, restitución y el pago de indemnización por daños y perjuicios; **SEGUNDO:** Que, la acción personal prescribe a los diez años al igual que la acción real y a los dos años la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual, tal como lo señalan los incisos 1 y 4 del artículo 2001 del Código Civil; **TERCERO:** Que, esto conlleva a que los tres extremos antes mencionados son prescriptibles y, de otro lado, la norma que contiene el inciso 1° del artículo 350 del Código Procesal Civil señala que el abandono no procede en los procesos en que se contienen pretensiones imprescriptibles, es decir, cuando el petitorio comprende más de una pretensión; **CUARTO:** Que la acción reivindicatoria que

se invoca al mencionarse el artículo 927 del Código Civil sobre la propiedad no es aplicable al caso de autos en el que se demanda, de manera puntual entre otros, la reivindicación de un bien hereditario lo que hace aplicable lo que dispone el artículo 665 del Código Civil, de lo cual fluye la naturaleza real de este extremo de la acción; **CONFIRMARON** el auto apelado de fojas trescientos cincuentisiete, su fecha nueve de mayo de mil novecientos noventa y seis que declara abandonado el proceso y ordena su archivamiento; y los devolvieron; en los seguidos por Josefa Reyes Ladines de Torres con Consorticia Reyes Ladines y otros, sobre Reivindicación.

**CAS. N° 1967-T-96**  
**LIMA**

Lima, diez de octubre de mil novecientos noventa y siete.-

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, vista la causa número mil novecientos sesentisiete-noventa y seis, en Audiencia Pública de la fecha producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO**: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Josefa Reyes Ladines de Torres, debidamente representada por don Pedro Javier Torres Reyes, mediante escrito de fojas Trescientos ochentiocho, contra la resolución de vista de fojas trescientos ochenticuatro, su fecha veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y seis, expedida por la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la apelada de fojas trescientos cincuentisiete, su fecha nueve de mayo del mismo año, declara el abandono del proceso y ordena su archivamiento; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**: el recurso se fundamenta en la causal del inciso primero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, por interpretación errónea de los artículos seiscientos sesenticinco, novecientos veintisiete e incisos primero y cuarto del artículo dos mil uno del Código Civil e inciso primero del artículo trescientos cincuenta del Código Adjetivo; **CONSIDERANDO: PRIMERO**: que, concedido el recurso de casación a fojas trescientos noventicuatro, fue declarado procedente por resolución del veinticinco de julio último, sólo en el extremo que se refiere a la interpretación errónea de los artículos seiscientos sesenticinco y novecientos veintisiete del Código Civil, por lo que es preciso determinar si se ha producido dicha infracción; **SEGUNDO**: que, la

recurrente señala que se ha interpretado erróneamente las normas materiales citadas por cuanto la resolución de vista, en su cuarto considerando, señala que no es aplicable el artículo novecientos veintisiete del Código Sustantivo, sino el artículo seiscientos sesenticinco del mismo Código, fundamentando su proposición con una cita de un texto de doctrina nacional del doctor Fernando Vidal Ramírez, quien sostiene que la acción reivindicatoria de herencia a que se refieren el artículo seiscientos sesenticinco acotado, en cuanto a su vigencia en el tiempo, se rige por las reglas establecidas para la acción reivindicatoria en general y no es prescriptible, como lo era en el Código Civil de mil novecientos treintiséis; **TERCERO:** que, como resulta del escrito de fojas veintidós, doña Josefa Reyes Ladines de Torres demanda la reivindicación del bien hereditario que señala, y acumula otras pretensiones, sustentándose en los artículos seiscientos sesenticinco, novecientos setentinueve del Código Civil y otros dispositivos legales que cita, por lo que evidentemente se trata de una reivindicación de herencia, advirtiéndose que la acción de petición de herencia fue declarada fundada, incluyéndosele entre los herederos de la de cujus; **CUARTO:** que, conforme a la mejor doctrina, acción petitoria es la que se dirige contra los herederos declarados, a título universal y se refiere a la totalidad de la herencia (*pro herede*) y reivindicatoria es la que se dirige contra terceros, a título particular y con relación a determinados bienes (*pro possessore*), de tal manera que ésta fluye no de una posesión a título hereditario, sino de una posesión a título real; **QUINTO:** que, la acción petitoria, normada por el artículo seiscientos sesenticuatro del Código Civil, con la modificación del Código Procesal Civil, es claramente imprescriptible, siendo la cuestión determinar si la acción de reivindicación de herencia prevista en el artículo seiscientos sesenticinco del acotado Código goza del mismo privilegio; **SEXTO:** que, el Código Civil de mil novecientos treintiséis se ocupaba de la acción reivindicatoria en su artículo seiscientos sesentidós, obligando a concordarlo con el inciso primero del artículo mil ciento sesentiocho del mismo, que señalaba que dicha acción, al igual que la real prescribía a los veinte años, lo que la diferenciaba de la acción reivindicatoria, imprescriptible por naturaleza; que, en el anteproyecto formulado por el ponente del Libro de Sucesiones, profesor Lanatta se mantuvo esa distinción, limitando dicha acción al plazo de la acción real, (véase *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil*, compilación de la doctora Delia Revoredo, Parte Primera, Tomo Primero, página seiscientos cincuentinueve y parte tercera, tomo quinto, página dieciséis, *in fine*), pero el texto definitivo no recogió esa limitación, y siendo la acción reivindicatoria de herencia de la misma naturaleza que la acción reivindicatoria prevista en el artículo novecientos veintisiete del vigente Código Sustantivo,

por sustentarse ambas en el ejercicio del derecho de propiedad, es también imprescriptible, lo que resulta, tanto de su concordancia con dicha acción, como del hecho de que en el texto definitivo incorporado al Código Civil vigente se suprimió la propuesta de anteproyecto referida a un plazo de prescripción; **SÉPTIMO**: que, en este mismo sentido se pronuncian el doctor Augusto Ferrero, en sus textos sobre Derecho de Sucesiones (Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, mil novecientos ochentisiete, página cincuentinueve y Universidad de Lima, mil novecientos ochentisiete, página doscientos uno); el Doctor Marcial Rubio Correa en su estudio sobre *Prescripción y Caducidad* (Biblioteca para Leer el Código Civil, Volumen séptimo, página ciento cincuentinueve); el doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena en su trabajo sobre *Derecho de Sucesiones* (Biblioteca para Leer el Código Civil, Volumen diecisiete, Tomo primero, página ciento cincuenta) y el profesor Alberto Tracucchi (*Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, mil novecientos sesentisiete, Tomo segundo, página cuatrocientos cincuenticuatro), quienes consideran que la acción reivindicatoria de herencia es imprescriptible, y participa de igual naturaleza que la acción de reivindicación normada por el artículo novecientos veintisiete del mismo Código, estando a las anteriores conclusiones; **DECLARARON: FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas trescientos ochentiocho, en consecuencia: **NULA** la resolución de vista de fojas trescientos ochenticuatro, su fecha veinticinco de octubre de mil novecientos noventiséis, expedida por la Séptima sala civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; y **actuando como instancia; REVOCARON** el auto apelado y **declararon IMPROCEDENTE** el abandono del proceso, continuando el trámite de la causa según su estado; **MANDARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*; en los seguidos por doña Josefa Reyes Ladines de Torres debidamente representada por don Pedro Javier Torres Reyes, con doña Consorcia Reyes Ladines de Del Castillo y otros, sobre Reivindicación de Bien Hereditario y otros; y, los devolvieron.- S.S.

URRELLO A.- BUENDÍA G.- ORTIZ B.- SÁNCHEZ PALACIOS P.- ECHEVARRÍA A.

CAPÍTULO V

**INDIGNIDAD**



## 1. GENERALIDADES

Toda persona por el solo hecho de existir tiene capacidad sucesoria, siempre que no sea excluida legalmente por quienes tienen derecho a hacerlo. Tal exclusión únicamente puede producirse por la comisión de actos de inconducta previstos por la ley, si fueron realizados por personas capaces, de modo consciente y voluntario, en agravio del causante y, eventualmente, de otros parientes. No podrán ser excluidos por indignidad los incapaces menores de edad ni los mayores que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento (artículo 748 del Código Civil).

Los requisitos para heredar son cuatro según la doctrina clásica, a saber:

1. **Existencia.** Los causahabientes deben sobrevivir al causante incluyendo a los que están por nacer al tiempo de su muerte, siempre que nazcan vivos. De ahí la frase clásica: «existir ya y existir todavía».
2. **Capacidad.** Es un derecho inherente a toda persona, independientemente de su facultad de disposición. Antiguamente algunas personas estaban incapacitadas para heredar; como los esclavos en el Derecho Romano o los religiosos en el antiguo Derecho Francés, incapacidad abolida por Decreto de 9 de octubre de 1793. Cabe también añadir que hubo una época en que a los herejes se les impidió tal derecho, o finalmente, a los extranjeros y a los muertos civiles. En nuestro Código Civil vigente, toda persona que exista al momento de la apertura de la sucesión, tiene derecho a la herencia.  
Es la aptitud legal de una persona para heredar a otra. La capacidad sucesoria no se identifica con la capacidad civil. Basta la capacidad de goce que se adquiere con el nacimiento vivo de una persona.
3. **Dignidad.** Está referida a la conducta observada por los causahabientes con el causante o su cónyuge, ascendientes, descendientes y determina-

dos parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad. Ello es obvio; no puede concederse el derecho hereditario a quienes se encuentran incursos en determinadas causales de inconducta taxativamente señaladas por la ley, que demuestran su falta de amor, de respeto y gratitud tanto para el causante como a determinados parientes. En el Derecho Romano la facultad de exclusión por indignidad estuvo al principio librada al criterio del de *cujus successione agitur*, pero posteriormente este derecho fue restringido para evitar el abuso. Entre nosotros no constituye sin embargo, norma de orden público, el derecho de exclusión es facultativo.

4. **Derecho preferencial.** En la sucesión hereditaria no todos los parientes tienen igual derecho sucesorio: existe un orden de prelación conforme al cual los más próximos al causante en grado y en parentesco o por existir el vínculo conyugal tienen mejor derecho para heredarle, constituyendo una excepción a este principio en algunas legislaciones como las de Argentina y Uruguay, el permitir que el cónyuge sobreviviente herede conjuntamente con los hijos y demás descendientes o ascendientes. Entre nosotros constituye norma de orden público.

La indignidad conlleva una sanción civil que sólo puede ser declarada mediante sentencia judicial dictada en un juicio civil y a solicitud de quienes tienen legitimidad procesal para demandar y que trae como consecuencia que el declarado indigno por sentencia consentida o ejecutoriada sea excluido de la sucesión con efectos que se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión. Implica una suerte de incompatibilidad moral respecto del causante, posibilitando su exclusión de la herencia, porque los vínculos de afecto, respeto y de consideración hacia el causante han sido rotos por el sucesor capaz, de modo consciente y libre.

Echecopar entiende por indignidad «la sanción civil que se impone a una persona y en virtud de la cual no puede heredar por haber incurrido en actos de tal naturaleza, respecto del causante, que no justificarían que éste le dejase todo o parte de sus bienes. Los actos tienen que ser tan graves que originen la disolución de todo vínculo familiar moral o económico entre ambas partes»<sup>1</sup>. Es decir, deben revestir especial gravedad que originen la sanción civil.

Coincidimos con Lafaille cuando señala que «más que una incapacidad existe aquí una exclusión de la herencia, es decir, que el llamado normalmente

---

<sup>1</sup> ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de Sucesiones*. Lima: Empresa Gráfica Sanmartí, 1950, pp. 52-53.

a recibirla pierde el carácter de heredero en virtud de motivos que la ley establece»<sup>2</sup>.

El fundamento de la indignidad no descansa en consideraciones de orden público, por eso, no basta la comisión de la falta por el sucesor, es menester que el legitimado para accionar solicite la declaración judicial de indignidad en la oportunidad legal.

Los hechos taxativos señalados por la ley están enmarcados dentro de lo que se denomina «Indignidad» y «Desheredación» y deben ser interpretados restrictivamente no pudiendo por tanto extenderse su aplicación por analogía, entre ambos institutos hay semejanzas como también diferencias que justifican su trato paralelo en nuestro ordenamiento jurídico.

Entre las semejanzas, se advierte: primero, que constituyen modos como se puede sancionar civilmente a un causahabiente privándosele de un derecho hereditario; segundo, que es menester que el acto cometido por el causahabiente se encuentre comprendido dentro de los taxativamente establecidos por la ley; tercero, que el acto sea cometido de modo consciente y voluntario por el causahabiente; cuarto, que éste sea persona con capacidad civil plena; quinto, que la exclusión no opera de oficio porque ambas instituciones no derivan de normas de orden público, sino de derecho facultativo librados, en última instancia, a la voluntad de quien corresponde ejercitarlo; sexto, los efectos se retrotraen al mismo momento de la muerte del causante; sétimo, el efecto es personal, de modo, que no afecta a los descendientes del excluido; octavo, cabe el perdón en cuyo caso queda rehabilitado el sancionado para poder heredar al causante de cuya sucesión se trata; noveno, no podrá inhabilitársele en el futuro sino por hechos posteriores a aquél que dio lugar a la inhabilitación; décimo, en ambos casos de indignidad y desheredación el afectado deberá restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos, con las salvedades propias de la desheredación; undécimo, los derechos sucesorios del causante pasan a los descendientes del afectado quienes heredarán al causante de la sucesión por representación en los casos señalados por la ley; duodécimo, el excluido no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes menores de edad o mayores incapaces; decimotercero, el causahabiente excluido puede ejercitar judicialmente su derecho de oposición en los casos contemplados por la ley; décimo cuarto: En los casos de representación al heredero colacionará lo recibido por su representado (Artículo 841 del Código Civil).

---

2 LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho Civil*. T. I. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica, Argentina, 1992, pp. 80-81.

De acuerdo con la vía procedimental, el proceso de indignidad debe tramitarse como proceso de conocimiento, de acuerdo al artículo 475 del Código Procesal Civil. En cambio, en la desheredación, de acuerdo al artículo 751 del Código Civil, el que deshereda puede —si quiere— interponer demanda contra el desheredado para justificar su decisión, pero no es indispensable la acción judicial, basta la declaración por testamento. La demanda se tramita como proceso abreviado. La sentencia que se pronuncie impide contradecir la desheredación<sup>3</sup> (artículo 486 del Código Procesal Civil).

Entre las diferencias sustanciales se encuentran las siguientes: primero, la indignidad procede ejercitarse contra herederos, cualesquiera que fuese su clase —forzosos o voluntarios—, y contra legatarios, mientras que sólo pueden ser desheredados los herederos forzosos; segundo, la indignidad puede hacerse valer tratándose de la sucesión testamentaria como de la intestada o legal (contra herederos y legatarios), mientras que la otra sólo funciona en la sucesión testamentaria; tercero, por la indignidad el causahabiente pierde íntegramente su derecho hereditario; en cambio, por la desheredación sólo se pierde, en principio, el derecho a la legítima a menos que el testador también prive expresamente al afectado de algún legado o donación que le hubiese concedido; cuarto, la indignidad debe ser declarada por sentencia dentro de un juicio ordinario sobre exclusión de la herencia por indignidad promovido contra el presunto indigno; la desheredación puede hacerse valer sólo mediante testamento con juicio previo o sin él; quinto, los titulares de la acción de exclusión por indignidad son los herederos llamados a suceder a falta o en concurrencia con el presunto indigno, mientras que tratándose de la desheredación sólo puede ejercitarla el testador por las causales de desheredación o de indignidad; sexto, la acción para solicitar la declaración judicial de indignidad prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de hecho de cualquiera de los bienes de la herencia o del legado mientras que la otra no, pues constituye un derecho del testador que puede ejercitarlo en cualquier oportunidad; séptimo, la sentencia que declara la indignidad de una persona para heredar tiene efectos irreversibles mientras que la desheredación con juicio previo o sin él, puede ser revocada por el propio testador en forma expresa o tácita, pero siempre mediante testamento o por escritura pública; octavo, si la causa de la acción civil, por promoverse o promovida contra un presunto indigno para excluirse de la herencia, se funda en un hecho delictuoso y éste fallece sin haber sido condenado en el ámbito penal porque requiere de sentencia condenatoria, no

---

<sup>3</sup> De acuerdo con el texto modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del D. Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por la R.M. 010-93-JUS de 8-1-93.

podrá ser excluido de aquella como lo señala acertadamente el artículo 727 inc. 3° del Código Francés, lo cual resulta lógico aunque nuestro Código Civil no lo señale explícitamente —artículo 667, inc. 1°—, mientras que tratándose de la desheredación no es óbice, porque depende directamente del testador siempre que éste le sobreviva y que quiera hacerlo por testamento.

La dignidad constituye un requisito esencial para poder heredar a otro; pero el indigno no es un incapaz porque la capacidad es un presupuesto necesario para ser declarado indigno. Hay casos de incompatibilidad para heredar a determinadas personas como son los casos del Notario interviniente a quien el testador mediante testamento por escritura pública le otorga algún beneficio económico a título gratuito (artículo 688 del Código Civil).

En el Código Civil de 1852 el tema de la indignidad no tuvo título especial. Estuvo confundido con la desheredación, y aparece comprendido en el título XVI, de la Sección Cuarta del Libro Segundo que se ocupa: De las cosas: del modo de adquirirlas; y de los derechos que las personas tienen sobre ellas. Como se ve, el Derecho de Sucesiones (Del modo de adquirir el dominio por herencia) estuvo considerado y regulado como uno de los modos de adquisición de derechos reales.

Empero, conviene precisar que la desheredación así establecida estuvo orientada a conceder al testador el derecho exclusivo de excluir a su heredero forzoso de la herencia. El artículo 838 del precitado Código Civil de 1852, así lo preceptuaba:

Artículo 838.- El testador puede, expresando justa causa, privar de la herencia a su heredero forzoso.

Las causas de desheredación constituían también fundamento para negar alimentos como lo estableció el numeral 262 del acotado.

En el Código Civil de 1936 tampoco tuvo título aparte, pues lo encontramos en el Libro Tercero, sección Primera, Título II, «De las incapacidades para suceder» en las que se incluyen tres situaciones diferentes que no guardan relación con el título común. Debe recalarse que la capacidad sucesoria constituye un derecho inherente a toda persona por el hecho de serlo, incluso al recién concebido a condición de que nazca vivo como lo preceptúa el artículo 1°, segundo párrafo del referido Código Civil. De lo que trata el epígrafe es más bien de las inhabilidades para suceder y desarrolla defectuosamente tres situaciones:

1. Artículos 665 al 667: Causales de exclusión por indignidad.
2. Artículos 668 y 669: Casos de incompatibilidad.

3. Artículo 670: Exclusión de herencia de hijo matrimonial por atribución de paternidad de un tercero.

Los defectos del epígrafe del Título II no inciden solamente sobre el título utilizado sino sobre su contenido. Además, resulta injustificado que, encontrándose la materia dentro de la Sección Primera sobre «Sucesión en general», consigne disposiciones como las de los artículos 668 y 669, propias de la Sección Segunda relativa a Sucesión Testamentaria y, finalmente, en cuanto al artículo 670, cuyo contenido es inconexo, resulta injusto y contradictorio con normas propias sobre filiación como el artículo 299 —que estableció la presunción del *pater is*—; altera peligrosamente los alcances del numeral 303 que restringía el derecho de negar la paternidad matrimonial sólo al marido; ¿no es acaso cierto que cuando dos o más disposiciones legales regulan una misma situación de hecho prima la específica sobre la genérica? En esta eventualidad, el artículo 303 del Código Civil de 1936 resultaba la norma de aplicación de acuerdo con este principio de derecho.

## 2. LA INDIGNIDAD COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA SUCESIÓN

Esta posición es asumida por el Código Civil de 1984, artículo 670. Sigue así el planteamiento dado por el Derecho Romano en el que el indigno era considerado heredero mediante la aceptación de la herencia y en el ejercicio regular del derecho de opción o declaración de que gozaba por el hecho de serlo, pero como resultado de la comisión de determinados actos reprobables en agravio del causante, se le privaba de su derecho hereditario. Sólo se le priva a alguien que tiene derecho. No se le puede privar a quien no lo tiene. Esto nos demuestra que la indignidad es sólo una causa de exclusión de la sucesión; pero no constituye por tanto una incapacidad para suceder. Sólo puede ser sancionado como indigno un sucesor o sea que es condición de declaración de indignidad, la capacidad sucesoria para ser heredero. Este sistema también existió en *Las Partidas*.

El artículo 727 del Código Civil Francés mantiene también esta posición tradicional. «Son indignos de suceder y, como tales, están excluidos de las sucesiones[...]».

Igual ocurre con el Código Civil Italiano de 1942, artículo 463: «Se excluye de la sucesión como indigno[...]».

La indignidad no determina una verdadera incapacidad como señalaba el artículo 665 del Código Civil de 1936, sino que constituye causa de exclusión que se determina por sentencia judicial. No opera *ipso jure*. No es institución de orden público. Está librada al derecho de accionar judicialmente, por parte de los herederos llamados a falta, o, en concurrencia con él presunto heredero indigno. En consecuencia, el indigno puede reafirmar su condición de heredero mediante la aceptación, pero asimismo, podrá perder su título si por sentencia se le declara indigno. Puede ser rehabilitado mediante la revocación según los artículos 747 y 753 del Código Civil cuando la desheredación hecha por el testador se funda en las causales de indignidad. El heredero pierde su título y es considerado como si nunca hubiese sido heredero porque sus efectos se retrotraen al mismo momento de la apertura de la sucesión y subentran como herederos aquellos que habían sido llamados a la sucesión si éste hubiese faltado. Los efectos son pues *ex tunc*. El heredero forzoso, al ser desheredado, pierde lo que le es inherente: su derecho a la legítima. En consecuencia, el heredero forzoso perderá su título personal y con ello su derecho legitimario.

El Código Civil de España asume por el contrario otra posición. El artículo 756 expresa: «Son incapaces de suceder por causa de indignidad[...]».

No obstante esta disposición, hay autores como el jurista español Valverde que dice que el principal y más importante de todos los efectos es que el indigno queda excluido de la sucesión al ser privado de los derechos hereditarios del causante. Roca Sastre coincide con este criterio.

La indignidad y la incapacidad tienen un nexo común: impedir que el heredero haga suya la herencia, pero se diferencian porque como afirma Santos Briz, las causas de indignidad presuponen la capacidad y por tanto el indigno puede aceptar la herencia aunque posteriormente sea excluido; en cambio, el incapaz no puede aceptarlo y si lo hace será nula.

Conforme al artículo 745 inciso 1 del Código Civil Español «son incapaces de suceder las criaturas abortivas, entendiéndose como tales las que no reúnan las condiciones expresadas en el artículo 30». El referido artículo 30 del mismo Código señala:

Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido al feto que tuviese figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

La declaración de indignidad implica pues una sanción civil por un hecho delictuoso o vituperable cometido por el sucesor que determina su exclusión de la herencia del causante.

### 3. LA INDIGNIDAD COMO INCAPACIDAD PARA SUCEDER

Royo Martínez afirma que la incapacidad del indigno no depende de que resulte inexistente o dudosa su condición de sujeto de derecho, de persona, ni de que sea posible poner en tela de juicio si sobrevivió o no al causante, sino que proviene de que el indigno, aún gozando de personalidad al tiempo de morir el causante, sea inepto para recibir titularidades procedentes del causante por vía de sucesión *mortis causa*. La indignidad —añade— implica un reto que el Derecho establece y que impide la ampliación y adquisición de la herencia.

Albadalejo, Vallet de Goytisolo, Díez Picazo y Guillén tienen la misma opinión.

Nosotros, acorde con la opinión imperante de la doctrina, consideramos la indignidad como causa de exclusión de la herencia y no de incapacidad, porque en nuestro ordenamiento legal toda persona cualquiera que fuera, por el hecho de existir tiene derecho a heredar, es capaz; el indigno, antes de la declaración judicial de indignidad, es heredero con todos sus atributos, por tanto, puede optar entre aceptar o renunciar a la herencia, puede tomar posesión real y efectiva sobre los bienes hereditarios que le corresponden y todo ello porque es considerado capaz, legalmente, para heredar, pero, una vez sentenciado pierde lo que ganó, pierde todos estos derechos hereditarios de modo retroactivo porque implica una sanción civil. El indigno es, ante todo, una persona capaz legalmente para heredar.

### 4. LAS CAUSALES DE INDIGNIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

Con estos antecedentes encontramos que el Título Tercero, de la Sección Primera del Libro Cuarto del Derecho de Sucesiones del Código Civil vigente, ya tiene por fin, título propio y específico: «Indignidad» que es un tema desarrollado con precisión y claridad pero de modo incompleto. Su contenido responde casi íntegramente al Anteproyecto del Dr. Lanatta, salvo algunas adiciones y modificaciones.

Los artículos 668 y 670 del Código Civil anterior han desaparecido de la Sección Primera en el nuevo ordenamiento civil; el primero por razón de la materia porque corresponde a la sucesión testamentaria (artículo 668) y el segundo por injusto e incongruente.

Respecto a las causales de indignidad que pasaremos a analizar, conviene mencionar la opinión de Héctor Lafaille cuando expone que «Los motivos de indignidad enumerados en la ley son de carácter excepcional y limitado de suer-

te que, no podrían extenderse a otras situaciones»<sup>4</sup>, lo cual es obvio porque los enunciados legales taxativos restrictivamente de modo absoluto. Agrega el autor que «Consecuencia de ello es la necesidad de un juicio y del fallo definitivo para que exista la exclusión, previa la prueba del extremo invocado».

Artículo 667.- Son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios:

1. Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.

Tanto en el artículo 665 inc. 1° del Código Civil de 1936 como en el artículo 8 inciso 1° del Anteproyecto se advierte una omisión: el no haber precisado si la prescripción es de la acción, o de la pena o de ambas. Por nota que cursara la Comisión Revisora al Dr. Lanatta, en su oportunidad, se le solicitó su valiosa opinión sobre la conveniencia de añadir que la prescripción se debía referir a la pena porque, como se sabe, en materia penal hay dos clases de prescripciones: de la acción y de la pena. Fontán Balestra<sup>5</sup> señala que la prescripción de la acción penal como el de la pena tiene un mismo fundamento: el olvido y la presunción de enmienda, y con ello la inutilidad de la pena. La diferencia entre una y otra está en que en la primera la renuncia estatal opera sobre el derecho de perseguir la imposición de una pena en tanto que en la segunda recae sobre el derecho de ejecutar la pena impuesta por sentencia condenatoria en ejecución de la misma. Esta propuesta mereció su acogida. Se fundamenta en que en el Derecho Penal, cometido un hecho con todas las características subjetivas y objetivas de un delito, la ley prevé supuestos en que la pena impuesta no puede aplicarse precisamente por haber prescrito el derecho a la ejecución. Estas previsiones como señala, Fontán Balestra son de diferente naturaleza, según que impidan que la sentencia condenatoria pueda dictarse o bien que se cumpla la pena aplicada al reo por sentencia firme. Una de estas previsiones, es la prescripción. El fundamento de este instituto es el mismo, tanto para la no aplicación de la pena como para impedir que el delito sea perseguido: el olvido y la presunción de enmienda, y con ello la inutilidad de la aplicación de pena. La diferencia entre la prescripción de la acción y la de

---

4 LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, t. I, pp. 80-81.

5 FONTAN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. T III. Parte general. Buenos Aires: Glem, 1966, p. 430.

la pena reside en que en la primera la renuncia estatal opera sobre el derecho de perseguir la imposición de una pena, por tanto, al extinguirse la acción penal no puede haber sentencia condenatoria, es por eso que el artículo 78 del Código Penal vigente señala que la posibilidad de iniciar acción penal, cesa entre otras causas por prescripción; en tanto que en la segunda, recae sobre el derecho a ejecutar la pena ya dictada mediante sentencia, por los organismos judiciales correspondientes. O sea que la prescripción de la pena presupone necesariamente la existencia de una sentencia condenatoria. No hay condena sin pena así como tampoco pena sin condena. Es por eso que el artículo 85 y siguientes del Código Penal, al tratar sobre este instituto, marcan distancia con la prescripción de la acción penal al establecer que con dicha prescripción de la pena se extingue el derecho a su ejecución. En cambio, la prescripción de la acción penal hace imposible una condena, por lo tanto, no podrá determinarse a los autores y cómplices del homicidio doloso, y sin el señalamiento de éstos no procede la primera causal de indignidad.

Conviene precisar que a nuestro criterio la existencia de circunstancias atenuantes en la comisión del delito calificado de homicidio que es el que configura esta causal, no pueden constituir eximentes para librarse el indigno de tal sanción civil. Así, por ejemplo, en los casos de eutanasia o en la ayuda para el suicidio.

También comprende al cómplice o sea a aquél que dolosamente hubiera determinado directamente a otro a cometerlo o preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado. Y además, a quienes de cualquier otro modo, dolosamente hubieran prestado asistencia para su realización, artículos 24 y 25 del Código Penal.

La causal se configura cuando se atenta contra la vida del causante, de sus ascendientes o descendientes, sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos porque la norma legal no los distingue, antes bien, el artículo 818 del Código Civil de 1984, los comprende a estos últimos entre los hijos.

Juan Carlos Rébora<sup>6</sup>, refiriéndose a una disposición similar existente en el derecho argentino, señala que para que la vocación sucesoria pueda ser eficazmente contrariada por esta causa deben reunirse las siguientes circunstancias:

- a. Un delito de homicidio o de tentativa, previsto y penado por la ley de la materia. Nosotros creemos que no puede extenderse la aplicación de este inciso 1 del artículo 667 a los casos de tentativa cuando es imposible la

---

<sup>6</sup> RÉBORA, Juan Carlos. *Derecho de sucesiones*. T. I. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1952, pp. 70-73.

consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto (artículo 17 del Código Penal). Igualmente respecto de la tentativa cuando por el desistimiento voluntario no se llegó a consumir el delito (artículo 18 del Código Penal).

- b. Que tal delito haya sido cometido o tentado contra el causante o ascendientes, contra su cónyuge o contra sus descendientes, aunque el delincuente no sepa que lo son. Al respecto el citado autor considera que le parece excesiva por una parte e insuficiente por otra. Es excesiva, porque incluye al legatario, por no decir al pariente próximo y quizás heredero del causante, que acaso por consecuencia con éste y por devoción a éste se cruzó con un hijo del causante y sería insuficiente, porque mientas en el primero de los supuestos anteriores, afectará más de una vez, a alguien tan próximo al causante como para ser coheredero del cónyuge o del descendiente que sufrió el atentado; no afectaría en cambio al pariente de sexto grado que matase a un hermano del causante, deliberadamente, para ocupar su puesto de único heredero. La misma crítica resulta válida para nosotros.
- c. Que haya mediado condena en juicio criminal. Esto supone, pues, el delito con todos sus elementos, los intencionales inclusive, y excluye los casos de inimputabilidad entre los que está comprendido el homicidio cometido en estado de necesidad, o por negligencia, el delito imposible y la tentativa suspendida voluntariamente sin que los actos realizados hubieran configurado el delito o si penalmente el acto no es posible.
- d. El delito de homicidio que sanciona civilmente esta causal es el doloso, por lo tanto, no incurre en indignidad el autor de un homicidio culposo. Lo que genera interrogante es si puede ser indigno el que asesinó a su padre sin saber que lo era, es decir, el homicidio con error en la persona. Nosotros creemos que en este caso en particular no procedería la declaración de indignidad, ya que el autor del delito no quiso ofender ni dañar al causante. Lo hizo con ignorancia de la identidad del agraviado.
- e. Si el homicidio doloso contra alguno de los mencionados en el inciso 1 del artículo 667, se llevará a cabo después de la muerte del causante no configuraría la causal de indignidad, debido a que con la muerte del causante se pone fin a su persona desapareciendo así el parentesco (artículo 61 del Código Civil).
- f. El simple reconocimiento del delito en el fuero civil no basta, debido a que sólo en un proceso penal se puede establecer la responsabilidad del acto delictivo.

Es preciso señalar que la prescripción señalada en el artículo 665 inciso I del Código Civil de 1936 era de la pena y no de la acción, porque mientras una

persona no sea condenada por los jueces competentes (jueces penales) debe presumirse la inocencia del imputado y si la prescripción de la acción penal impide al Estado el derecho a iniciarla o a proseguirla, quiere significar que dado tal supuesto, no podrá ser condenado porque la prescripción funciona tanto a solicitud de parte como también de oficio, ya que las normas que regulan su instituto son de orden público. Es por eso que la Comisión Revisora del Código Civil de 1936 consideró que la acción civil que el artículo 668 del Código Civil de 1984 permite, cuando se funda en los incisos 1 y 2 del artículo 667, del mismo Código Civil, no podía ser amparada, si antes de la sentencia en el juicio civil no se acredita que la persona presuntamente indigna fue condenada por el juez competente (Juez Instructor), porque el juez civil no puede calificar el delito ni menos establecer su culpabilidad penal. Además, porque toda persona es considerada inocente mientras no sea condenada por sentencia penal previo juicio. Entonces, para sentenciar en el juicio civil declarando la indignidad se requiere que haya sido condenado anteriormente en la vía penal, pues de lo contrario deberá declararse infundada la demanda. El artículo 667 inciso 1° del Código Civil lamentablemente no es explícito en este punto como sí lo es, por ejemplo, el artículo 3291 del Código Civil Argentino que excluye por indignidad a los condenados por delito o tentativa de homicidio, artículo 727 inciso 1° del Código Civil Francés y el artículo 885 del Código Civil de Holanda también lo establecen.

Bibiloni al impugnar la fórmula del Código de Vélez Sarfield que señala como requisito para la declaración de indignidad la previa condenación penal por la naturaleza de los hechos dolosos, expresa, sin embargo, que la condenación no puede obtenerse contra quien fallece antes del proceso o el que ha huido o enloquecido durante el juicio, resultando por ello inícuo la solución de que el homicida del causante recoja la herencia de su víctima. Es por este motivo que algunas legislaciones se han apartado del criterio anteriormente señalado como el Código Civil Italiano artículo 463 inciso 1° *in fine*, Código Civil Alemán artículo 2339 y artículo 1595 del Código Civil Brasileño.

Colin y Capitant en su obra *Curso elemental de Derecho Civil*<sup>7</sup>, por el contrario, consideran que «esta condición de la condena es necesaria... No releváramos de la sanción de declaración de indignidad ni al condenado que hubiere sufrido una pena leve por razón de las circunstancias atenuantes... ni a aquél que ha sido indultado o amnistiado». Compartimos este criterio por la naturaleza y gravedad de las causales fundadas en un delito debidamente comprobado dentro de un proceso penal.

---

<sup>7</sup> COLIN, Ambrosio y Henry CAPITANT. *Curso elemental de derecho civil*. T. VII. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1927, p. 121.

La causal de indignidad no desaparece por la prescripción de la pena porque se trata de un condenado. Dicha prescripción sólo se aplica a la sanción penal dictada de modo que los demás efectos de la sentencia penal subsisten. Remite la pena más no borra el delito.

Tampoco desaparece la causal de indignidad por el indulto. Este instituto guarda semejanzas con la amnistía que es una medida fundamentalmente política, que significa el olvido de un hecho delictivo para restablecer la calma y concordia. Pero sólo procede dictarse mientras la acción penal se encuentra expedita y por tanto cuando aún no hay sentencia; por tal motivo el artículo 89 de nuestro Código Penal establece que suprime el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto de él. No interesa para los efectos de la declaración de indignidad, la amnistía, sino el indulto porque éste presupone la existencia de una sentencia condenatoria, pues por el indulto se suprime la pena impuesta.

La amnistía es una modalidad de gracia otorgada por el Congreso (artículo 186 inciso 6 de la Constitución de 1993), que extingue la acción y la pena, lo cual hace imposible una sentencia condenatoria; en consecuencia, si el incurso en las causales de indignidad recibe esta gracia la indignidad no podrá ser declarada.

Es de advertir que por la innegable gravedad del delito (homicidio calificado) es que encuentra justificación esta parte adicional del inciso 1° del artículo 667 que no se aplica a los cuatro incisos restantes.

El inciso 1° del artículo 667 comprende la tentativa, el delito consumado y el delito frustrado, los cuales están previstos en el Código Penal.

2. Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior.

Constituye transcripción literal del Anteproyecto. Supera al inciso 2° del artículo 665 del Código anterior, porque no había razón para limitar la indignidad a cierta clase de delitos. Pero cabe preguntarse, ¿si también resulta válido para este inciso el agregado del inciso anterior en cuanto al indulto y a la prescripción de la pena que no se señalan explícitamente? Consideramos que no, porque cuando un dispositivo legal es casuístico no cabe la interpretación extensiva sino restrictiva. Es del caso recordar lo preceptuado por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil: «La Ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».

El artículo 667 inciso 2° del Código Civil se refiere a otra clase de delitos dolosos cometidos en agravio del causante o de las demás personas indicadas en el inciso anterior, pero está mejor concebido y logrado pues se refiere explícitamente a los condenados.

Guillermo Lohmann señala que, «curiosamente, sin embargo, en este segundo inciso sí se precisa lo de la condena pero nada se expresa ni de tentativa, ni de indulto o prescripción. El autor considera que «ambos participan de la misma razón, de modo que lo enunciado en el anterior puede tenerse como reproducido en el presente»<sup>8</sup>.

Consideramos que el delito de homicidio calificado es más grave que los otros delitos señalados en el segundo inciso, de ahí que no se justifique su reproducción. Debe considerarse además que en los enunciados taxativos no cabe la interpretación por analogía.

3. Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad.

Recoge la misma idea del Anteproyecto, pero con más precisión. Lo que la ley sanciona es la mala fe del denunciante quien denuncia al causante la comisión de un hecho delictuoso, pasible de pena privativa de la libertad, a sabiendas de la falsedad de su imputación. Esta reprochable actitud quebranta gravemente el vínculo afectivo y rompe los principios de respeto y de lealtad. Es menester que por parte del sucesor haya habido una denuncia falsa y dolosa, la cual no debe tomarse en su sentido técnico, porque la acusación en nuestro Derecho Procesal Penal, sólo es competencia del Ministerio Público. Debe entenderse por acusación toda denuncia e incluso el testimonio de cargo contra el causante. También se requiere que el delito dolosamente imputado al sucesor se encuentre sancionado con pena privativa de la libertad. La denuncia calumniosa puede haber sido hecha directamente al juzgado, al fiscal, o a las autoridades policiales pertinentes, o llegado al conocimiento de estos por haber sido hecha públicamente.

En la legislación nacional no es necesario que la denuncia calumniosa haya sido declarada como tal por condena penal; lo que castiga esta causal es el significado y la intención maliciosa que tuvo la denuncia. No es requisito que el denunciante haya sido condenado por calumnia, de lo contrario se configuraría la segunda causal de indignidad, debido a que la calumnia es siempre un delito doloso.

---

<sup>8</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. T. I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, pp. 169-170.

Juan Carlos Rébora comentando esta causal, similar al del Código Civil Argentino, señala que «Es también, indigno de suceder, el que voluntariamente acusó o denunció al difunto, como autor, coautor o cómplice de un delito cuyo esclarecimiento pudo motivar que el acusado o denunciado en tales términos fuese condenado a pena...».

Este autor también señala que «el movimiento del acusador o denunciante ha debido ser voluntario y esto excluye de la sanción de indignidad a quien obre como representante del ministerio público o en cumplimiento de un deber impuesto por la ley»<sup>9</sup>.

Como antecedentes nacionales encontramos los artículos 851, 862, 869 y 870 del Código Civil de 1852. En la legislación extranjera el artículo 3293 del Código Civil Argentino, artículo 727 inc. 2° del Código Civil Francés, artículo 756 inc. 3° del Código Civil Español.

4. Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.

El artículo 3296 del Código Civil Argentino tiene similar disposición porque expresa que:

Es incapaz de suceder el que estorbó por fuerza o por fraude, que el difunto hiciera testamento, o revocara el ya hecho, o que sustrajo éste, o que forzó al difunto a que testara.

Esta norma legal glosada reproduce el Proyecto Español de 1851 y tiene por finalidad preservar la libertad del testador.

La coacción empleada puede ser física o moral y ejercitada de modo directo o indirecto en forma tal que el testador resulte afectado en su libertad de testar. El autor de la coacción debe ser el sucesor. ¿Será una causal de resultado o se configura con el empleo de la coacción contra el testador aunque no llegue a vulnerar su voluntad? Autores como Maffia<sup>10</sup> consideran que se tipifica esta causal en función del resultado, porque lo que la ley sanciona es haber impedido de modo cierto y verdadero que la voluntad del

---

9 RÉBORA, Juan Carlos. *Derecho de las Sucesiones*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1952, T. I, pp. 75-76.

10 MAFFIA, Jorge. *Manual de Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Depalma, 1982, t. I y 1993, p. 83.

testador se expresara libremente. Concordamos con este criterio porque lo que se sanciona civilmente no es la tentativa ni el delito frustrado sino el hecho consumado.

Recogida literalmente del Anteproyecto. Importa el ejercicio de actos dolosos con empleo de engaño o violencia moral o física sobre la persona del causante para obtener ventajas en la sucesión hereditaria del mismo. Esta suerte de conducta con connotación penal, delito contra la libertad individual artículo 151 Código Penal, no requiere a nuestro parecer de calificación penal previa a la sentencia civil, porque lo que importa es la comprobación de las acciones ilícitas ejercitadas contra el causante que pueden ser esclarecidas en la vía civil y que configuren en el ámbito civil actos jurídicos anulables que vician el consentimiento. Lo anterior no impide, sin embargo, la acción penal a que hubiere lugar. Lo prevén el artículo 885 del Código Civil Holandés y artículo 756 incisos 5° y 6° del Código Civil Español.

Valverde señala que la coacción para el otorgamiento del testamento, o para que se alteren sus disposiciones, «tiene como fundamento preservar la libertad de disposición en los casos que se indican, cualquiera que fuese la modalidad que revista». Agrega que «Los actos del sucesor que violentan la voluntad del *de cuius* son ejercitados unas veces directamente, y otras por medio de tercera persona. Su determinación para establecer hasta qué punto afectan la facultad de libre disposición en el testamento, constituyen una cuestión de hecho que debe apreciarse en cada caso por el prudente arbitrio del juzgador»<sup>11</sup>.

Esta causal, como dice Ferrero Costa, no sólo produce el efecto de hacer indigno al que incurre ella, sino también conlleva como consecuencia la anulación del testamento o de las disposiciones testamentarias que hubieran sido otorgados por el causante bajo intimidación, violencia física o psicológica (artículos 214, 215, 216 y 221 inciso 2 del Código Civil)<sup>12</sup>.

5. Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas hagan uso de un testamento falsificado.

En este inciso se sanciona no al que violenta la voluntad del testador —como en el caso del inciso anterior— sino al que ejercita actos dolosos so-

11 VALVERDE, Emilio. *El Derecho de Sucesión en el Código Civil Peruano*. Lima: Talleres del Ministerio de Guerra, 1951, p. 239.

12 FERRERO COSTA, Augusto. *Derecho de Sucesiones*, Editorial Cuzco S.A. Perú, 1993, p. 197-198.

bre el testamento, bien destruyéndolo, ocultándolo, falsificándolo o alterándolo para obtener ventajas indebidas; se sanciona, además, a quienes a sabiendas de estos actos dolosos hacen uso del mismo.

Al vocablo «falsificado», que utiliza el legislador, debe dársele no un sentido restrictivo, como debía corresponder, sino más bien amplio, comprendiendo dentro él, tanto la falsificación como la adulteración.

No obstante su contenido penal, comprendido en los delitos contra la Fe Pública del Título XIX, artículos 427 y ss. del Código Penal, lo que interesa es el resultado en sí, el cual puede determinarse en la vía civil, sin necesidad de condena penal previa, para el amparo de la demanda.

## 5. LA EXCLUSIÓN DE HERENCIA POR INDIGNIDAD: NO OPERA DE PLENO DERECHO

Artículo 668.- La exclusión por indignidad del heredero o legatario debe ser declarada por sentencia, en juicio que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. La acción prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado.

Reproduce el texto del Anteproyecto. Esta disposición plantea tres cuestiones importantes:

- a. ¿Quién puede solicitar la exclusión por indignidad? Pueden hacerlo los llamados a quienes corresponde suceder a falta del excluido de la herencia o en concurrencia con él indigno. Ellos pueden ser los herederos porque los llamados a suceder a falta del excluido, o en concurrencia con él, tiene que ser otro heredero del causante, porque si el legatario fuera el declarado indigno, el legado caducaría a no ser que el testador hubiera instituido sustituto para el caso. Por excepción los legatarios podrán ejercitar la acción de exclusión por indignidad en determinados casos.
  - El legatario sustituto designado en virtud del artículo 740, puede ejercer la acción de exclusión por indignidad contra el legatario que fue instituido primero, y poder así recibir el legado que éste ha perdido. En este supuesto el legatario sustituto sería el llamado a suceder a falta del primer instituido.
  - El legatario que concurre con otro en un mismo bien que les ha sido legado sin determinación de partes por el causante. En este caso, como se

cumple con los requisitos de acreencia del artículo 775, cualquiera de los colegatarios podrá accionar y solicitar la exclusión del indigno para poder así incrementar su legado.

- El legatario instituido puede accionar contra el heredero si el legado no puede cumplirse en su integridad por exceder de la cuota de libre disposición. Por ejemplo, si el testador instituyó un heredero voluntario al que le deja el 10% de su patrimonio, y a un legatario al que le deja el 90% restante. En virtud del artículo 771 el legado se tendrá que reducir al 75%, debido al derecho de cuarta falcidia que tiene el heredero voluntario. Empero, si el heredero fuera indigno, entonces, el legatario podrá accionar y excluirlo de la sucesión, para procurarse así el pago íntegro de su legado (salvo el derecho de Representación, artículo 683 del Código Civil). Como el derecho a la cuarta falcidia no funciona en la sucesión intestada, el legatario podrá recibir por completo su legado del 90% del patrimonio del causante, mientras que en el 10% restante se abrirá sucesión intestada (artículo 815 del Código Civil).

¿El fisco podrá ejercer la acción de indignidad? La respuesta debe darse en función del Art. 830 del Código Civil:

Artículo 830.- A falta de sucesores testamentarios o legales el juez o notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada, adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria a la Sociedad de Beneficencia 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.

Es obligación de la entidad adjudicadora pagar las deudas del causante si las hubiera, hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados.

Corresponde al gestor del proceso o trámite de sucesión intestada, el diez por ciento 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<sup>13</sup>.

De acuerdo con este precepto legal, el Estado hereda, porque en definitiva adquiere los bienes del muerto por falta de sucesores testamentarios o legales. Si el Estado adquiere dichos bienes que se encuentran en el territorio nacional, en virtud del derecho hereditario que el referido precepto legal establece. El título hereditario del Estado al recoger los bienes del

---

<sup>13</sup> Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el artículo 1 de la Ley N° 26680, publicado el 08-11-96.

muerto, implica como condición, que no haya herederos testamentarios o legales. La doctrina francesa asume también esta posición en armonía con el artículo 768 del Código de Napoleón. El Estado, a falta de otros herederos, asume el derecho como heredero con una diferencia: no puede rechazar la herencia; además hay otra razón: al heredero no se le impone una herencia; es libre de aceptarla o de rechazarla. El Estado carece de este derecho de opción. Está obligado a recibirla con el activo y el pasivo, pero su responsabilidad se limitará al valor de la herencia que reciba. El artículo 3589 del Código Civil Argentino sustenta la misma posición que nuestro Código vigente:

Los derechos y las obligaciones del Estado en general o de los Estados particulares, en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los herederos.

Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes de una sucesión vacante, el juez debe entregarlos bajo inventario y tasación judicial. El fisco sólo responde por la suma que importan los bienes.

Por tanto, el Estado podría demandar la indignidad del heredero o del legatario cuando con la exclusión de éste, el único llamado a heredar sea él. Por ejemplo, si el causante que no posee ningún pariente, instituye como heredero universal a su amigo, el cual incurre en una de las causales de indignidad, entonces, el Estado podrá accionar para excluirlo de la sucesión. En este caso el Estado estaría legitimado para accionar, debido a que heredaría a falta del indigno.

Respecto a los acreedores de los herederos o acreedores del causante creemos que carecen de este derecho porque no les alcanza el título de sucesores. Las exclusiones no pueden ser demandadas sino por aquellos a quienes corresponda suceder a falta del excluido de la herencia o en concurrencia con él. Además porque no hay otro valor igual o superior a las consideraciones morales inherentes a la persona que fundamentan la exclusión.

- b. ¿Cómo lo ejercitará? Mediante acción civil que concluye con sentencia que declara fundada la demanda de exclusión de herencia por indignidad. En los casos de los incisos 1, 2 y 3 del numeral 667, será menester que al tiempo de dictarse la sentencia civil, haya sido esclarecido y calificado en la vía penal el delito doloso y la culpabilidad del presunto indigno porque, de lo contrario, el juez no podría declarar fundada la respectiva demanda.

c. ¿Cuándo puede ejercitarse la acción civil de declaración de indignidad?

Por los sucesores:

1. A partir de la fecha de defunción del causante;
2. A partir de la fecha en que queda ejecutoriada la resolución judicial que declara la muerte presunta del causante, debiendo señalarse que en este caso, de conformidad con el artículo 65 del Código Civil, los efectos de la declaración para los fines de la sucesión hereditaria se retrotraen a la fecha probable de la presunta muerte biológica de éste, lo cual debe señalarse en la resolución judicial declarativa.

El punto de partida en ambos casos se justifica porque la acción debe interponerse por quienes tienen la calidad de sucesores, y se ejercita contra otro sucesor, y el título de sucesor que es el presupuesto del presunto indigno, sólo se adquiere a partir de la muerte del causante. Antes de la muerte de éste, no hay causante ni sucesor ni herencia. De manera que presupuesto lógico y jurídico de la acción es la muerte de una persona con la que se abre su sucesión.

3. Cuando el hecho ha sido realizado con posterioridad a la muerte del causante: Por ejemplo, cuando el inciso 1° del Artículo 667 del Código Civil al referirse a ascendientes, descendientes o cónyuge, si el homicidio de alguno de ellos fue cometido con posterioridad a la muerte del causante. Igual en el caso del inciso 5° del mismo numeral.

Por el causante:

En aplicación del artículo 669 puede hacerlo respecto de sus herederos forzosos y con arreglo a las normas legales de desheredación en cualquier ocasión. Desde luego que la causal debe haber sido cometido por el sucesor antes de la muerte de éste.

## 6. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

El artículo 668 del Código Civil señala cuando prescribe la acción:

Artículo 668.- La exclusión por indignidad del heredero o legatario debe ser declarada por sentencia, en juicio que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. La acción prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado.

Valverde señala que «Si se deniega judicialmente la indignidad o si la acción no se promueve dentro del año de haber tomado el indigno posesión de la herencia o legado, la herencia se consolida definitivamente en su persona y cobran plena validez los actos que ejecutó»<sup>14</sup>.

Es un plazo legal y constituye un derecho que sólo puede hacerse valer a petición de parte. No procede de oficio porque no es plazo de caducidad (artículos 1992 y 2006 del Código Civil).

La acción ejercida vencido este plazo resultará improcedente si la excepción correspondiente es deducida por el demandado o por quienes de él derivan su derecho.

¿Qué debe entenderse cuando se afirma que la acción debe ejercitarse dentro del año en que el indigno entró en posesión de la herencia o del legado? El problema no implica una cuestión cuantitativa sino cualitativa. No interesa si tomó posesión de hecho de todo o parte de la herencia o del legado o si la parte de la posesión es de mayor o menor valor con relación a la cuota hereditaria que le corresponde. Lo que interesa es saber la fecha de la toma de posesión de cualquier bien hereditario porque todos ellos integran una unidad que proviene de un mismo título.

La prescripción es una forma de extinción de la acción de declaración de indignidad, pero no la única. También la puede extinguir la institución de heredero que el causante haga respecto del indigno mediante disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que la produjeron. Es una forma de perdonar cuyo derecho indiscutible corresponde únicamente al testador (artículos 669, 747 y 753 del Código Civil).

## 7. EL TESTADOR PUEDE DESHEREDAR POR CAUSALES DE DESHEREDACIÓN Y DE INDIGNIDAD

Artículo 669.- El causante puede desheredar por indignidad a su heredero forzoso conforme las normas de la desheredación y puede también perdonar al indigno de acuerdo con dichas normas.

León Barandiarán señala que «La indignidad supone una relación entre el que pretende heredar y el *de cuius*. Procede entonces que el causante formule a este respecto una acción de desheredación; por causales de indignidad, pero

---

14 VALVERDE, Emilio. *ob. cit.*, p. 233.

en todo caso debe haber existido un *factum criminis*, que no permita atribuir el carácter de heredero a quien incurre en aquél<sup>15</sup>».

La idea del Anteproyecto recogida en este precepto legal es muy importante. Es nueva y tiene como antecedentes los artículos 852 y 1741 de los Códigos Civiles de España y de Brasil, respectivamente. Tiende a resolver un vacío legal cuya atención era indispensable por constituir un acto de justicia.

¿Es admisible que siendo el causante la persona afectada por un acto de indignidad por parte de alguno de sus herederos forzosos, la facultad de exclusión de la herencia dependa exclusivamente de la voluntad de los llamados a suceder a falta o en concurrencia con el presunto indigno? Evidentemente no. Con estos actos de indignidad ¿quién resulta directamente afectado? El propio causante. Sin embargo, la legislación nacional no lo autorizó anteriormente a realizar la desheredación por causales de indignidad. Ahora, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 668, se faculta al causante para desheredar 1) a sus herederos forzosos no sólo por las causales propias de la desheredación sino también por las causales de indignidad; 2) en ambas situaciones, la desheredación la puede hacer sólo por testamento con juicio previo o sin él (artículos 742, 743 y 751 del Código Civil), como resulta de la expresión: «conforme a las normas de la desheredación»; 3) que, en consecuencia, puede perdonar al desheredado bien por instituirlo heredero con posterioridad a la desheredación o mediante declaración expresada en el testamento o en escritura pública (artículo 753 del Código Civil); y 4º revocada la desheredación no puede ser renovada sino por hechos posteriores (artículo 754 del Código Civil). Sus efectos son irreversibles.

El artículo 669 del Código Civil no implica una limitación al derecho del causante frente al de los herederos llamados a suceder a falta o en concurrencia con el presunto indigno, porque tratándose de los herederos voluntarios o legatarios instituidos por el causante pueden ser excluidos por éste en un posterior testamento sin necesidad de justificación alguna porque depende de su exclusiva voluntad.

El examen realizado nos permite afirmar la concordancia de ideas que existe entre los artículos 669 y 772 del Código Civil.

---

15 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Aportación de Rómulo Lanatta en el Código Civil en Vigencia». En *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 6-8.

## 8. LA INDIGNIDAD ES ESTRICAMENTE PERSONAL

Artículo 670.- La indignidad es personal. Los derechos sucesorios que pierde el heredero indigno pasan a sus descendientes, quienes los heredan por representación. El indigno no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes menores de edad<sup>16</sup>.

Si el sucesor se encuentra impedido de heredar por indignidad, tal situación estrictamente personal no tiene por qué afectar a sus descendientes quienes pueden heredar al causante por representación.

Esta disposición que guarda concordancia con el artículo 436 inciso 3° del Código Civil, se refiere a los bienes exceptuados del usufructo legal cuando la herencia ha pasado a los hijos menores incapaces por indignidad de los padres o por haber sido éstos desheredados.

Creemos que con igual criterio también debería perder estos derechos cuando pasa a descendientes mayores incapaces (artículos 755 y 670<sup>17</sup>), porque si una es la falta, iguales deben ser las consecuencias independientemente de que los nuevos beneficiarios, sus descendientes, sean menores incapaces o mayores incapaces. Esta opinión encuentra sustento legal en los artículos 436 y 575 del Código Civil.

El profesor Lanatta señala que el antecedente de la primera parte ha sido tomado del artículo 741 del Código Civil Suizo y la segunda, del artículo 3301, según ley 17.711, artículo 1°, inciso 113 del Código Civil Argentino cuyo tenor es el siguiente: «Los hijos del indigno vienen a la sucesión por derecho de representación, pero el indigno no puede en ningún caso reclamar sobre los bienes de la sucesión, el usufructo y administración que la ley acuerda a los padres sobre los bienes de sus hijos».

En la legislación argentina el indigno pierde los derechos de usufructo y de administración que la ley acuerda a los padres sobre los bienes de sus hijos independientemente de que éstos sean menores incapaces o mayores incapaces.

---

16 El Art. 436, inc. 3° del Código Civil Señala:

Artículo 436.- Están exceptuados del usufructo legal: [...]

3.- La herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres o por haber sido éstos desheredados.

17 El Art. 755 del Código Civil señala: Los descendientes del desheredado heredan por representación la legítima que correspondería a éste si no hubiere sido excluido. El desheredado no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa adquieran sus descendientes que sean menores de edad o incapaces.

El artículo 670 de nuestro Código vigente transcribe casi íntegramente el artículo 11 del Anteproyecto. Suple así un vacío dejado por el Código anterior.

El principio que sustenta es lógico y justo. Cada cual debe responder por sus actos y las consecuencias no pueden afectar a los descendientes del declarado indigno; más aún si el derecho sucesorio descansa en consideraciones de orden familiar fundamentalmente. Así se explica la razón del perdón en los casos de indignidad y de desheredación; también la representación sucesoria en casos de premuerte, renuncia, etc. Por eso, el precepto comentado limita los alcances del efecto de la pérdida de la herencia a la persona del indigno, tal como igualmente lo señalan: el artículo 1014 del Código Civil de Bolivia y artículo 3301 del Código Civil de Argentina.

Los hijos del indigno acceden a la sucesión del causante por derecho propio en sustitución del padre o madre indigno a través de la representación sucesoria. También lo señala así el artículo 730 del Código Civil Francés.

El carácter personal de la sanción civil que importa la declaración de indignidad tiene las siguientes consecuencias para el declarado indigno:

1. Obligación de restituir a la masa los bienes hereditarios. Lo mismo ocurre respecto de los frutos siendo irrelevante la buena o mala fe con que los hubiese recibido, artículo 671 del Código Civil.
2. Los bienes recibidos como anticipo de herencia, en caso de indignidad, serán regulados por los artículos 841 ó 1629 ó 1637, según los casos.
3. Como es personal la sanción civil no afecta a los descendientes quienes pueden recibir la cuota hereditaria del declarado indigno por representación en los casos que corresponda, artículo 670 del Código Civil.
4. El hecho de que el texto legal exprese que se trasmite a los descendientes del indigno por representación no impide que puedan darse otras soluciones legales al caso. En efecto, si el declarado indigno carece de descendiente, pero tiene otros coherederos con iguales derechos, entonces pasará a éstos dicha cuota, por el derecho de acrecencia, etc. artículo 774 del Código Civil. Si el declarado indigno es un legatario al que se le había asignado un mismo bien a varias personas, sin determinación de partes, entonces su cuota caduca y acrecerá el derecho de los demás por aplicación de los artículos 775, 773 y 667 del Código Civil. O cuando no siendo heredero forzoso el declarado indigno, el testador dispone expresamente el acrecimiento del otro u otros herederos voluntarios o legatarios, artículo 777 del Código Civil. O cuando siendo todos, descendientes de los primeros instituidos y ninguno de éstos puede recibir su cuota, entonces aquellos, incluso los descendientes del indigno reci-

birán las cuotas por representación; es decir, por estirpes, pues de lo contrario —o sea si la sucesión de los descendientes de los primeros llamados se hiciera por cabeza— podría no haber una distribución equitativa. No debemos olvidar lo que Vatier Fuenzalida afirma respecto a la justificación del derecho de representación sucesoria: mantener el equilibrio de intereses de las estirpes.

5. Si son menores de edad los descendientes a quienes corresponde recibir la cuota que pudo recibir el declarado indigno, éste no podrá usufructuar ni administrar los bienes que por esta causa aquellos deban recibir, artículo 670. La situación de estos menores de edad podría hacerse extensiva a los descendientes mayores incapaces del indigno por aplicación de los artículos 436 inciso 3° y 575 del Código Civil:

Artículo 436.- Están exceptuados del usufructo legal:

3. La herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres o por haber sido éstos desheredados.

Artículo 575.- Cuando la curatela corresponde a los padres se rige por las disposiciones referentes a la patria potestad.

## 9. EL DECLARADO INDIGNO DEBERÁ RESTITUIR A LA MASA LOS BIENES HEREDITARIOS Y REINTEGRAR LOS FRUTOS

Artículo 671.- Declarada la exclusión del indigno, éste queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes hereditarios, la validez de los derechos del adquirente se regirá por el artículo 665 y el resarcimiento a que está obligado por la segunda parte del artículo 666.

Es idea recogida del artículo 12 del Anteproyecto. Sus antecedentes se encuentran en los artículos 3305 del Código Civil Argentino, 464 del Código Civil Italiano y 729 del Código Civil Francés.

Regula uno de los efectos de la declaración de indignidad y plantea, también, solución al caso de que el indigno al tiempo de tal declaración se encuentre en la situación de no poder reintegrar los bienes hereditarios por haberlos transferido a terceras personas.

El precepto analizado también regula los efectos como el anterior. Tiene dos partes. La primera se refiere, como antes ha sido expuesto, al reintegro de los bienes hereditarios y sus frutos porque el indigno es colocado en la situa-

ción de ser considerado como si nunca hubiera sido heredero. Si se trata de bienes recibidos como anticipo de herencia, sus efectos se regularán por los artículos 841, 1629 y 1637 del Código Civil, según los casos. La segunda parte del artículo 671 prevé la situación de imposibilidad del indigno a devolver todos o parte de los bienes, en cuyo caso serán de aplicación los artículos 665 y 666.

El principal efecto de la declaración de indignidad para el sucesor afectado no es, sin embargo, de carácter patrimonial sino más bien personal, porque implica que sea considerado como si nunca hubiera sido sucesor de ese causante, siendo sus efectos retroactivos porque se computan a partir de la apertura de la sucesión. Si perdió la calidad personal de sucesor habrá perdido como consecuencia su derecho a la cuota hereditaria que pudo corresponderle

La privación de la vocación hereditaria por el indigno está referida exclusivamente a la persona del causante que fue sujeto pasivo de la ofensa.

Como consecuencia de la pérdida del título de sucesor por parte del indigno con efectos *ex tunc* (retroactivos) tiene la obligación de restituir a la masa los bienes hereditarios y a restituir los frutos, porque como señala Chabot, el indigno es considerado como un poseedor de mala fe (aún antes de la demanda que contra él se interponga). Esta tesis comentada concuerda con los artículos 671, 909 y 910 del Código Civil.

El artículo 671 ya ha sido transcrito.

Artículo 909.- El poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aún por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que éste también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular.

Artículo 910.- El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir.

La obligación del indigno, por ser un poseedor de mala fe, debe ir más allá que la restitución de los frutos percibidos, extendiéndose también a los frutos que por su culpa dejó de percibir como lo señalan con acierto y justicia los artículos 2438 y 2439 del Código Civil Argentino.

Artículo 2438.- El poseedor de mala fe está obligado a entregar o pagar los frutos de la cosa que hubiese percibido, y los que por su culpa hubiera dejado de percibir, sacando los gastos de cultivo, cosecha o extracción de los frutos.

Artículo 2439.- Está igualmente obligado a indemnizar al propietario de los frutos civiles que habría podido producir una cosa no fructífera, si el propietario hubiese podido sacar un beneficio de ella.

El fundamento de esta tesis está en el hecho de que el indigno está en posesión de una herencia que sabe que no le corresponde.

En cuanto a la validez de los derechos del adquirente, si la enajenación de los bienes hereditarios fue hecha de buena fe y a título oneroso, 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, como expresa el artículo 2014 del Código Civil; y añade que la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro. No será válida, en cambio, si la enajenación fue de mala fe a título oneroso o si lo fue a título gratuito independientemente de haber sido de buena o mala fe, casos todos en los que procederá la reivindicación.

En la situación del resarcimiento, si la enajenación fue a título oneroso y de buena fe, sólo cabe que el enajenante restituya su precio al heredero y si se le adeudara será transmitido a éste el derecho de cobrarlo. En todos los demás casos el enajenante de mala fe restituirá al heredero el valor del bien, frutos y lo indemnizará por el perjuicio adicional que le hubiese causado.

## 10. INCOMPATIBILIDADES PARA HEREDAR

La ley considera que toda persona como sujeto de derecho se encuentra con capacidad para heredar. Sin embargo, algunas personas no obstante gozar de este derecho, en determinados casos establecidos por la ley se ven privados en relación con determinados causantes por consideraciones fundamentalmente de orden público. Estas restricciones no implican, en manera alguna para los afectados, la imposición de sanciones civiles por la comisión de determinadas faltas como sucede en los casos de exclusión de la herencia por indignidad o desheredación.

Estas incompatibilidades limitan entonces la voluntad del testador, determinando su incumplimiento causal de nulidad de la institución.

Entre los casos más importantes encontramos los siguientes:

1. El caso de los extranjeros conforme a lo dispuesto por el artículo 71 de la Constitución Política:

Artículo 71.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Esta causal implica dos supuestos:

- a. Si los bienes que señala el artículo 126 de la Constitución, son dispuestos a favor del extranjero por testamento, ésta institución será nula por ser ilícita y contraria a la disposición constitucional, en éste caso los bienes hereditarios se reintegrarán a la masa hereditaria.
  - b. Si los bienes son adquiridos por el extranjero ipso iure en sucesión legal, artículo 660 del Código Civil, entonces no podrá conservar la propiedad de éstos y los perderá en favor del Estado, quien deberá pagar su justiprecio.
2. Los padres que reconocen a un hijo extramatrimonial cuando éste ha llegado a la mayoría de edad, no confieren a aquellos derechos sucesorios ni alimentarios, sino en caso que el hijo tenga respecto del padre o madre que lo han reconocido, la posesión de estado de familia o cuando éste consiente en dicho reconocimiento, Art. 398 del Código Civil.  
El fundamento de esta restricción creemos encontrarlo en el hecho de que tal acto de reconocimiento tardío, obedezca a consideraciones que no son estrictamente de índole familiar.
  3. La sentencia de filiación extramatrimonial producen los mismos efectos que el reconocimiento. En ningún caso confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio, Art. 412 del Código Civil.  
Creemos que tiene el mismo fundamento que el caso anterior y también las mismas consecuencias; por ejemplo cuando el hijo demandante después de obtener sentencia favorable instituye a su padre, que fue la persona a quien demandó la filiación, esta institución será entonces válida.
  4. Nulidad de disposición testamentaria en favor del notario o de sus parientes consanguíneos dentro del cuarto grado o segundo de afinidad y

los testigos intervinientes en el testamento en que intervienen, art. 688 del Código Civil.

Esta causal de nulidad en nuestra opinión está referida únicamente al caso del testamento por escritura pública y no a las otras formas de testar por dos razones:

- a. Porque es la única clase de testamento que es otorgado ante Notario Público. En el caso del testamento cerrado, el Notario Público es un recipiendario del testamento que ya hizo por su cuenta el testador. En este el Notario se limita a recibirlo en sobre cerrado y a dar fe de la entrega que le hace personalmente el mismo testador en presencia de dos testigos (Art. 699 del Código Civil). Por lo tanto, el Notario ignora su contenido.
  - b. Porque el Notario Público por razón de la función que desempeña como fedatario público, debe ser imparcial, y no puede tener intereses extraños a los de su cargo. En el testamento por escritura pública el testador lo otorga ante el Notario quien lo escribe de principio a fin. Por tanto no puede permitir inclusión de cláusulas que le favorezcan pecuniariamente o de cualquier otra índole. Sólo tiene derecho al pago de sus honorarios de acuerdo a un arancel.
5. Actos prohibidos al menor antes de la rendición de cuentas por su tutor, entre los que se encuentran aquellas disposiciones testamentarias que favorecen a éste.

El Art. 546 del Código Civil expresa:

El menor, llegado a la mayoría, no podrá celebrar convenio alguno con su antiguo tutor antes de ser aprobada judicialmente la cuenta final. Las disposiciones testamentarias del menor en favor del tutor tampoco tendrán efecto sin tal requisito, salvo las referente a la legítima.

Su fundamento es obvio, proteger los intereses económicos del menor, evitando la influencia que puede ejercitar sobre él su tutor.

6. El Cónyuge separado judicialmente por su propia culpa pierde los derechos hereditarios del otro consorte, Art. 343 del Código Civil. Aquí el fundamento es verdaderamente una suerte de sanción civil por su mal comportamiento conyugal que opera de oficio por mandato expreso de la ley.

7. El viudo que contrajo matrimonio en *artículo mortis*. Esta incompatibilidad está regulada por el artículo 826 del Código Civil que señala lo siguiente:

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 treinta días siguientes, salvo que el matrimonio hubiera sido celebrado para regularizar una situación de hecho.

Esta causal contiene una presunción *iuris tantum*, debido a que no funciona la causal si el viudo prueba que contrajo matrimonio para regularizar una situación de hecho. Para este caso, se debe entender «situación de hecho» como unión de hecho y no como concubinato (unión de personas que no tienen impedimentos para casarse), debido a que su interpretación debe ser restrictiva, por ser una norma que restringe derechos.

La enfermedad del cónyuge causante debe ser manifiesta y conocida por el viudo. Es menester destacar que a nuestro criterio la causal no tendría efecto si el cónyuge viudo se casó con la causante ignorando que ésta se encontraba enferma; o si existiendo la enfermedad no se podría presumir la muerte del causante en un periodo tan corto de tiempo.

El fundamento de esta norma es evitar matrimonios por interés, cuya única finalidad es captar una herencia.

8. Existen otras clases de incompatibilidades referidos a los magistrados y del Ministerio Público, respecto de las liberalidades que pudieran concederles los litigantes intervinientes en un proceso judicial donde han participado, se encuentran señalados en las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público.
9. Finalmente, existe otras que se encuentran señaladas en el art. 1366 del Código Civil.  
El fundamento en las dos últimas situaciones es el mismo: evitar las corruptelas y el abuso del poder.

# **CASOS JURISPRUDENCIALES**

**MATERIA CIVIL  
EXCLUSIÓN DE HEREDERO POR INDIGNIDAD**



# MATERIA CIVIL: EXCLUSIÓN DE HEREDERO POR INDIGNIDAD

## CASO N° 14

### CAS. N° 1079-96 LAMBAYEQUE

#### Sumilla del autor:

Puede demandar la exclusión de un heredero por razón de indignidad, quien es llamado a suceder a falta o en concurrencia con dicho heredero.

El padre del causante de la herencia puede ejercitar esta acción contra la cónyuge sobreviviente de su difunto hijo —el causante— porque en su condición de padre es heredero y debería concurrir a la herencia con la cónyuge.

No se contraviene el debido proceso cuando se admite la demanda del padre aludido, con ausencia de la declaratoria judicial de herederos pues la sucesión intestada depende de lo que se resuelva en la acción de indignidad.

#### Concordancias:

Código Civil: artículos 667, 668 y 820.

#### Antecedentes:

Don José Céspedes Bardales demanda a doña Blanca Alicia Falla Breñal para que sea excluida de la sucesión de su difunto esposo don Eduardo Céspedes Vega por indignidad fundándose en la causal prevista en el inciso 2° del artículo 667 del Código Civil. La demandada niega la demanda sosteniendo que el actor carece de legitimidad para obrar porque no es heredero del causante, ya que así lo exige el artículo 668 del acotado y reconviene para que se declare a éste sin derecho a heredar a su hijo —el causante— por carecer de vocación hereditaria ya que la Partida de inscripción judicial no genera derecho sucesorio según el artículo 398 del mismo cuerpo legal.

La Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación y en consecuencia, no casar la sentencia de vista que confirmando la apelada declara fundada la demanda e infundada la reconvenición, porque está probado que la demandada fue condenada por delito de lesiones dolosas en agravio de su esposo, el causante, y que el padre de éste tiene derecho a accionar por tener

vocación hereditaria como padre que es y que lo reconoció cuando el hijo era menor de edad.

### EXP. N°: 455-95

Chiclayo, veintiocho de marzo  
De mil novecientos noventa y cinco.-

### RES. N° 11

**VISTOS;** con los expedientes acompañados sobre lesiones, y alimentos que se tiene a la vista; aparece en autos que por escrito de fojas dieciséis a diecinueve José Céspedes Bardales demanda a doña Blanca Alicia Falla Bernal sobre desheredación por indignidad basado en los siguientes hechos: a) Que Eduardo Céspedes Vega fue casado civilmente con la demandada y se separó de hecho por haber sido víctima de maltrato y lesiones que le provocaba la cónyuge, y por cuyo motivo fue sentenciada por lesiones y se le impuso la pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución; b) que el *de cuius* Eduardo Céspedes Vega falleció intestado y, por consiguiente, los beneficios sociales no le corresponden a la demandada por ser indigna, sino a sus familiares ascendientes por no haber dejado hijos por el causante; funda su derecho en el inciso 2 del artículo 667 del Código Civil, así mismo ofrece medios probatorios y pide que se tramite en proceso de conocimiento; o por resolución número uno corriente de fojas veinte se admitió a trámite la demanda y se corrió el traslado de la misma por un plazo no mayor de treinta días; de fojas treinticuatro a treintisiete la emplazada contesta la demanda argumentando que la única y universal heredera es ella y que sólo el ofendido, podría demandarle la indignidad ya que se trata de una acción personal; que asimismo manifiesta que al difunto le daban un trato servil y que las lesiones que se le imputaban, fue un acto preparado porque lograron obtener certificados médicos para contrarrestar una denuncia que había efectuado contra Italo Céspedes Aquino, María Céspedes Aquino y Eduardo Céspedes Vega; asimismo, reconviene para que se declare sin derecho a heredar a José Céspedes Bardales, por carecer de vocación hereditaria ya que según afirma, esta persona no es padre natural del causante, y que la partida de inscripción judicial no generan derecho sucesorio; por resolución de fojas treinta y ocho se dio por contestada la demanda y se corrió traslado de la reconvenición la misma que fue absuelta según aparece de fojas cuarentinueve a cincuenta y uno; por resolución de fojas cincuenta y dos se declaró saneado el proceso y la existencia

válida de la relación jurídica procesal señalándose fecha para la audiencia de conciliación la que se realizó según el acta de fojas cincuenticuatro, cincuenticinco, de fojas cincuentiséis a cincuentinueve corre audiencia de pruebas, y por resolución de fecha once de los corrientes se puso los autos a despacho para sentenciar por lo que es llegado el momento de efectuarlo, **CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Las pretensiones que son materia de pronunciamiento por parte de este órgano judicial es por un lado en vía de acción la propuesta por José Céspedes Bardales sobre desheredación por indignidad en contra de Blanca Alicia Falla Bernal, y en vía reconventional por esta última para que se declare que el demandante no tiene derecho a heredar a don Eduardo Céspedes Vega. **SEGUNDO.-** La declaración de indignidad viene a ser el castigo que la ley establece en contra de ciertas personas que por las circunstancias contenidas en el artículo 667 del Código Civil modificado por el Decreto Legislativo 768 no tiene merecimiento a la herencia debido al haber efectuado acciones reprobables en contra de quien se pretende suceder y excepcionalmente de parientes de este; en el presente caso se atribuye acciones reprobables de parte de doña Blanca Alicia Bernal para su difunto cónyuge Eduardo Céspedes Vega. **TERCERO.-** Que en lo que se refiere a la declaración de falta de vocación sucesoria viene a ser la acción que está dirigida para enervar el derecho de suceder que tiene una persona, ya sea porque la ley no lo considera heredero o porque considerándolo heredero existe otro con mayor prelación que determinan, que quede excluido bajo el principio del derecho sucesorio que el heredero más próximo excluye al más remoto. **CUARTO.-** En primer lugar antes de entrar al análisis de las pruebas aportadas es necesario precisar, que si bien es verdad la parte actora ha calificado su pretensión de desheredación por indignidad, también es verdad que ha sustentado jurídicamente la misma en el artículo 667 inciso 2 del Código Civil lo que significa que técnicamente lo que se está pidiendo es la exclusión de la herencia por indignidad; esta precisión se hace en mérito al aforismo *Juria novit curia* contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. **QUINTO.-** Abundando sobre lo manifestado en el considerando precedente sobre la clasificación de la acción, se hace en virtud que de los fundamentos de hecho y de derecho aparece, que en este caso, se trata de una sucesión intestada y en la cual la acción esta promovida por una de las personas llamadas a suceder conjuntamente con la persona demandada, por lo que conforme ya se ha manifestado es propiamente una declaración judicial de exclusión por indignidad y no de desheredación, ya que ésta es aplicable a la sucesión testamentaria y que el testador priva al heredero forzoso de la legítima por razones de indignidad. **SEXTO.-** Del análisis de las pruebas aportadas se llega a establecer los si-

güientes hechos debidamente probados: a) Que conforme aparece del expediente cuatrocientos cinco guión noventitrés ante el cuarto juzgado Especializado Penal a la demandada se le investigó por el delito de lesiones entre otros en agravio de Eduardo Céspedes Vega habiendo sido condenada en primera instancia a la pena privativa de libertad de ocho meses, y otras penas accesorias, b) ante la apelación formulada la Sala Penal confirmó la sentencia condenatoria e incluso se le impuso una reparación civil de cien nuevos soles que debería pagar a Eduardo Céspedes Vega y otra, c) paralelamente al trámite del proceso penal la emplazada le siguió un proceso de alimentos en contra de su esposo a quien le pretende suceder, lo que significa que entre ambos tenían una separación de hecho conforme se infiere del proceso citado número doscientos cuarenta guión noventitrés. **SÉTIMO.**- De lo anteriormente expuesto se llega a la conclusión que la demandada resulta ser indigna para suceder a don Eduardo Céspedes Vega por cuanto el inciso segundo del artículo 667 del Código Civil modificado por la primera disposición modificatoria del Código Procesal Civil establece que son excluidos de la sucesión de determinada persona los que hubieran sido condenados por delito doloso en agravio del causante; y al haber sucedido así, doña Blanca Alicia Falla Bernal es indigna por lo que resulta amparable la demanda. **OCTAVO.**- El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, así como el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, establecen que pueden promover acción judicial civil quienes tenían interés y legitimidad para obrar en el presente caso, don José Céspedes Bardales con la partida de fojas cuatro, ha probado tener dicho interés porque tratándose de un instrumento público, prueba el hecho a que se refiere, mientras no se declare judicialmente su nulidad, de tal forma que, la contradicción basada en que al actor no le asiste derecho a formular la demanda es inaceptable, máxime si el artículo 668, permite accionar la exclusión por indignidad a las personas llamadas a suceder conjuntamente con el indigno; en este caso al no haber hijos del causante Eduardo Céspedes Vega tendrían que suceder la cónyuge con los padres del difunto, por tanto siendo el actor uno de ellos su demanda es procedente. **NOVENO.**- Que si bien es verdad que la inscripción del nacimiento de Eduardo Céspedes Vega se ha efectuado judicialmente, ello no enerva derechos para que el que aparece como padre, no sea declarado como heredero a éste, por cuanto según oficio de fojas cuarenticinco se comprueba que quien solicitó la inscripción de nacimiento es el propio padre, lo que significa que existe un reconocimiento expreso incluso cuando el difunto era menor de edad, de tal forma que don José Céspedes Bardales si tiene derecho a heredar porque el artículo 820 del Código Civil determina que a falta de hijos u otros descendientes heredan los padres en

partes iguales en tal virtud la reconvencción debe desestimarse. **DÉCIMO.-** Que, sumado a lo anteriormente expuesto en que el actor a través de la inscripción judicial reconoció a Eduardo Céspedes Vega como su hijo también, este último gozaba del status de hijo y por ello él mismo también reconocía al actor como su parte, es por ello que al consignar sus datos en su matrimonio en la partida de fojas veinticinco, establece que sus padres son José Céspedes Bardales y Alejandrina Vega Ruiz en tal virtud el vínculo de parentesco esta debidamente acreditado, estando a las consideraciones precedentemente anotadas y dispositivos enunciados **FALLO:** Declarando **INFUNDADA** la **RECONVENCIÓN** de fojas treinticuatro, treintisiete formulada por Blanca Alicia Falla Bernal, **FUNDADA** la Demanda de fojas dieciséis a diecinueve en consecuencia declárese indigna a doña Blanca Alicia Falla Bernal para suceder a su cónyuge premuerto Eduardo Céspedes Vega quedando excluida como heredera, **REEMBÓLSESE** los costos y costas del proceso a favor de la parte demandante.- T.R.-

### Sentencia N° 171

EXP. N° 229-96/3

Ponente: señor Guerrero Hurtado

RES. N°

Chiclayo, dieciocho de junio de  
Mil novecientos noventa y seis.-

**VISTOS;** con los acompañados; por sus propios fundamentos: **CONFIRMARON** la sentencia de fojas setentitres, expedido el veintiocho de marzo último que declara fundada la demanda de fojas dieciséis e indigna para suceder a doña Blanca Alicia Falla Bernal con relación al de cujus Eduardo Céspedes Vega; con los demás que contiene; y los devolvieron.

Srs.

Celis Z.-Guerrero H.-Zúñiga B.

**CAS. N° 1079-96 LAMBAYEQUE**

Lima, veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y siete.-

La Sala Civil de la Corte Suprema, en la causa vista en audiencia pública el veintisiete de noviembre del año en curso, emite la siguiente sentencia con los acompañados:

1. **MATERIA DEL RECURSO:** El recurso de casación lo interpone la demandada Blanca Alicia Falla Bernal, contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lambayeque, que confirmando la resolución apelada de fojas setentitrés, su fecha veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y seis, declara infundada la reconvenición y fundada la demanda de desheredación por indignidad, con lo demás que contiene
2. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El recurso de casación se funda en el inciso tercero del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, invocando la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido, esto es que se ha admitido la demanda de José Céspedes Bardales sin que tenga vocación hereditaria y se le ha declarado indigna a la recurrente excluyéndola de la herencia, por esta causal la Sala Civil de la Corte Suprema declaró procedente el recurso impugnativo, mediante resolución del catorce de noviembre de mil novecientos noventa y seis.
3. **CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que, de conformidad con el artículo seiscientos sesentiocho del Código Civil, puede demandar la exclusión de un heredero por razón de indignidad, quien es llamado a suceder a falta, o en concurrencia con dicho heredero.

**Segundo:** Que, precisamente de acuerdo con ese artículo el padre del causante de la herencia, está facultado a accionar la exclusión de la cónyuge demandada de esa herencia por indignidad, desde que en condición de padre es heredero y debería concurrir a la herencia con la cónyuge.

**Tercero:** Que la condición de padre y la vocación hereditaria del demandante José Céspedes Bardales, queda demostrada con la partida natal del hijo, no objetada que corre a fojas cuatro.

**Cuarto:** Que en consecuencia, no se ha contravenido el debido proceso al admitirse la demanda del padre aludido, por la falta de la declaratoria judicial de herederos pues la sucesión intestada depende de lo que resuelva en la acción de indignidad.

**Quinto:** Que, la sentencia de mérito, considera como hechos acreditados la causal de indignidad de la cónyuge demandada y para variar esa base fáctica la Sala de casación tendría que reexaminar la prueba, lo que es extraño a su función y a los fines de la institución casatoria, desde que no actúa como tercera instancia.

#### 4. SENTENCIA:

Por los fundamentos precedentes, la Sala Civil de la Corte Suprema declara **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Blanca Alicia Falla Bernal, en consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas noventitrés, su fecha dieciocho de junio de mil novecientos noventiséis. **CONDENARON** a la recurrente al pago de una multa de dos Unidades de Referencia Procesal así como de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; **ORDENARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por José Céspedes Bardales sobre desheredación por indignidad; y los devolvieron.-

S.S.

IBERICO-RONCALLA-CASTILLO-MARULL-BELTRÁN



**CAPÍTULO VI**

**ACEPTACIÓN Y RENUNCIA  
DE LA HERENCIA**



## 1. GENERALIDADES

Desde el punto de vista lógico la transmisión sucesoria se desarrolla dentro de un proceso que contiene una serie de situaciones o fases que se desenvuelven de manera sucesiva pudiendo coincidir en el tiempo, aunque no necesariamente.

Estas situaciones o fases son las siguientes:

- a. **Apertura de la sucesión hereditaria** que coincide necesariamente con el fallecimiento o declaración judicial de muerte presunta del causante o sea de aquél cuya sucesión se trata. El causante sólo puede ser una persona natural.
- b. **Vocación a la herencia** que consiste en el llamamiento de todos los posibles destinatarios, bien por voluntad del propio testador o por disposición de la ley que actúa de modo subsidiario como regla y complementariamente de aquella, por excepción.

Dalmacio Vélez Sarsfield sobre el proceso sucesorio afirma que la muerte del causante, apertura de la sucesión y trasmisión de la herencia coinciden en el tiempo. No hay entre ellos el menor intervalo de tiempo porque son indivisibles. El llamamiento a la herencia se puede hacer en virtud del testamento, pero sólo tiene eficacia jurídica a partir de la muerte del testador porque con este acontecimiento se hace ejecutable.

- c. **Delación** es el concreto ofrecimiento de la herencia a aquellas personas que han sido «llamadas» y que son hábiles, quienes pueden ejercitar el derecho de opción que es alternativo y que depende sólo de la voluntad del llamado «aceptar o renunciar la herencia», porque sólo los herederos «llamados» que reúnan todos los requisitos para heredar están en situación de ejercitarlo. La herencia no es impuesta a nadie contra su voluntad. Una máxima medieval señalaba que no hay herencia sin aceptación *nest*

*heritier sine veut*. Es por eso que si bien con la muerte del causante opera *ipso jure* la transmisión hereditaria a sus sucesores, esta transmisión está supeditada a *una conditio juris*: la aceptación por parte del llamado. Sólo con la aceptación, esta transmisión se hace definitiva, se consolida. Queda confirmado de modo irreversible, pero sus efectos se retrotraen al momento de la muerte del causante porque sus efectos son *ex tunc*.

Delación y vocación no coinciden en el tiempo necesariamente. La delación es el paso previo para la «adquisición» definitiva de la calidad de sucesor. Es el poder jurídico que la ley concede como derecho personal al sucesor para que, de modo libre y voluntario, opte por la aceptación o la renuncia. La eficacia jurídica de la transmisión en definitiva depende de la voluntad del sucesor.

Sobre las diferencias entre la vocación y la delación, señala López del Carril<sup>1</sup>.

- La primera implica la muerte del causante de modo necesario mientras que la segunda no se puede dar sin la correspondiente vocación.
- La primera depende del testador o de la ley. En cambio la delación depende únicamente de la voluntad del sucesor, porque es un derecho personal establecido por la ley.
- Puede haber vocación sin delación como en los casos del premuriendo o del indigno. En cambio, no puede haber delación sin vocación.
- La primera es una realidad jurídica que proviene del testamento o de la ley; en cambio, la segunda es una posibilidad jurídica que proviene del propio sucesor.
- La primera califica al sucesor, en cambio, el ejercicio de la delación fija definitivamente la posición jurídica de este bien consolidando, confirmando su calidad de sucesor o convirtiéndolo en un extraño de la sucesión hereditaria.

d. **El proceso concluye con la adquisición de la herencia**, o sea, con la aceptación por parte del sucesor convirtiéndose así en el definitivo titular del patrimonio hereditario, pero con efectos retroactivos a partir de la muerte del causante porque en ese instante dejó de ser sujeto de derecho. Entonces, la ley imperativa que regula esta transmisión dispone que, sin solución de continuidad, sea el sucesor quien cubra este vacío producido por la muerte del causante. Con la aceptación ya quedó consolidado la calidad de sucesor y con ella su irreversible derecho de la herencia.

---

<sup>1</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. «Unidad y Pluralidad Sucesoria». En *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilbem*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 331-333.

El principio de la transmisión sucesoria *ipso jure* a partir de la muerte del causante se encuentra establecido en el artículo 660 de nuestro Código Civil y es de orden público, como lo señala el artículo 145 del Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928 el cual fue suscrito y ratificado por el Perú y dice a la letra: «Es de orden público internacional el precepto en cuya virtud los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de la muerte».

Esta transmisión automática queda consolidada con la aceptación por parte del sucesor. No hay contradicción cuando después de lo anteriormente dicho se añade que aquella está sujeta a una *conditio juris*, el ejercicio del derecho de opción por parte del sucesor. Esta regla condensada en la máxima medieval *Nest heritier qui ne veut* importa una diametral diferencia con la solución establecida por el Derecho Romano, porque conforme a él no había transmisión sucesoria sin la previa aceptación, *Hereditas non aditio, hereditas non trasmititur*.

Nuestro Código Civil, coincidente con el sistema imperante en las legislaciones contemporáneas, establece que la sucesión hereditaria no se impone a ningún sucesor, salvo cuando el Estado asume la calidad de heredero a falta de otros herederos testamentarios o legales como señala el artículo 830 del Código Civil, y también en el caso del heredero que actúa dolosamente como lo establece el artículo 662 del mismo cuerpo legal. Constituye un supuesto de aceptación de la herencia por sanción. Se trata de una adquisición *ex lege* ya que realmente no se puede hablar de aceptación porque hay una ausencia de voluntad.

El artículo 662 expresa que el heredero que oculta dolosamente los bienes hereditarios o que simula deudas o dispone de los bienes dejados por el causante en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión, pierde el beneficio otorgado por el artículo 661, o sea, el de la responsabilidad restringida frente a las cargas y deudas del causante. Su responsabilidad será absoluta. Responderá con su propio patrimonio en caso necesario. La sanción que establece este precepto legal —artículo 662— es razonable y se orienta a dar protección a los acreedores de la sucesión. Tiene un fundamento moral.

Por este precepto:

- a. Se le obliga a recibir la herencia. Se le priva por tanto del derecho de opción. Constituye un caso de caducidad de este derecho; y no podrá renunciar. Su aceptación será forzosa por disposición legal.
- b. Responde por las cargas y deudas del causante de modo absoluto, es decir, llegado el caso, hasta con los bienes y derechos de su propio patrimonio; resultará así irrelevante el inventario judicial o la actuación de prueba posterior destinada a acreditar el valor de la herencia recibida.

Este temperamento es similar al establecido en el artículo 1002 del Código Civil Español: «Los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir». Guarda concordancia con el artículo 1024 inc. 1º del mismo Código.

El artículo 830 del Código Civil es también otro caso de excepción. Se trata de la sucesión legal del Estado a falta de sucesores testamentarios de herederos legales señalados en el artículo 816 que se circunscribe al ámbito exclusivamente familiar. El artículo 830 señala que «A falta de sucesores testamentarios o legales el juez o notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada, adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria, a la Sociedad de Beneficencia 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». En el párrafo segundo añade: «Es obligación de la entidad adjudicataria pagar las deudas del causante si las hubiera, hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados[...]».

Esta cita nos revela que el Estado es considerado como un sucesor necesario y por tanto esta calidad que se adquiere a falta de otros herederos testamentarios o legales es irrenunciable, porque el juez le adjudicará la herencia sin posibilidad de rechazarla, porque la ley que lo establece es de orden público.

Salvo estos dos casos excepcionales, se puede afirmar que la delación responde a un derecho personal establecido por la ley; permite su ejercicio voluntario y fijará definitivamente la posición jurídica del sucesor frente a una transmisión sucesoria.

La delación de la herencia de acuerdo con el principio voluntarista se realiza a través de dos modelos: el germánico y el romano.

Para el modelo germánico la adquisición de la herencia se produce *ipso iure* en el momento de la muerte del causante y a favor del llamado a la sucesión, y el ejercicio de la delación lo convierte definitivamente en heredero si acepta, pero también podría renunciar a su calidad de sucesor siendo los efectos retroactivos, en ambos casos. En este modelo hay pues dos momentos; en el primero, el llamado a heredar se convierte en heredero provisional por el simple hecho de la delación —ofrecimiento de la herencia al llamado— y en el segundo momento, se convierte en definitivo cuando el llamado a heredar acepta la herencia. Si el llamado renuncia a la herencia, entonces el segundo llamado la adquiere sí la acepta desde el momento de la muerte del causante.

La transmisión de la herencia en ambos casos se realiza sin solución de continuidad desde la muerte del causante.

En definitiva, por la muerte del causante, el llamado a heredar adquiere *ipso iure* la herencia, pero provisionalmente y ésta se hace definitiva tanto como en la calidad de heredero como en el correspondiente derecho patrimonial con su aceptación.

En el modelo romano rige la siguiente regla: *hereditas non aditio, non trasmititur*. Hasta que la herencia no sea aceptada no opera la transmisión hereditaria. Una vez aceptada, los efectos de la transmisión se retrotraen al momento mismo de la muerte del causante o sea al momento de la apertura de la sucesión. Mientras no se produzca la aceptación la herencia permanecerá vacante, porque carece de titular.

¿Cuál de estos modelos sigue nuestro Código Civil de 1984? La respuesta no es fácil, porque la diferencia entre ambos es sutil. Sin embargo, creemos que sigue al modelo germánico en forma mixta. Nuestra posición se fundamenta en tres dispositivos legales:

1. El artículo 660 cuando señala que la herencia se trasmite a los herederos del causante desde el momento de su muerte, porque la muerte extingue la personalidad, entonces la apertura de la sucesión determina la transmisión hereditaria a favor de los llamados a suceder. Esta transmisión opera *ipso iure* en el mismo momento de la muerte de aquél; no hay pues solución de continuidad. No existe en nuestro ordenamiento legal la herencia yacente ni la herencia vacante como en el Derecho Romano. Recordemos el artículo 145 del Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana suscrito por el Perú que ya lo hemos acotado. No hay transmisión de derechos patrimoniales sin destinatario determinado o determinable en Derecho sucesorio. Hay que considerar, además, que las normas de orden público son necesarias, obligatorias y de valor absoluto. Pero esta transmisión a los llamados a suceder tiene una connotación provisional, porque a nadie se le puede imponer una herencia sin su voluntad. El derecho de delación está en la esencia de la sucesión hereditaria. Es por eso que el derecho de delación, implica el ejercicio del derecho personal de aceptar o de renunciar a una herencia. Mientras no haya aceptación, la transmisión seguirá siendo meramente provisional por exigencias de carácter público y privado, porque al Estado le interesa el mantenimiento de un orden económico en beneficio propio y de las personas particulares (herederos, legatarios, acreedores) evitando que desaparezcan el patrimonio de las personas muertas.

2. Los artículos 672 y 675 se ocupan de la aceptación como de la renuncia a la herencia, pero el numeral 673 señala la presunción de la aceptación cuando el llamado a manifestarse no lo hace en el plazo de tres meses si está en el territorio de la República o de seis si se encuentra en el extranjero y no hubiera renunciado a ella. Esta disposición legal guarda perfecta concordancia con el artículo 142 del mismo cuerpo legal, porque expresa que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen este significado. En nuestro caso es la ley la que lo establece. Este plazo además, es de caducidad, no solo porque no se interrumpe por ninguna causa —que es característica esencial de la institución como precisan los artículos 2004 y 2005— sino también, por la trascendencia de la transmisión definitiva que no puede quedar indefinidamente librada a la voluntad del sucesor con grave perjuicio para la comunidad, para los sucesores ulteriores, para los acreedores de la sucesión y para los propios herederos.

Es decir que la transmisión sucesoria puede quedar consolidada por el simple transcurso de un plazo a partir de la muerte del causante, salvo que hubiere mediado renuncia.

3. El artículo 677 resulta igualmente importante porque expresa que tanto la aceptación como la renuncia retrotraen sus efectos al momento de la apertura de la sucesión. ¿Por qué los retrotraen? Porque el derecho a ser heredero tiene lugar a partir de ese momento y no cuando aceptan o renuncian la herencia, ya que si fuera a partir de la aceptación ¿a quien correspondería la herencia mientras tanto?

La delación es pues el derecho del sucesor para aceptar o renunciar a la herencia que se le ofrece, es el derecho que tiene para fijar su posición jurídica frente a una sucesión hereditaria. En definitiva, la delación es la vocación hereditaria puesta en movimiento permitiendo al heredero la adquisición definitiva de la herencia. Como expresa Albadalejo García, «la delación implica el ofrecimiento actual y concreto del derecho subjetivo a adquirir la herencia mediante la aceptación. La delación es obra directa y exclusiva de la ley».

En el antiguo Derecho Romano este derecho de opción no correspondía a los *heredes sui* (hijos sometidos a la patria potestad del causante) ni a los *heredes necesarii* (esclavos que habían sido manumitidos por el causante), sino únicamente a los *heredes voluntarii* (hijos mayores, que ya no se encontraban bajo la patria potestad del causante o terceras personas) y se les concedía el derecho de renunciar para que si así lo querían, pudieran liberarse de la obligación de pagar las deudas del causante cuando excedía el valor del activo

porque, en caso contrario, con la aceptación asumían esa responsabilidad absoluta, a no ser que hubiere sido hecho con beneficio de inventario, caso en que no respondían por el exceso de las deudas con relación al valor del activo recibido. Dimitida así la responsabilidad del heredero, pierde entonces su anterior importancia la aceptación. En cambio, la renuncia sí la mantiene, por las graves consecuencias que de ella derivan y es por eso que la ley exige para su realización de un acto solemne y de modo expreso; su derecho a heredar se transforma, entonces, en derecho hereditario, que es el resultado de heredar. Sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión. artículo 677 del Código Civil.

La materia fue regulada por los Códigos Civiles de 1852, artículos 750 a 768, Código Civil de 1936, artículos 671 a 678. En el Código Civil de 1984, artículos 672 a 680.

En la sistemática del Proyecto presentado por el profesor Lanatta, la aceptación es con beneficio de inventario y así resulta de los artículos 660, 661 y 662.

En la legislación comparada no obstante la paulatina pérdida de vigencia de estas instituciones —como son la aceptación y renuncia— sobre todo de la primera, aún se mantiene en muchos países del mundo como en España, Francia, Italia, Alemania, Bélgica, Argentina, Paraguay, Brasil, Panamá, Colombia y Chile.

## 2. LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

La aceptación es un acto jurídico en virtud del cual el llamado a heredar manifiesta su voluntad de asumir los derechos y obligaciones que derivan de la calidad de heredero. Si rechaza el ofrecimiento es considerado como si nunca hubiera tenido esta calidad porque sus efectos son *ex tunc*, es decir, que se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión.

Tiene las siguientes características:

1. Es un negocio jurídico unilateral, no recepticio porque con la sola manifestación de voluntad del sucesible se producen sus efectos jurídicos. Es importante señalar que la aceptación de la herencia no implica un contrato porque, como señala Laurent, la *saisine* de la propiedad y de la posesión no concuerda con aquella noción. La transmisión sucesoria es *automática* porque opera de pleno derecho y la aceptación por parte del sucesor no hace sino confirmarla, consolidarla, hacerla definitiva con efec-

tos irreversibles. La condición suspensiva tácita legal que constituye un requisito legal implica que la aceptación es un derecho personal del sucesor. Debe considerarse, además, que en nuestro ordenamiento jurídico el contrato sólo tiene lugar entre vivos, pero no por causa de muerte porque no se admiten los pactos sucesorios en nuestro ordenamiento legal.

Además, como fundamento de la negación del contrato está el hecho de que la institución de sucesor y la aceptación por el instituido no tienen nada en común con la oferta y la aceptación, pues no pueden coexistir simultáneamente en el tiempo, el instituyente y el heredero, porque el fallecimiento del causante es el presupuesto lógico para la sucesión del instituido.

En efecto, sólo puede hablarse de heredero cuando ha muerto el causante. No se trata como en el contrato de voluntades conjugadas y sucesivas sino, en todo caso, coincidentes, pero *superpuestas* en el tiempo.

2. No existe obligación de aceptar o renunciar a la herencia. Es un acto enteramente libre y voluntario salvo en cuatro casos:
  - a. Cuando se sanciona el dolo del heredero, siendo forzosa por tanto su aceptación (artículo 662 del Código Civil). Se pierde además el derecho a la responsabilidad limitada derivada del beneficio de inventario.
  - b. Herencia intestada a favor del Estado (artículo 830 del Código Civil).
  - c. Casos de renuncia a la herencia cuando perjudica a los acreedores del renunciante al dejarlos sin poder cobrar sus créditos. La renuncia resulta ineficaz en cuanto afecta el derecho de éstos (artículo 676).
  - d. En el caso del artículo 304 del Código Civil: «Ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro» —se da sólo dentro del régimen patrimonial de gananciales.
  
3. La naturaleza jurídica de la aceptación determina que la aceptación sea indivisible e incondicionada, porque el derecho a la herencia proviene del título de sucesor que es uno e indivisible. Si no fuera así, éste podría aceptar el activo de la herencia y renunciar al pasivo, lo cual podría afectar injustamente a los acreedores de la sucesión.
 

El artículo 1950 del Código Civil Alemán señala lo mismo: «La aceptación y la repudiación no pueden limitarse a una parte de la herencia. La aceptación o repudiación de una parte son ineficaces».

Si la aceptación admitiera modalidades, se abriría entonces las puertas a la inseguridad jurídica. Es por eso que legislaciones como la de Alemania

rechazan las modalidades en la aceptación. artículo 1947 del Código Civil Alemán:

La aceptación y la repudiación no pueden realizarse bajo una condición o una determinación de tiempo.

4. La aceptación es irrevocable. Sus efectos son irreversibles por las mismas razones de seguridad jurídica (artículo 677 del Código Civil..
5. El derecho de aceptación es transmisible a los herederos del trasmitente cuando éste ha muerto después que el causante, pero antes del vencimiento del plazo legal para aceptar la herencia. En tal situación este derecho personal de opción no ejercitada, pasa a integrar el haz hereditario del trasmitente y los herederos de éste (del trasmitente), al aceptar su herencia, adquieren el derecho de opción respecto a la herencia del causante originario. En cambio, si renuncian a la herencia del trasmitente ya no podrán ejercitar el derecho de opción a la herencia del causante originario, porque este derecho deriva del derecho a la herencia del trasmitente (artículo 679 del Código Civil).
6. La aceptación es retroactiva independientemente de la fecha de ejercicio de este derecho, porque la herencia del causante se transmite desde el momento de la muerte del causante (artículos 660 y 677 del Código Civil).
7. La aceptación es actual porque sólo es viable cuando se abre la sucesión. No hay aceptación ni renuncia a la herencia futura (artículos 672, 674 y 1405 del Código Civil). Este criterio fue establecido en el Derecho Romano, en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio y en los artículos 3311 y 1520 de los Códigos Civiles de Argentina y Colombia, respectivamente.
8. La aceptación es delegable. No existe óbice legal para admitir la posibilidad de que el sucesor ejercite este derecho a través de un apoderado o representante legal.

### ¿Desde qué momento puede ejercitarse el derecho de opción?

Consideramos que el punto de partida para el ejercicio de este derecho es la apertura de la sucesión que se da por muerte del causante, según nuestro Código Civil. Hay tres razones que justifican el aserto:

1. Artículo 673. 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 ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa.

2. Artículo 678. Expresa que no hay aceptación ni renuncia de herencia futura. Su ejercicio debe ser actual, o sea, solo a partir de la muerte del causante.

3. Artículo 679. Señala que en el caso del derecho de transmisión, el plazo legal se computa no a la fecha de muerte del causante sino a partir de la muerte del primer llamado o sea del trasmite. De esta forma queda claro que el punto de partida en los casos comunes es cuando murió el causante. En los casos de excepción es la fecha de muerte del trasmite.

Sin embargo, consideramos deficiente su tratamiento legal. Encontramos más coherencia en otras legislaciones en donde el punto de partida se da en la fecha en que el heredero toma conocimiento de la muerte del causante, a menos que pruebe no haber conocido sino más tarde su calidad de heredero.

Así tenemos el artículo 567 del Código Civil de Suiza:

El plazo para repudiar es de 3 meses. Dicho plazo corre para los herederos legales desde el día en que tienen conocimiento de la muerte del causante, a menos que ellos prueben no haber conocido sino más tarde su calidad de heredero; para los instituidos, desde el día en que han sido notificados oficialmente de la disposición hecha en su favor.

De igual modo el Artículo 1944 del Código Civil Alemán dice:

Artículo 1944

1. La repudiación sólo puede realizarse dentro de seis semanas.
2. El plazo comienza en el momento en que el heredero obtiene conocimiento de la adquisición provisional y de la causa del llamamiento. Si el heredero está llamado por disposición por causa de muerte, no empieza el plazo antes de la notificación de la disposición. Al curso del plazo se aplican las disposiciones existentes para la prescripción de los artículos 203 y 206.
3. El plazo se incrementa a seis meses si el causante ha tenido su último domicilio solamente en el extranjero al comienzo del plazo, o si el heredero, al comienzo del plazo, se encuentre en el extranjero.

Finalmente, el artículo 3313 del Código Civil Argentino expresa:

El derecho de elegir entre la aceptación y renuncia de la herencia se pierde por el trascurso de veinte años, desde que la sucesión se abrió.

El profesor argentino Borda comenta que para que este plazo produzca sus efectos extintivos es preciso que el heredero conozca su vocación hereditaria.

El derecho de opción sólo puede ser ejercitado por aquellos que han sido llamados a heredar. La vocación hereditaria puede provenir de dos fuentes

exteriores: a) La voluntad del causante que instituye a sus sucesores mediante el testamento que otorga, y b) Aplicación de las reglas de la sucesión legal o intestada mediante la declaratoria de herederos.

Para que el sucesor pueda ejercitar ser derecho de opción, según estas legislaciones mencionadas, es menester:

- a. Que haya muerto el causante.
- b. Que los sucesores hayan sido «llamados a heredar», lo cual es formal y que reúnan todos los requisitos para heredar, es decir, idoneidad.
- c. Que los llamados hayan conocido de la muerte de aquél y de su llamamiento.

Sin el cumplimiento de estos requisitos no es posible su ejercicio.

En consecuencia el artículo 673 de por sí no es viable porque ¿cómo podría ejercitar este derecho de opción el sucesor intestado cuya declaración judicial como tal, es posterior al plazo legal señalado? ¿Cómo podrá ejercitar su derecho, si conoció de la muerte del causante y de su llamamiento con posterioridad al plazo legal?

El artículo 673 solo puede servir para indicarnos el plazo para ejercitar este derecho, pero no señala explícitamente cómo correspondía hacerse, a partir de cuándo se computa dicho plazo.

Es por eso que dentro de una reforma legal se debe contemplar su modificación tomándose como modelo las legislaciones extranjeras antes señaladas.

La tónica general del nuevo Código Civil, en este tema de la delación, está de acuerdo con la de algunas legislaciones extranjeras. Por ejemplo, los artículos 474, 475 y 476 del Código Civil de Italia de 1942, artículo 1581 del Código Civil de Brasil.

#### Artículo 480 del Código Civil de Italia

El derecho de aceptar la herencia prescribe a los diez años. El término corre desde el día de la apertura de la sucesión y, en caso de institución condicional, desde el día en que se verifica la condición. El término no corre para los llamados ulteriores, si ha habido aceptación por parte de los anteriores llamados y posteriormente su adquisición hereditaria ha quedado sin efecto.

Quede claro entonces que la aceptación como la renuncia a la herencia constituye un derecho de todo sucesor «llamado» que puede ser ejercitado solo a la muerte del causante y dentro de un plazo perentorio, con consecuencias diferentes según las situaciones. Este es el derecho de opción o de delación.

Como expresa Albadalejo García, «La delación implica el ofrecimiento actual y concreto del derecho subjetivo a adquirir la herencia mediante la aceptación. La delación es obra directa y exclusiva de la ley».

En el Derecho Romano la aceptación y renuncia correspondía a los herederos voluntarios y herederos extraños, y se daba como opción para liberarse de la obligación de pagar las deudas del causante cuando éstas excedían el valor del activo recibido; de lo contrario, habrían tenido que asumirlas, pero como afirma el profesor Emilio F. Valverde, en su obra *Derecho de Sucesiones*, tomo I: restringida la responsabilidad del heredero a la cuantía del patrimonio que recibe, pierde así su anterior importancia. La renuncia le servirá entonces al heredero sólo para abandonar la herencia deficitaria y para librarse fácilmente de las deudas dejadas por el causante. Son los acreedores quirografarios los que en definitiva sufrirán las consecuencias de tal sistema, porque su derecho crediticio es de carácter personal y el cumplimiento de las obligaciones derivadas no se encuentra garantizadas con la afectación de garantías reales específicas.

La aceptación es, pues, «el acto jurídico en virtud del cual el llamado a la herencia manifiesta su voluntad de ser heredero y mediante el cual el derecho de heredar (*ius delationis* o *ius adeundi*) se transforma en derecho hereditario (resultado de heredar)<sup>2</sup>.

Héctor Cornejo Chávez se pregunta, ¿es realmente necesaria la aceptación del heredero para que se produzca la transmisión? El autor señala que:

[...] En el Derecho Romano la transmisión no se completa hasta que la aceptación no se produce; delimita cuidadosamente las dos etapas de apertura y aceptación de la herencia. Si hay renuncia, esta produce efecto retroactivo, como si ella se hubiese exteriorizado en el momento mismo de la apertura. El Derecho Germano considera que la transmisión se produce automáticamente y en forma simultánea con la apertura de la herencia y su delación. Si en ese momento no se conoce al sucesor, y éste acepta después, se le considera a la aceptación efecto retroactivo<sup>3</sup>.

En la actualidad, la aceptación ha perdido, como institución, la importancia que tuvo en el Derecho Romano. Ahora se le considera simplemente como un acto de reafirmación o de confirmación de la situación producida con la

---

2 ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de Sucesiones*. T. III. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1994, p. 431.

3 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. «Derecho de Sucesiones». Curso Universitario. Lima, 1959, p. 22.

apertura de la sucesión, implica la renuncia al derecho de renunciar, y con ello la transmisión patrimonial se consume de modo irrevocable; la transmisión sucesoria se convierte en lo que hasta ahora era provisional en definitiva por decisión voluntaria del sucesor que puede libremente renunciar a la herencia. Ha perdido importancia porque la aceptación no genera en el heredero aceptante la responsabilidad absoluta sino más bien una responsabilidad limitada al valor de la herencia recibida, correspondiéndole probar en todo caso, el exceso de las obligaciones cuando supere el valor de los bienes hereditarios.

Es del caso destacar que mientras en el Derecho Romano la responsabilidad absoluta por parte de los herederos constituía la regla y la responsabilidad limitada la excepción, cuando mediaba la aceptación con beneficio de inventario, ahora es a la inversa: la responsabilidad restringida es la regla y la responsabilidad absoluta es la excepción cuando el heredero omite realizar el inventario judicial.

Más importante resulta la renuncia porque trastoca el proceso natural de la transferencia de la herencia y también por el perjuicio que puede causar a los acreedores del propio renunciante, por lo que siempre resulta necesaria, una regulación cuidadosa a fin de evitar injustificados perjuicios.

### 3. FORMAS DE ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

El tema ha sido tratado en los artículos 13 y 14 del Anteproyecto; su redacción difiere sobre todo respecto al primero de los transcritos.

El artículo 13 señala que:

La aceptación expresa debe constar en escritura pública o en acta otorgado ante el juez al que corresponde conocer de la sucesión. El acta se protocolizará. Hay aceptación tácita si el heredero entra en posesión de la herencia o practica otros actos que demuestran de manera indubitable su voluntad de aceptar y para cuyo ejercicio se requiere la calidad de heredero.

Tal fórmula fue desechada parcialmente porque la aceptación expresa no es obligatoria y puede manifestarse en varias formas acordes con los artículos 141 y 142 del Código Civil vigente.

El Código Civil vigente señala lo siguiente:

Artículo 672.- La aceptación expresa puede constar en instrumento público o privado. Hay aceptación tácita si el heredero entra en posesión

de la herencia o practica otros actos que demuestren de manera indubitable su voluntad de aceptar.

En este tema nuestro Código Civil admite las siguientes formas de aceptación:

- a. Expresa
- b. Tácita
- c. Legal
- d. Forzosa

Nada justifica que actualmente, cuando su importancia ha decaído, se establezca para la validez de la aceptación expresa el empleo irrestricto de la escritura pública o de acta otorgada ante el juez, y que además, deba de protocolizarse. Nuestro ordenamiento legal establece que la aceptación, cualquiera que fuese la modalidad empleado, no exige formalidad solemne. Cabe añadir que tratándose de la aceptación expresa, nada impediría el empleo de la forma oral porque lo que interesa únicamente es la posibilidad de la prueba.

Analicemos cada una de las formas de aceptación:

1. **Expresa (artículo 672):** Cuando el sucesor de modo personal o mediante apoderado o representante legal manifiesta su voluntad afirmativamente, siendo indiferente el medio empleado para la determinación de su eficacia, porque la forma no es esencial. Puede hacerse en instrumento público o privado e incluso oralmente. A esta conclusión se llega porque no contiene el precepto legal citado —artículo 672— la regla contenida en la parte general del acto jurídico —artículo 144 del Código Civil— que precisa que es solemne la forma señalada cuando se sanciona su incumplimiento con la nulidad del acto.

La aceptación expresa no es obligatoria, pero resulta útil porque fija definitivamente la posición jurídica del sucesor frente a la herencia.

2. **Tácita (artículo 672):** Se da cuando la voluntad de aceptación se infiere indubitablemente con la realización de actos o de una suerte de comportamiento, como cuando una persona entra en posesión de una herencia: El pago de deudas del testador con bienes de la herencia; la intervención del heredero en los autos que dejó promovidos el causante para sostener la misma pretensión deducida por éste. Empero, la realización de actos de administración provisional y de conservación de los bienes de la herencia practicadas por el heredero, mientras no haya vencido el plazo del artículo 673, no importa aceptación ni impiden la renuncia (artículo 680). Consideramos lógica esta disposición legal porque con estos actos no se ha

ejercitado el título o la cualidad de heredero, debido a que cualquiera podría haberlo realizado.

El artículo 1000 del Código Civil Español regula esta forma de aceptación señalando que:

Entiéndase aceptada la herencia:

1° Cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos.

2° Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos.

3° Cuando la renuncia por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente; pero si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquellos a quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia.

Si analizamos el contenido de cada una de estas situaciones expuestas en el Código Civil Español comprobaremos que son verdaderos actos de disposición.

La fórmula empleada por el artículo 672 de nuestro Código Civil es clara, pero en la práctica puede hacerse difícil porque conlleva la necesidad de calificar la intención del acto que se realiza. En cada situación de hecho debe hacerse la calificación. Los actos deben ser positivos.

Según Albaladejo, la aceptación tácita que él denomina *ex lege*, no sería una aceptación sino un acto «que por haberlo realizado el interesado, la ley le hace producir el efecto de atribuirle la herencia independientemente de que la quisiese o no»<sup>4</sup>.

3. **Aceptación legal (artículo 673).**- Es el caso que prevé el artículo 673 cuando el sucesor deja transcurrir el plazo legal sin haber renunciado a la herencia cuando tenía expedito su derecho a hacerlo. La ley considera entonces esta situación de silencio como una forma de aceptación. La aceptación no es obligatoria para el heredero, pero constituye un derecho que debe ejercitarlo en un plazo legal que es igual al señalado por el artículo 672 del Código Civil de 1936.
4. **Aceptación forzosa.**- Es un caso de caducidad del derecho de opción. Es una aceptación obligada de la herencia. El artículo 662 contempla un

---

<sup>4</sup> DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Op. cit.*, t. I, p. 209.

supuesto de aceptación de la herencia por sanción. Es un caso de adquisición *ex lege* en donde se sanciona pecuniariamente al heredero que incurre en dolo que perjudica a los acreedores de la herencia por ocultar bienes hereditarios, por simular deudas o disponer maliciosamente de aquellos. En realidad, la sanción es doble porque pierde la facultad de renunciar y conlleva la pérdida del beneficio de inventario. Se da lo que la doctrina llama el caso de «heredero puro y simple» quedando así como heredero responsable de todas las cargas y deudas de la herencia debiendo asumirlas, no solo con bienes de ésta, sino también con los suyos propios, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar. Con la aceptación pura y simple en algunas legislaciones —no hay beneficio de inventario— se produce una acumulación de patrimonios el del causante y el del suyo propio, con relación a las obligaciones insolutas del primero, las cuales serán asumidas por el heredero; pero seguirá manteniendo su personalidad independiente en orden a las acciones que tuviera contra la herencia, en cuanto éstas no hubiesen quedado extinguidas por confusión en la parte correspondiente a él, y aún puede —como señalan unas Ejecutorias Supremas de España de 1946 y 1950—, cuando actúa a título legítimo, impugnar los actos del causante que hubieren lesionado su derecho de sucesión forzosa.

#### 4. CAPACIDAD LEGAL PARA ACEPTAR O RENUNCIAR

Eduardo Zannoni señala que «el principio general es que pueden aceptar o renunciar la sucesión todos los que gozan de capacidad para disponer de sus bienes... La renuncia a la herencia y la renuncia a los derechos adquiridos por la aceptación constituyen también, actos de disposición. El renunciante, al abdicar de su llamamiento, dispone patrimonialmente de sus expectativas omitiendo una adquisición y por lo tanto alterando el capital de su propio patrimonio. De allí que debe aclararse que la renuncia exigirá integrar el poder dispositivo o, en su caso, suplir la incapacidad del renunciante»<sup>5</sup>. Vittorio Polacco señala que «Hay quien afirma como principio general que para poder renunciar válidamente por sí mismo a una herencia es necesario ser capaz de enajenar». El autor señala que se adscribe «al mismo criterio fundamental ex-

<sup>5</sup> ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las Sucesiones*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 1982, pp. 299-300.

puesto en cuanto a la capacidad de aceptar; se trata del ejercicio de un derecho patrimonial que excede evidentemente de los límites de la administración; será necesario, por tanto, para poderlo realizar, tener la plena capacidad de obrar en general<sup>6</sup>.

El artículo 674 del Código Civil señala:

Pueden renunciar herencias y legados quienes tienen la libre disposición de sus bienes.

Este artículo de nuestro Código Civil es declarativo y señala como requisito que el sucesor tenga la libre disposición de sus bienes, porque la renuncia tiene trascendencia para el patrimonio del renunciante, que se puede ver disminuido no solo en su propio detrimento sino en el de sus eventuales acreedores.

Este precepto legal implica que el renunciante debe haber sido llamado a la sucesión hereditaria, porque la renuncia es un derecho del heredero o legatario.

No tienen la libre disposición de sus bienes, los menores incapaces y los mayores incapaces. En tales casos quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la curatela, deberán contar con la autorización judicial correspondiente. Si el juez desaprueba la renuncia, se entenderá aceptada en todo caso con beneficio de inventario (Véanse artículos 448 inciso 2°, 532 inciso 1° y 568 del Código Civil).

Esta restricción funciona también, pero sólo en los casos de aceptación de donaciones, legados y herencias voluntarias con cargo (artículo 448 inciso 9, 532 y 568 del Código Civil). Carecen también del derecho de libre disposición, y necesitan autorización judicial para renunciar, el pródigo y el mal gestor, artículos 584 y 585 del Código Civil (artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N° 52, 18-03 81 y artículos 138, 141, 162 y 165 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337 de fecha 7 de agosto del año 2000).

El sucesor casado que se encuentre sometido legalmente al régimen patrimonial de gananciales no puede renunciar a la herencia sin el consentimiento del causante como señala el artículo 304:

Artículo 304.- Ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro.

Se explica porque si es cierto que los bienes hereditarios son propios, empero, sus frutos son comunes de modo que si el heredero renunciara a la

---

<sup>6</sup> POLACCO, Vittorio. *De las Sucesiones*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América Bosch, 1950, pp. 439-440.

herencia privaría al consorte de los frutos que puedan corresponderle, artículo 310 del Código Civil.

El artículo 674 tiene como antecedente los artículos 992 y 166 del Código Civil Español.

## 5. CASO DE LAS PERSONAS POR NACER

Cuál es la situación de los *nasciturus* frente a este derecho de opción?

De acuerdo con la segunda parte del artículo 1 del Código Civil, el concebido tiene derechos patrimoniales a condición de que nazca vivo, o sea, que la ley le reconoce derechos hereditarios desde el mismo momento de su existencia, pero subordinados a una condición legal suspensiva, el nacimiento con vida. El *nasciturus* como se le denominaba en el Derecho Romano no es una persona futura. Es verdad que la existencia legal se determina con el nacimiento, pero tiene existencia biológica como persona porque, de lo contrario, no podría explicarse por qué razón el delito de aborto se encuentra tipificado dentro de los delitos contra la persona humana en la inmensa mayoría de legislaciones penales del mundo. Si antes del nacimiento con vida no fuera ser humano no cabría por tanto la necesidad de representación legal alguna, no sólo de sus derechos patrimoniales referidos a la herencia sino también respecto a sus derechos personales en cuanto le favorece.

La ciencia médica afirma que desde que se produce la fecundación surge un ser humano, o sea por la unión del gameto masculino con el gameto femenino. La maravilla científica del DNA (Acido Desoxiribo Nucleico) ha establecido positivamente el hecho de que por mandato de la naturaleza, la primera célula humana viviente que se forma cuando el espermatozoide del hombre penetra el óvulo de la mujer, contiene un DNA que es exclusivo del nuevo ser humano al cual pertenece. Es indiscutible y demostrable que este DNA es diferente al DNA de los padres. Por lo tanto, desde el comienzo de esta primera célula en adelante existe un nuevo y totalmente diferente ser humano. Desde ese momento es un ser humano al que sólo le falta crecer y desarrollarse, en el que no se da ya cambio cualitativo alguno que permita afirmar erróneamente que primero no existía un ser humano y después sí. El cambio cualitativo sólo se da en la fecundación y así, a partir de entonces, el nuevo ser en interacción con la madre, sólo precisa de factores externos para llegar a adulto. Desde la fecundación tiene ya su propio patrimonio genético y sistema inmunológico diferentes a los de la madre.

El artículo 22 del Código Civil de Austria dice:

Los hijos que aún no han nacido tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trata de sus derechos y no de un tercero.

El artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal de México señala:

La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.

En la doctrina como en la legislación comparada sólo la persona es sujeto de derecho. El concebido es persona porque es sujeto de derechos personales y, además, es sujeto de derechos patrimoniales, pero a condición de que nazca vivo.

Como regla general para el ejercicio del derecho de opción por sí mismo encontramos dos disposiciones pertinentes en nuestro Código Civil. El artículo 42 que se refiere a la capacidad civil plena que se alcanza al cumplir 18 años de edad con las excepciones que puntualiza el artículo 46:

Artículo 46.- Fin de la incapacidad de mayores de 16 años para matrimonio o título.

La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. [...].

Asimismo, el artículo 674, aun cuando éste lo limita a la renuncia, señala que pueden hacerlo quienes tienen la libre disposición de sus bienes.

Cuando el sucesor es menor incapaz o mayor incapaz, el derecho de opción requiere en los casos que puntualizan los artículos 448 inciso 4 y 9, 532 inciso 1° y 568, de la correspondiente autorización judicial.

Otros códigos civiles como el de Argentina, artículo 3333 expresa:

Pueden aceptar o repudiar la sucesión todos los que tienen la libre administración de sus bienes [...].

Como señala Maffía, esta redacción no es rigurosa porque la aceptación constituye un acto de disposición que desborda al derecho de administración. Es defectuosa.

Pero **¿qué sucede con las personas por nacer?** El artículo 1 del Código Civil les reconoce la personalidad tal como sucede en otras legislaciones como la de argentina, artículos 70 y 74 del Código Civil, pero es una persona sin capacidad de ejercicio y además es sujeto de derechos patrimoniales siempre que nazca vivo; es decir, se encuentra sometido a una condición mejor dicho a un requisito legal. En el Derecho Romano se le conoció con el nombre de *nasciturus*, o sea, que desde el punto de vista de su capacidad civil es un incapaz absoluto de hecho. Su capacidad, mientras tanto, es de goce; tiene capacidad sucesoria, tiene capacidad receptiva. Su situación jurídica es similar a la de un nacido incapaz y, en consecuencia, su representante legal podrá aceptar o renunciar la herencia o el legado con las previsiones establecidas en los artículos 448 incisos 4 y 9, 532 inciso 1° y 568 del Código Civil. En un juicio sucesorio el representante legal de él intervendrá en defensa de sus derechos como si se tratara de un heredero común. Los efectos del proceso estarán supeditados para el *nasciturus*, siempre que nazca vivo. Si nace muerto, nada de lo hecho a su favor tendrá eficacia legal, se le tendrá como si nunca hubiera existido.

**5.1. Concepturus:** Es aquél que no ha sido concebido al momento de la muerte del causante, pero habrá de estarlo después. Este no hereda pues la protección jurídica del ser futuro se distorsiona al punto de dejar indefinidamente en la incertidumbre el destino de la herencia.

**Excepción:** En la legislación Italiana podemos observar una excepción a este caso, artículo 462, 2° párrafo del Código Civil de Italia:

Pueden recibir por testamento los hijos de una determinada persona que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no hayan sido concebidos todavía.

Messineo expresa que, en sentido negativo, es incapaz de suceder, o sea, de recibir por sucesión, quien no haya sido concebido en el momento en que se abre la sucesión. En realidad, como señala Borda «ni este caso ni en el del concebido que nace muerto hay un problema de incapacidad». No heredan porque carecen de existencia, por consiguiente no son personas.

En la legislación nacional el *Concepturus* no goza de derechos hereditarios, debido a que no tiene existencia, la cual es un requisito indispensable para poder heredar en el momento de la muerte del causante.

## 6. FORMA DE LA RENUNCIA

Artículo 675.- La renuncia debe ser hecha en escritura pública o en acta otorgada ante el juez el que corresponda conocer de la sucesión, bajo sanción de nulidad. El acta será obligatoriamente protocolizada.

Este precepto se aparta del artículo 16 del Proyecto que señala dos formas de renuncia, la expresa y la tácita. El artículo 675 del Código actual sólo admite la forma expresa y debe manifestarse solemnemente, es decir que sólo puede hacerse por escritura pública o en acta otorgada ante el juez bajo sanción de nulidad. El acta cuando se otorgue debe ser obligatoriamente protocolizada. Guarda concordancia con el artículo 144 del acotado.

En otras legislaciones como la argentina, la renuncia no está sometida a ninguna forma especial como es de verse en los artículos 3346, 3347 y 3349. La que se hace en instrumento privado no puede ser opuesto al renunciante por los coherederos sino cuando hubiese sido aceptada por éstos. Sin embargo, cuando la renuncia es hecha mediante instrumento público es irrevocable.

Respecto a la solemnidad de la forma en el caso de la renuncia, coincide con Borda, Eduardo Zannoni, al sostener que «la exigencia de la escritura pública obedece a la necesidad de dar publicidad al acto». El autor explica, sin embargo, «que el vehículo de publicidad establecido por el Código es, en nuestros días, del todo ineficaz» y que «Esta razón llevó a Bibiloni a establecer, en el Anteproyecto, que la renuncia de la herencia debe hacerse por declaración expresa en el juicio sucesorio. Sin embargo, explica Zannoni que «aunque esta tesis sea atendible *de lege ferenda*, no resiste el análisis de *lege lata*. Es cierto que a los fines de la publicidad, que es lo que persigue la forma exigida por la ley, la renuncia efectuada judicialmente cumple mejor sus propósitos que la declaración efectuada por escritura pública que, es obvio, puede ser desconocida por los terceros»<sup>7</sup>.

Creemos que siendo trascendentales los efectos de la renuncia debe hacerse por escritura pública o por acta judicial protocolizada; tiene que estar sujeta a formalidades esenciales que garanticen su efectividad hecha por la persona con capacidad, conciencia y voluntad libre, como una medida de seguridad para éste que lo aparta de modo irrevocable y definitivo de su calidad de sucesor y del respectivo derecho hereditario con efectos *ex tunc*; además, porque resguarda el eventual derecho de los descendientes de éste y porque, finalmente, permite salvaguardar el derecho de los propios acreedores del renun-

---

7 ZANNONI, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 292-293.

ciente (artículo 676 del Código Civil). Como consecuencia de lo anterior, resulta conveniente su inscripción en el Registro Público de Sucesiones y eventualmente en el de la Propiedad Inmueble cuando haya bienes hereditarios inscribibles.

Otras legislaciones tienen un criterio similar al nuestro, como el artículo 1661 del Código Civil de México:

La repudiación debe ser expresa y hacerse por escrito ante el juez, o por medio de instrumento público otorgado ante Notario, cuando el heredero no se encuentra en el lugar el juicio.

También el artículo 1052 del Código Civil de Bolivia:

La renuncia a la herencia es siempre expresa, y debe ser manifestada mediante declaración escrita ante el juez.

Cuando muere el causante, los sucesores intestados recurren a la vía judicial o notarial para que sean declarados como tales y tratándose de los sucesores testamentarios se fundan en el testamento para poder ejercitar sus correspondientes derechos hereditarios. Estas formas importan la manifestación expresa de aceptación, lo cual no resulta indispensable, porque en nuestro ordenamiento legal la herencia se trasmite al sucesor sin solución de continuidad, pero con el derecho de renunciar, ya que contra su voluntad no es posible la consumación de la transmisión. Por tanto, debemos insistir en que la aceptación no confiere la calidad de heredero que tiene el sucesor por su propia vocación hereditaria, como señala Emilio Valverde; sólo consolida el título de heredero y, consecuentemente, dominio de los bienes transmitidos. Por eso es que se afirma que la aceptación es la renuncia al derecho de renunciar.

En otros casos, finalmente, hay ausencia total de manifestación de voluntad. Es entonces en donde la doctrina y legislación comparada no se ponen de acuerdo no sólo en cuanto cómo ha de interpretarse este silencio mantenido por un plazo determinado sino, además, respecto al punto de partida de este plazo.

### ¿Cuál es el valor del silencio?

Manuel de la Puente<sup>8</sup> en total coincidencia con Colin y Capitant, Carrara, Boffi y León Barandiarán, expresa que el silencio no es ni puede ser manifesta-

---

<sup>8</sup> DE LA PUENTE, Manuel. *Estudios de Derecho Privado*. T.I. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1983, pp. 231-234.

ción de voluntad, ni aún indirecta, ya que precisamente es «carencia» de manifestación. No se quiere decir que quien calla no tiene una voluntad en determinado sentido, sino que, teniéndola, o pudiéndola tener, no quiere expresarla. Concluye señalando que en realidad es un no opinar. En el fondo, está desprovisto de todo significado jurídico, lo cual consideramos es rigurosamente cierto.

Sin embargo, hay situaciones en donde no es admisible que el ordenamiento jurídico se mantenga impasible, siendo entonces necesario conceder al silencio un determinado significado. Significará una aceptación o una renuncia en determinadas condiciones, sin que en ningún caso puede calificársela como manifestación presunta porque resulta incorrecto.

Planiol y Ripert, así como los hermanos Mazeaud y Rocco, por el contrario estiman que en determinadas circunstancias, el silencio debe interpretarse como una manifestación de voluntad. Esta es la tesis que ha adoptado nuestro Código Civil vigente al establecer en el artículo 142 lo siguiente: «El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado».

**¿Cómo ha de interpretarse el silencio mantenido a través del plazo legal?** Para unos autores si vence el plazo, el silencio debe implicar la pérdida del derecho de aceptar; es decir que equivale a la renuncia de la herencia tal como fue establecido en el Derecho Pretoriano y que ahora es seguido por el Código Civil Italiano en cuyo artículo 481 se consagra este principio: la pérdida del derecho de aceptar. La ley sanciona al «llamado» con la exclusión definitiva e irrevocable de la sucesión. Esta norma legal constituye una causa extintiva del derecho de aceptación.

Artículo 481 del Código Civil Italiano:

Quien tiene interés puede pedir que la autoridad judicial fije un término dentro del cual el llamado declare si acepta o renuncia la herencia. Transcurrido este término sin que haya hecho la declaración, el llamado pierde el derecho de aceptar.

En el Derecho Justiniano se invierte el principio pretoriano, porque en esas condiciones vencido el plazo se considera al llamado que mantuvo su silencio como aceptante. Este criterio es seguido por varias legislaciones como la de España, artículo 1005:

Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; aperebido de que, si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada.

También es asumida por el artículo 1584 del Código Civil de Brasil:

El interesado en que el «heredero» declare si acepta o no la herencia, podrá veinte días después de abierta la sucesión, requerirlo judicialmente para que dentro de un plazo no mayor de treinta días se pronuncie el heredero, bajo sanción de tener por aceptada la herencia.

Nuestro Código Civil vigente en el artículo 673 también atribuye al silencio el efecto de la aceptación, de confirmación del natural proceso sucesorio que concede los bienes del causante a los «llamados» que están unidos a aquél por vínculos familiares o de afecto. Esta posición es más justa que la de la renuncia que con buen sentido sólo puede ser hecha de modo expreso y formal por su trascendencia en el orden económico, familiar y social.

Respecto al punto de partida del cómputo del plazo, el artículo 673 no lo señala explícitamente. Ya hemos expuesto antes nuestro punto de vista.

Empero, es preciso recalcar que el criterio que establece nuestro ordenamiento legal para la determinación del plazo es objetivo: la muerte del causante. Este criterio no es compartido íntegramente por algunas legislaciones como la de Suiza, en cuyo artículo 567 se expresa:

El plazo para repudiar es de tres meses. Dicho plazo corre para los herederos legales desde el día que tienen conocimiento de la muerte, a menos que ellos prueben no haber conocido sino más tarde su calidad de herederos; para los instituidos, desde el día en que han sido noticiados oficialmente de la disposición hecha en su favor.

Como vemos, se da una particularidad adicional. El plazo comienza desde el día en que los herederos *toman conocimiento de la muerte del causante salvo que prueben que solo más tarde conocieron acerca de su calidad de herederos. Para los instituidos el plazo corre desde la fecha en que fueron notificados oficialmente de tal disposición.* No es sólo el hecho de la muerte del causante sino que es menester adicionalmente otros elementos para la determinación del inicio del cómputo.

Criterio similar al Suizo mantiene el Código Civil Argentino en el artículo 3313, porque señala como punto de partida la fecha de la apertura de la sucesión: «El derecho de elegir entre la aceptación y renuncia de la herencia se pierde por el transcurso de veinte años, desde que la sucesión se abrió».

Pero el numeral 3315 del mismo cuerpo legal añade que:

La falta de renuncia de la sucesión no puede oponerse al pariente que probare que por ignorar, o bien la muerte del difunto o la renuncia del pariente a quien correspondía la sucesión, ha dejado correr el término de los veinte años designados.

O sea que el factor del conocimiento por parte del llamado a heredar es un elemento adicional que debe de ser considerado en esta legislación. Lo mismo ocurre con el artículo 991 del Código Civil Español:

Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia.

Consideramos que la posición que asume nuestro Código Civil es defectuosa, por incompleta, lo cual la hace inviable en muchas situaciones: cuando el sucesor no ha conocido de su llamado a la herencia, sino con posterioridad al plazo legal para ejercer el derecho de opción o cuando su designación por el juez en la sucesión legal ha sido hecha con posterioridad al vencimiento de dicho plazo legal y que según el artículo 673 no admite interrupción por causa alguna.

Mientras no sea modificado este precepto legal, debería interpretarse en el sentido de que si el llamado a heredar acepta o renuncia a la herencia del causante cuando éste ha fallecido, surtirá efecto aunque aquél lo haga sin tener aún el título hereditario; será un sucesor presuntivo con eficacia legal en la medida que posteriormente lo obtenga y si se trata de un heredero presuntivo que creía tener derecho al título y en esta condición acepta o renuncia a la herencia, pero que no llega a obtenerlo, entonces carecerá de eficacia legal dicho acto.

## 7. IMPUGNACIÓN DE LA RENUNCIA POR EL ACREEDOR

Artículo 676.- Si la renuncia causa perjuicio a los acreedores del renunciante, éstos pueden impugnarla dentro de los tres meses de tener conocimiento de ella, para que sea declarada sin efecto en la parte en que perjudica sus derechos. La resolución que declare fundada la demanda dispondrá, según la naturaleza de los bienes, su administración judicial o su venta en pública subasta, para el pago de las deudas del renunciante. El remanente, si lo hubiera, se trasmite a los herederos o a quienes favorezca la renuncia. La demanda de impugnación se tramita como proceso sumarísimo<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Párrafo agregado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del D. Leg. (Código Procesal Civil).

El artículo 768 del Código Civil de 1852 decía:

Pueden los acreedores del heredero que no acepte o que renuncie la herencia, pedir de ella la parte que baste a cubrir sus deudas.

Esta posición es también asumida por el artículo 678 del Código de 1936:

El acreedor del heredero que renuncia a la herencia o el legado puede reclamar la parte que cubra su crédito.

Nadie puede discutir el derecho que le asiste al sucesor para renunciar una herencia, pero este derecho como todos los demás no es absoluto, pues tiene un límite: no puede vulnerar injustificadamente el derecho de sus propios acreedores cuando con la renuncia, el deudor se pone en la imposibilidad de solventar las obligaciones crediticias. Es por eso que se reconoce en dicho artículo 678 el derecho de los acreedores a impugnar la eficacia del acto de renuncia que el sucesor hubiera efectuado y que con ello resultan perjudicados, porque carece de otros bienes propios que le permitan el debido pago con el propósito de lograr la satisfacción de sus créditos, quedando el remanente para los demás correspondientes sucesores legales.

El destacado maestro peruano Emilio Valverde, comentando este dispositivo legal, señala que la acción judicial pertinente para conjurar el peligro de la insolvencia, con motivo de la renuncia del sucesor y con ella el impago de los créditos, es la acción revocatoria que se alcanza en situación análoga a la establecida en el artículo 1098 del mismo cuerpo legal, mediante la acción pauliana que desarrolla la teoría del fraude de los actos jurídicos. Una y otra tienen el mismo fundamento. Hay que salvaguardar el derecho de los propios acreedores del renunciante cuando con la renuncia se les perjudica injustamente. Según la doctrina, el acreedor deberá probar que por la renuncia queda el sucesor en la imposibilidad de pagar los créditos existentes contra él en su totalidad o en parte. Nosotros creemos que en tal coyuntura corresponderá probar al sucesor renunciante su capacidad de pago y no a sus acreedores porque en Derecho Procesal Civil no se puede probar lo negativo sencillamente porque es imposible. Hay entonces en este caso una inversión del principio procesal del *onus probandi* que significa que quien alega un hecho, debe probarlo.

El artículo 676 del Código actual mantiene la misma posición que el anterior, aunque con algunas variantes.

Marcial Rubio Correa comentando este artículo señala que cuando se trata del derecho de accionar para impugnar la renuncia a la herencia realizada por el deudor; se está ante el caso de la acción revocatoria y que, conforme al

inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil, tiene un plazo genérico de prescripción de dos años. En nuestro caso, ese plazo se reduce substantivamente a tres meses. El autor señala que el artículo 1994 no es aplicable a esta materia según la *ratio legis*, y que de acuerdo con la naturaleza de este derecho carece de sentido mantener su existencia si se extingue la acción. Concluye señalando que este plazo debe ser considerado como de caducidad<sup>10</sup>.

La acción judicial a interponer no es la subrogatoria u oblicua porque la renuncia es un derecho personal del sucesor, de modo que en nuestro ordenamiento legal, nadie puede sustituirse al derecho del sucesor. Además una vez renunciada no procede la subrogación porque ya fue ejercitado el derecho por el sucesor. No sería entonces un caso de sustitución que implica la acción oblicua. Es la acción revocatoria o pauliana, pero limitada en sus efectos a lo estrictamente necesario para evitar únicamente el perjuicio de los acreedores que la ejercitan. Es una acción de ineficacia. Su objeto es evitar el perjuicio en el acto de la renunciación. Creemos que no es acertado calificar el acto de fraude porque esta calificación denota una intencionalidad dolosa por parte del renunciante y además porque el artículo 676 no lo señala. Es mejor hablar de perjuicio o en todo caso de un fraude no en la intención sino en el resultado. De esta manera se extiende el espectro de posibilidades en beneficio del acreedor, sin que tenga que verse comprometido a probar la intención dolosa en su disposición de renuncia.

Fraude proviene del latín *fraus* o *fraudis* que significa actuar con engaño que produce un perjuicio económico injustificado. El fraude en el acto jurídico se vincula a los actos de disposición que realiza dolosamente el deudor para colocarse en la imposibilidad de cumplir las prestaciones que debe a su acreedor.

Es, como apunta Messineo, un acto malicioso y desleal en perjuicio ajeno.

Parece que su origen —la acción revocatoria— se encuentra en el Derecho Romano y se afirma que fue el Pretor Paulus quien lo instituyó como remedio contra el acto del deudor que sustraía dolosamente sus bienes de la persecución de sus acreedores. Fue considerado al principio, como un delito susceptible de sanción penal que tenía como consecuencia desde el punto de vista pecuniario, bien la restitución de su valor con otros bienes del deudor o la invalidación del acto fraudulento de enajenación. Es por eso que la acción pauliana es llamada como acción restitutoria o revocatoria porque tenía estas alternativas.

---

10 RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción y Caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil*. Lima: Fundación M. J. Bustamante De la Fuente, 1987, p. 66.

Tenía una particularidad: beneficiaba a todos los acreedores independientemente de que hubieran seguido o no la correspondiente acción. Esto tiene una cabal explicación porque al ser invalidado el acto de disposición realizado dolosamente por el deudor, sus efectos alcanzaban a todos.

Hoy en cambio ha ido perdiendo paulatinamente su connotación penal y, además, ya no se declara inválido el acto de disposición por la renuncia, porque jurídicamente reúne todos los requisitos esenciales para la validez del acto jurídico; es un acto perfectamente real, verdadero, válido y eficaz porque sus efectos son queridos por el deudor. Sólo beneficia a quienes interponen la acción. El remanente de los bienes objeto de la renuncia no revierte al deudor renunciante, pues pasa a sus descendientes, si los tiene, por representación sucesoria en los casos que la ley prevé o subsidiariamente a los coherederos del renunciante por aplicación del derecho de acrecimiento o de sustitución según los casos.

## 8. NATURALEZA JURÍDICA DE LA IMPUGNACIÓN DE LA RENUNCIA

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la acción? Como apunta Fernando Vidal en su obra *Teoría General del Acto Jurídico*, la pregunta involucra dos cuestiones: 1) ¿Es una acción personal o real? 2) ¿Es una acción de nulidad o de ineficacia limitada en cuanto resultan perjudicados los acreedores del deudor renunciante?

En cuanto a la primera cuestión, consideramos al igual que el maestro Vidal que es más bien una acción de carácter personal, porque no la puede ejercitar sino sólo aquél que tiene con el renunciante una relación obligacional que puede surgir del contrato o eventualmente de una relación extracontractual, como el acto ilícito o de una sentencia condenatoria. En efecto, la acción nace de un crédito que procura proteger la única garantía personal que tiene el acreedor porque no es real como la prenda, hipoteca o anticresis. La garantía del acreedor quirografario —como en nuestro caso— es sobre todo el patrimonio del deudor renunciante. No es un deudor privilegiado.

Esta posición es también asumida por Castán Tobeñas, Josserand, Boffi, León Barandiarán, Manuel de la Puente y A. Ferrero entre otros destacados autores.

Respecto de la segunda cuestión, consideramos que la acción es revocatoria y no de nulidad porque su resultado se orienta no a invalidar el acto de renuncia sino más bien a la declaración de ineficacia no del acto en sí sino de sus consecuencias, pero limitada únicamente en cuanto afecta el pago de los crédi-

tos a los acreedores del renunciante que hubieran ejercitado la acción. No es la acción de nulidad de la renuncia porque cuando ésta es efectuada observando los requisitos legales esenciales, es un acto jurídico plenamente válido.

En este conflicto de intereses para ejercitar la acción se necesita 1) probar por el demandante que es acreedor del renunciante; 2) que ha sido interpuesta dentro del plazo de tres meses de conocida la renuncia —y no de dos años que es el plazo genérico de la prescripción de la acción revocatoria que el inciso 4º del artículo 2001 del Código Civil establece— de conformidad con el artículo 676 del Código Civil que es norma específica. El plazo se reduce sustantivamente. No es un plazo de caducidad porque la norma no lo señala expresamente como en otros casos (véanse artículos 274 inc. 3, 276 y 339 del Código Civil) y, además, porque creemos que la caducidad se da sólo cuando se trata de derechos regulados por normas de orden público; y 3) que la renuncia deja al heredero en la imposibilidad de pagar los créditos existentes contra él, en su totalidad o en parte.

Esta solución protectora del derecho de los terceros comprende a los acreedores de fecha anterior a la renuncia más no a los posteriores, porque no se da el perjuicio a causa de aquélla.

Empero hay dos excepciones interesantes que señala el profesor Emilio Valverde: 1) Si la suma prestada posteriormente ha servido para extinguir un crédito anterior, porque la subrogación trasmite al nuevo acreedor todos los derechos que el antiguo podrá ejercitarla. 2) Si la causa del crédito posteriormente ajustado se remonta a una época anterior a la renuncia.

La protección a los derechos de estos terceros es mayor en algunas legislaciones como vamos a comprobar.

Artículo 788 del Código Civil Francés:

Los acreedores del que renuncie en perjuicio de sus derechos pueden ser autorizados judicialmente para aceptar la sucesión en nombre de su deudor, en lugar de él. En este caso, la renuncia no se anula sino a favor de los acreedores, y hasta la concurrencia solamente de sus créditos; no lo es a favor del heredero que haya renunciado.

Por eso, Josserand dirá que la acción pauliana es una acción de nulidad y no una acción revocatoria. En abono de su posición cita el artículo 622 de dicho cuerpo legal: «Los acreedores del usufructuario pueden pedir que se anule la renuncia que éste hubiera hecho en perjuicio de aquellos».

Concluye señalando que la anulación del acto de disposición repercute contra los terceros porque hace salir retroactivamente el bien del patrimonio del

deudor. Sin embargo, el efecto de la nulidad queda reducido sólo a favor del acreedor que demandó y en la medida que lo exigen sus legítimos intereses.

Similar posición mantiene el artículo 101 del Código Civil Español:

Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél.

La aceptación sólo aprovechará a los acreedores que ejerciten la acción en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código.

Nosotros consideramos que el acto de renuncia de una herencia es irrevocable irreversible y personalísimo porque el primer efecto de la renuncia es a la calidad de heredero perdiendo así su derecho a la herencia y por tanto la acción de los acreedores perjudicados no puede dar lugar a la aceptación o renuncia de la herencia en todo o en parte (artículo 677 del Código Civil). Corresponde la declaración de ineficacia de la renuncia no del acto en sí sino en cuanto a sus resultados en la medida que afecta el derecho de éstos. No es tampoco en nuestra opinión, admisible la acción de nulidad porque el acto jurídico de la renuncia es válido, si se cumplen las formalidades legales. Si fuera nulo, se tendrá como inexistente la renuncia lo cual no es correcto.

Actualmente, a partir del Código Civil Italiano de 1942, la acción pauliana es una acción de ineficacia: esa es su naturaleza específica. Veamos el artículo 2901 de dicha legislación al ocuparse de la acción revocatoria:

El acreedor, aún cuando el crédito esté sujeto a condición o a término, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos de disposición del patrimonio por los cuales el deudor origine perjuicio a sus derechos, cuando concurren las condiciones siguientes:

Que el deudor conociese el perjuicio que el acto originaba a los derechos del acreedor o, tratándose de acto anterior al nacimiento del crédito, el acto estuviese dolosamente preordenado a fin de perjudicar su satisfacción;

Que, además, tratándose de acto a título oneroso, el tercero fuese conecedor del perjuicio y, en el caso del acto anterior al nacimiento del crédito, fuese partícipe de la preordenación dolosa.

A los efectos de la presente norma, las prestaciones de garantías, aún por otras deudas, son consideradas actos a título oneroso, cuando son simultáneos al crédito garantizado.

No está sujeto a revocación el cumplimiento de una deuda vencida. La ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de revocación.

El artículo 1297 del mismo cuerpo legal presume como actos fraudulentos en agravio de los acreedores, todos aquellos contextos por virtud de los cuales el deudor enajena sus bienes a título gratuito.

El artículo 3351 del Código Civil Argentino asume otra posición:

Los acreedores del renunciante de una fecha anterior a la renuncia, y toda persona interesada, pueden demandar la revocación de la renuncia que se ha hecho en perjuicio de ellos, a fin de hacerse autorizar para ejercer los derechos sucesorios del renunciante hasta la concurrencia de lo que les es debido.

La solución es la misma que en las otras legislaciones; pero el medio es otro, porque se alcanza a través de la acción judicial de revocación de la renuncia cuando por este acto el sucesor queda en la insolvencia, y son autorizados los acreedores de fecha anterior a la renuncia para que ejerzan los derechos sucesorios del renunciante, *pero sólo en la medida que satisfaga los intereses de éstos*.

Entonces el efecto de la revocatoria es hacer inoponible la renuncia únicamente al acreedor que la acciona. O sea que por vía de subrogación el acreedor ejerce todos los derechos del heredero renunciante.

El remanente no revierte al heredero renunciante pues la declaración judicial de revocación no lo favorece; pasa a los descendientes legales de éste o subsidiariamente a los herederos legales.

A los efectos de la presente norma, las prestaciones de garantías, aún por otras deudas, son consideradas, actos a título oneroso, cuando son simultáneas al crédito garantizado.

No está sujeto a revocación el cumplimiento de una deuda vencida.

La ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de revocación.

Esta es la tesis de nuestro vigente ordenamiento civil. La acción pauliana no persigue la nulidad del acto de renuncia a una herencia porque formalmente es un acto jurídico que reúne todos los requisitos legales de validez. No es acto nulo ni anulable como fue considerado por los artículos 1098, 1099, 1100, 1101 y 1125 inciso 2° del Código Civil de 1936.

El acto de renuncia es inoponible, salvo cuando determinados terceros tienen la calidad de acreedores del renunciante y que con la renuncia resultan perjudicados. **Hay fraude que no está en el acto en sí sino en todo caso en el resultado, porque afecta los intereses de aquellos.** Se busca sólo el resarcimiento del daño. Creemos que para el caso del artículo 676 del Código Civil no constituye requisito esencial la prueba de la intencionalidad dolosa, pero sí la imposibilidad económica del deudor renunciante que deriva de la renuncia para cubrir los créditos de los terceros, pero esta prueba corresponderá al renunciante frente a la acción de ineficacia que le sea interpuesta por sus acreedores, porque lo contrario es inviable por parte del accionante.

La acción revocatoria deberá ser interpuesta dentro del plazo de tres meses de conocida la renuncia hecha. Es un plazo de prescripción y no de caducidad porque los casos de caducidad se encuentran expresamente calificados en el Código Civil, y por tanto, sólo puede hacerse valer por petición de parte y nunca de oficio; asimismo, cabe la interrupción y suspensión de los plazos (artículos 1992, 1994, 1995, 1996 del Código Civil).

El plazo de prescripción de la acción revocatoria o de ineficacia propiamente dicha es de tres meses, prevaleciendo al efecto, la norma específica, artículo 676 y no el de dos años que genéricamente establece el inciso 4º del artículo 2001 del Código acotado.

Si por sentencia firme, la demanda resulta amparada, la renuncia será declarada ineficaz y alternativamente ordenará el juez que los créditos de los acreedores demandantes sean cancelados de acuerdo con los montos y la naturaleza de los bienes hereditarios, disponiendo la administración judicial de éstos hasta la cancelación o la pública subasta. Satisfechas estas obligaciones, el remanente que quedare no revierte al renunciante, pasará a los descendientes del renunciante si los hubiere y, caso contrario, a los coherederos de éste con arreglo a ley.

La demanda se tramita conforme a las reglas del proceso sumarísimo (artículos 676 Código Civil y artículo 546 Código Procesal Civil).

Criterio parecido a nuestro Código Civil en Latinoamérica lo encontramos en los Códigos Civiles de Bolivia, artículo 1021 incisos 1 y 2; Ecuador, artículo 1283; Colombia, artículo 1295; Uruguay, artículo 1066; Méjico, artículo 1073.

## 9. CARACTERES DE LA ACEPTACIÓN Y RENUNCIA

Enneccerus, Kipp y Wolf señalan que:

[...] Aceptación y repudiación de la herencia son declaraciones de significación patrimonial; pero tienen una fuerte nota personal; ya que la cuestión acerca de si una herencia debe aceptarse o repudiarse la decide el que piensa honradamente, no tan solo según sus intereses pecuniarios, sino también según sus relaciones con el causante y según la situación de aquellos que llegarían a la herencia en caso de repudiación<sup>11</sup>.

Resulta por tanto importante señalar cuáles son las características que revisten estos actos. El Código Civil expresa:

Artículo 677.- La aceptación y la renuncia de la herencia no pueden ser parciales, condicionales, ni a término. Ambas son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión.

Este numeral señala las características más importantes de la aceptación y de la renuncia:

- a. Es un acto jurídico, porque implica la manifestación de voluntad del sucesor con capacidad legal para hacerlo por si mismo directamente o a través de un mandatario debidamente autorizado y si no es capaz, a través de sus representantes legales, con la intención de crear, modificar o extinguir situaciones en el ámbito del derecho. Por eso es que son aplicables al caso no sólo las normas legales propias del derecho de opción, artículos 672 a 680, sino además las genéricas del acto jurídico, artículos 140 y siguientes del Código Civil, las que serán aplicadas, en todo caso, de modo complementario o supletorio.

Conforme a la doctrina y legislación comparada, la manifestación de voluntad tácita tiene efectos jurídicos cuando los actos o el comportamiento del heredero llevan a descubrir inequívocamente su voluntad de aceptación, exceptuándose los casos de realización de actos de mera conservación de los bienes hereditarios o de administración provisional o transitoria dentro del período legal para ejercitar la opción que podría ejecutar

---

<sup>11</sup> ENNECCERUS, Ludwig (1843-1928). *Tratado y Derecho Civil*. T. V. Barcelona: Bosch, 1951, p. 304.

legalmente cualquiera sin estar premunido del título de sucesor. Así lo señala el artículo 680 del Código Civil, como también el artículo 778 del Código Civil Francés.

Si por ejemplo el heredero practica actos que importan la aceptación de la herencia como cuando dispone a título oneroso o gratuito de un bien hereditario o cuando constituye una hipoteca sobre este bien, evidentemente estamos frente a un heredero presunto.

- b. Implica actos voluntarios y unilaterales por parte del sucesor salvo los casos puntuales contemplados en los artículos 662, 676 y 830 del Código Civil. En ningún caso supone la existencia de un contrato o cuasi contrato, porque no se compadece con la transmisión hereditaria que opera *ipso iure* en el momento mismo de la muerte del causante y, por tanto, en todos los casos, los efectos de la transmisión se computan a partir de este momento. Nadie está obligado a aceptar o renunciar la herencia, salvo los casos de excepción antes puntualizados.
- c. Son retroactivas. Sus efectos son *ex tunc*, como lo señala el artículo 677 del Código Civil, al igual que otras legislaciones, como el Código Civil Argentino, artículo 3341: cuando señala que «sus efectos se remontan al día de la apertura de la sucesión». Aprovecha todos los beneficios hereditarios existentes en esa oportunidad inclusive los frutos así como soporta todas las obligaciones pero limitadas al valor de los bienes hereditarios.
- d. Son indivisibles. No son parciales. Así lo expresa también el artículo 3317 del Código Civil Argentino. La razón está en que el derecho proviene de un título referido a una herencia. El título referido a una herencia no puede ser fraccionado porque es una unidad indisoluble. Además, existe una razón de carácter práctico. Si cupiera la aceptación parcial, todos los herederos aceptarían solo el activo de la herencia más no el pasivo y eso no es posible. Sin embargo, se considera posible jurídicamente que un sucesor con los títulos de heredero y de legatario pueda aceptar uno y renunciar al otro, por tratarse de dos títulos diferentes que en principio no afectan a nadie.
- e. No están sujetos a modalidad alguna. Son lisos y llanos (artículo 677 del Código Civil). Para que tengan eficacia no pueden efectuarse bajo modalidad alguna, de lo contrario, se consideran como no realizadas. Es que su naturaleza jurídica y la trascendencia de la transmisión hereditaria no lo admiten.
- f. Son irrevocables (artículo 677 del Código Civil y artículo 997 del Código Civil Español). Una vez efectuadas no podrán ser impugnadas salvo que adoleciesen de vicios de consentimiento. Su fuente de inspiración se en-

cuentra en la máxima romana *semel here, semper heres*. Es que la calidad de heredero no es temporal, es perpetua.

## 10. HERENCIA FUTURA

Artículo 678.- No hay aceptación ni renuncia de herencia futura.

Es la misma posición asumida por los artículos 674, 757, 1338 y 1396 del Código Civil de 1936 que prohíbe la herencia futura y los artículos 1338 y 1396 niegan validez a las diversas modalidades de sucesión contractual.

El artículo 678 del actual Código Civil guarda concordancia con los artículos 1405 y 1532 del mismo Código acotado. El primero sanciona con la nulidad todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora. El segundo faculta a enajenar bienes existentes o que puedan existir siempre que sean determinados o determinables si no los prohíbe la ley.

En la legislación comparada hay disposiciones similares. En el Código Civil de Chile, artículo 1226; en el Código Civil de Colombia, artículo 1283; en el Código Civil de Argentina, artículos 3311 y 3312.

Artículo 3311 del Código Civil Argentino:

Las herencias futuras no pueden aceptarse ni repudiarse. La aceptación y la renuncia no pueden hacerse sino después de la apertura de la sucesión.

El artículo 3312 del mismo Código Civil:

El heredero presuntivo que hubiere aceptado o repudiado la sucesión de una persona viva, podrá sin embargo aceptarla o renunciarla después de la muerte de esa persona.

Conforme a la doctrina imperante que informa este criterio, la facultad de disposición de los bienes por acto de última voluntad no puede ser objeto de un contrato porque pone en peligro el derecho legítimo que sobre la herencia tienen preferentemente los herederos forzosos, trastocándose así el orden de sucesión que tiene un fundamento familiar y porque la ambición de los contratantes respecto de estos derechos sucesorios podría suscitar expectativa de muerte respecto del causante, así como incentivar la especulación en estos contratos.

El artículo 1271 del Código Civil Español asume también esta posición:  
(Segundo párrafo)

[...] Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de una caudal conforme al artículo 1056.

Además de la prohibición sobre la herencia futura, otros artículos del mismo Código Civil contienen prohibiciones específicas: artículos 506.1, 634, 1672 y 1674 Código Civil sobre usufructo, donación y sociedades.

La prohibición sobre la herencia se refiere a la universalidad de la misma, no al pacto sobre bienes conocidos y determinados que pertenecen al dominio del cedente a la fecha del pacto o que hubieran de adquirirse por el título de heredero.

A pesar de la prohibición establecida por el artículo 1271 del Código Español hay, sin embargo, en la misma legislación disposiciones que admiten la validez de determinados pactos sucesorios:

- Artículos 826 y 827 del Código Civil. Las promesas de mejorar y no mejorar.

- Artículo 1341 del Código Civil. La donación de bienes futuros para caso de muerte realizado entre consortes (donación *mortis causa* realizada en capitulaciones matrimoniales).

- Artículo 16 de la Ley 49-1981.

En pocas legislaciones como las de Alemania, Suiza y Austria se admiten los pactos sucesorios de institución.

## 11. TRASMISIBILIDAD DEL DERECHO DE OPCIÓN

Para Ramón Domínguez:

[...] Por la delación, el asignatario adquiere el derecho a aceptar o repudiar la asignación que se le ofrece. La delación determina en favor del presunto heredero o legatario una situación jurídica personal, que no le viene del causante, sino que le concede la ley, y que se traduce en la posibilidad de manifestar su voluntad en cuanto a la adquisición: o aceptarla, haciéndola suya y constituyéndose en sucesor; o repudiarla, de forma que no continúe en las relaciones del causante y se le excluye

como sucesor. Esta situación jurídica hace nacer un derecho que tiene caracteres propios [...]»<sup>12</sup>.

Agrega el autor que:

[...] es importante señalar que el derecho de opción no confiere más que la posibilidad de aceptar o repudiar. No significa adquisición de la asignación, la que se producirá solamente una vez que el asignatario haya ejercitado el derecho, aceptando la oferta hecha por la ley o el causante<sup>13</sup>.

Manuel Somarriva Undurraga<sup>14</sup> señala que el derecho de opción se transmite cuando «después de deferida la asignación fallezca el asignatario»; indica el autor que en tal caso hay tres situaciones posibles:

1. Que el asignatario, antes de fallecer, alcance a repudiar la asignación que le ha sido deferida; entonces, es como si nunca hubiera sido asignatario y nada transmite a sus herederos de dicha asignación que repudió; En nuestro ordenamiento legal, la renuncia sólo afecta a la persona del renunciante heredero, pero no a sus descendientes que pueden recibir la herencia por representación en los casos que la ley prevé.
2. «Que el asignatario, entre la delación y su fallecimiento, haya alcanzado a aceptar la asignación deferida; en esta situación va a transmitir a sus herederos los bienes comprendidos en la asignación; y
3. Que el asignatario fallezca sin haberse pronunciado respecto de la herencia o legado que le ha sido deferido. En tal evento transmite a sus herederos la facultad que él tenía de aceptar o repudiar la asignación».

Es en este último caso es donde estamos ante lo que se denomina derecho de transmisión del derecho de opción, al que se refiere el artículo 679 del Código Civil.

Artículo 679.- El derecho de aceptar o renunciar la herencia, se transmite a los herederos. En tal caso, el plazo del artículo 673 corre a partir de la fecha de la muerte del primer llamado.

---

12 DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Derecho Sucesorio*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, 2ª edición actualizada, pp. 174-175.

13 *Ibidem*.

14 SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Indivisión y Partición*. Bogotá: Temis, 1981, pp. 27-30.

Reproduce el artículo 20 del Anteproyecto el cual asume la misma posición que el artículo 675 del Código Civil de 1936.

Similar disposición se encuentra en los Códigos Civiles de Francia y Brasil. En el primero se señala:

Artículo 781.- Cuando aquel el cual se le haya transmitido una sucesión muera sin haberla repudiado o sin haberla aceptado expresa o tácitamente, sus herederos pueden aceptarla o repudiarla en nombre de él.

Código Civil de Brasil, artículo 1585:

Fallecido el heredero antes de declarar si acepta la herencia, el derecho de aceptar pasa a sus herederos, a menos que se trate de institución adscrita a una condición suspensiva que aún no se ha verificado.

Código Civil de Italia, artículo 479:

Si el llamado a la herencia muere sin haberla aceptado, el derecho de aceptarla se transmite a sus herederos.

Si estos no están de acuerdo para aceptar o renunciar, aquél que acepte la herencia adquiere todos los derechos y queda sometido a todas las cargas hereditarias, mientras queda extraño a ellos quien ha renunciado. La renuncia a la herencia propia del transmitente incluye renuncia a la herencia deferida al mismo.

El artículo 679 de nuestro Código Civil prevé el caso del heredero que fallece sin haber ejercitado el derecho de opción cuando aún no había vencido el término legal.

### ¿Qué personas intervienen?

1. El primer causante que dejó una herencia o un legado respecto de los cuales el primer llamado a esa sucesión (transmitente o transmisor) no llegó a ejercitar el derecho personal de aceptación o de renuncia por haber muerto antes del vencimiento del plazo legal para hacerlo.
2. El primer llamado (transmitente o transmisor a quien el causante dejó la herencia), que no llegó a ejercitar el derecho de opción por haber muerto antes del vencimiento de ese plazo, puede ser un heredero o legatario.
3. El heredero (transmitido) del transmitente o transmisor a quien pasa el derecho de aceptar o de renunciar la asignación que correspondió al transmitente, solo puede ser un heredero del transmitente.

## Ámbito de aplicación del derecho de transmisión

Tanto en la sucesión testada como en la intestada o legal, recordemos que el precepto legal, artículo 679 del Código Civil se encuentra en la Sección Primera del Libro Cuarto que contiene disposiciones comunes a toda clase de sucesiones; pero sobre todo por la naturaleza jurídica de la institución. Es aplicable también a los legados. El artículo 773 Código Civil señala que es aplicable al legado la disposición del artículo 677 que se refiere a la aceptación y renuncia de la herencia.

El transmitido debe ser siempre un heredero del transmitente porque éste es el fundamento del derecho de transmisión. Se adquiere el Derecho de aceptación o de renuncia por estar comprendido en la universalidad de la herencia del transmitente y esta universalidad pasa a los herederos (artículos 679 y 735). Es por eso que el precitado artículo 679 señala que el derecho de aceptar o de renunciar la herencia se transmite a los herederos. ¿Herederos de quién? Del transmitente, porque transmite un haz hereditario.

### Requisitos del transmitente

1. Que el fallecimiento del transmitente haya sido posterior al de su causante y que el fallecimiento del transmitente se haya producido antes del vencimiento del plazo legal para ejercitar el derecho de opción, sin que lo haya ejercitado.
2. Que el transmitente sea heredero o legatario del primer causante y que hubiera sido hábil para heredarlo (mejor derecho, no ser indigno, ni haber sido desheredado).

### Requisitos del transmitido. Trasmisor

1. Debe ser necesariamente un heredero del transmitente. No un legatario.
2. Siendo hábil para heredar al transmitente, debe haber aceptado la herencia de éste (del transmitente), porque el fundamento del derecho de transmisión es que la facultad de pronunciarse sobre el derecho de opción respecto de la herencia del primer causante se encuentra comprendida en la universalidad de la herencia del transmitente, de modo pues que si el transmitido no acepta la herencia del transmitente en la que está incluido el derecho personal de opción respecto de la del primer causante, entonces no podrá adquirirla. Pero si acepta la herencia del transmitente puede aceptar

o rechazar la del primer causante. El derecho del transmitido deriva del derecho del transmitente.

En la transmisión de la delación hay pues dos herencias y dos delaciones que funcionan con independencia aunque relativamente, La herencia propia del transmitente y además dentro de ella el derecho personal de aceptación de la herencia del causante, porque para adquirir la delación de la primera herencia es indispensable haber adquirido previamente la herencia del transmitente; hay que ser heredero de éste.

Hay independencia en estas sucesiones, porque:

- a. Los objetos de una y otra son diferentes.
- b. Los sujetos llamados a una y otra sucesión son igualmente diferentes. Así los transmitentes pueden ser herederos o legatarios. En cambio los transmitidos tienen que ser necesariamente herederos del transmitente. No admite legatarios, porque lo que se transfiere al transmitido no es un legado sino la herencia del transmitente y su titular, por tanto, sólo puede ser un heredero.
- c. La fuente de ambas sucesiones puede ser diferente. Una testamentaria y la otra, legal o intestada.
- d. Es indispensable que el transmitido adquiera la herencia del transmitente para adquirir el derecho de opción (la delación) respecto de la primera herencia. Si renuncia a la herencia del transmitente no podrá aceptar la herencia del causante originario.
- e. Por esta independencia de sucesiones el transmisario que adquiere como heredero la herencia del transmitente, previa aceptación —en la cual está incluido el derecho de opción de la herencia del primer causante— puede repudiar la herencia de éste (primer causante).

El profesor Jordano explica el tema señalando que «A la muerte del primer causante se abre la primera sucesión, cuyo objeto —primera herencia— son el conjunto de derechos y obligaciones transmisibles (heredables) de que este primer causante era titular en el momento de su fallecimiento. A esta primera sucesión resulta llamado (legal o testamentariamente) el transmitente o segundo causante, quien, tras haber adquirido originariamente el *ius delationis* para esa primera herencia, fallece sin haberlo ejercitado, y sin que, por cualquier otra causa, haya decaído.

A la muerte de este llamado —transmitente y segundo causante, se abre la segunda sucesión, cuyo objeto —segunda herencia— es el conjunto de titularidades transmisibles-heredables de que era sujeto el transmitente al mo-

mento de su fallecimiento, *entre los cuales se encuentra, por disposición de la ley, el ius delationis* para la primera herencia: el conjunto de facultades y poderes que, como llamado a la primera sucesión, correspondían al trasmitente. A esta segunda sucesión, resultan llamados, aquí también legal o testamentariamente, nuevas personas, quienes se convierten así, una vez que tal llamamiento se haga eficaz, en titulares originarios del *ius delationis* para esta segunda herencia»<sup>15</sup>.

## 12. EL DERECHO DE TRASMISIÓN Y EL DE REPRESENTACIÓN

Entre ambos existen notables semejanzas, pero también diferencias. Hay semejanzas porque en ambas, el derecho hereditario del causante es recogido por los descendientes del primer llamado y es viable tanto en la sucesión testamentaria como en la legal. El derecho en ambos casos está señalado por la ley. Finalmente, no opera esta figura tratándose de legatarios por la razón anteriormente señalada cuando desarrollamos el tema sobre requisitos del transmitido.

Empero hay notables diferencias como son:

1. El derecho de representación se funda en consideraciones de orden estrictamente familiar. En cambio el otro, en razones técnicas, porque en toda su sucesión se transmiten sólo los derechos y obligaciones patrimoniales no inherentes a la persona del causante y además por excepción, el derecho personal de opción.
2. El derecho de representación sólo se da en nuestro ordenamiento legal al igual que en muchas legislaciones de Iberoamérica respecto de los descendientes del causante (artículo 681 del Código Civil) ilimitadamente (artículos 681 y 682 del Código Civil) y eventualmente en la línea colateral limitada a los hijos de los hermanos del causante (artículo 683 del Código Civil). En el otro caso de transmisión de opción puede ser cualquier clase de heredero forzoso o voluntario, ascendientes, descendientes, cónyuges, parientes colaterales u otras personas investidos con ese título. No prima pues el carácter familiar necesariamente.
3. La representación prevé los casos de la premoriencia, renuncia, declaración de indignidad o desheredación del primer llamado. En el otro opera

---

<sup>15</sup> JORDANO, Francisco. *La sucesión en el Ius Relationis: Una Contribución al Estudio de la Adquisición Sucesoria Mortis causa*. Madrid: Civitas, 1990, pp. 319-331.

en un único caso diferente: cuando después de abierta la sucesión del causante, fallece el primer llamado (trasmitente) dentro del término legal para ejercitar su derecho de opción sin haberlo podido realizar.

4. En la representación, el representante hereda de modo directo al causante por derecho propio establecido por la ley. Su derecho no deriva del derecho del representado porque al estar éste incurso en alguno de los causales (premorienza, renuncia, indignidad o desheredación) carece de capacidad sucesoria; por tanto, nada transmite a su representante quien ejercita el derecho para heredar el causante de aquél, por derecho propio. De modo que los descendientes pueden suceder por representación aun cuando hayan renunciado a la herencia de la persona del representado al cual sustituyen cuando resultan indignos de suceder o son desheredados por el representado cuando resultan indignos de suceder o son desheredados por el representado. En el otro caso, el derecho del transmitido proviene del derecho del trasmitente porque si no es heredero de éste no podrá ejercitar el derecho de opción de la herencia del causante, o sea que se trata de un derecho derivado.
5. En la representación, el representante puede renunciar a la herencia del representado y aceptar la del causante porque su llamamiento es directo y por derecho propio. En el otro, el transmitido no podrá aceptar o renunciar la herencia del causante si no sólo cuando haya aceptado la herencia de su trasmitente, porque su llamamiento a la herencia del causante es indirecto, ya que *deriva del derecho que tuvo el trasmitente*.
6. En la representación sucesoria hay una sucesión, en cambio en la transmisión de la delación hay doble sucesión: la del causante originario y la del trasmitente.

### 13. EFECTOS DE LA RENUNCIA

Como señalamos anteriormente, es otra alternativa del derecho de opción que tiene el sucesor. La renuncia se caracteriza por ser un acto jurídico, unilateral, libre, gratuito, indivisible, simple, expreso, solemne y retroactivo.

Es mucho más importante que la aceptación porque el heredero renunciante pierde su calidad personal de heredero —es considerado como si nunca lo hubiera sido— y por consiguiente pierde también su derecho a la herencia del causante; es por eso que la ley exige la declaración expresa y solemne bajo sanción de nulidad (artículo 675 del Código Civil).

Sus efectos más relevantes son:

1. El heredero renunciante es considerado como si nunca lo hubiera sido, determinando con ello que sus descendientes más próximos accedan por representación al derecho hereditario que éste perdió por su propia voluntad, y a falta de descendientes, el derecho hereditario beneficiará a los coherederos del mismo grado que el renunciante en virtud del derecho de acreencia que es propio del heredero por ser instituido siempre a título universal (artículos 681 y 774 del Código Civil).
2. El renunciante no colaciona porque la colación es sólo un derecho y una obligación para el heredero forzoso. El renunciante, por su renuncia, pierde su calidad de heredero forzoso, artículo 843 del Código Civil. Sin embargo, no exime al heredero de devolver lo recibido en cuanto exceda de la porción disponible del causante (artículo 842 del Código Civil).
3. Si el renunciante es un legatario, el legado caduca (artículo 674, 677 y 772 del Código Civil).
4. No responde por las deudas de la sucesión, porque el artículo 661 establece que esta obligación de pago corresponde a los herederos del causante en forma limitada.
5. No hay consolidación total o parcial de sus deudas o créditos respecto de la sucesión porque al renunciar como heredero, resulta ahora un tercero (artículo 880 del Código Civil).
6. El heredero que renuncia a su derecho hereditario y que a su vez es legatario de una misma sucesión, puede retener este último título y exigir lo que le corresponde siempre que esté dentro de la cuota de libre disposición, porque la indivisibilidad de la aceptación, como de la renuncia, está en función del título personal hereditario que constituye una unidad; en el caso tratado, son dos títulos diferentes provenientes de un mismo causante: el de heredero y el de legatario.
7. En los casos de representación, el heredero colaciona lo recibido por su representado (artículo 841 del Código Civil).

Para concluir este importante tema, debe señalarse que la expresión delación, con la que se identifica al derecho de opción del sucesor, no es empleada comúnmente.

En el Derecho Comparado advertimos que se emplea en legislaciones como las de Chile, Ecuador y Colombia. No se emplea este vocablo, sino el derecho de aceptación y de renuncia en Francia, España, Alemania, Italia, Brasil, Méjico y Perú. Finalmente, en otras, como la legislación Suiza, en los artículos 560 y 566, se dice de repudio de la herencia.



**CAPÍTULO VII**

**REPRESENTACIÓN SUCESORIA**



## 1. ASPECTOS GENERALES

Según Planiol y Ripert hay dos modos de heredar: por derecho propio o por representación. En el llamamiento a una sucesión hereditaria se debe tener en consideración determinados requisitos fundamentales como son la existencia del sucesible, el no haber sido excluido de la herencia bien por indignidad o por desheredación y, finalmente, que tenga un mejor derecho para heredar a un determinado causante.

El mejor derecho o derecho preferente se encuentra regulado por el artículo 816 del Código Civil, al establecer seis órdenes sucesorios los cuales son preclusivos. Son excluyentes, salvo dos casos de excepción:

- a. El cónyuge sobreviviente, no obstante encontrarse ubicado en el tercer orden sucesorio, tiene derecho a heredar simultáneamente con los herederos del primer y segundo órdenes, según los casos, y hereda en iguales cuotas con cada uno de ellos.
- b. Representación sucesoria, es el derecho que la ley establece en virtud del cual los descendientes ulteriores al heredero originalmente llamado pueden recoger la cuota hereditaria que a éste habría correspondido, de no estar incurso en las causales de premoriencia, renuncia, indignidad o desheredación. Constituye entonces una de las dos excepciones al principio general del derecho preferencial lo cual resulta ampliamente justificado.

La excepcionalidad de este derecho no sólo contradice el principio del mejor derecho sino también el derecho de acrecencia como resulta de los artículos 681, 683 y 774 del Código Civil.

La representación sucesoria trae como consecuencia que la división de la herencia se haga por estirpes; es decir, que los representantes o sea de los des-

cendientes del primer llamado como heredero no resultan perjudicados, permitiendo así que reciban la cuota del representado en alícuotas partes a diferencia de la sucesión directa e inmediata en la que los sucesores heredan inmediatamente al causante, como los hijos al padre, y heredan por cabezas por ser los parientes más próximos al causante. **Es impropio denominar representación sucesoria a esta forma de sucesión porque los representantes heredan indirectamente al causante, pero también por derecho propio al igual que en la sucesión inmediata. El derecho de los representantes no deriva del derecho del representado; heredan al causante por derecho propio establecido por la ley.**

Son efectos del derecho de representación no sólo la división por stirpe respecto de la cuota hereditaria que pudo corresponder al representado sino, además, la colación que deberán hacer los representantes en cuanto a las donaciones recibidas del causante por parte del representado. «En los casos de representación el heredero colacionará lo recibido por su representado» (artículo 841 del Código Civil).

Lo dispuesto en el artículo 841 significa que el derecho de representación prevalece sobre el derecho de acrecencia que la ley reconoce a favor de los coherederos del representado. Por la representación sucesoria son llamados a la herencia del causante, personas que sin la actuación de este derecho sucesorio establecido por la ley estarían, en principio, excluidas de la herencia. La herencia corresponde a los representantes del representado por derecho propio y se reparte por stirpe con el objeto de mantener la igualdad de intereses entre los herederos inmediatos y los mediatos, con independencia de su número. Como recuerda Vattier Fuenzalida «todos los cuales están obligados a colacionar, salvo dispensa, lo que hubieren recibido del causante en vida de éste»<sup>1</sup>. Por la representación sucesoria se mantiene un equilibrio de intereses de modo que los representantes no reciban ni más ni menos de lo que pudo corresponder al representado.

**Responde así a la estructura esencial de la institución a la que se ha denominado vocación hereditaria indirecta, señala el mismo autor, para resaltar que su especialidad no radica tanto en la vocación y en la delación, sino más bien en el mecanismo complejo de determinación del sujeto y del objeto de esta clase de sucesión. Esta calificación obedece fundamentalmente al elemento objetivo de la vocación, es decir, al *quantum hereditario* atribuido al representante.**

---

<sup>1</sup> VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*. Madrid: Edit. Montecorvo S.A., 1986, p. 22.

Según parece por los primeros testimonios escritos, el derecho de representación aparece con la *Ley de las Doce Tablas*, que consagra por excepción la *successio in locum* en la herencia de los *sui heredes invertis*. Se hace a favor de los descendientes del premuerto. Esta institución es también reconocida en *Las Partidas*, pero en donde se le conoce con este nombre es recién en el Código de Napoleón a través de Pothier. Originalmente tuvo lugar sólo para el caso de premoriencia y únicamente respecto de los descendientes en la sucesión intestada, pero paulatinamente ha ido extendiendo sus alcances a otras causales como las de renuncia, indignidad y desheredación; también en la línea colateral hasta los hijos de los hermanos del causante y finalmente a la sucesión testamentaria con algunas restricciones respecto de la línea colateral.

Albadalejo considera que «El derecho de representación es una institución legal por la cual determinados herederos, descendientes de un mismo tronco, o en concurrencia con herederos provenientes de otro tronco, ejercitan los derechos que, en la sucesión abierta, hubiera tenido su ascendiente premuerto si hubiera sobrevivido al *de cuius*»<sup>2</sup>. La esencia está en suceder al causante en lugar de otro que no hereda. El mal llamado derecho de representación no es otra cosa que el derecho a heredar que adquiere la estirpe de descendientes de un heredero, inmediato en ciertos casos, y en virtud de un llamamiento que la ley hace directamente a su favor.

**En la representación sucesoria hay un elemento subjetivo que es la predeterminación de los herederos subsiguientes establecido por la ley con criterio preferente según los órdenes sucesorios y grados. El título del llamamiento es la propia ley. El elemento objetivo está determinado por el *quantum hereditario* que la ley defiere al representante. Como advierte Vatier Fuenzalida, mientras el elemento subjetivo no difiere en su estructura esencial de la sucesión intestada, el elemento objetivo en cambio es propio y exclusivo del derecho de representación. Se hereda por estirpe, no por cabeza. No es un simple efecto de la representación, es su nota esencial.**

El *quantum* atribuido al representado debe permanecer inalterable en los casos en los que el representante accede a la herencia del causante. **Debe establecerse —como apunta el mismo autor— un equilibrio de intereses: el de los representantes que tienen derecho a recibir la cuota hereditaria que pudo corresponder al representado y el interés de los demás llamados a la sucesión que no pueden resultar afectados por aquellos. Esta es la**

---

<sup>2</sup> ALBADALEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil*. T. II. Barcelona: Bosch, 1975, pp. 680-681.

**razón de ser de la representación sucesoria. Por eso es que el representante está obligado a colacionar lo donado a su representado, porque de lo contrario, este equilibrio se rompería. Esto es propio de la sucesión indirecta.**

El *quantum* de la herencia se mantiene invariable cualquiera que sea el número de llamados. ¿Cómo distinguir los casos en que se da la representación sucesoria?

Veamos la opinión de algunos autores:

El maestro Echeopar García, en su obra *Derecho de Sucesiones*, transcribe la definición que sobre este instituto da Marcel Planiol en su *Tratado Elemental de Derecho Civil*: «Es un beneficio de la ley en virtud del cual se admite que un heredero de grado más lejano recoja la parte que habría obtenido su padre o su madre premuertos (o impedidos) en concurso con herederos más próximos que él»<sup>3</sup>.

Este criterio es compartido también por autores como Guillermo Borda<sup>4</sup>, quien afirma que en el caso de que todos los herederos pertenezcan a la misma estirpe y grado, es decir, cuando el causante tuvo un solo hijo y al premorir al causante dejó varios nietos, la cuestión resulta controvertida, la opinión según la cual a tales nietos les correspondería heredar por derecho propio y por cabezas resulta razonable, y añade, que la representación sucesoria es un recurso que ha sido ideado para evitar que los parientes de un grado más próximo desplacen a los más lejanos, pertenecientes a otra rama o para hacer la división de la herencia por estirpes; no mediando estas circunstancias —añade— parece inútil hablar de representación.

Fornieles<sup>5</sup>, al ocuparse de este problema afirma: «si todos los hijos del *de cuius* han fallecido con anterioridad y sólo vienen a la sucesión los nietos, como éstos se hallan en el mismo grado de parentesco, parecería que no sería necesario recurrir a las reglas de la representación, porque siendo ellos los únicos herederos y los más próximos deberían recoger por derecho propio y por cabezas la herencia del abuelo» (no por representación).

Sin embargo —añade— la legislación argentina regula la distribución por estirpe, lo cual le hará afirmar que su justicia es muy discutible. Aparte de

3 ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de Sucesiones*. Lima: Empresa Gráfica Sanmarti, 1950, p. 58.

4 BORDA, Guillermo. *Manual de Sucesiones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988, 10ª edición, p. 286.

5 FORNIELES, Salvador. *Tratado de las Sucesiones*. T. I. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina S.A., 1958, 4ª edición, p. 14.

las razones estrictamente jurídicas, que pesan tanto a favor de la sucesión por cabeza como de la sucesión por estirpe, añade este autor, hay una consideración económica que no debe olvidarse, y es la protección que merecen las familias más numerosas.

Consideramos que la representación sucesoria es una institución legal por la cual los hijos y demás descendientes de una persona que ha premuerto, renunciado, declarado indigno o que ha sido desheredado, tienen derecho a reclamar la herencia que le habría correspondido al representado, independientemente de que concurra o no con los otros herederos más próximos al causante, **porque lo que importa es que no se rompa el equilibrio de intereses: el de los representantes en ser llamados a recibir la cuota hereditaria que habría sido deferida al representado y, asimismo, el interés de los demás herederos llamados a la misma sucesión en no resultar afectados por el llamamiento de aquellos, como apunta C. Vatier Fuenzalida, destacado profesor de la Universidad de Burgos.**

El principio de la representación sucesoria es que la muerte u otro impedimento sucesorio del padre o madre no puede afectar económicamente a sus descendientes, pero tampoco beneficiarlos a costa del derecho hereditario de los otros coherederos del representado. Esta es la tesis correcta.

Manuel Albadalejo en su obra *Instituciones de Derecho Civil*<sup>6</sup>, señala que:

[...] ese principio de preferencia para suceder, del pariente de grado más próximo, encuentra una excepción en el llamado derecho de representación que consiste en que en ciertos casos los parientes legítimos de una persona que no hereda, ocupan su puesto (por eso se dice que la representan, porque suceden en su lugar) en la sucesión de otra, de forma que concurren a la sucesión de ésta juntamente con los parientes que están en el grado en que estaba el representado, grado que es más cercano que en el que están los representantes. Por ejemplo, A abuelo, muere, dejando dos hijos vivos, B y C, y hay un tercer hijo, D, que murió, pero que, a su vez, tiene dos hijos, E y F; pues bien, a A lo heredan sus dos hijos, B y C, y en el puesto de D, representándolo, sus dos nietos, E y F».

Pero en realidad resulta inadecuado hablar de representación sucesoria porque el representante no representa al representado, porque actúa en nombre propio, por su propia cuenta y en su propio y exclusivo beneficio.

---

6 ALBADALEJO, Manuel. *Op. cit.*, t. II, pp. 680-681.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

No hay uniformidad de criterios en la doctrina y se extiende al campo de la legislación comparada.

### a. Ficción legal

Rafael de Pina, en su obra *La Sucesión Testamentaria*<sup>7</sup>, sostiene que «El derecho de representación tal y como se ha entendido tradicionalmente, tiene su origen en el Derecho Romano remontándose a las Doce Tablas. Empero, hay otros autores que encuentran su origen en la legislación griega anterior a Demóstenes afirmándose, además, que anteriormente en la India ya era conocido.

En el Derecho Romano primitivo se aplicaba rígidamente el principio del mejor derecho de acuerdo con el orden sucesorio, pero se daba el caso de soluciones injustas cuando los descendientes al perder a su padre se veían privados de la herencia que a éste habría correspondido de no haber premuerto, dando lugar a que los hermanos del padre premuerto recibiesen toda la herencia del abuelo, privándoseles a aquellos de todo beneficio. Por eso, el Pretor buscó la fórmula que permitiera a los nietos el acceso a la herencia del abuelo cuando había premuerto el padre, y en concurrencia con los tíos, es decir con los hermanos del padre; así apareció la teoría de la ficción legal que justificaba el derecho de los nietos a recibir la herencia del abuelo por stirpe. La ficción legal presume que el primer llamado —el padre premuerto— no ha muerto jurídicamente, por tanto no ha perdido su cuota hereditaria, la cual será recogida por sus descendientes en su representación. O sea, que ejercitan el derecho de otro. Esta tendencia ficcionista es sustentada por autores como Demolombe, Michelsen Maldonado, Ricci, Aubry y Rau, Baudry Lacantinerie, Pothier y Treilhard y asimismo la sustentan el Código Civil Francés artículo 739, Código Civil de Chile artículo 984, Código Civil de Colombia artículo 1040 y Código Civil de Bolivia artículo 518. Esta teoría estuvo en boga en el siglo pasado con algunas excepciones como nuestro Código Civil de 1852 que la consideró como un derecho fundado en la ley.

---

<sup>7</sup> DE PINA, Rafael. *La Sucesión Testamentaria*. México: Editorial Porrúa, 1970, pp. 374-375.

Cabe señalar que los jurisconsultos medievales conciben esta sucesión por stirpes, como una sucesión por representación. Con este nombre ha pasado al derecho moderno. Este criterio medieval es erróneo.

¿Qué debe presumirse como contrario a la realidad? En qué descansa la ficción legal se pregunta Planiol. Presume que el representado reúne los requisitos necesarios para heredar al causante, cuando realmente no los tiene porque ha premuerto. Esta causa era la única admitida en el Derecho Romano para que procediera la representación, aún cuando este nombre de ficción legal en la representación es un calificativo que recién fue empleado en el medioevo y después en el Código de Napoleón. Se presume entonces que el representado no ha premuerto, que sigue viviendo para el efecto de la transmisión sucesoria. El Derecho no puede fundarse en presunciones, porque en realidad la presunción es negación del Derecho e implica poca imaginación en el creador de las ideas.

El artículo 739 del Código Civil Francés define la representación sucesoria: «El derecho de representación es una Ficción de la ley, cuyo efecto es hacer que los representantes ocupen el lugar, el grado y los derechos del representado».

#### b. La representación sucesoria como un Derecho

Planiol se pregunta «¿Qué es lo que en este caso, se presume como contrario a la realidad? Si fuera la supervivencia del premuerto, los descendientes de éste solamente tendrían los derechos que éste les transmitiera; pero la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo y afirman que el representante no goza de sus derechos como heredero del representado, sino que ejercita derechos personales. Por tanto, no es exacto afirmar que todo ocurre como si el representado sobreviviera. En realidad, la ficción consiste únicamente en que el representante se supone toma el lugar y grado del representado»<sup>8</sup>, no porque lo suceda ni porque su derecho hereditario respecto del causante derive del representado, sino tan sólo para establecer la base de los derechos de los representantes con relación a la herencia del causante.

Quienes vienen a la herencia por representación lo hacen por derecho propio establecido por la ley. Acceden a la herencia del causante en forma mediata.

---

<sup>8</sup> PLANIOL, Marcel y Jorge RIPERT. *Derecho Civil Francés*. T. IV. La Habana: Cultural, 1933, pp. 79-81.

Esta es la tesis doctrinaria que actualmente impera. Tenemos entre sus autores a los siguientes: Planiol y Ripert, Rébora, Sánchez Román, Manrique, Messineo, Valtier Fuenzalida, Lafaille, Barbot, Toullier, Castán Tobeñas, Azzariti, Martínez y todos nuestros autores nacionales como León Barandiarán, Castañeda, Echeopar, Lanatta, Valverde, Ferrero, Lohmann. La aceptan legislaciones como las de España, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Perú.

### c. La representación sucesoria como institución que cumple una función social

En realidad no constituye una tercera teoría diferente de las anteriores porque con una u otra puede desempeñar una función social. Quizás más próxima se encuentre a aquella que considera la representación sucesoria como un Derecho establecido por la ley, y consistiría en que procura el beneficio de un mayor número de personas y una más equitativa distribución de la herencia.

Nuestro ordenamiento legal considera la representación sucesoria como un derecho derivado de la ley y se orienta a dar protección familiar con un sentido marcadamente social, prescindiendo, por excepción del principio del mejor derecho, el cual se funda en el orden sucesorio, que es la regla general.

Betti, en su obra *Dirito di Successione*, considera que en la representación sucesoria conviene distinguir el título de la vocación por el que sucede y la posición jurídica en que se subentra (lugar y grado). El título es propio y autónomo del sucesor subentrante, es decir del representante; y la posición jurídica, en cambio, es la que correspondería al representado, por eso, los representantes recogen por estirpe la cuota hereditaria que habría correspondido al representado repartiéndosela por estirpe. Cuando no hay herederos más próximos al causante y todos representan a sucesores subentrantes, también procederá aplicar las reglas de la representación sucesoria, correspondiendo repartirse la herencia del causante en estirpes, aún cuando los de un sucesor subentrante sean más numerosos que los de otro, porque como ya dejamos señalado, el fin de la representación es mantener el equilibrio de intereses entre las diferentes estirpes. Por eso podemos afirmar que solamente heredan por cabezas, los hijos al padre y en todos los demás casos por estirpes. La representación sucesoria sirve para determinar la base de los derechos de los representados con relación a aquél a quien se hereda, viniendo a explicar el verdadero concepto y único alcance de tal derecho.

### 3. FUNDAMENTOS DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

Nace de una razón: de la necesidad de proteger a la familia y particularmente a los hijos y demás descendientes en determinadas situaciones en que pueden verse privados de la asistencia material de los padres por casos de premoriencia, renuncia, declaración de indignidad o de desheredación de los que pueden ser posibles éstos.

Clovis Bevilaqua afirma que constituye 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.

León Barandiarán dice que se sustenta en el afecto presunto del causante hacia sus hijos, el cual se desplaza hacia sus nietos.

### 4. ELEMENTOS DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

- a. El causante: Es la persona física que con su muerte, biológica o presunta judicialmente declarada, origina la sucesión en la que el representado no recibirá la cuota hereditaria que podría haberle correspondido por causas taxativas establecidas por la ley.
- b. El representado: Es la persona física (hijo u otro descendiente) a quien corresponde recibir la cuota hereditaria del causante, pero que no llega a recibirla por premoriencia, renuncia, declaración de indignidad o desheredación.
- c. El representante: Son los hijos y demás descendientes del representado, que reúnen los requisitos legales para heredar al causante por derecho propio dispuesto por la ley.
- d. Concurrencia con herederos de grado más próximo al causante. *No es esencial para su tipificación. Es eventual.* Si se da esta situación el heredero más próximo recibirá por cabeza su cuota hereditaria y aquellos, los representantes, por stirpe; o sea que la cuota que pudo corresponder al representado se dividirá en tantas partes como sea el número de representantes. Si varios son los representantes de diferentes representados, la partición se hará por stirpes para mantener el equilibrio de intereses.

## 5. REQUISITOS DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

Son el conjunto de condiciones concurrentes indispensables para su configuración:

1. El causante, quien con su muerte origina la apertura de la sucesión hereditaria.
2. Que alguno o algunos, o todos los herederos más próximos en grado al causante, estén incurso en los causales de premoriencia, renuncia de la herencia, declaración de indignidad o desheredación, y tengan descendientes que puedan representarlos, porque de no ser así, la cuota hereditaria de estos herederos afectados acrecerá el derecho de los otros coherederos del mismo grado que aquél. Conviene destacar que la vacancia que se origina por algunas de las cuatro causas citadas no se produce en la porción hereditaria sino en la causa que legitima al designado para adquirirlas, lo cual resulta obvia, porque si el heredero que fue llamado no quiere o no lo acepta, su efecto inmediato es la pérdida de la vocación hereditaria.
3. Que los descendientes del primer llamado, o sea los representantes, sean hábiles para heredar al causante porque éstos heredan por derecho propio y no por derecho derivado del representado. No podría ser de otra manera porque el representado, al no poder o no querer heredar al causante, nada trasmite a sus representantes.

Los representantes no pueden recibir ni más ni menos de la cuota hereditaria que pudo corresponder al representado. La habilidad del representante está en relación con la sucesión del causante y tiene su llamamiento a la sucesión exclusivamente de la ley y no del representado, como expresa el artículo 3350 del Código Civil Argentino.

Chabot, al comentar el artículo 739 del Código Civil Francés, expone que cuando un hombre muere antes de la apertura de la sucesión a la cual tendría derecho si hubiese sobrevivido, no puede transmitir este derecho a otras personas. No estándole deferida la sucesión ni perteneciéndole, no puede en manera alguna disponer de ella. No puede tampoco dar a nadie el derecho de representarlo en esta sucesión cuando ella se abra. Esto sería disponer de un derecho que nunca le habría pertenecido. Es pues sólo de la ley y no del representado que se puede tener el derecho de representar.

El derecho del representante no deriva del derecho del representado porque al estar incurso en algunos de los causales (premoriencia, renuncia, indignidad o desheredación) no llegó a tener la calidad de heredero del causante y, por tanto, no adquirió la herencia que pudo correspon-

derle. Entonces, no puede transmitir a sus representantes derecho hereditario alguno.

La habilidad de los representantes implica que deben reunir los requisitos legales para heredar al causante: existencia, no ser indigno, ni haber sido desheredado por éste y tener mejor derecho que otros descendientes; es decir, que entre el lugar y grado del representado y ellos no haya otros con mejor derecho. Que los grados intermedios estén vacíos.

4. Que la representación sucesoria para el caso dado esté taxativamente establecida por la ley. Nuestro ordenamiento legal reconoce este derecho sólo en la línea recta descendente ilimitadamente y en la línea colateral sólo alcanza a los hijos de los hermanos del causante. No procede, en cambio, en la línea recta ascendente ni tratándose de legados, así como tampoco respecto de cónyuges<sup>9</sup>.

## 6. LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA FRENTE AL MANDATO, LA SUSTITUCIÓN Y EL DERECHO DE TRASMISIÓN

Es conveniente establecer las diferencias existentes con estas figuras para una mejor comprensión de la representación sucesoria. Algunos autores creen encontrar cierta similitud con el mandato, pero son diferentes.

### Mandato:

1. Porque el mandato termina con la muerte del mandante, mientras que la representación sucesoria en el caso de la premoriencia surge recién por la muerte del representado en determinadas circunstancias.
2. Porque el mandatario actúa en nombre, por cuenta y en beneficio del mandante, mientras que en la representación sucesoria, el representante

---

<sup>9</sup> La representación sucesoria es el derecho que poseen los descendientes de un heredero premuerto a concurrir a la masa hereditaria del causante en el lugar que aquél ocuparía si viviese. En tal sentido, la viuda del heredero premuerto no tiene vocación hereditaria ni está autorizada legalmente a concurrir a la herencia en representación de su cónyuge; sin embargo, estando los jueces obligados a administrar justicia aun en defecto o deficiencia de la Ley, si el heredero premuerto no dejó descendencia debe facultarse a su cónyuge *supérstite* a participar de la masa hereditaria como sucesora universal de aquél.

Véase Ejecutoria de Casación 862-95-Lima, 14 de octubre de 1996. En GACETA JURÍDICA. *Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial. 2002/2003*. Lima, 2002.

interviene a nombre propio y en su exclusivo beneficio. No es por cuenta de otro.

3. El mandato depende de la voluntad de quien lo otorga, mientras que la representación sucesoria se origina por disposición de la ley.

### Sustitución:

También se diferencia porque este es un derecho que la ley confiere al testador, artículo 740 del Código Civil, para designar sustitutos a los herederos voluntarios y a los legatarios, si el instituido muere antes que el testador o renuncia a la herencia o al legado o que lo pierda por indignidad, depende exclusivamente de la voluntad de aquél, mientras que la representación sucesoria proviene de disposición legal que tiene carácter imperativo.

Pero, además, la sustitución, como un derecho voluntario, sólo se permite cuando no hay herederos forzosos y son instituidos herederos voluntarios o legatarios; en cambio, la representación sucesoria sólo es viable tratándose de hijos y demás descendientes, y en la línea colateral hasta los hijos de los hermanos del causante cuando son instituidos herederos voluntarios, pero nunca cuando son legatarios.

### Diferencias entre el *Jus Delatione* y el *Jus Representatione*

- a. El derecho del transmitido para ejercitar la delación del causante, deriva del derecho del trasmitente.  
En la representación el derecho del representante no deriva del derecho del representado. Es un derecho propio que la ley concede al representante para heredar directamente al causante.
- b. El *jus delatione* sólo opera cuando el trasmitente ha fallecido durante el término legal para ejercerlo sin haberlo hecho.  
El *jus representatione* opera en cambio por cuatro causas diferentes: premoriencia, renuncia, indignidad y desheredación.
- c. En el *jus delatione* si el transmitido renuncia a la herencia del trasmitente ya no puede ejercer la delación respecto de la herencia del causante.  
En el *jus representatione* el representante puede renunciar, o ser declarado indigno o ser desheredado por el representado, pero no le impide heredar al causante —salvo que la causal invocada afecte también al causante—.
- d. En la delación hay doble sucesión: La del trasmitente y la del causante. En la representación sólo una: la del causante.
- e. La delación funciona siempre en la sucesión testamentaria como en la sucesión intestada.

La representación en la línea colateral funciona siempre en la sucesión legal, pero eventualmente en la testamentaria cuando el testador no hizo uso del derecho de sustitución (artículo 746 y 685 del Código Civil).

- f. La delación cubre a todos los herederos, mientras que la representación en la línea colateral sólo alcanza los hijos de los hermanos.

En consecuencia, para poder ejercitar el derecho de transmisión es menester:

1. Que el transmitido sea hábil para suceder al transmitente, y como heredero gozar de las cuatro condiciones para heredar: existencia, capacidad, dignidad y mejor derecho.
2. La persona del transmitido debe aceptar la herencia del transmitente para poder aceptar o renunciar la herencia del causante, porque si renuncia a la herencia del transmitente entonces no podrá aceptar ni renunciar a la herencia del causante.

**Diferencia con el derecho de subrogación:** tampoco hay similitud alguna porque el representante no es el continuador de las relaciones jurídicas del representado al haber perdido éste su calidad de heredero del causante. El representante no subentra en la posición jurídica del representado.

## 7. LA REPRESENTACIÓN Y LOS MODOS DE SUCESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

Algunos autores, como Planiol y Ripert, cuando se ocupan de los modos de sucesión afirman que puede ser por derecho propio y por representación, lo cual es nuestra opinión es erróneo.

- a. Por derecho propio: Se hereda por cabezas y el derecho del heredero deriva directa e inmediatamente del derecho del antecesor. Así los hijos con relación al padre.
- b. Por representación: Se hereda por estirpe y ocurre cuando el llamado a recoger la herencia no puede o no quiere recogerla, dando lugar a que sea reemplazado por sus descendientes que son herederos ulteriores.

**Creemos que no es exacta la diferenciación establecida porque en ambos casos los herederos llamados a suceder, acceden por derecho propio.** En el caso de la representación sucesoria como lo establece la doctrina imperante no hay representación alguna. El representante no actúa en nom-

bre ni por cuenta ni en beneficio de otro. Actúa a nombre y por derecho propio, no representa a nadie. Aquella reminiscencia del Derecho Romano y del Código de Napoléon no tiene hoy mayor acogida, porque como dicen Albadalejo y Zannoni, es impropio hablar de representación sucesoria, es más bien un caso de vocación indirecta o referida. Messineo<sup>10</sup> agrega que es más bien un caso de sustitución legal. Es por eso que legislaciones como el Código Civil Argentino expresa en el artículo 3550:

El representante tiene su llamamiento a la sucesión exclusivamente de la ley y no del representado.

Además en concordancia con esta idea, el representante para heredar al causante es preciso que sea hábil con relación a éste porque se trata de su sucesión y no la del representado.

Por eso creemos que los modos de sucesión pueden ser:

- a. De modo directo e inmediato; por cabezas de acuerdo con el principio general del mejor derecho.
- b. De modo indirecto y mediato; por estirpe, de acuerdo con el caso de excepción del principio del mejor derecho.

La representación sucesoria es, a no dudarlo, un caso de excepción al principio general del mejor derecho, debiendo aplicarse restrictivamente porque de lo contrario se le desnaturalizaría. Las aplicaciones prácticas deben ser coherentes con su naturaleza jurídica. Los artículos del Código Civil, pertinentes en esta materia, señalan:

Artículo 681.- 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 correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación.

Artículo 682.- En la línea recta descendente la representación es ilimitada en favor de los descendientes de los hijos, sin distinción alguna.

Artículo 683.- En la línea colateral sólo hay representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el artículo 681.

---

<sup>10</sup> MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil*. T. VII. Buenos Aires: Edit. Jurídicas Europa-Americana, 1979, p. 305.

Recoge los textos de los artículos 22, 23 y 24 del Anteproyecto.

El artículo 681 nos presenta el concepto de la institución. No señala la necesidad de que concurra, por lo menos con los representantes, un heredero más próximo en grado al causante, porque no constituye elemento esencial para su tipificación cuando se trata de la representación en línea recta descendente.

El artículo 681 del Código Civil parte de una ficción inaceptable al establecer que los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviere, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación. No es cierto que ingresen en el lugar y grado del representado, porque no lo necesitan. No ascienden al grado de éste ni lo representan.

**¿En qué consiste la ficción?** En presumir que el derecho del representante proviene del representado, lo cual es erróneo porque el derecho del representante le es propio por disposición legal. Cuando reclama la herencia del causante, los representantes actúan en nombre propio y no del representado y para su propio beneficio. No actúan pues a nombre del representado. Sus derechos provienen directamente del causante por el llamamiento que les hace la ley. Sólo hay una diferencia con los otros llamamientos directos (como cuando el hijo hereda al padre) y consiste en que la división de la herencia a favor de los representantes se hace por estirpes y la de los otros, —los hijos del causante— por cabeza, Artículo 684 del Código Civil.

No es exacto tampoco afirmar que el representante entre en el lugar y grado del representado porque no se da la subrogación, no hay una traslación de derechos del padre o madre (representados) a favor del hijo (representante), porque realmente el representante adquiere sus derechos hereditarios directamente del causante. Afirmar lo contrario es otra ficción.

No hay una subrogación porque el representante no subentra en la posición jurídica del representado y porque éste, al haber perdido su calidad de heredero del causante, no ha dejado vacante posición jurídica alguna.

Es precisamente por estar incurso en alguna de las causales establecidas por la ley que el heredero, originalmente llamado a una sucesión hereditaria, pierde su derecho y, en consecuencia, no puede transmitir a sus descendientes el derecho hereditario que no llegó a tener, porque lo ha perdido. Por eso es que el representado no trasmite nada al representante al haber quedado así vacío su lugar y su derecho.

El derecho de representación se justifica por razones de orden familiar. Lo natural es que el patrimonio del difunto pase a sus descendientes por su orden, sin que la ausencia de uno de éstos, por determinadas causas legales,

pueda afectar a los nietos u otros descendientes que habrían correspondido a su padre en la sucesión de su abuelo, concurriendo con los otros hijos de éste.

Nuestro Código Civil también se ocupa de la sucesión por estirpes en el artículo 819:

Artículo 819.- La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Estos heredan a sus ascendientes por cabeza, si concurren solos, y por estirpe, cuando concurren con hijos del causante.

**Este precepto legal, lamentablemente, tiene un equívoco porque como se desprende del artículo 681, su tipificación en la línea recta descendente no exige la concurrencia simultánea de otros herederos más próximos al causante.**

Resulta coincidente con nuestra posición lo que dispone el artículo 1609 del Código Civil de México:

Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes. Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado la herencia.

El artículo 1604 del Código Civil de Brasil expresa:

En la línea descendente, los hijos suceden por cabeza, y los otros descendientes, por cabeza o por estirpe, conforme se hallen, o no, el mismo grado.

La doctrina imperante en los ordenamientos legales establecen que la representación sucesoria funciona tanto entre descendientes de igual o desigual grado, aunque concurren solos.

El artículo 3557 del Código Civil Argentino señala:

La representación es admitida sin término en la línea recta descendente, sea que los hijos del difunto, aunque de diferentes matrimonios, concurren con los descendientes de un hijo premuerto, sea que todos los hijos del difunto, habiendo muerto antes que éste, se encuentren en grados desiguales o iguales.

Sin embargo, el criterio respecto a la representación en línea colateral es distinto como resulta de la lectura del artículo 3560 de dicho Código Civil:

En la línea colateral, la representación sólo tiene lugar a favor de los hijos y descendientes de los hermanos, bien sean de padre y madre o de un solo lado, para dividir la herencia del ascendiente con los demás coherederos de grado más próximo.

Molina, al comentar este tema, afirma que en línea recta se sucede en virtud de la representación con los del grado más próximo, como cuando concurrir el nieto con sus tíos a la herencia del abuelo; o con los de grado más remoto, como acontece cuando los nietos, descendientes de un hijo, suceden con los bisnietos descendientes de otro hijo del abuelo común, y también con los de un grado igual, cuando los nietos, hijos de diversos padres, suceden entre sí o concurren a la herencia del abuelo. En este último caso, los descendientes del difunto, siendo iguales en grado, la representación no podría tener por fin hacer subir a los unos y a los otros a un grado más próximo. Su objeto en tal caso sólo es introducir la división de la herencia por estirpes, a fin de mantener la igualdad entre las diferentes ramas de la descendencia y que los nietos no tengan, entre todos los de una estirpe, mayor porción en la herencia que la que habría tenido su autor. Esta afirmación resulta fundamental porque no es la diferencia de grado entre los diferentes herederos lo que la tipifica. Es su objeto: mantener la igualdad de intereses patrimoniales entre las diferentes ramas de la descendencia en la división de la herencia por estirpes.

El artículo 740 del Código Civil Francés dice:

La representación tiene lugar al infinito en la línea recta descendente. Se admite en todos los casos, ya sea que los hijos del difunto concurren con los descendientes de un hijo premuerto, ya sea que, todos los hijos del difunto, estén muertos con él, o que los descendientes de dichos hijos se encuentren entre sí en grados iguales o desiguales.

Como vemos este Código sigue la misma tesis.

El artículo 742 del mismo cuerpo legal mantiene coherencia con el artículo precedente.

Siguen también este criterio los artículos 739, 984 y 1040 de los Códigos Civil de Chile, Colombia y Bolivia, respectivamente.

El artículo 681 de nuestro Código Civil señala cuatro causas que pueden dar lugar a la representación en línea recta: premoriencia, renuncia, indignidad y desheredación, si le sobreviven descendientes.

Artículo 682.- En la línea recta descendente, la representación es ilimitada en favor de los descendientes de los hijos sin distinción alguna.

Constituyen antecedentes los artículos 681 y 645 de los Códigos Civiles de 1936 y 1852, respectivamente, con la salvedad de que este último código estuvo limitado a los descendientes legítimos. Similar disposición contiene el artículo 3557 del Código Civil de Argentino.

En la actualidad, el criterio legal discriminatorio de los hijos, según su origen matrimonial, ha desaparecido. En efecto, el artículo 6 párrafo 3° de la Constitución de 1993 consagra la igualdad de derechos de todos los hijos.

El artículo 818 del Código Civil de 1984 al tratar del derecho hereditario de los hijos señala la igualdad de derechos sean matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia respecto a la herencia del padre o de la madre, los parientes de éstos y a los hijos adoptivos. La misma igualdad rige respecto de los demás descendientes, artículo 819 del Código Civil acotado.

Artículo 683.- En la línea colateral sólo hay representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el artículo 681.

Es una trascripción del artículo 680 del Código Civil de 1936, que previó la representación sucesoria sólo para el caso de premoriencia, mientras que el actual extiende sus alcances también a los de renuncia y declaración de indignidad.

Este precepto ha sido defectuosamente redactado y aprobado porque señala que procede en los casos previstos en el artículo 681, lo cual es erróneo, porque no puede proceder por desheredación porque los hermanos del causante nunca pueden ser instituidos herederos forzosos tal como resulta de los artículos 724 y 742 del Código Civil:

Artículo 724.- Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge.

Artículo 742.- 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.

El artículo 683 debería haber quedado redactado de la siguiente manera:

En la línea colateral sólo hay representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes, los hijos de otros hermanos que no heredan por estar incursos en las tres primeras causales establecidas en el artículo 681.

Artículo 684.- Quienes concurren a la herencia por representación sucesoria, reciben por estirpes lo que habría correspondido al heredero a quien representan.

El artículo 25 del Anteproyecto dice:

Quienes concurren a la herencia en virtud de la representación sucesoria, reciben por estirpes lo que habría correspondido al heredero a quien representa. Pero si todos los herederos del causante tuvieran con respecto a éste el mismo grado de parentesco, la sucesión será por cabezas.

Este texto tiene dos partes. La segunda parte no ha sido reproducida por el legislador porque realmente configura un caso de representación sucesoria.

Por todo lo anterior, consideramos que el criterio a seguir en los siguientes casos:

- a. En la línea recta descendente, caso de estirpe única que sucede cuando el causante tiene un solo hijo y éste premuere o no recibe su cuota hereditaria por otra causa legal, entonces dicha cuota la recibirán sus descendientes por representación sucesoria, si los tiene.
- b. En línea recta descendente, caso de existencia de varias estirpes con diferentes descendientes, todos ellos de igual grado. Si todos los representantes de una misma sucesión se encuentran en igual grado, también se aplicarán las reglas de la representación.
- c. En la línea colateral, cuando concurren hermanos del causante con hijos de otros hermanos. Se aplicarán las reglas de la representación sucesoria, artículos 683 y 828 del Código Civil.
- d. En la línea colateral, cuando concurren hijos de varios hermanos del causante, *todos fallecidos o impedidos por alguna causa legal*. No opera la representación sino el principio del mejor derecho, o sea, que el reparto de la herencia se hará por cabezas.
- e. Cuando el instituido es el único hermano del causante y premuere dejando dos hijos. No hay representación sucesoria. Se aplicarán las reglas del mejor derecho.
- f. En la línea colateral, cuando concurren con un hermano del causante, tres nietos de otro hermano premuerto. No habrá representación sucesoria porque el beneficio sólo alcanza a los hijos de los hermanos del causante.
- g. En la línea colateral, cuando concurren con un hermano del causante los dos hijos de un medio hermano premuerto, habrá representación sucesoria para estos dos hijos del medio hermano, correspondiéndoles por estirpe

entre los dos, sólo la mitad de la cuota hereditaria que recibe el hermano bilateral (artículos 828 y 829 del Código Civil).

- h. **En la sucesión testamentaria, para que opere la representación sucesoria en línea colateral no es necesario que el causante instituya como herederos a la totalidad de sus hermanos; basta con que instituya sólo a dos, para que así se cumpla con el requisito de concurrencia que exige el artículo 683 del Código Civil;** por tanto, en este caso, el hijo de uno de los hermanos que no quisiera o no pudiera recibir su herencia (por cualquiera de las causales del artículo 681), podrá concurrir junto a su tío en la sucesión y representar a su padre (salvo disposición distinta del testador, artículos 685 y 740 del Código Civil).

## 8. EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

1. Los representantes acceden a la cuota hereditaria que pudo corresponder al representado, adquiriendo definitivamente previa aceptación, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia, en la proporción que a éste habría correspondido, con la salvedad de que si aquellos —los representantes— son varios, entonces la cuota hereditaria será dividida en tantas partes como sean ellos. Heredan por estirpe. Esto no ocurre con los herederos más próximos al causante que heredarán por cabeza.

En la representación sucesoria se aplican entonces dos reglas:

- a. Por cabeza para los más próximos (principio del mejor derecho).
  - b. Por estirpe para los representantes, como excepción.
2. El hijo renunciante de la herencia de su padre puede representarlo en la sucesión del abuelo o del tío, porque en la representación el derecho no deriva del representado.
  3. El hijo excluido de la herencia de su padre por indignidad o desheredación, por causa que únicamente guarda relación con dicho padre, puede representarlo en la herencia del abuelo respecto del cual no le alcanza la indignidad o la desheredación. Por ejemplo, cuando el hijo niega injustificadamente alimentos a su padre, la declaración de indignidad que respecto de él pueda solicitar y obtener su padre, no le impedirá que pueda representarlo respecto a la sucesión del abuelo, por la consideración expuesta en el acápite anterior.
  4. El bisnieto puede ser llamado a la herencia de su bisabuelo aun cuando no estuviese concebido a la muerte del abuelo, porque los presupuestos

para heredar deben estar referidos de la persona a quien se hereda, en este caso, al bisabuelo.

5. Los representantes suceden al causante no sólo en sus derechos sino también en sus obligaciones que integran la herencia, correspondiendo además asumir la obligación de colacionar las donaciones recibidas del causante como donaciones no dispensadas, las cuales deberán ser deducidas de la cuota hereditaria que les corresponda (artículo 841 del Código Civil).
6. Si el representado fue beneficiado por el causante en su testamento no sólo con la legítima, que por derecho le corresponde, sino que además fue beneficiado con un legado, la representación sucesoria no comprende al legado (que es cuota de libre disposición) porque dicho beneficio le ha sido otorgado tomándose en cuenta su calidad personal y no su condición de heredero forzoso, debiendo entenderse que lo que se trasmite es la calidad de heredero y la respectiva legítima. Dicha cuota de libre disposición en el caso dado, se reintegrará a la masa hereditaria y será repartida entre todos los herederos legales a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa. Debemos recordar además que no cabe representación sucesoria tratándose de legados conforme a nuestro ordenamiento legal.
7. La representación sucesoria origina una sola trasmisión sucesoria y en consecuencia, sólo habrá una sola declaración de herederos: la del causante, para los efectos de la representación sucesoria, no siendo necesaria la previa declaración de herederos del representado. Es que el representante hereda al causante. Sin embargo, nada obsta que también se pueda solicitar la declaración de herederos del propio representado para sucederlo a él como heredero.
8. Tratándose de la línea recta descendente no cabe desconocimiento del derecho de representación, porque los derechos de éstos son de orden público (la legítima). Diferente es el caso de la representación en línea colateral (hijos de hermanos del causante) porque son herederos voluntarios en el testamento y cabe, por tanto, el ejercicio del derecho de sustitución por parte del testador conforme al artículo 740 del Código Civil.

Artículo 685.- 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, y en la colateral se aplica el artículo 683, salvo disposición distinta del testador.

Reproduce casi textualmente el artículo 26 del Anteproyecto.

Es tema muy importante porque permite establecer el ámbito de su aplicación según se trate de la sucesión intestada o testamentaria, llenando un vacío legal. ¿Qué expone este precepto?

- a. La representación en línea recta descendente funciona siempre tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. La razón está en que los descendientes tienen derecho preferencial por encontrarse en el primer orden sucesorio y tener la calidad de legitimarios o herederos forzosos (artículo 724 y 816 del Código Civil).
- b. Tratándose de la sucesión intestada en línea colateral, es aplicable la representación sucesoria (artículo 828 en concordancia con el artículo 683 del Código Civil).
- c. La representación sucesoria en línea colateral sólo es aplicable a la sucesión testamentaria cuando el testador no haya dispuesto algo distinto como podría resultar del ejercicio del derecho de sustitución (artículo 740 del Código Civil).

En nuestro ordenamiento legal, la representación sucesoria no es, pues, privativa de la sucesión legal o intestada. Se hace extensiva a la sucesión testamentaria aunque con algunas restricciones cuando se trata de los hijos de los hermanos del causante que son herederos voluntarios. En estos casos, la representación sucesoria es supletoria de la voluntad del testador.

# **CASOS JURISPRUDENCIALES**

**MATERIA REGISTRAL  
REPRESENTACIÓN SUCESORIA: CALIFICACIÓN Y PARTES  
JUDICIALES**



## RES. N° 251-99-ORLC/TR

**Sumilla del autor:**

La calificación de títulos provenientes de sede judicial está limitada a verificar si el mandato judicial se ha producido, la competencia del juzgado o tribunal que lo expide, las formalidades extrínsecas del documento y los obstáculos que se puedan presentar en cuanto a la incompatibilidad entre la resolución judicial y los antecedentes registrales, no pudiendo verificarse el fundamento o la adecuación a la ley en cuanto al contenido de la resolución, ya que ello supondría invadir la esfera reservada a los órganos jurisdiccionales, en aplicación de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 2011° del Código Civil.

**Antecedentes:**

La causante Lilia Saona Butrón falleció intestada el 19 de marzo de 1993 y con ese motivo se obvió el proceso declarativo de herederos que concluyó con sentencia consentida que declaró herederos a Martha Eliana Saona Butrón como sobrina (hijo del hermano de la causante llamado Aldo Gustavo Saona Butrón) y a Olga Butrón Mangini (esposa de Aldo Gustavo Saona Butrón) en representación de su padre y esposo premuerto.

La solicitud de inscripción de la sucesión intestada, en mérito a partes judiciales fue observada por la Registradora del Registro de Personas Naturales de Lima por estas consideraciones:

1. Porque la representación sucesoria en línea colateral opera por premoriencia, renuncia o indignidad y en el caso submateria no se da ninguna de ellas porque el hermano Aldo Gustavo Saona Butrón no premurió a la causante pues el deceso de aquél fue posterior: 26 de diciembre de 1994 y el de la causante el 19 de marzo de 1993.
2. Porque la representación en línea colateral se extiende a los hijos del hermano que no quiere o no puede recibir su cuota hereditario, pero nunca respecto a la cónyuge.
3. Que la representación en línea colateral exige que concurra a la herencia un hermano de la causante con sobrinos, pero no puede haber representación cuando concurre sólo una sobrina.

4. Que en el caso sub-materia no hay representación sucesoria y le corresponde heredar únicamente a Martha Eliana Saona Butrón en su calidad de pariente colateral de 2° grado.

Apelada, fue revocada por la Segunda Sala del Tribunal Registral por considerar que conforme a la segunda parte del art. 2011 del Código Civil la función calificadora del Registrador se encuentra limitada. No puede verificar el fundamento o la adecuación a la ley en cuanto al contenido de la resolución o mandato judicial, ya que ello supondría invadir la esfera reservada a los órganos jurisdiccionales.

La aludida Sala declaró procedentes la solicitud de inscripción siendo en todo caso responsabilidad del órgano jurisdiccional que expidió la sentencia.

### **Comentario:**

En el caso sub-materia hay error en la sentencia al considerar que existe representación sucesoria, resultando acertadas las consideraciones del Registrador.

Sin embargo, como señala la Sala revisora el artículo 2011 del Código Civil limita la función calificadora del Registrador no pudiendo por tanto verificar el fundamento a la adecuación a la ley en cuanto al contenido de la resolución judicial porque ello importaría una intromisión a la esfera privativa de los órganos jurisdiccionales y a que conforme al artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda persona o autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las resoluciones judiciales emana de la autoridad judicial competente, en sus propios términos sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances bajo responsabilidad civil, penal o administrativo que la ley señala.

## **RESOLUCIÓN N° 251-99-ORLC/TR\***

Lima, 30 de setiembre de 1999

**VISTO**, el recurso de apelación interpuesto por MANUEL BALDOCEDA GARIAZO (Hoja de Trámite N° 25993 del 11 de agosto de 1999), contra la observación formulada por la Registradora del Registro de

---

\* Tomado de: REGISTROS PÚBLICOS DE LIMA Y CALLAO. *Jurisprudencia Registral*. Vol. IX, julio a diciembre de 1999. Lima, 2000, pp. 425-427.

Personas Naturales de Lima, Dra. Norka Giovanna Chirinos La Torre, a la solicitud de inscripción de Sucesión Intestada, en mérito a partes judiciales.

El título se presentó el 23 de julio de 1999 bajo el N° 120324. La Registradora denegó la solicitud de inscripción en los siguientes términos: «[...] conforme a lo establecido en el artículo 683 del Código Civil, sólo los hijos del hermano premuerto podrán concurrir a la herencia por representación sucesoria. Sin embargo, en la sentencia de sucesión intestada del 11.06.1999 que se presenta, se indica equivocadamente que concurren en representación del hermano premuerto (Aldo Gustavo Saona Butrón) su hija Martha Eliana Saona Butrón y su cónyuge Olga Butrón Mangini. Respecto al escrito presentado se debe indicar que el Registrador tiene la facultad para solicitar al Juez las aclaraciones que precise, conforme a lo establecido en el artículo 2011 del Código Civil», interviniendo como Vocal ponente la Dra. Elena Vásquez Torres; y,

### **CONSIDERANDO:**

Que, mediante el título venido en grado se solicita la inscripción de la sucesión intestada de doña Lilia Saona Butrón, en mérito a partes judiciales remitidos mediante Oficio N° NC036-99-1ER-JPL-SB de fecha 8 de julio de 1999 emitido por el Juez del Primer Juzgado de Paz Letrado de Surco y San Borja, que contiene la sentencia de fecha 11 de junio de 1999 y la resolución N° 6 de fecha 8 de julio de 1999 que declara consentida la sentencia.

Que, revisada la partida registral, partida electrónica N° 11097441 del Libro de Sucesiones Intestadas del Registro de Personas Naturales de Lima, se aprecia que en el asiento B00001 corre anotada preventivamente la solicitud de Sucesión Intestada presentada por Virginia Elizabeth Saona Quintanilla de González, a efectos que se declare como herederos de Lilia Saona Butrón a Martha Eliana Saona Butrón como sobrina y Olga Butrón Mangini como esposa de Aldo Gustavo Saona Butrón, hermano de la causante, quienes heredan por representación, conforme se aprecia del título archivado N° 54906 del 7 de abril de 1999;

Que, por sentencia de fecha 11 de junio de 1999 el Primer Juzgado de Paz Letrado de Surco y San Borja declaró fundada la demanda interpuesta por Virginia Saona de González declarando «... como únicos y universales herederos de quien en vida fue LILIA SAONA BUTRÓN fallecida intestada el día diecinueve de marzo de mil novecientos noventitres en el distrito de Jesús María a MARTHA ELIANA SAONA BUTRÓN y OLGA BUTRÓN MANGINI en representación de su padre y esposo premuerto Aldo Gustavo Saona Butrón...»;

Que, sobre la figura jurídica de la representación sucesoria —regulada por el artículo 681 y siguientes del Código Civil—, cabe señalar que opera cuando «los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiere renunciado o perdido por indignidad o desheredación»; por consiguiente, la ley en determinados supuestos otorga vocación sucesoria de manera automática a los descendientes, quienes ocupan la posición jurídica de su ascendiente; en tal sentido, sólo procede en el caso de descendientes, no correspondiéndole a todos los herederos del representado;

Que, tratándose de la línea colateral —que se configura en el título submateria— se establece que «solo hay representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuerto que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el artículo 681», según lo preceptuado por el artículo 683 del Código Civil, supuesto que como lo señala Rómulo Lanatta «... se limita al caso de concurrencia de hermanos con sobrinos y no se extiende a otras líneas. En el caso de que todos los herederos sean sobrinos del causante, no hay representación y la sucesión se rige por el artículo 828 del mismo Código». (Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Sucesiones del Código Civil, Tomo V, pp. 29 y 30);

Que, conforme se indica en la solicitud de sucesión intestada, el hermano de la causante falleció el 26 de diciembre de 1994, mientras la causante falleció el 19 de marzo de 1993, no presentándose premoriencia que origine representación, puesto que el hermano no falleció antes sino después que la causante; en consecuencia, dado que conforme al artículo 660 del Código Civil desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derecho y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores, correspondía que se declarara como heredero de Lilia Saona Butrón a su hermano Aldo Gustavo Saona Butrón, por ser él heredero de segundo grado en la línea colateral; y dado que este último ha fallecido, corresponderá entonces declarar a sus herederos en el procedimiento de sucesión intestada correspondiente a este causante, en caso que no hubiera otorgado testamento; incluso en el supuesto que el hermano de la causante hubiera fallecido antes que ella, Olga Butrón por derecho propio y en aplicación del artículo 828 del Código Civil;

Que, sin embargo, cabe señalar que respecto de los títulos provenientes de sede judicial la función calificadora del Registrador, se encuentra limitada según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil, constriñéndose a verificar si el mandato judicial efectivamente se ha producido, la competencia del juzgado o tribunal que lo expide, las formalidades extrínsecas del documento y los obstáculos que se puedan presentar en cuanto a

la incompatibilidad entre la resolución judicial y los antecedentes registrales y a los demás principios consagrados en el Libro IX del Código Civil, no pudiendo verificar el fundamento o la adecuación a la ley en cuanto al contenido de la resolución o el mandato judicial, ya que ello supondría invadir la esfera reservada a los órganos jurisdiccionales;

Que, a mayor abundamiento resulta de aplicación igualmente lo previsto en el artículo 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el cual toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativo emanadas de la autoridad judicial competente, en sus propios términos sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala;

Que, en tal sentido el Registrador no puede cuestionar el fallo expedido al interior de un proceso judicial, así éste no se encuentre ajustado a las normas legales pertinente, por constituir el fondo de la resolución, aspecto que no es materia de calificación registral el examinar los fundamentos o la adecuación a la ley en lo que respecta al contenido de la resolución;

Que, en ese contexto, de conformidad con el artículo 2011 del Código Civil resulta procedente acoger la presente solicitud de inscripción siendo en todo caso responsabilidad del órgano jurisdiccional que emitió la sentencia la extensión del asiento que origina el presente acto;

Estando a lo acordado;

#### **SE RESUELVE:**

**Revocar** la denegatoria de inscripción formulada por la Registradora del Registro de Personas Naturales de Lima al título referida en la parte expositiva y ordenar su inscripción por los fundamentos expresados en la presente Resolución.

**REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.**-(FDO.) DRA. ELENA VÁSQUEZ TORRES, PRESIDENTE DE LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL REGISTRAL. - DR. WALTER POMA MORALES, VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL. - DRA. NORA MARIELLA ALDANA DURÁN, VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL.



**CAPÍTULO VIII**

**DE LA SUCESIÓN  
TESTAMENTARIA  
DISPOSICIONES GENERALES**



## 1. GENERALIDADES

Habiendo testamento válido que contenga institución de herederos, la sucesión será regida por éste.

El testamento es un acto jurídico unilateral, unipersonal, escrito y solemne por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte. De esta forma se garantiza la autenticidad y espontaneidad.

Gracio, Leibnitz, Wolf y Kant entre otros afirman que su fundamento se encuentra en el derecho de dominio por parte del propietario que le permite disponer de lo suyo en vida como también para que tenga efectos después de su muerte. Por su parte otros autores cuestionan esta afirmación como Puffendorf, Hobbes y Ramón Domínguez al sostener que es más bien una concesión de la ley, porque la verdadera voluntad del testador no existe<sup>1</sup>.

Este concepto destaca su contenido patrimonial como acto de disposición *post mortem* (atributo del derecho de propiedad) y, en consecuencia, fuente de vocaciones sucesorias mediante declaración específica. La disposición de bienes implica la designación de beneficiarios. Valverde con mucha razón afirma que el testamento como acto jurídico difiere de la donación porque aquél a diferencia de éste no es revocable.

En nuestro ordenamiento legal, el testamento y la ley, vía declaración de herederos, constituyen las dos únicas fuentes del Derecho Sucesorio. No son admitidos los pactos sucesorios. El tema de las fuentes resulta muy importante porque de ellas provienen los títulos, sin los cuales el heredero no podría ejercitar sus derechos sucesorios adquiridos a la muerte del causante.

En las *Institutas* de Justiniano se dice: «Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est».

---

<sup>1</sup> DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Derecho Sucesorio*, T. I. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 253-254.

Sobre su etimología Felipe Clemente de Diego señala que<sup>2</sup>:

[...] Testamento, no de *testatio mentis* (testimonio de la mente), de cuya etimología se burlaba ya Aulo Gelio, sino de *testis* = testigo, y éste de *testor* = atestiguar, significa a modo de declaración ante testigos. De ahí la multitud de significados en que se le tomó durante la Edad Media, aplicándose a significar contratos, donaciones, privilegios pontificios, etc.

La facultad de testar por parte del causante, designando a las personas como sus sucesores del patrimonio que transmitirá al momento de su muerte, se funda en el derecho de propiedad que aquél tiene sobre los bienes y derechos que le pertenecen, porque el derecho de disposición constituye un atributo que deriva de él. Nada obsta entonces para que pueda disponer por acto entre vivos o por causa de muerte. Pretender negar o recortar este derecho importaría su desnaturalización, quedando reducido su titular a un simple usufructuario.

En el Derecho contemporáneo, no es requisito esencial del testamento la institución de heredero universal como en el Derecho Romano porque puede lograrse también a través de la sucesión intestada.

Como señala Ramón Domínguez en su obra *Derecho Sucesorio*<sup>3</sup>, «Mucho se ha discutido sobre el fundamento y la legitimidad de la sucesión testada. «Para algunos autores la facultad de testar es la consecuencia del derecho de dominio, de forma que si el dueño puede disponer de lo suyo en vida, es también lógico que pueda hacerlo luego de su muerte. El derecho de testar emana del derecho natural mismo. Ésta es la tesis de Grocio, Leibnitz, Wolff, Kant y otros. Para otros la facultad de testar es una concesión de la ley, ya que es únicamente el recurso a la ficción de una voluntad que no existe —la del testador—, que puede obligar jurídicamente a otros, como piensan Puffendorf, Hobbes y los autores del Código de Napoleón. «Nadie tiene por un derecho natural e innato, el poder de ordenar después de su muerte y sobrevivir por medio de un testamento»<sup>4</sup>, agrega Portalis.

---

2 DE DIEGO, Clemente. *Instituciones de Derecho Civil Español* 1. T. III. Madrid: San Martín, 1959, pp. 25-26.

3 DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Derecho Sucesorio*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, 2ª edición actualizada, pp. 253-254.

4 *Ibidem*.

Según el artículo 815 del Código Civil frente a la sucesión testamentaria, la legal o *ab intestato* es supletoria, como resulta de la lectura de sus incisos 1º, 3º y 4º y es complementaria en las de los incisos 2º y 5º. Es decir que, en el Derecho Peruano, la sucesión testamentaria es prevalente a la legal<sup>5</sup>, como ocurre en otras legislaciones como la de España (artículo 912) en la que la sucesión intestada tiene lugar no sólo cuando una persona muere intestada o con testamento nulo o por caducidad de éste o de la institución de herederos que la contiene, y cuando desaparecen los especialmente designados. O también, como en el Código Civil de Italia (artículo 457) en donde no procede la sucesión legítima sino cuando falta, en todo o en parte, la testamentaria.

Emilio Valverde, en su obra *El Derecho de Sucesión en el Código Civil Peruano*<sup>6</sup>, al ocuparse del origen del testamento, afirma que según parece, se encuentra en el Oriente, como lo comprobó Wigmore al descubrir un testamento en 1805 antes de Cristo, otorgado en Egipto, el cual contenía disposiciones relativas a la institución de heredero de los bienes comprendidos en la trasmisión, con la constancia de haberse efectuado el otorgamiento con la presencia de varios testigos identificados con sus propios nombres y ocupaciones. Se afirma además, que su escritura era hierática y se encuentra actualmente en el Museo de la Universidad de Londres.

## 2. CONTENIDO DEL TESTAMENTO

¿Qué debe comprender un testamento? Parece una pregunta ociosa, porque si la naturaleza del Derecho de Sucesiones es de carácter patrimonial y el testamento constituye una de las fuentes de esta disciplina, obvia sería la respuesta. Algo más, en el Derecho Romano constituía un acto de disposición de bienes, debiendo recordarse que la institución de herederos era cabeza y fundamento del testamento como afirma Gayo, a tal punto que su omisión acarrearba su nulidad.

En la doctrina moderna el testamento es un acto *mortis causa* por el cual una persona dispone de todos sus bienes o parte de ellos, para después de su

---

5 Cuando existen paralelamente un testamento ológrafo y una declaratoria de herederos del causante es necesario esclarecer primero si el referido testamento es válido o no, para luego determinar quién tiene mejor derecho a suceder. Véase Ejecutoria Suprema, Expediente 1959-92 - Lima, 21 de septiembre de 1993. En GACETA JURÍDICA. Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial. 2002/2003. Lima, 2002.

6 VALVERDE, Emilio. *El Derecho de Sucesión en el Código Civil Peruano*. Lima: Talleres del Ministerio de Guerra, 1951, T. I, p. 315.

muerte, tal como señala el artículo 667 del Código Civil Español. El artículo 999 del Código Civil de Chile también lo establece, de modo que si carece de disposición alguna sobre los bienes no sería entonces un testamento.

Pero ¿qué es entonces el testamento? Polacco responde que si tal testamento contuviera sólo disposiciones de carácter no patrimonial, no tendría tal carácter, sería «actos de última voluntad» haciéndose necesario que la sucesión hereditaria fuera abierta y regulada conforme a las reglas de la sucesión intestada<sup>7</sup>. En esta línea de pensamiento está Ramón Domínguez<sup>8</sup>, cuando expone que si bien lo propio del testamento son las disposiciones patrimoniales, no habría inconveniente para que contenga actos jurídicos totalmente distintos, requiriéndose entonces de modo supletorio el empleo de las reglas de la sucesión legal.

En cambio Clemente de Diego dice que<sup>9</sup>:

El testamento es algo más que disposición de bienes: es acto de manifestación de soberanía individual, mejor de autarquía, por el que se cumplen deberes y se ejercitan derechos en el modo como podamos ejercitarlos y disponer de ellos. ¿Qué valor tendría sino el llamado testamento del pobre? Puede haber testamento además sin disposición de bienes, como aquél en que simplemente se revoque un testamento anterior sin agregar ninguna otra disposición de bienes; ahora, para configurar la sucesión legítima o abintestato es preciso que haya disposición de bienes.

En nuestra opinión, y de acuerdo con los precedentes y a lo dispuesto en nuestro ordenamiento legal, el testamento, es un acto de contenido eminentemente patrimonial mediante el cual el testador dispone de su patrimonio en todo o en parte para después de su muerte; constituye una especie dentro del género denominado actos de última voluntad, los relativos al reconocimiento de hijo extramatrimonial, o designación de tutor o curador para el hijo, etc. Sin embargo, la mayoría de las legislaciones por razones de técnica jurídica asumen una fórmula extensiva como nuestro Código Civil.

---

7 DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Derecho Sucesorio*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, 2ª edición actualizada, pp. 253-254.

8 DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Op. cit.*, pp. 257-261.

9 DE DIEGO, Clemente. *Op. cit.*, T. III, pp. 25-26.

Artículo 686.- 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 ésta señala.

Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

Tienen fórmulas análogas los Códigos Civiles de España (artículo 667), Italia (artículo 587), Francia (artículo 895), Argentina (artículo 3607), México (artículo 1295) y Bolivia (artículo 1112).

El título I de la Sección segunda del Libro Tercero del Código Civil de 1936 (artículos 682 a 699) no definió su concepto como sí lo hizo el artículo 651 del Código Civil de 1852: «Por el testamento dispone una persona de sus bienes, acciones y derechos, para cuando haya muerto».

El artículo 686 del vigente Código Civil destaca el derecho que tiene toda persona a disponer por este medio de sus bienes para cuando muera, así como para designar a sus sucesores, pero con dos limitaciones establecidas por la ley. Estas restricciones al ejercicio de su libre voluntad se justifican y derivan de normas legales que son de orden público, es decir, imperativas, invariablemente obligatorias que se imponen de modo absoluto y no pueden ser modificadas por la voluntad privada de ninguna persona, bajo sanción de nulidad.

Estas restricciones legales imperativas son de dos clases: a) de fondo y b) de forma.

- a. De fondo: Son las relativas al derecho legitimario de los herederos forzosos cuando suceden al testador, artículos 723, 724 y 733 del Código Civil.

Artículo 723.- La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

Artículo 724.- Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes y el cónyuge.

Artículo 733.- El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquella, gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.

Por eso, la legítima es intangible cualitativa y cuantitativamente, no pudiendo el testador darle un destino diferente.

- b. De forma: Se refiere a las reglas que el testador debe respetar en el otorgamiento del testamento. Las formalidades del testamento elegido deben

ser rigurosamente respetadas bajo sanción de nulidad, como expresa el artículo 811 del Código Civil:

El testamento es nulo de pleno derecho por defectos de forma, si es infractorio de lo dispuesto en el artículo 695 o, en su caso, de los artículos 696, 699 y 707, salvo lo previsto en el artículo 697.

Resulta interesante señalar la concordancia que guarda este precepto legal con el artículo 144 del mismo cuerpo legal, porque es la primera vez que en la legislación peruana se incorpora un dispositivo tan esclarecedor que permite diferenciar cuándo la formalidad es solemne o simplemente probatoria:

Artículo 144.- Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

Tiene un indudable carácter pedagógico. Concluimos el comentario ratificando que lo propio del testamento es su contenido patrimonial acorde con la naturaleza jurídica del Derecho Sucesorio, pudiendo, sin embargo, de modo excepcional, quedar limitado a actos jurídicos diferentes de naturaleza extrapatrimonial, en cuyo caso, dicho testamento sólo habría servido si se tratase del reconocimiento de un hijo extramatrimonial para facilitar a éste su acceso a la herencia del padre como heredero. Sin embargo, si el testamento contuviera disposiciones no patrimoniales serían verdaderamente de última voluntad, pero en estricto sentido no un testamento. El artículo 686, segunda parte del Código Civil, señala al respecto:

Artículo 686.- [...] Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

### **Testamento y disposiciones exclusivamente extrapatrimoniales**

El testamento puede contener disposiciones exclusivamente extrapatrimoniales aunque el acto se limite a ellas, así lo establece el numeral 686 del Código Civil.

Pérez Lassala destaca los casos más frecuentes que se presentan en la práctica, y que en nuestra legislación serían los siguientes:

- a. **Nombramientos de Tutores y Curadores:** La designación de éstos tiene los requisitos necesarios para formar el contenido autónomo de un testamento. Existe un sujeto especialmente obligado (tutor o curador) y

el sujeto beneficiado (el menor o incapaz), por tanto este nombramiento produce los efectos determinados por la ley (artículos 503 y 572 del Código Civil)

- b. **Desheredación y Revocación:** El testamento por el que se deshereda a un heredero forzoso tiene efecto patrimonial, ya que dispone indirectamente que los bienes del desheredado pasen a persona distinta de aquella (artículo 742 del Código Civil). Lo mismo sucede con el testamento en el que se revoca la desheredación (artículo 753 del Código Civil); y con el testamento que revoca total o parcialmente otro testamento (o varía o deja sin efecto la institución de herederos o legatarios), artículo 798 del Código Civil.
- c. **Reconocimiento de hijos extramatrimoniales:** Cuando se reconoce un hijo extramatrimonial vía testamento se produce un efecto patrimonial debido a que este hijo reconocido ingresa a la sucesión del causante.
- d. **Consejos y recomendaciones sobre sepelio y sepultura:** Los testamentos con contenido ético, moral o religioso como consejos, peticiones, y recomendaciones sobre el sepelio y sepultura constituyen manifestaciones de última voluntad del testador (artículo 686 del Código Civil).

Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES DEL TESTAMENTO

- a. **Es un acto jurídico *sui géneris*.** Implica la manifestación de voluntad expresada por un sujeto capaz con la intención de crear, modificar, transferir o extinguir derechos.

Es *sui géneris* porque sólo con la muerte del testador recién alcanza efectividad, lo cual no quiere decir que antes de su muerte sea un simple proyecto. La muerte del testador no perfecciona el testamento otorgado, el testamento es perfecto desde el momento en que es otorgado y suscrito por su autor con arreglo a las disposiciones legales pertinentes. Es pues un acto jurídico *mortis causa*.

La consecuencia de serlo es que resultan aplicables las reglas específicas propias de la sucesión testamentaria y, complementariamente, las genéricas del acto jurídico y en caso de colisión entre unas y otras, priman las específicas.

Es *sui generis* porque contrariamente a lo que sucede en el acto jurídico entre vivos, se trata del cumplimiento de voluntad de una persona cuando ya ha muerto.

- b. **Es unilateral.** Es obra de la sola voluntad del testador, lo cual resulta suficiente para que pueda producir efectos jurídicos, una vez otorgado. No depende de la voluntad de nadie más. Para su formación basta la sola manifestación del testador. Por lo general es de carácter recepticio porque la declaración va dirigida a personas determinadas en las que el testador hace llamamiento.

Colin y Capitant<sup>10</sup> señalan que «El testamento es obra exclusiva de la voluntad del otorgante, y esta voluntad unilateral basta para hacer a los legatarios acreedores o propietarios a la muerte del otorgante. Además, el testamento es obra de una voluntad rigurosamente personal; es el único acto, con el matrimonio que no admite representación y por eso no se puede testar por mandatario legal ni voluntario.

El testamento debe contener voluntad única. No configura un Contrato, porque éste es, más bien, la expresión plural de voluntades.

Así también, Víctor Hugo Calderón en su obra *Los testamentos privilegiados*<sup>11</sup>, señala que, «[...]En esto se diferencia el testamento de la oferta de contrato, pues, ésta supone la aceptación para que el contrato quede concluido; en el testamento, en cambio, la declaración de voluntad no es oferta, sino que tiene su pleno y total valor en sí», o sea que la sola voluntad del testador es el presupuesto del testamento». No requiere del encuentro con otra voluntad.

Por eso resultan inválidos los testamentos mancomunados conforme el artículo 814 del Código Civil: «Es nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas».

La razón de la unilateralidad y la prohibición de la mancomunidad es la misma: asegurar el pleno ejercicio libre y consciente de la voluntad del testador acorde con la naturaleza y trascendencia de la institución. Si fuera válido, generaría un valor vinculante haciendo imposible su revocabilidad por la sola voluntad de algunos de los testadores mancomunados.

---

10 COLIN, Ambrosio y Henry CAPITANT. *Curso elemental de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Reus S.A., 1927, p. 5.

11 CALDERÓN JARAMILLO, Víctor Hugo. *Los Testamentos privilegiados*. Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Católica Javeriana, 1989, pp. 13-23.

No significa, sin embargo, que dos personas puedan otorgar ante un mismo notario sendos testamentos por separado y sucesivamente, aún cuando eventualmente puedan coincidir las memorias respectivas en todo o en parte porque han sido realizados sin interferencia alguna.

Dos razones justifican su unilateralidad como señala Emilio Valverde: a) La necesidad de preservar la independencia del testador; b) La facultad de revocación que es un derecho irrestricto del testador.

- c. **Revocable.** La unilateralidad permite que el testamento pueda ser modificado total o parcialmente por el propio testador cuantas veces quiera siempre que esté en condiciones legales de hacerlo. Constituye una nota esencial del testamento y así lo expresa el artículo 798 del Código Civil:

El testador tiene el derecho de revocar, en cualquier tiempo, sus disposiciones testamentarias. Toda declaración que haga en contrario carece de valor.

Desde este punto de vista tiene un carácter provisional desde el momento de su otorgamiento hasta que se produzca el fallecimiento, pues mientras tanto puede modificarlo cuantas veces quiera. Pero intrínsecamente el testamento es un acto jurídico perfecto que reúne los requisitos esenciales.

Víctor Hugo Calderón<sup>12</sup> afirma que «La ley ha querido que el testamento sea siempre la última declaración de voluntad del testador y por eso debe ser revocable»; es decir, que puede ser cambiado un testamento por otro, siempre a voluntad del testador cuando quiera hacerlo, con el objeto de configurar siempre su última voluntad.

Esto se explica porque, como señala Fernando Vidal<sup>13</sup>: «La eficacia del testamento depende de la muerte del testador». Nosotros reafirmamos que si bien resulta cierta esta aserción, empero la muerte no es un elemento que perfecciona el testamento sino más bien, la que determina la producción de todos sus efectos jurídicos. Mientras no fallezca el testador puede modificarlo no porque sea provisional, porque no lo es, sino porque su naturaleza determina el nacimiento como acto jurídico cuando fue otorgado. Por eso, además, es que resulta revocable porque no se podría revocar lo que no existe como acto jurídico. No es el testamento un proyecto, es una realidad indiscutible.

Si el testamento contuviera el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, tal reconocimiento sería irrevocable por aplicación del artículo 395

<sup>12</sup> *Ibidem.*

<sup>13</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «El testamento como acto jurídico». En *Libro Homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 515-518.

del Código Civil y aún llegado el caso de la anulación judicial del testamento (que no sea por incapacidad del testador), dicho reconocimiento no saldría afectado, según el artículo 225:

Artículo 225.- No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo.

- d. **Es personalísimo.** Porque es unilateral e indelegable; no cabe la delegación por poder así como tampoco que las disposiciones del testamento puedan ser dejadas al arbitrio de un tercero tal como señala el artículo 690 del Código Civil:

Artículo 690.- Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para testar, ni dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero.

Ninguna forma más fácil y auténtica de expresar su propia voluntad y de consignarla por escrito y con la firma del propio autor. La autenticidad y la espontaneidad con la garantía de haber sido expresada libremente, constituyen la razón de ser de esta exigencia legal.

El artículo 1060 del Código Civil de Colombia señala que la facultad de testar es indelegable.

Al respecto Víctor Hugo Calderón<sup>14</sup> comenta que:

Esto es debido a que el testamento es una manifestación personal de la voluntad del testador, que excluye toda representación, pero esto no impide que en ocasiones el testador busque consejos de terceros con el objeto de que lo ilustren sobre las formalidades o la distribución de sus bienes, sin que en ningún momento esté delegando esta facultad de testar, por cuanto éste dispone su última voluntad con autonomía.

- e. **Solemne.** Las formalidades legales deben ser rigurosamente observadas para garantizar la pureza del acto, su autenticidad y su espontaneidad bajo sanción de nulidad, como ya señalamos anteriormente al citar el artículo 811 del Código Civil.

Rómulo Lanatta<sup>15</sup> indica que:

---

14 CALDERÓN JARAMILLO, Víctor Hugo. *Op. cit.*, pp. 13-23.

15 LANATTA G., Rómulo. *Derecho de Sucesiones*. T. I. Lima: Ed. Desarrollo S.A., 1983, 3ª edición, pp. 17-23.

Se dice que el testamento es un acto solemne, no porque esté rodeado necesariamente de ceremonial alguno, sino porque en derecho se denominan solemnes a aquellos actos jurídicos para cuya validez deben ser cumplidos determinados requisitos de forma, cuya inobservancia determina la nulidad.

Las formalidades genéricas del testamento están señaladas en el artículo 695:

Artículo 695.- Las formalidades de todo testamento son la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, salvo lo dispuesto en el artículo 697. Las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a los de otra.

Estas formalidades son pues:

- Por escrito. En el Código Civil de 1852 se admitió el testamento verbal.
- Fecha de otorgamiento. Para determinar, si hay varios testamentos, cuál fue el último otorgado y para establecer la capacidad legal del autor en esa oportunidad.
- Nombre el testador. Para determinar la identidad del testador.
- La firma, salvo que sea ciego, analfabeto o no pueda firmar, casos en los que se aplicará el numeral 697:

Artículo 697.- Si el testador es ciego o analfabeto, deberá leerse el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es sordo, el testamento será leído en alta voz por él mismo, en el registro del notario.

Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.

La falta de firma sólo puede admitirse por excepción cuando se trata del testamento por escritura pública en los casos que prevé el artículo 697.

Las formalidades propias y específicas de cada clase de testamento están señaladas en los artículos 696, 699 y 707, salvo lo previsto en el artículo 697, cuyo desarrollo se hará al ocuparnos particularmente.

- f. **Es de última voluntad.** Es decir, la que se mantiene invariable por el testador desde el momento del otorgamiento del testamento hasta el de su deceso, porque de lo contrario, no sería de última voluntad, sino de penúltima o antepenúltima voluntad, lo cual de probarse le restaría valor, porque no debe olvidarse que se trata de una sucesión *mortis causa*, y lo que interesa saber es la voluntad de éste al momento de su muerte. La

última voluntad no significa necesariamente que sea la expresada en el momento de la muerte<sup>16</sup>

- g. **Es por causa de muerte.** El testamento como acto jurídico existe desde el mismo momento de su otorgamiento por el testador, pero sólo producirá efectos al momento de su muerte. La muerte no determina el perfeccionamiento del testamento, sólo determina el principio de eficacia del mismo.
- h. **Puede ser declarativo y constitutivo.** Constitutivo, según genere derechos como el de propiedad en caso de legados y la herencia misma, o cuando deshereda. Y declarativo cuando reconoce hijos extramatrimoniales.
- i. **Es un acto principal y autárquico.** La principalidad del acto testamentario radica en la autarquía del testamento; existe por sí solo sin requerir de otros actos. El testamento puede dar contenido a varios actos que, en su conjunto, por estar contenidos en el testamento adquieren su principalidad.
- j. **Es un acto complejo.** La complejidad del acto testamentario radica en la amplia gama de relaciones jurídicas a las que puede dar lugar, sean de naturaleza patrimonial o no patrimonial (artículo 686 del Código Civil) Tratándose de disposiciones de carácter patrimonial, el testamento constituye un acto de liberalidad mediante el cual el testador puede disponer de sus bienes, respetando las limitaciones impuestas por la ley (artículo 733 del Código Civil).  
Y tratándose de disposiciones de carácter extrapatrimonial, el testador podría crear relaciones jurídicas de naturaleza no patrimonial como la institución de curadores o tutores (artículos 503 y 572 del Código Civil).

#### 4. CAPACIDAD PARA TESTAR

Ha sido regulada creando un régimen especial con cierta abstracción del sistema general del Código, pero no debemos olvidar que siendo el testamento un

---

<sup>16</sup> Se debe distinguir el codicilo del testamento que es la declaración de la última voluntad del causante del testamento.

En un proceso no contencioso no se puede declarar la invalidez de un testamento al resolver una oposición, porque requiere de todo un proceso contencioso con demanda, contestación, prueba, sentencia y la intervención del albacea para sostener la validez del testamento. Véase Ejecutoria de Casación 1380-T-97 Junín, 24 de abril de 1998. En GACETA JURÍDICA. *Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial. 2002/2003*. Lima, 2002.

acto jurídico, las normas relativas a la capacidad del testador no pueden contradecir las establecidas en el Libro sobre Acto Jurídico.

En el Derecho Romano el testamento era nulo cuando el testador, aún siendo capaz en el momento que testó, moría en estado de incapacidad. Igualmente, no cabría la invalidación si el testador era incapaz cuando testó, pero dejó de serlo cuando murió.

En la doctrina imperante se exige que el testador tenga capacidad legal al tiempo de testar aunque no la tenga con posterioridad, precisamente porque la validez del acto jurídico exige que los requisitos de capacidad del testador se den en el mismo acto de su otorgamiento.

El artículo 3611 del Código Civil Argentino señala:

La ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, es la que decide de su capacidad o incapacidad para testar.

Nuestro Código Civil no contiene norma legal específica. Creemos que es innecesario porque siendo el testamento un acto jurídico debe regularse por las normas del lugar donde fue otorgado.

Al respecto Colin y Capitant<sup>17</sup> señalan que:

La capacidad es la regla, la incapacidad, la excepción. [...] Las incapacidades para testar las establece el Código en primer término de un modo general, con relación al testamento y no a cada clase de testamento; pero al examinar estas distintas clases alude a incapacidades especiales.

Así también refiriéndose a estas forma de capacidad, Texeira de Freitas<sup>18</sup> dice:

La capacidad de derecho consiste en el grado de aptitud de cada clase de persona para adquirir derechos, o ejercer por sí o por otras personas, actos que no le son prohibidos. La capacidad de hecho consiste en la aptitud de las personas de existencia visible para ejercer por sí los de la vida civil.

Los incapaces en nuestra legislación pueden ser absolutos o relativos, a continuación explicamos cómo se trata este tema en nuestra legislación respecto de la capacidad para testar.

---

17 COLIN, Ambrosio y Henry CAPITANT. *Op. cit.*, 1927, pp. 218-221.

18 VALVERDE, Emilio. *Op.cit.*, p. 323.

## 5. INCAPACIDAD ABSOLUTA

Artículo 687.- Son incapaces de otorgar testamento:

1. Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.
2. Los comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44 incisos 2, 3, 6 y 7.
3. Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto.

Teniendo el Código Civil normas precisas en el Libro Primero, Sección primera, Título V, artículos 42 a 46 sobre capacidad e incapacidad de ejercicio de la persona, parecería innecesario volver a tocarla específicamente en el artículo precedente, pero su justificación la encontramos en el hecho de que dadas las particularidades de la naturaleza del testamento hace que el esquema de la incapacidad absoluta y relativa no resulte adecuado para afrontar el problema, siendo menester un tratamiento casuístico como el que desarrolla el artículo 687, al igual por ejemplo el artículo 591 del Código Civil Italiano.

### a. El inciso 1° del artículo 687

El inciso 1° del artículo 687 guarda coherencia con el artículo 42 del mismo Código acotado porque la capacidad civil plena se adquiere a partir de los 18 años de edad con las excepciones que señala el numeral 46, o sea:

Artículo 46.- La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.

Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.
2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.(\*).

La plena capacidad civil adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste:

---

(\*) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 1 de la Ley N° 27201, publicada el 14-11-99.

Nota: Inicialmente este artículo fue Rectificado por Fe de Erratas publicado el 24-07-84.

Artículo 46.- [...] La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.

**b. Inciso 2 del artículo 687**

El inciso 2º comprende 6 situaciones y se refiere a las señaladas en el artículo 43 incisos 2 y 3; y artículo 44 incisos 2, 3, 6 y 7 del Código Civil.

Son las siguientes:

- **Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.** Se trata de aquellas personas que al tiempo de testar tienen afectada la facultad de raciocinio y de querer con plena libertad de elección. Lanatta citando al Profesor Angel Gustavo Cornejo<sup>19</sup> señala que:

Jurídicamente discernir es actuar con conocimiento de lo que se hace, determinarse a un acto jurídico por un motivo racional y una finalidad útil. Subordinar la conducta y las manifestaciones de la voluntad a las normas morales y a las normas jurídicas. Discernimiento equivale a razonamiento lúcido, recto, verdadero, dentro de los cánones de la lógica, y sólo así vale como antecedente psíquico de la determinación de la voluntad, siendo la fuerza que impulsa y dirige estas determinaciones, para que del acto resulte la obra ponderada de la razón y del querer.

- **Los sordomudos, ciego sordos y ciego mudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.**

Francisco Ferrer<sup>20</sup> dice que:

Es perceptible la incapacidad de testar para los sordomudos que no saben leer ni escribir, aún cuando se asimila a la de los dementes, no responde a la misma causa, pues, en principio, aquéllos tienen capacidad mental. La ley los incapacita porque están impedidos de traducir su voluntad mediante la palabra hablada o escrita, condición esencial para disponer por testamento[...]. Por eso se explica que el Código trate por separado la situación de los enfermos mentales propiamente dichos, y la de los afectados del defecto físico que les impide saber leer y escribir [...]. Hay que distinguir, forzosamente, la situación de ambos, según exista o no sentencia judicial que los declare incapacitados.

---

19 LANATTA G., Rómulo. *Op. cit.*, T. II, 1985, pp. 42-43.

20 FERRER, Francisco. *Cuestiones de Derecho Civil*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1979, pp. 424-426.

- **Los retardados mentales.** Se trata del marcado desequilibrio entre la edad biológica y la mental que los priva del normal uso de la razón y de la voluntad.

Dentro de esta hipótesis están aquellas personas que, por cualquier causa, su desarrollo intelectual no está en relación con su edad. Es decir, cuando la capacidad intelectual de la persona se ha detenido y no ha evolucionado en consonancia con su edad.

- **Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.** Rómulo Lanatta<sup>21</sup>, citando al Profesor García Gerkens, afirma que es un proceso morboso del psiquismo, disturbio orgánico que funciona más o menos permanentemente, caracterizado por el menoscabo, perversión o desorden de las facultades mentales.

Según Carlos Fernández Sessarego<sup>22</sup> «El inciso tercero, bajo la genérica expresión de «deterioro mental» cubre, sin excepción, todas las circunstancias en que la persona presenta anomalías psíquicas que, en alguna medida, limitan el pleno ejercicio de sus actividades normales al impedirle expresar su libre voluntad. Es importante anotar que la incapacidad debe declararse si es que el grado de deterioro mental afecta, o de alguna manera entraba o condiciona, la libre expresión de voluntad de la persona. Es de suponer que, en esta situación, el juez ha de comprobar que la persona no es apta para manejar sus negocios y que, por tanto, necesita de un curador. El grado de *deterioro* puede también determinar el que requiera de cuidado y socorro *permanentes o que sea conveniente proteger* a la colectividad si el incapaz demostrara peligrosidad social».

- **Los ebrios habituales.** Es el caso del llamado *dipsómano* cuyas facultades mentales resultan deterioradas, artículo 687 Inciso 2° del Código Civil. Esta situación produce con mucha frecuencia «psicosis paranoica de celos, *delirium tremens*, *alucinosis* alcohólica».
- **Los toxicómanos.** Tanto en el caso anterior como en éste, el hábito del consumo llega a afectar el uso de la razón. Como en el caso anterior, por igual criterio están incapacitados para otorgar testamento, artículo 682 Inciso 2°.

Se aplica a la persona que ha desarrollado *farmaco-dependencia* severa. El drogadicto presenta «síndromes de abstinencia, psicológica o fisioló-

21 LANATTA G., Rómulo. *Op. cit.*, T. II., 1985, pp. 38-40.

22 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Exposición de Motivos y Comentarios». En REVOREDO Delia. *Código Civil*. T. IV. Lima: Okura Editores, 1985, pp. 129-131.

gica, cuando deja de consumir la droga» y sufre «daño en la salud, variable de acuerdo a la droga».

Una pregunta suscita este desarrollo: ¿Por qué no se encuentran incluidos entre los que no pueden testar los señalados en los incisos 1°, 4°, 5° y 8° del artículo 44 del Código Civil, si son considerados también incapaces relativos? La respuesta es que no están incluidos porque no implican necesariamente anormalidad psíquica o falta de discernimiento o porque implícitamente ya están incluidos, como es el caso del primero de los incisos del artículo 44 según el artículo 687 inciso 1° del Código Civil.

Así los mayores de 16 y menores de 18 años de edad si estuvieran casados o hubieran obtenido título oficial para el ejercicio de una profesión u oficio, podrían legalmente testar según las normas anteriormente analizadas. De no ser así entonces, los incapaces relativos estarán incluidos dentro del grupo de incapaces de testar, por tratarse de personas menores de edad (menores de dieciocho años).

Los pródigos y malos gestores no tienen necesariamente incapacidad mental. Ellos no pueden litigar ni practicar actos que no sean sino de mera administración de su patrimonio sin asentimiento especial del curador (artículos 584, 585, 587 y 591 del Código Civil). Entonces ¿cómo pueden disponer de sus bienes por testamento? La razón es que las prohibiciones están referidas a los actos entre vivos más no cuando han de producir sus efectos después de su muerte, en que pueden llegar a impugnarse judicialmente si vulneran el derecho legitimario de los herederos forzosos.

Cabe recordar que la causa de declaración judicial por prodigalidad o mala gestión se da cuando la persona ha dilapidado o malgastado tal cantidad de su patrimonio que pone en peligro el derecho de esta clase de herederos.

Finalmente, en cuanto a aquellas personas que han sido condenadas a sufrir una pena que lleva anexa la interdicción civil, tampoco están prohibidos de testar con arreglo al artículo 36 del Código Penal, no obstante lo dispuesto por el artículo 687 inciso 7° porque no están impedidos de disponer de sus bienes por causa de muerte; y principalmente porque la pena se extingue con la muerte del imputado, conforme al artículo 78 del Código Penal.

#### c. Artículo 687 inciso 3.-

Son incapaces de otorgar testamento:

(...)

3.- Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto.

Los intervalos de lucidez mental o de razón, son los períodos de tiempo suficientemente prolongados durante los cuales el enfermo tiene discernimiento y actúa de forma normal; por tanto, si el causante al momento de testar lo hizo estando en un período de lucidez, el acto testamentario es válido así después devenga en incapaz, debido a que lo otorgó estando capacitado psicológicamente para hacerlo, en consecuencia, lo que disponga en el testamento es la auténtica manifestación de su voluntad.

## 6. INCAPACIDAD RELATIVA

Artículo 692.- Los analfabetos pueden testar solamente en escritura pública, con las formalidades adicionales indicadas en el artículo 697.

Estas formalidades adicionales, están señaladas en el artículo 697 del Código Civil:

- Deberá leerse el testamento al ciego o analfabeto dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe.
- Si no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario que el testador designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.

En nuestro ordenamiento legal el analfabeto sólo puede otorgar testamento por escritura pública porque no sabe leer, de modo que no puede por sí conocer la conformidad del texto íntegro del testamento con lo que ha declarado. Es por eso que se le permite, por excepción, el empleo de esta clase de testamento por la presencia del notario público de principio a fin del acto, como fedatario público y porque además, cuando el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, tal como expresa el artículo 697.

Artículo 693.- Los ciegos pueden testar sólo por escritura pública, con las formalidades adicionales a que se refiere el artículo 697.

Vale para este caso los mismos fundamentos vertidos para la situación del analfabeto.

Artículo 694.- Los mudos, los sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa, pueden otorgar sólo testamento cerrado u ológrafo.

Estos son los únicos casos de incapacidad relativa no pudiendo ser interpretados extensivamente por analogía, dado que en los enunciados taxativos sólo procede la interpretación restrictiva. El sordo que no se encuentra imposibilitado de hablar no tendría incapacidad relativa.

Esta situación resulta discutible en la legislación comparada; creemos que debería desaparecer de nuestro Código Civil porque estas personas pueden manifestar su voluntad en otras formas diferentes a la expresión oral. Empero, la causa que determinó su incorporación es porque dentro de las formalidades del testamento por escritura pública señala el artículo 696 inciso 6° que

[...] durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique, viendo y oyendo al testador, si el contenido en ella, es la expresión de su voluntad.

## 7. IMPEDIMENTOS DEL NOTARIO Y DE LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS

El artículo 688 del Código Civil regula la nulidad de las disposiciones testamentarias a favor del notario y de los testigos testamentarios, señalando:

Artículo 688.- Son nulas las disposiciones testamentarias en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como en favor de los testigos testamentarios.

Recoge el texto del artículo 29 del Anteproyecto, y reactualiza el artículo 669 del Código Civil de 1936 el cual estuvo mal ubicado, porque refiriéndose específicamente este caso al testamento no podía regularse en la Sección Primera sobre «De la sucesión en general».

Sus antecedentes están en los artículos 754 y 3664 de los Códigos Civiles de España y Argentina, respectivamente.

En el artículo 975 del Código Civil Francés no sólo carecen de efecto las disposiciones testamentarias hechas en provecho del escribano, testigos y de los parientes dentro del cuarto grado, sino que determinan la invalidez de todo el testamento, lo cual es una exageración si existen otras disposiciones diferentes e independientes.

Nuestro Código Civil lo considera como caso de nulidad parcial aunque en propiedad es un caso de incompatibilidad, dado que el notario no puede tener interés extraño al de su propia función, pues le resta imparcialidad. Nada puede apartarlo de su recta función ni obtener indebidas ventajas económicas a

través de sus familiares. Es una obligación moral antes que legal. Lo mismo sucede con el testigo testamentario.

Es un caso de incompatibilidad al que la ley sanciona con la nulidad parcial limitada a aquellas disposiciones que favorezcan al notario público que interviene en el otorgamiento de testamento por escritura pública, o receptionando el testamento cerrado mediante acta formal. También se hace extensiva cuando resulta favorecida por el testador alguna de las otras personas estrechamente vinculadas con él o también cuando son favorecidos los testigos testamentarios.

El notario es un fedatario público que está obligado a desempeñar sus importantes funciones con toda eficiencia, corrección e imparcialidad, de modo que no es propio que obtenga o pueda obtener beneficios económicos diferentes a los que la ley señala por su trabajo, porque le restaría imparcialidad. El notario no puede desempeñar simultáneamente dos labores: funcionario fedatario y legatario. Los intereses estarían contrapuestos. Se hace extensiva la prohibición a sus parientes más cercanos por obvias razones y a los testigos testamentarios porque también les restaría imparcialidad.

El artículo 688 adolece de precisión porque el notario interviene en dos formas diferentes según se trate de la clase de testamento:

- a. El notario interviene directamente de principio a fin en el otorgamiento de testamento por escritura pública (artículo 696 incisos 1 al 8 del Código Civil).
- b. El notario no interviene directamente en el otorgamiento del testamento cerrado. El testador es la única persona que participa activamente en su otorgamiento. Una vez concluida la redacción y firma del testamento cerrado, lo encierra dentro de un sobre y después lo entrega personalmente al notario para su correspondiente autorización (art. 699 y 704 del Código Civil).

Es por eso que al artículo 688 no debe dársele en este extremo una interpretación extensiva, porque tratándose del testamento cerrado el notario no tiene por qué conocer si ha sido beneficiado con un legado. En todo caso, a la muerte del testador podrá hacer renuncia expresa, pero mientras tanto no se puede afectar su línea de imparcialidad ni menos la validez del testamento respecto de esas cláusulas de beneficio.

Además, el artículo 688 alude al notario ante el cual se otorga el testamento. Se refiere pues el testamento por escritura pública. En el testamento cerrado, el testador lo otorga sin intervención de notario ni de testigos. Una vez otorgado y cerrado dentro de un sobre lo entrega al notario, según los

artículos 699 y 700 del Código Civil, para su custodia previa acta de recepción.

Por tanto, el artículo 688 no resulta aplicable al testamento ológrafo, porque el notario no tiene ninguna intervención antes de la muerte del testador, (artículo 707 del Código Civil).

El artículo 668 del Código Civil de 1936 ha sido felizmente suprimido, porque nada justificaba su inclusión. La presunción de malicia por parte del confesor o del médico no podía fundamentar de por sí una norma legal.

La referida norma decía así:

No producen efectos las disposiciones del testador, hechas durante su última enfermedad, en favor de su confesor o ministro de su culto o del médico, que lo hayan asistido en esa enfermedad, ni de los cónyuges y parientes consanguíneos de ellos, dentro del cuarto grado y afines dentro del segundo, a no ser que sean parientes del testador dentro de los referidos grados.

En cuanto a los impedimentos del notario y de los testigos testamentarios, las normas que regulan dichos supuestos están contenidas en los artículos 704, 705 y 706 del Código Civil.

Artículo 704. 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.

Concordante con este precepto legal encontramos el artículo 17 de la Ley de Notarios —Decreto Ley N° 26002 (27-12-92)— se prohíbe al notario autorizar instrumentos públicos cuando interviene su cónyuge, con lo cual se salva el vacío del artículo 704, que no se pronuncia acerca del impedimento extensivo al cónyuge del notario.

Y respecto a los testigos testamentarios:

Artículo 705.- Están impedidos de ser testigos testamentarios:

1. Los que son incapaces de otorgar testamento.
2. Los sordos, los ciegos y los mudos.
3. Los analfabetos.
4. Los herederos y los legatarios en el testamento en que son instituidos y sus cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos.
5. Los que tienen con el testador los vínculos de relación familiar indicados en el inciso anterior.

6. Los acreedores del testador, cuando no pueden justificar su crédito sino con la declaración testamentaria.
7. El cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y los dependientes del notario o de otros notarios.
8. Los cónyuges en un mismo testamento.

Proviene de los artículos 690 y 691 del Código Civil anterior y tiene como antecedente inmediato los artículos 46 y 47 del Anteproyecto.

Siendo tan claros sus textos nos remitimos a los comentarios de expertos en el análisis del artículo 688.

### **Impedimento no notorio del testigo**

Artículo 706.- Al testigo testamentario cuyo impedimento no fuera notorio al tiempo de su intervención, se le tiene como hábil si la opinión común así lo hubiera considerado.

Corresponde al artículo 48 del Anteproyecto. El maestro Lanatta<sup>23</sup> afirma que «Se trata de una importante norma que tiene sus raíces en el Derecho Romano, (*Institutas*, Libro II, Título X, párrafo 7) y en el antiguo Derecho Español (Partida 6<sup>a</sup>. Título 1, Ley 1); que ha sido adoptada y desarrollada por la doctrina francesa, desde los tratadistas clásicos como Demolombe, Marcadé y Troplong, hasta los modernos como Planiol, Ripert y Josserand; y que, asimismo, se aplica en la importante jurisprudencia de ese país». Esta jurisprudencia ha señalado que debe sostenerse la validez del testamento, cuando el error fuese verdaderamente invencible. Para una adecuada interpretación del artículo 706 de nuestro Código Civil sobre este tema es menester considerar:

- a. Que según la opinión común se le tenga a un testigo testamentario inhábil como hábil debido a un error.
- b. Que esa situación de error sea de buena fe y verdaderamente invencible.

No se trata de que el notario y el testador frente a un testigo testamentario lo dispensen de algún impedimento por carecer de trascendencia el defecto en cuestión.

---

23 LANATTA G., Rómulo. *Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil*. Lima: Ed. Desarrollo S.A., 1981, p. 59.

Tratamiento legal similar tiene el artículo 3697 del Código Civil Argentino:

Un testigo incapaz debe ser considerado como capaz, si según la opinión común, fuere tenido como tal.

Aubry y Rau expresan que puede establecerse la capacidad putativa, no sólo por la creencia general, sino por una serie de actos que formen como una posesión de estado. La validez del testamento debe sustentarse, cuando el error fuere verdaderamente invencible.

No es aplicable entonces a las incapacidades que resultan de la edad y del parentesco, sino de circunstancias verdaderamente extraordinarias en que no haya sido posible averiguar la edad o parentesco del testigo.

La capacidad del testigo debe existir al tiempo del otorgamiento del testamento público o de su autorización notarial cuando se trata del cerrado, pudiendo serlo todo aquél a quien la ley no le prohíbe.

## 8. MODALIDADES EN EL TESTAMENTO

El testamento como cualquier acto jurídico puede contener elementos accesorios: condiciones, plazo y cargo. El artículo 689 del Código Civil señala:

Artículo 689.- Las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestos las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley.

El artículo 900 del Código Civil Francés señala:

En toda disposición entre vivos o testamentaria, las condiciones imposibles las contrarias a las leyes o a las costumbres, serán reputadas como no escritas.

El testamento es un acto jurídico siendo por tanto de aplicación las normas legales propias de la sucesión testamentaria, y complementariamente las del acto jurídico. El acto jurídico puede contener elementos accesorios o modalidades como son la condición, plazo y cargo, de modo que nada obsta para que el testador, si lo desea, pueda imponerlas a no ser que:

1. Resulten contrarias a normas imperativas del Derecho Sucesorio; como por ejemplo las relativas al derecho legitimario de los herederos forzosos

respecto del cual no procede la imposición de modalidad alguna, Artículos 723, 733 y 736 del Código Civil.

Artículo 723. - La legítima constituye parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

Artículo 733.- El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquella gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.

Artículo 736. La institución de heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta. Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas.

Cabe una reflexión y una justificación: si el testador carece de libertad para instituir herederos forzosos, porque la ley se lo impone, menos libertad tendrá aún para imponerles modalidades a su institución. Hay que añadir que las normas legales glosadas son de carácter imperativo.

2. Sean contrarios al orden público, a las buenas costumbres o el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Artículo V del Título Preliminar del Código Civil:

Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Artículo 738.- 2º párrafo del Código Civil:

[...] El testador puede imponer tanto a los herederos voluntarios como a los legatarios, condiciones y cargos que no sean contrarios a la ley, a las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

El testador goza de plena libertad para instituir herederos voluntarios sólo cuando carece de herederos forzosos y puede además instituir legatarios, tanto en este último caso como cuando hay herederos forzosos pudiendo afectar en favor de aquellos la cuota de libre disposición.

Esto significa que si la institución de herederos voluntarios y de legatarios depende de su exclusiva voluntad, entonces sí puede imponerles modalidades con las restricciones antes referidas.

3. El testador no puede determinar la fecha de la apertura de su sucesión hereditaria ni delegar la facultad de testar.

Artículo 660.- Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

La transmisión de la herencia opera *ipso iure* en el mismo momento de la muerte del causante porque ha dejado de ser sujeto de derecho. Es una norma legal imperativa de modo que no podría el testador imponer plazos respecto a la oportunidad de la transmisión sucesoria.

Artículo 690.- Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para testar, ni dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero.

Como señalamos anteriormente, el testamento es indelegable por naturaleza; es de los pocos actos en que no tiene cabida la representación, sólo puede otorgar testamento el testador en persona. No puede hacerse por medio de comisario ni dejar las disposiciones al arbitrio de un tercero, tampoco la designación de las porciones en que hayan de suceder los herederos cuando sean instituidos nominalmente.

Esta disposición concuerda con los artículos 696 incisos 1 y 2, 699 incisos 1, 2 y 4, 707, 713 y 717 del Código Civil.

También se encuentran en el artículo 687 inciso 2° del Código Civil de 1936 y artículo 655 del Código Civil de 1852.

**Condición:** Como modalidad del acto jurídico es un hecho futuro e incierto del que se hace depender la eficacia del acto y que como dice el destacado maestro Fernando Vidal, es impuesto arbitrariamente por el testador sólo cuando se trata de herederos voluntarios o de legatarios.

En la condición suspensiva se prevé el supuesto hipotético de un acontecimiento futuro e incierto, hasta cuya realización o no realización estuvo en suspenso todo o parte de los efectos negociables.

En la condición resolutoria si se produce la hipótesis condicionante entonces decae el derecho sucesoral.

Al respecto resulta importante citar los siguientes artículos de nuestro Código Civil:

**Artículo 171.-**

La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto.

La condición resolutoria ilícita y la física y jurídicamente imposible se consideran no puestas.

**Artículo 172.-**

Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

**Artículo 175.-**

Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse.

**Artículo 177.-**

La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario.

**Plazo:** Es un hecho futuro, que al contrario de la condición es cierto, y de él se hace depender la eficacia del acto. Los plazos suspensivos y resolutorios están regulados por el artículo 173.

**Cargo:** Consiste en la imposición de una restricción a la ventaja económica que se adquiere el sujeto favorecido con un acto gratuito o de liberalidad. Es una obligación accesoria pues no constituye una contraprestación, aunque sea exigible como señala Fernando Vidal. Los artículos 187, 188 y 689 del Código Civil lo regulan.

Conviene precisar que tratándose de la institución de herederos voluntarios o de legatarios, la condición o cargo que el testador establezca, hace que estos elementos accesorios del acto jurídico, dejen de ser accesorios para convertirse en parte esencial de la institución porque constituyen causa o motivo de su incorporación.

**CAPÍTULO IX**

**FORMALIDADES DE LOS  
TESTAMENTOS**



## 1. CLASES DE TESTAMENTOS Y LIMITACIONES PARA OTORGARLOS

Las normas pertinentes a tratar sobre este tema son las siguientes:

Artículo 691.- Los testamentos ordinarios son el otorgado en escritura pública, el cerrado y el ológrafo. Los testamentos especiales, permitidos sólo en las circunstancias previstas en este título, son el militar y el marítimo.

Artículo 692.- Los analfabetos pueden testar solamente en escritura pública, con las formalidades adicionales indicadas en el artículo 697.

Artículo 693.- Los ciegos pueden testar sólo por escritura pública, con las formalidades adicionales a que se refiere el artículo 697.

Artículo 694.- Los mudos, los sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa, pueden otorgar sólo testamento cerrado u ológrafo.

Corresponden a los textos casi literales de los artículos 32, 33, 34 y 35 del Anteproyecto. En el Código Civil de 1936, los artículos 682 a 684 se referían únicamente a las personas que podían testar, el caso del mudo ciego y analfabeto cuyos derechos en materia de otorgamiento de testamento están restringidos a determinadas clases de los mismos.

Los cuatro artículos del Código Civil vigente absuelven dos interrogantes:

- a. **Clases de testamentos.** Señala que éstos se dividen en ordinarios (por escritura pública, cerrado o místico o secreto y ológrafo) y especiales (militar, marítimo y aéreo), que difieren de los ordinarios no por su naturaleza, sino únicamente por las circunstancias transitorias en que son otorgados. Tanto es así que éstos se asemejan al testamento ológrafo no en cuanto a que la redacción debe hacerse de puño y letra por su otorgante, sino

porque muerto su otorgante debe seguirse los mismos trámites procesales ante el juez que corresponda para su comprobación y protocolización (arts. 817 y siguientes del Código Procesal Civil). Asimismo, la caducidad se da en los testamentos especiales así como en el ológrafo, lo cual no ocurre con los otros testamentos ordinarios.

**b. Limitados relativamente para otorgar testamento.** Este tema ya ha sido tratado.

- Los analfabetos sólo pueden otorgar testamento por escritura pública y con las formalidades adicionales a que se refiere el artículo 697 (artículo 692 del Código Civil).
- Los ciegos sólo pueden otorgar testamento por escritura pública con las formalidades adicionales del artículo 697 (artículo 693 del Código Civil).
- Los mudos, sordo mudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa pueden otorgar testamento cerrado u ológrafo (artículo 694 del Código Civil).

Muchas veces se ha preguntado por qué los mudos no pueden otorgar testamento por escritura pública: ¿Acaso no podrían presentar por escrito las disposiciones que debe contener su testamento como lo faculta el artículo 696 inciso 2°? ¿Acaso no podrían manifestar su conformidad por medio de la escritura o con movimientos de cabeza? ¿Por qué les está vedado otorgar testamento por escritura pública?

La disposición que lo prohíbe tiene también antecedentes en otras legislaciones como el Código Civil de Argentina en su artículo 3651: «El sordo, el mudo y el sordomudo, no pueden testar por acto público», Código Civil de España, artículo 709 y Código Civil de Francia artículo 979, entre otras legislaciones.

Se afirma que el mudo como el sordomudo tienen limitaciones para expresarse como cualquier persona normal y el testamento escriturario exige posibilidad plena de entendimiento y de comunicación, lo cual no se da en estos casos. No es posible la expresión oral. Además, no debe olvidarse que los requisitos formales contenidos en el artículo 696 son esenciales y su inobservancia conlleva la nulidad *ipso iure* del acto (Artículo 811 del Código Civil). El inciso 6° del artículo 696 expresa «que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad». Eso no sería posible con testadores que presenten las limitaciones señaladas.

De las tres últimas disposiciones transcritas se desprende que así como nuestro Código Civil señala taxativamente los casos de incapacidad absoluta para testar (artículo 687) también prevé los de incapacidad relativa:

- a. Sólo pueden testar por escritura pública: los analfabetos y ciegos (artículos 692 y 693).
- b. Sólo por testamento cerrado u ológrafo: los mudos, sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa (artículo 694).

## 2. FORMALIDADES DE TODO TESTAMENTO

Artículo 695.- Las formalidades de todo testamento son la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su forma, salvo lo dispuesto en el artículo 697. Las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicados a los de otra.

Este artículo reproduce el artículo 36 del Anteproyecto, salvo su segunda parte que por razones de técnica ha sido incorporada al texto del artículo 811, que comprende no sólo lo relacionado con este precepto —695— sino además, con los artículos 696, 699 y 707.

La redacción del artículo 695 es clara y se refiere a los requisitos formales de todo testamento. Su cumplimiento es necesario; si se omiten o se cumplen defectuosamente, el acto es nulo. Sustituye al artículo 685 del Código Civil de 1936 el cual añadía entre sus requisitos el estado civil, nacionalidad y domicilio del testador. Todo ello se ha suprimido porque no constituyen exigencias indispensables para determinar la identidad del testador, que es su razón de ser. Con buen criterio la jurisprudencia nacional estableció, de modo reiterado, que la omisión de ellos no acarreaba necesariamente la nulidad del testamento.

Dentro de las formalidades esenciales, el artículo 695 señala que el testamento debe ser escrito, lo cual es muy necesario; así se asegura la fidelidad de las disposiciones y la comprobación de su existencia mediante el instrumento en que consta. El testamento verbal o nuncupativo, que de modo restrictivo reguló el artículo 663 del Código Civil de 1852, es inconveniente. Decía así:

Las solemnidades del testamento verbal son:

- 1° Que el testador declare su última voluntad delante de cinco testigos, siendo dos o más vecinos del lugar;
- 2° Que sean seis los testigos, si no puede ser habido más de un vecino;
- 3° Que el testador y los testigos estén reunidos en un mismo acto, lugar y tiempo, desde el principio hasta la conclusión del testamento.

Empero, el testamento verbal sólo podía usarse en caso de extrema necesidad (artículo 664 del mismo cuerpo legal), o sea en caso de peligro inminente de muerte.

El testamento verbal resulta peligroso porque pone en riesgo la fidelidad de la manifestación de voluntad del testador quedando supeditada a la buena o mala memoria de los testigos, cuando no a la buena o mala voluntad, por todo lo cual, desapareció de la legislación posterior; el testamento verbal no constituye ninguna garantía para el testador ni para los sucesores.

La fecha de otorgamiento de cualquier testamento comprende el señalamiento de año, mes, día y hora en que se otorga a fin de poder comprobarse, si el caso lo requiera, si el testador se encontraba en estado de capacidad mental y moral para otorgarlo. Pero, además, es importante para establecer la prioridad de fecha entre varios testamentos o de otra cuestión a decidirse sobre la base del momento de su otorgamiento.

Respecto al nombre del testador se refiere a sus nombres de pila y apellidos; así se asegura indubitablemente su identidad.

La firma del testador como expresión de voluntad, resulta también importante como demostración de su total conformidad con el acto y su contenido. Sin embargo, el artículo 695 dice: «salvo lo dispuesto en el artículo 697». O sea que, cabe, por excepción, la dispensa de este requisito, pero sólo cuando se trata del testamento por escritura pública, como resulta de la concordancia con los artículos 692 y 693 del Código Civil acotado cuando el testador no sabe o no puede firmar, en cuyos casos, lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento por el notario que interviene en el acto. Aquí es preciso señalar, como lo hacen otras legislaciones, artículo 603 del Código Civil Italiano, tercer párrafo, por ejemplo, que si el testador no sabe o no puede formar debe declarar la causa de ello y el notario debe mencionar esta declaración antes de la lectura del acto.

El beneficio otorgado por el artículo 697 debe ser extendido también para los testadores que por alguna imposibilidad física no puedan estampar su firma, por ejemplo: los que carecen de manos, brazos, o son paráliticos, etc.

En los Códigos Civiles de Chile y Colombia, artículos 1016 y 1079, respectivamente, entre otros, se señalan estos mismos requisitos generales.

### 3. LA PROTOCOLIZACIÓN NOTARIAL DEL TESTAMENTO

El tema resulta importante en la medida que —salvo el testamento hecho por escritura pública— es necesario en los demás —trátase del testamento cerrado u ológrafo o de los testamentos especiales— de un procedimiento judicial y notarial para que puedan ser ejecutados. El procedimiento judicial es el de comprobación de la autenticidad del testamento como primer paso, y el otro es el de la protocolización con intervención del Notario Público para su culminación con la inscripción en el Registro Público de Testamentos, como señalan los artículos 749 inciso 8 y 817 a 825 del Código Procesal Civil, Ley del Notariado, Decreto Ley N° 26002 y artículo 2039 del Código Civil.

Precisamente el artículo 64 de la ley 26002 señala:

Por la protocolización se incorporan al registro de escrituras públicas los documentos que la ley, resolución judicial o administrativa ordenen.

La protocolización implica entonces el acto de incorporar físicamente al protocolo notarial una escritura matriz (escritura original) u otro documento que requiere esta formalidad, labor que corresponde realizar al notario.

El protocolo notarial contiene los siguientes registros (artículo 37 de Ley del Notariado N° 26002):

- a. Escrituras públicas
- b. Testamentos
- c. Actas de protesto
- d. Actas de transferencia de bienes muebles registrales, y
- e. Otros que la ley determine.

La ley 26662, en su artículo 8, ha incorporado el Registro de Asuntos no contenciosos al referido Protocolo notarial.

Como vemos, la protocolización implica el acto material de incorporar al mismo, ciertos documentos, determinando una colección ordenada de registros sobre la misma materia. Precede un acta notarial solemne que asienta el notario y que en el caso de los testamentos protocolizados «no podrán separarse del registro de escrituras públicas por ningún motivo» (artículo 66 de la aludida ley).

El acta de protocolización notarial debe contener:

- a. Lugar, fecha y nombre del notario
- b. Materia del documento
- c. Nombre de los intervinientes

- d. Número de fojas que conste
- e. Nombre del juez que ordena la protocolización y del secretario cursor y mención de la resolución que ordena la protocolización, con la indicación de estar consentida o ejecutoriada o denominación de la entidad que solicita la protocolización (artículo 65 de la referida ley).

Después de extendida el acta notarial de protocolización, se efectúa la incorporación material de los documentos del expediente judicial al protocolo relativo al registro de escrituras públicas y será agregado al final del tomo donde corre sentada la aludida acta.

El tomo está formado por cada 10 Registros que deben encuadernarse y empastarse dentro del semestre siguiente a su utilización (artículo 4 de la misma ley).

Cada registro se compone de 50 hojas ordenadas correlativamente, según su numeración puede ser llevado de dos maneras:

- a. 25 pliegos: El primer pliego será la primera y la última hoja del registro. Se dispondrán los pliegos unos dentro de otros.
- b. 50 hojas numeradas (artículo 38 de esta ley).

Es importante señalar que la finalidad de la protocolización es la custodia y conservación de estos documentos originales (expedientes en el caso concreto de los testamentos) en el archivo del notario, quien luego podrá expedir copias de los mismos con sujeción a las normas legales pertinentes.

En cuanto a la oportunidad para llegar a la protocolización de un testamento, no existe norma legal de aplicación general que establezca cuándo ha llevarse a cabo la formalización de la protocolización por el notario.

Sólo en el caso del testamento ológrafo existe una disposición legal, el artículo 707 Segundo Párrafo del Código Civil que establece lo siguiente: «Para que produzca efectos, debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador».

Literalmente debería entenderse que la protocolización debe estar concluida antes del plazo máximo del año contado a partir del fallecimiento del testador, lo cual es erróneo. La interpretación *ratio legis* del artículo 707, 2° parte, del Código Civil nos conduce a considerar que la solicitud para la comprobación judicial del testamento ológrafo deberá presentarse en un plazo no mayor al año de fallecido el testador. Esta afirmación cobra sentido no sólo porque es la posición tradicional de nuestro ordenamiento jurídico, como resulta del artículo 694, 2° parte del Código Civil de 1936, sino porque además la expresión que utiliza el Código Civil vigente —artículo 707— cuando hace

empleo del verbo «protocolizar» se usa en un sentido genérico, como el nombre de un proceso orientado a la ejecución del testamento ológrafo previa comprobación que forma parte de una protocolización. Además, es preciso señalar que el plazo del año que la ley establece es para que el derecho de las sucesiones nadie resulte afectado injustificadamente con la demora, pero si la dilación no les es imputable, no resulta justificado se les prive del derecho a hacer valer el testamento. ¿Qué sucedería si el peticionario solicita la comprobación judicial del testamento de su padre, al mes de fallecido éste, y la resolución judicial que declara la autenticidad del mismo es expedida a los tres años de fallecido el testador? Resulta obvio colegir que tal demora no puede perjudicar al peticionario.

Resulta evidente que tal demora no imputable al peticionario no lo puede perjudicar. Por lo demás, como ya señalamos anteriormente, el plazo de este precepto legal es de caducidad, como lo establece el artículo 815 inciso 1° del Código Civil. La doctrina en este tema así lo considera.

#### **4. PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTOS CERRADOS CON INTERVENCIÓN NOTARIAL**

Hasta la dación de la Ley 26662 que concedió a los notarios competencia para intervenir en determinados asuntos no contenciosos como el de comprobación de testamentos, su conocimiento estuvo limitado al Poder Judicial. En efecto, los artículos 749, 750 del Código Civil y artículo 20 de la ley 26662 del Código Procesal Civil establecen que la comprobación de testamento se tramita en proceso no contencioso y que es de competencia de los jueces de Paz Letrados.

A partir de la puesta en vigencia de la Ley 26662 le corresponde intervenir al Notario para este exclusivo caso de testamento cerrado a solicitud de parte interesada, conforme al artículo 5° de esta ley. Es requisito indispensable el consentimiento unánime de los interesados. Si alguno de ellos, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al juez correspondiente bajo responsabilidad (artículo 6 de la Ley 26662).

Según el artículo 7 las protocolizaciones que se efectúen en aplicación de esta ley, se harán en el «Registro de Asuntos no Contenciosos».

## 5. COMPROBACIÓN DE TESTAMENTO CERRADO A CARGO DEL NOTARIO

Sobre esta materia, la Ley 26662 sobre competencia notarial contiene tres temas:

### a. Solicitud (artículo 35)

Se solicita mediante petición escrita que suscribirá:

1. Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal.
2. Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario; y
3. Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor.

### b. Requisitos (artículo 36)

La solicitud incluirá:

1. El nombre del causante
2. Copia certificada de la partida de defunción o de declaración de muerte presunta del testador.
3. Certificación registral de no figurar inscrito otro testamento.
4. Indicación del nombre y dirección de los presuntos herederos.
5. Copia certificada del acta notarial extendida cuando el mismo fue otorgado o, en su defecto, certificación de existencia del testamento emitida por el notario que lo conserve bajo custodia; así como el nombre y domicilio de testigos que intervinieron en la entrega del testamento cerrado.

### c. Medios probatorios

Tratándose de testamento cerrado, sólo se admite como medio probatorio el acta notarial de otorgamiento extendida en el sobre o cubierta. En defecto del acta, y cuando el sobre estuviera deteriorado, son admisibles como medios probatorios, la copias certificadas del acta transcrita del registro del notario, la declaración de los testigos que intervinieron en el acta y el cotejo de la firma o letra del testador.

En conclusión, la protocolización de los testamentos ordinarios, excepto el otorgado por escritura pública que no lo requiere y de los testamentos especiales, constituye un paso necesario para la inscripción del mismo en los Registros Públicos, la que se realiza después de la comprobación por el juez, dentro de un proceso no contencioso de la autenticidad del testamento. Me-

diante un acta notarial, asentada por el notario en el Registro de Escrituras Públicas, queda incorporado físicamente el expediente judicial que se agrega a la parte final del tomo respectivo.

La protocolización tiene por finalidad la custodia y conservación de estos expedientes en el archivo del notario, quien después podrá expedir copias de las mismas, con sujeción a las normas legales pertinentes. Efectuada la protocolización del testamento, le corresponde al notario remitir partes para su respectiva inscripción en los Registros Públicos.



**CAPÍTULO X**

**TESTAMENTO EN ESCRITURA  
PÚBLICA**



## 1. FORMALIDADES ESENCIALES

Al respecto el artículo 696 ordena el cumplimiento de las siguientes formalidades esenciales.

Artículo 696.- Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

1. Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles.
2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.
3. Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.
4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.
5. Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.
6. Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad.
7. Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.
8. Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.

Tiene como antecedente el artículo 687 del Código Civil de 1936 y artículo 658 del Código Civil de 1952. Recoge el texto del artículo 37 del Anteproyecto.

El testamento por escritura pública, o escriturario o abierto o nuncupativo, como también se le denominaba en el Derecho Romano, es el que otorga el testador en presencia de dos testigos hábiles y en un solo acto ante Notario Público quien lo escribe de su puño y letra en su Registro de Escrituras Públicas.

## 2. UNIDAD DEL ACTO

El inciso 1° señala la unidad del acto para lo cual deben estar reunidos de principio a fin el testador, sus dos testigos y el notario; su objeto es asegurar el mantenimiento de las mismas condiciones del testador: su lucidez mental, conocimiento del acto a realizar y ausencia de toda clase de coacción. Todo eso debe constar en el protocolo de escrituras públicas como lo exige el artículo 54° de la Ley del Notariado<sup>1</sup>; si fuera en varios actos habría que estar examinando cada vez al testador y asentando la constancia respectiva. Sólo por excepción, dicho acto puede ser suspendido por cualquier causa, según puntualiza el artículo 698, en cuyo caso se hará constar esta circunstancia y su causa, firmando el testador, si puede hacerlo, los testigos y el notario. Para continuar el testamento deberán estar reunidos nuevamente el testador, el mismo notario y los testigos si pueden ser habidos u otros en caso distinto.

No se debe confundir, sin embargo, la unidad de tiempo con la simultaneidad de las formalidades impuestas por la ley. Un testamento público puede ser elaborado en varios días como lo prevé el artículo 698, siempre que hayan sido cumplidas todas las formalidades legales; es importante dicha unidad no sólo para asegurar el mantenimiento de las mismas condiciones personales del testador en cuanto a su aptitud legal para otorgarlo, sino porque la escritura efectuada por el propio notario debe ser simultánea al dictado por el testador en presencia de los dos testigos, a la lectura y a la firma del testamento.

La previsión del artículo 698 del Código Civil vigente estuvo también contemplada en el Código Civil de 1936. En caso de suspensión del otorgamiento del testamento por escritura pública sólo pueden ser reemplazados los testigos si no son habidos cuando se reanude el acto. La suspensión puede ser motivada por petición del testador o por otras causas diferentes. El notario no podrá contradecir la voluntad del testador porque, si fuera así, el testamento no habría sido libremente otorgado y, por tanto, carecería de valor.

---

<sup>1</sup> Ley del Notariado, Decreto Ley 26002 del 26-12-92, publicado el 27-12-92.

Y ¿cómo se sabrá el momento en que está concluido el testamento por escritura pública?

Los artículos 51, 52, 53, 54, 57, 58 y 59 de la Ley del Notariado responden esta interrogante al señalar:

- 1° Que este testamento no requiere de minuta porque se asienta directamente en el Protocolo Notarial.
- 2° Tiene tres partes:
  - a. Introducción: lugar, fecha de extensión del instrumento, nombre del notario, del testador y de los dos testigos hábiles, libretas electorales, nacionalidad, estado civil y profesión u ocupación de los comparecientes, constancia del examen por parte del notario acerca de si el testador tenía lucidez mental, conocimiento del acto a realizar y ausencia de toda clase de coacción, así como de la habilidad de los testigos.
  - b. Cuerpo: inserción literal de la declaración del testador.
  - c. Conclusión: fe de haberse leído por el notario todo el instrumento en presencia del testador y de los testigos, constancia de las alteraciones, rectificaciones, ampliaciones o supresiones que se hubieran hecho y, finalmente, la suscripción por todos los intervinientes, o sea por el testador y los dos testigos ante el notario público.Finalmente, este tema plantea otros dos problemas:

**¿Qué notarios están impedidos de intervenir?** El artículo 704 del Código Civil señala 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.

Pero incurre en una lamentable omisión al no considerar como impedimento para la actuación del notario, la intervención de su cónyuge. Felizmente, dicha omisión se encuentra salvada por el artículo 17 de la Ley del Notariado 26002 cuando expresa:

Artículo 17.- Está prohibido al notario:

- a. 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 y segundo grado respectivamente.

### ¿Qué clase de testigos testamentarios están impedidos de intervenir?

Artículo 705.- Están impedidos de ser testigos testamentarios:

1. Los que son incapaces de otorgar testamento.
2. Los sordos, los ciegos y los mudos.
3. Los analfabetos.
4. Los herederos y los legatarios en el testamento en que son instituidos y sus cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos.
5. Los que tienen con el testador los vínculos de relación familiar indicados en el inciso anterior.
6. Los acreedores del testador, cuando no pueden justificar su crédito sino con la declaración testamentaria.
7. El cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los dependientes del notario o de otros notarios.
8. Los cónyuges en un mismo testamento.

### 3. MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL TESTADOR

El inciso 2º indica la obligación del testador de expresar por sí mismo su voluntad, lo cual podrá hacerlo de viva voz dictándole al notario o mediante un papel que puede entregarle sin que tal instrumento pueda considerarse como minuta como ya se precisó anteriormente, porque el testamento por escritura no requiere de ello.

Aquel documento sólo servirá para facilitar la manifestación. El artículo 972 del Código Francés tiene disposición similar. También el artículo 3656 del Código Civil Argentino según el cual:

El testador puede dictar el testamento al escribano, o dárselo ya escrito, o sólo darle por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria.

Un caso especial es el testamento en escritura pública otorgado en otro idioma. El Código Civil no trata este tema. Pero se deduce que la redacción del testamento debe ser en idioma castellano. Surgiría aquí entonces un problema, debido a que la Constitución reconoce como lengua oficial o también al quechua y otras lenguas (artículo 48 de la Constitución de 1993). Por consiguiente, ¿cómo podría testar un quechua hablante o un extranjero que desconocen la lengua española?

El Código Civil no dice nada al respecto. Ferrero<sup>1</sup> señala que en los artículos 80 y 90 del anteproyecto, el maestro Calle propuso que «si el testador no pudiese testar sino en idioma extranjero, se requiera la presencia de dos intérpretes que harían la traducción en castellano, y que en tal caso, el testamento se escribiera en los dos idiomas; debiendo los testigos testamentarios entender uno y otro idioma». Esta norma fue tomada del Código Argentino, cuyo art. 3663 señala que «Si el testador no puede testar sino en un idioma extranjero, se requiere la presencia de dos intérpretes que harán la traducción en castellano, y el testamento debe en tal caso escribirse en los dos idiomas. Los testigos deben entender uno y otro idioma».

Debido a las rigurosas formalidades que establece la ley para el testamento en escritura pública (artículo 696), y la sanción de nulidad al incumplimiento de éstas (artículo 811 del Código Civil), creemos que una persona que no hable el idioma castellano no podrá utilizar este testamento, a no ser que el Notario Público interviniente conozca el idioma del testador y pueda certificar su auténtica voluntad.

#### 4. ESCRITURA DE PUÑO Y LETRA DE NOTARIO

El inciso 3° señala la obligación del notario de escribir personalmente de su puño y letra en el Protocolo de escritura pública el testamento que le dicta el testador. Está destinado a garantizar la fidelidad de la manifestación de voluntad del testador, quedando librada a la directa participación del notario. Este texto tiene un mayor desarrollo que en el inciso 3° del artículo 687 del Código Civil de 1936.

#### 5. FIRMA DE NOTARIO, TESTADOR Y TESTIGOS

El inciso 4° fue incorporado por la Comisión Revisora, a fin de asegurar la autenticidad del testamento. Dispone que en cada página, el testador, testigos y notario pongan su firma.

Así también el inciso 8° señala que el acto concluye con la firma de los intervinientes, salvo el caso de excepción previsto por el artículo 697 que ya se comentó. Si el testador muere antes de firmar el testamento, carecerá de todo

---

<sup>1</sup> FERRERO COSTA Augusto. *Derecho de Sucesiones*. Lima: Cultural Cusco S.A, 4ª ed., 1993, p. 366.

valor, aunque lo hubiese empezado a firmar (artículo 3659 del Código Civil Español). Es nulo porque recién concluye el testamento con las firmas de las personas intervinientes, especialmente la del testador.

## 6. VERIFICACIÓN

El inciso 5° tiene como finalidad comprobar si el notario ha escrito con fidelidad la manifestación de voluntad del testador. Esa es precisamente la razón que justifica al artículo 697 al establecer que el testador si es ciego o analfabeto se le leerá el testamento dos veces, una por el Notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Cuando el testador es sordo, el testamento lo leerá el mismo sordo, en alta voz ante el notario para llamar la atención de los testigos, quienes pueden intervenir para mostrar su disconformidad entre lo escrito y lo dictado por el testador, si fuera ese el caso.

El inciso 6° es reiterativo del inciso anterior y persigue, además, que se permita al testador poder ratificar o rectificar algunas de las expresiones leídas. Como la verificación del notario se efectuará viendo y oyendo al testador, no es posible que éste sea mudo.

## 7. CONSTANCIA DE LAS INDICACIONES

El inciso 7° señala la obligación del notario a insertar todas las aclaraciones, ampliaciones o modificaciones que le dicte el testador. Cabe señalar que al notario le corresponde solicitar al testador las aclaraciones que fueran necesarias, mas no hacerle sugerencias o comentario alguno durante el acto, porque restará parcialidad a su función pública.

Es interesante saber el valor de las disposiciones del testador escritas después de su firma. Creemos que esta parte adicional si no lleva la firma de éste, así como la de los dos testigos y el notario carecerá de valor. Creemos justificada esta posición porque sólo la nueva firma del testador avalaría estas disposiciones testamentarias posteriores a la conclusión. Será menester también en dicho caso, la firma del notario interviniente y de los dos testigos por tratarse de un testamento público.

## 8. ENVÍO DE PARTES AL REGISTRO

Después pasará el notario los respectivos Partes al Registro Público de Testamentos de conformidad con el artículo 2039 inciso 1° del Código Civil. Dichos Partes no incluyen el cuerpo del testamento. Los Partes complementarios que contienen el texto íntegro sólo serán remitidos a la muerte del testador, previa presentación al notario de la partida de defunción y de la boleta de manda forzosa que se recaba en la Beneficencia Pública de la localidad y que actualmente tiene un valor de 25 soles. Sin ningún otro trámite judicial o administrativos dicho testamento es ya ejecutable y sus efectos se retrotraerán a la muerte del testador, mientras tanto todos deberán guardar reserva absoluta acerca del acto. El notario, después del acto, entregará un testimonio del mismo únicamente al testador.

Según el artículo 70 de la Ley del Notariado, el notario remitirá al Colegio de Notarios, dentro de los primeros 8 días de cada mes una relación de los testamentos en escritura pública y cerrado en el mes anterior.



# **CASOS JURISPRUDENCIALES**

## **MATERIA REGISTRAL**

**SUCESIÓN TESTAMENTARIA: ACLARACIÓN Y  
AMPLIACIÓN DE TESTAMENTO**

**CONSTITUCIÓN DE USUFRUCTO VITALICIO RESPECTO  
DE BIENES DE PROPIEDAD DE MENORES DE EDAD  
CAUSAL DE REVERSIÓN EN EL ANTICIPO DE LEGÍTIMA**

**TESTAMENTO DISCREPANTE EN LOS NOMBRES DEL  
TESTADOR**



## **MATERIA REGISTRAL: SUCESIÓN TESTAMENTARIA: ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN DE TESTAMENTO**

### **CASO N° 16**

### **RES N° 329-96-ORLC/TR**

#### **Sumilla del autor:**

No procede la aclaración y ampliación de testamento, cuando con ello se pretende nombrar un heredero sustituto, existiendo herederos forzosos que ya han ejercido sus derechos, con arreglo a ley sobre determinados bienes inmuebles, dado que estos tienen vocación hereditaria, aún cuando el testador no los instituya en su testamento, salvo los casos de indignidad y desheredación, correspondiendo por tanto a las instancias judiciales, dilucidar los derechos hereditarios que pudiera tener el sustituto respecto a la voluntad del testador.

#### **Antecedentes:**

Don José Alberto Rey de Castro Dorich otorgó testamento por escritura pública de 20 de octubre de 1984, ante el notario Dr. Elvito Rodríguez Domínguez y en él instituyó como único y universal heredero de todos sus bienes, acciones y derechos, a su hijo don Joseph Peter Rey de Castro Mc Grath, tal como aparece de la cláusula sexta.

En la cláusula séptima el causante declaró no tener noticias de su antes mencionado hijo desde hacía 40 años, por lo que era su voluntad, que a partir de la fecha de su fallecimiento, otorgar el plazo de un año para que su referido hijo reclamara sus legítimos derechos hereditarios otorgados por testamento en caso de haber fallecido éste y si no se apersonara a reclamar sus derechos dentro de ese término, instituíó como única y universal heredera de todos sus bienes, acciones y derechos habidos y por haber a doña Denis Maquet Makedonski Francesqui viuda de Juárez a quien también dejó una cuota de su patrimonio dentro del tercio de libre disposición.

Que a la muerte del testador y vencido el plazo señalado en el testamento el Dr. Rodolfo Samamé Morante solicita al Registro de Personas Naturales, aclaración y ampliación del asiento de inscripción del testamento otorgado por don José Alberto Rey de Castro Dorich, inscrito en la ficha N°12133 del Registro de Testamentos de Lima, a fin de que sea declarada como única here-

dera de éste, doña Elizabeth Maquet Makedonski Francesqui viuda de Juárez, como heredera única de aquél.

La Registradora del Registro de Personas Naturales, Dra. Liliana Bernuy Guerrero, denegó la inscripción por dos razones:

1. Porque el artículo 736 del Código Civil dispone que la institución del heredero forzoso debe hacerse en forma simple y absoluta, y que las modalidades impuestas se tienen por no puestas, y
2. Porque el artículo 2013 del mismo establece una presunción de legitimación respecto del contenido de las inscripciones de modo que se deben tomar como ciertas y producen todos sus efectos, mientras no se rectifique o declare judicialmente su invalidez.

Apelada la resolución denegatoria fue confirmada por el Tribunal Registral.

### **Comentario:**

El heredero forzoso es instituido de modo simple y absoluto no procediendo por tanto la institución con modalidades, las cuales en todo caso se tendrán por no puestas, como señala el artículo 736 del Código Civil. Se explica porque el heredero forzoso es instituido no por voluntad del testador sino por disposición legal de carácter público (artículos 723, 724 y 733). Si esta institución de herederos no depende de la voluntad del testador, menos podrá imponerle modalidades. Sólo puede establecer modalidades a los herederos voluntarios y legatarios porque son instituidos por propia voluntad (artículo 738, 2ª Parte).

Por eso no procede la aclaración y ampliación de testamento si por este medio se pretende nombrar un heredero sustituto respecto de un heredero forzoso instituido testamentariamente independientemente de que éste en su oportunidad haya o no ejercitado sus derechos sucesorios. Sólo procede la sustitución respecto de los herederos voluntarios y legatarios como precisa el artículo 740 del mismo cuerpo legal.

El heredero forzoso sólo puede ser privado de su derecho legitimario en los casos de declaración de indignidad o de desheredación, según el artículo 733, cuyo efecto sólo alcanza al mismo heredero, más no necesariamente a sus descendientes, si los tiene; ellos pueden recibir su cuota hereditaria por representación sucesoria. Si no los hay, corresponderá a los demás coherederos del afectado con la privación, por derecho de acrecencia. A falta de herederos testamentarios o legales corresponderá la herencia al Estado (artículo 830).

La capacidad de disposición del testador no es absoluta. Está limitada por la forma y por el fondo, como antes se señaló.

Por la forma, porque sólo puede testar empleando las clases de testamento que la ley establece, debiendo cumplir todas y cada una de las formalidades generales y especiales establecidas por la ley para la clase de testamento que hubiera escogido.

Limitada también por el fondo, puesto que una ley de orden público protectora de la familia lo obliga a reservar la legítima para los herederos forzosos bajo sanción de nulidad.

Los artículos 733 y 736 del Código actual establecen también restricciones a la voluntad del testador cuando tiene herederos forzosos siguiendo así la línea establecida por los artículos 705 y 706 del Código Civil de 1936 que corresponde a la doctrina imperante.

A lo anterior se añade el hecho de que en la cláusula quinta del testamento, el testador señala como bien de su propiedad el ubicado en Malecón Armendáriz N°125, Miraflores, se encuentra inscrito a fojas 187 del tomo 94-B del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, desprendiéndose del asiento 6, que don Joseph Peter Rey de Castro Mc Grath adquirió los derechos y acciones que en el citado inmueble correspondían a su padre Don José Alberto Rey de Castro Dorich, en virtud del testamento que este último otorgara, tal como consta del título archiva 10587 del 26 de mayo de 1986, coligiéndose así, que al haberse producido esta transferencia de dominio en el Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, el heredero forzoso ha ejercido sus derechos con arreglo a ley y a las disposiciones testamentarias.

El testador al instituir heredero forzoso no puede tampoco establecer plazo alguno para el reclamo de los derechos hereditarios porque esta institución de heredero forzoso no depende de su voluntad.

Cabe precisar que la solicitud de ampliación de testamento debe efectuarse por la oficina del Diario previo pago de los derechos correspondientes.

## **RES. N° 329-96-ORLC/TR**

Lima, 20 de septiembre de 1996

**VISTA**, la apelación interpuesta por don RODOLFO SAMAMÉ MORANTE (Hoja de Trámite Documentario N°12627 de fecha 2 de julio de 1996), contra la observación de la Registradora del Registro de Personas Naturales, Dra. Liliana Bernuy Guerrero, a la solicitud de aclaración y ampliación del asiento de inscripción de testamento presentada mediante Hoja de Trámite Documentario N°11424 del 13.06.96. La Registradora denegó la inscripción solicitada por cuanto: «1) En el artículo 736° del Código Civil se

estipula que la institución del heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta y que las modalidades impuestas se tienen por no puestas. 2) Por otro lado, en el artículo 2013° también del Código Civil, se estipula que existe una presunción respecto del contenido de las inscripciones, que se toman como ciertas y que producen todos sus efectos, mientras no se rectifique o declare judicialmente su invalidez. Asimismo se deja constancia que toda solicitud de Ampliación de Testamento se efectuará por la Oficina del Diario previo pago de los derechos correspondientes», y;

### **CONSIDERANDO:**

Que, mediante el presente título, el apelante solicita la Aclaración y Ampliación del asiento de inscripción del testamento otorgado por don José Alberto Rey de Castro Dorich inscrito en la Ficha N°12133 del Registro de Testamentos de Lima, pedido que se efectúa, por el señor abogado Dr. Rodolfo Samamé Morante, a fin de que a Elizabeth Maquet Madedonski Francesque viuda de Juárez se la declare como única heredera de José Alberto Rey de Castro Dorich;

Que, revisada la aludida partida registral y los títulos archivados N°28316 del 29 de octubre de 1984 y el 0918831 del 26 de Junio de 1985 se desprende que don José Alberto Rey de Castro Dorich, otorgó testamento por escritura pública el 20 de octubre de 1984, ante el notario Dr. Elvito Rodríguez Domínguez, instituyendo como único y universal heredero de todos sus bienes, acciones y derechos, habidos y por haber a su hijo Joseph Peter Rey de Castro Mc. Grath. Tal como se desprende de la cláusula sexta del testamento;

Que, consta de la cláusula séptima del aludido testamento, que el causante declaró no tener noticias de su antes mencionado hijo, desde hacía 40 años, por lo que era su voluntad que a partir de la fecha de su fallecimiento, otorgar el plazo de 1 año para que su referido hijo reclamara sus legítimos derechos que le otorgó en testamento y en caso de haber fallecido éste y no se apersonara a reclamar sus derechos dentro de ese término, instituía como única y universal heredera de todos sus bienes acciones y derechos habidos y por haber a doña Denis Maquet Makedonski Francesqui Vda. De Juárez, a quien también dejó una cuota de su patrimonio dentro del tercio de libre disposición;

Que, por tanto, el contenido de la inscripción efectuada en la ficha N°12133 refleja lo vertido en el título que le dio mérito y se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez, conforme al artículo N°2013 del Código Civil;

Que, el testamento es un acto jurídico en virtud el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes y derechos para después de su muerte,

instituyendo sucesores a título universal o particular, definiendo así, entre ellos, el destino de su patrimonio;

Que, sin embargo, la capacidad de disposición del testador está restringida por una institución imperativa y protectora de la familia denominada Legítima, constituida por la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos;

Que, el artículo 705° del anterior Código Civil vigente a la fecha del otorgamiento del testamento prescribía que sobre la legítima no podía el testador imponer gravamen, modalidad ni sustitución de ninguna especie, disposición similar reproducida en los artículos 733° y 736° del Código Civil vigente en cuanto señalan que el testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinado por la Ley ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad ni sustitución alguna, y la institución de herederos se hará en forma simple y absoluta y las modalidades que imponga el testador se tendrá por no puestas;

Que, el derogado cuerpo legal establecía en el artículo 706° que se podía nombrar heredero o legatario sustituto, para el caso de que el instituido muriera antes que el testador o no aceptara o renunciara a la herencia o el legado, entendiéndose de las normas de la sección segunda y de la doctrina que la sustitución sólo opera para la herencia voluntaria y el legado, dado que no cabe nombrar herederos sustitutos cuando hay herederos forzosos, porque éstos tienen vocación hereditaria aún cuando el testador no los instituya en su testamento, a no ser que hubiera sido desheredados por causa justa<sup>2</sup>, precisión que se ha efectuado en el artículo 740° del Código Civil actual;

Que, adicionalmente, es de verse en la cláusula quinta del testamento que el testador señala como bien de su propiedad el ubicado en Malecón Armendariz N°125, Miraflores, el mismo que efectuada la búsqueda correspondiente se encuentra inscrito a fojas 187 e del tomo 94-B del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, desprendiéndose del asiento 6, que don Joseph Peter Rey de Castro Mc. Grath adquirió los derechos y acciones que en el citado inmueble le correspondían a su padre don José Alberto Rey de Castro Dorich, en virtud del testamento que este último otorgara, tal como consta del título archivado 10587 del 26 de mayo de 1986, coligiéndose así que al haberse producido esta transferencia de dominio en el Registro de la Propiedad Inmueble, el heredero forzoso ha ejercido sus derechos con arreglo a Ley y a las disposiciones testamentarias;

---

<sup>2</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Derecho de las Sucesiones*. Lima: Editorial Imprenta Amauta S.A., 1975.

Que, consecuentemente amparar la aclaración y ampliación solicitada implica contravenir las normas imperativas del Derecho de Sucesiones antes glosadas correspondiendo en todo caso, a las instancias judiciales dilucidar los derechos hereditarios que doña Denis Elizabeth Maquet Makedonski pudiera tener respecto de la última voluntad de don José Alberto Rey de Castro Dorich, y;

Estando a lo acordado;

**SE RESUELVE:**

**Confirmar** la denegatoria de la aclaración y ampliación formulada por la Registradora del Registro de Personas Naturales, a la solicitud referida en la parte expositiva por los considerandos expuestos en la presente Resolución.

**REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-** (FDO.) DRA. MARTHA SILVA DÍAZ. PRESIDENTA DEL TRIBUNAL REGISTRAL. - DRA. ELENA VÁSQUEZ TORRES, VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL. - DR. WALTER POMA MORALES, VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

## **MATERIA REGISTRAL: CONSTITUCIÓN DE USUFRUCTO VITALICIO RESPECTO DE BIENES DE PROPIEDAD DE MENORES DE EDAD - CAUSAL DE REVERSIÓN EN EL ANTICIPO DE LEGÍTIMA**

### **CASO N° 17**

#### **RES. N° 243-2000-ORLC/TR**

#### **Sumilla del autor:**

Es indispensable la autorización judicial para la constitución del usufructo vitalicio a favor de los padres respecto de un inmueble de propiedad de los hijos menores de edad, por cuanto dicho supuesto no se encuadra dentro de los alcances del artículo 423 inciso 8 del Código Civil, referido al usufructo legal que se otorga a los padres respecto de los bienes de los hijos, de conformidad con el artículo 447 del citado cuerpo de leyes.

Asimismo, al no haberse establecido por la ley, las causales por las cuales opera la reversión a favor del donante, no existe en consecuencia, ningún impedimento para que las partes contratantes puedan, en virtud a la autonomía privada, establecer que la reversión dependerá de la ocurrencia de una condición o un plazo determinados, según se desprende del artículo 1631° del Código Civil.

#### **Antecedentes:**

Con fecha 22 de septiembre de 1999 los esposos Orlando Juan Luis Cerrutti Buendía y María Luisa Buendía Benavides por escritura pública otorgaron anticipo de legítima sin dispensa de colación a favor de sus menores hijos Daniel Cerrutti Buendía y Manuel Cerrutti Buendía en un porcentaje del 50 por ciento para cada uno respecto del predio denominado Chalet B, frente a la calle Valle Riestra N° 825-831-839, Urbanización Santa Mónica del distrito de San Isidro, Lima, inscribiéndose el dominio a favor de los menores hijos en el Registro de la Propiedad Inmueble de Lima.

En mérito al título archivado N°167025 del 12 de octubre de 1999 se solicita la inscripción de una cláusula de reversión y de constitución de usufructo vitalicio en el contrato de anticipo de legítima, dando lugar a que el Registrador del Regis-

tro de la Propiedad Inmueble de Lima la deniegue por no haberse dado cumplimiento al requisito de la previa autorización judicial que exige el artículo 447 del Código Civil porque el acto jurídico se encuentra condicionado.

La Primera Sala del Tribunal Registral confirmó la observación efectuada.

### **Comentario:**

Por el usufructo vitalicio constituido por los padres anticipantes, se mantiene vigente mientras viva cualquiera de ellos y los faculta para usar, arrendar y disfrutar del bien transferido durante el tiempo de vida sin ninguna reserva ni limitación, artículo 999 del Código Civil.

El usufructo es un derecho real y debe recaer sobre cosa ajena necesariamente, porque importa un desdoblamiento de los derechos de propiedad. No puede constituirse sobre bien propio porque en tal caso, se produciría la consolidación en la misma persona de todos los derechos con lo que desaparecerá el usufructo.

El presente caso no tipifica pues la transferencia a título gratuito de la «nuda propiedad», ni puede aducirse válidamente que el usufructo fue constituido simultáneamente a la celebración del anticipo de legítima, para llegar a la conclusión equivocada que quienes constituyen el derecho real son los padres anticipantes y no los beneficiarios, quienes aún no eran propietarios del bien.

La constitución de esta garantía real presupone, a la luz del concepto doctrinario y de la cláusula segunda del contrato —que convierte en propietarios a los beneficiarios—, que son los menores hijos como verdaderos propietarios, los que otorgan el derecho de usufructo a favor de sus padres. Recién en la cláusula séptima del mismo se constituye el usufructo.

El artículo 447 del Código Civil señala que los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos menores ni contraer en nombre de ellos, obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial que en el presente caso no fue cumplido.

Conforme al inciso 8° del artículo 423 del Código Civil los padres que ejercen la patria potestad tienen derecho al usufructo de los bienes de sus hijos, pero tiene vigencia sólo mientras la ejerciten, o sea hasta que los hijos sean menores de edad. No es por tanto vitalicio, siendo del caso evadir que este derecho es impuesto por la ley y no por voluntad de los contratantes.

El acto jurídico sujeto a condición requiere previamente la autorización judicial, según el artículo 448 inciso 9 del Código Civil, porque establece una carga o cargo impuesto al beneficiario sobre un bien de su propiedad, no pudiendo extenderse esta exigencia, al supuesto en que los padres acepten liberalidades a favor de sus menores hijos, cuando el bien materia del acto gratuito está sujeto a un gravamen. En este ejemplo no es menester tal autorización.

El artículo 1631 del Código Civil establece la reversión sólo a favor del donante. La reversión no implica una revocación porque aquella se establece por un acto bilateral, mientras que éste por la sola voluntad del donante. Aquella se resuelve por sobrevenir un acontecimiento determinado diferente de una decisión adoptable por el donante. La reversión restringe la subsistencia y continuación de una donación efectuada, y no constituye una cláusula natural del contrato de donación sino que tiene que estar expresamente pactada.

Nuestro Código Civil no contiene las causales de reversión a favor del donante y por tanto se puede concluir que las partes contratantes, basándose en el principio de la autonomía de la voluntad, pueden establecer las condiciones o plazos que pueden ocasionarla.

Los anticipos de herencia de un bien inmueble importan una donación y para su validez es necesario hacerse por escritura pública con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario bajo sanción de nulidad, artículo 1625 del Código Civil.

En el presente caso cuando los padres conceden un anticipo de herencia a favor de sus menores hijos intervienen con dos títulos: el primero, por derecho propio como anticipantes; y el segundo, en representación de sus hijos por ser titulares de la patria potestad quienes en nombre de éstos, lo aceptan no requiriéndose manifestación expresa porque la directa intervención de los poderes para la formalización del contrato, lo hace suficiente, artículos 43 y 419 del Código Civil.

Resultan también aplicables el primer párrafo del artículo 2011, artículo IV del Título Preliminar del Código Civil y artículos 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos.

---

\* Tomado de: REGISTROS PÚBLICOS DE LIMA Y CALLAO, *Jurisprudencia Registral*. Vol. XI, tomo I, julio a diciembre de 2000 - Lima, 2001, pp. 386-390.

**RES.N N° 243-2000-ORLC/TR\***

Lima, 11 de agosto de 2000

**VISTO**, el recurso de apelación interpuesto por ORLANDO JUAN LUIS CERRUTI, mediante Hoja de Trámite Documentario N° 00005946 del 11 de febrero de 2000, contra la observación formulada por el registrador del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, Dr. Manuel Edmundo Mejía Zamalloa, a la solicitud de inscripción de CLÁUSULA DE REVERSIÓN Y CONSTITUCIÓN DE USUFRUCTO en mérito a partes notariales. El título se presentó el día 04 de enero de 2000 bajo el N° 00000244. El Registrador denegó la inscripción por cuanto: «Se reitera la observación anterior en los mismos términos: No procede lo solicitado por cuanto de conformidad con el artículo 447 del Código Civil, los padres necesitan autorización judicial para enajenar y/o gravar los bienes de los hijos menores. Se deja constancia que la Resolución N° 329-99-ORLC/TR del 03-12-99 precisamente respalda este concepto, por lo cual señala que cuando el acto se encuentre condicionado, sí se requiere de autorización judicial, y no cuando opere sobre el bien (vigésimo considerando). En tal sentido, no procede la inscripción del Pacto de Reversión y el Usufructo sin autorización judicial previa. Lima, 28-01-2000». Con el informe oral del Dr. Moisés Arata Solís e interviniendo como vocal ponente el Dr. Fernando Tarazona Alvarado; y,

**CONSIDERANDO:**

Que, el título materia de alzada solicita como actos a inscribir la constitución del derecho de usufructo y la cláusula de reversión, en el contrato de anticipo de legítima que celebró la sociedad conyugal conformada por el Señor Orlando Juan Luis Cerrutti Buendía y María Luisa Buendía Benavides a favor de sus hijos Daniel Cerrutti Buendía y Manuel Cerrutti Buendía, en mérito al título archivado N° 167025 del 12 de octubre de 1999, respecto del predio denominado Chalet B frente a la Calle Valle Riestra N° 825-831-839 Urb. Santa Mónica del distrito de San Isidro inscrito en la P.E. N° 07042660 (continuación del tomo 920 folio 107-110, folio 186-188 y 204) del Registro de Propiedad Inmueble de Lima;

Que, en el asiento C000001 de la citada partida registral aparece inscrito el dominio a favor de Daniel Cerrutti Buendía y Manuel Cerrutti Buendía, quienes adquieren el derecho de propiedad en un porcentaje de 50% para cada uno, en virtud del anticipo de legítima sin dispensa de colación, efectuado por sus padres en su favor, según consta de la escritura pública del 22 de sep-

tiembre de 1999 extendida ante notario Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán, inscripción que se realizó en mérito al título archivado N° 167025 del 12 de octubre de 1999;

Que, en el citado título archivado obra inserto el parte notarial de la escritura pública de anticipo de legítima, desprendiéndose de su cláusula segunda que Orlando Juan Luis Cerrutti Buendía y su cónyuge María Luisa Buendía Benavides transfieren a favor de sus menores hijos Daniel Cerrutti Buendía y Manuel Cerrutti Buendía el 50% de acciones y derechos, para cada uno, del inmueble inscrito en la P.E.N° 07042660, valorizado en US\$ 220,000.00 dólares americanos, estableciéndose expresamente en la cláusula quinta, el derecho de reversión a favor de los otorgantes, que operará el día 1 de enero del año 2020. Asimismo, en la cláusula sexta se señaló que la reversión referida en la anterior cláusula se aplicará también, respecto de la cuota del 50% de derechos y acciones transferidos a cada uno de los beneficiarios en los siguientes casos: a) cuando el beneficiario contraiga matrimonio; o b) cuando el beneficiario tenga un hijo; indicándose que la ocurrencia de estos dos eventos generará automáticamente, la reversión a los otorgantes de la cuota del beneficiario que hubiese incurrido en cualquiera de los hechos señalados, sin perjuicio de lo estipulado en la cláusula anterior:

Que, asimismo, cabe agregar que en la cláusula sétima de la escritura pública, aparece la constitución del derecho real de usufructo a favor de los otorgantes, el cual se mantendrá vigente mientras viva cualquiera de ellos. En virtud del usufructo constituido, los anticipantes podrán usar, arrendar y disfrutar el bien transferido, durante el tiempo de vida, sin ninguna reserva ni limitación;

Que, cabe mencionar que en la escritura pública interviene el señor Orlando Juan Luis Cerrutti Buendía y su cónyuge María Luisa Buendía Benavides, por derecho propio y en representación de sus hijos Daniel Cerrutti Buendía y Manuel Cerrutti Buendía por ser estos últimos, menores de edad, y al ser incapaces absolutos, conforme al artículo 43 inciso a) del Código Civil, le corresponde a los padres la representación legal de aquellos, la cual se ejercerá conjuntamente por el padre y la madre acorde a lo previsto en el artículo 419 del citado cuerpo de leyes;

Que, el anticipo de legítima se encuentra regulado en el artículo 831 del Código Civil que establece que 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;

Que, en este sentido, al constituir el anticipo de legítima un acto de atribución patrimonial a título gratuito que celebra una persona a favor de sus

herederos forzosos; y, en este sentido y dado que dicha liberalidad tiene por finalidad transferir la propiedad de un bien determinado, éste no es sino una donación, en los términos del artículo 1621 del Código Civil, con la particularidad de que el donatario (anticipado) siempre será heredero forzoso del donante (anticipante), por lo que el anticipo de legítima se encontrará sujeto a los mismos requisitos de validez de la donación y a las disposiciones establecidas en el referido contrato;

Que, el registrador público observó el título por cuanto de acuerdo a lo establecido en el artículo 447 del Código Civil, los padres requieren la autorización judicial para enajenar y/o gravar los bienes de los hijos menores de edad;

Que, tal como se ha expresado, en la escritura pública de anticipo de legítima se constituyó derecho real de usufructo vitalicio en favor de los padres (anticipantes), según aparece de la cláusula séptima del precitado documento;

Que, de acuerdo al artículo 999 del Código Civil, el usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno, pudiendo recaer sobre toda clase de bienes no consumibles;

Que, el apelante manifiesta la procedencia de la inscripción del usufructo, en razón de que la transferencia a título gratuito en favor de los menores estaba circunscrita a la «nuda propiedad», de manera que el usufructo se constituyó de manera simultánea a la celebración del anticipo de legítima, resultando que quienes constituyen el derecho real son los anticipantes y no los beneficiarios, quienes aún no eran propietarios del bien;

Que, al respecto cabe referirse a lo expresado por Eledoro Romero Romaña al definir los caracteres jurídicos del usufructo<sup>2</sup>, «[...] 1° Es un derecho real porque establece una relación directa entre la persona y la cosa, que se puede oponer a todo el mundo. Constituye una desmembración del derecho de propiedad, que concede un derecho efectivo sobre la cosa [...]. 2° Concede el derecho de uso y goce de la cosa con un carácter temporal. Consiste en usar y gozar del bien, aprovechando en forma amplia, ejercitar todos los atributos del derecho de propiedad, pero con un carácter transitorio, bien por la vida de una persona o bien por un plazo determinado. 3° Debe recaer sobre cosas ajenas. Esto es indispensable, porque estamos viendo que constituye un desdoblamiento de los derechos de propiedad. No podría concebirse sobre un bien propio; si tal ocurriera se produciría la consolidación en la misma persona de todos los derechos, o sea un caso perfecto de propiedad, con lo que desaparecería el usufructo; y 4°

---

2 Autor citado por AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Derechos Reales*. Materiales de Enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, 2° ed., p. 224.

Conservación de la sustancia; condición que hoy día se admite sólo en principio y no en todos los casos y que significa que no hay el derecho de modificar sustancialmente el bien [...].».

Que, sin embargo, de la lectura del documento público se colige que el señor Orlando Juan Luis Cerrutti Buendía y su cónyuge María Luisa Buendía Benavides se obligaron a transferir vía anticipo de legítima a favor de sus menores hijos Daniel Cerrutti Buendía y Manuel Cerrutti Buendía, el predio inscrito en la P.E.N.Q. 07042660 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, voluntad que se plasmó en la cláusula segunda de la escritura pública; en consecuencia, éstos últimos en mérito a la liberalidad celebrada, se convirtieron en propietarios del citado bien, acorde con lo establecido en el artículo 949 del Código Civil, según el cual, «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario» de lo que se desprende que los beneficiarios son lo que otorgan el derecho de usufructo por cuanto ellos adquirieron la propiedad del inmueble, acorde con lo mencionado precedentemente;

Que a mayor abundamiento cabe señalar que con relación a la forma que debe guardarse en la celebración de estos actos jurídicos el artículo 1621 del Código Civil establece que por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien y el artículo 1625 del citado cuerpo de leyes señala que la donación de bienes inmuebles debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad, coligiéndose que el legislador estableció una formalidad *ad solemnitatem* para la celebración de este acto jurídico, que consiste en el otorgamiento de la escritura pública en la que concurren ambas voluntades, la del donante que se obliga a transferir la propiedad de un bien y la del donatario que se traduce en la aceptación de la liberalidad, acorde con lo establecido en el artículo 1351 del Código Civil que señala que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial y el artículo 1352 según el cual, los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

Que conforme al artículo 447 del Código Civil, los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos ni contraer en nombre de ellos, obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial;

Que de la cláusula séptima de la escritura pública de anticipo de legítima se desprende que los otorgantes constituyen a su favor, derecho de usufructo

sobre el inmueble materia del anticipo, de lo que se desprende que este acto ocurrió en forma posterior a la transferencia de propiedad aludida en la cláusula segunda del mismo instrumento.

Que, asimismo, cabe indicar que el inciso 8 del artículo 423 del Código Civil establece que son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad usufructuar los bienes de sus hijos.

Que de lo expuesto en los considerandos precedentes se desprende que los padres, al tener la patria potestad sobre sus menores hijos, tienen derecho a usufructuar el inmueble materia del anticipo de legítima, sin necesidad de que se pacte ello, en razón a que el derecho de usufructo viene impuesto por la ley;

Que se colige, por lo tanto, que dicho usufructo legal va a subsistir mientras los padres ejerzan la patria potestad, es decir, mientras dure la minoridad de los hijos, si es que no se pierde por otras causas, situación que no se condice con el derecho de usufructo que se pretende inscribir, el cual tiene como plazo de vigencia la vida de al menos uno de los padres,

Que en razón de que lo que se ha pactado en la cláusula séptima de la escritura pública de constitución de anticipo de legítima es un usufructo «vitalicio», y resulta necesario que sea autorizado judicialmente, teniendo en cuenta que dicho acto se produjo en forma posterior a la transferencia de propiedad del inmueble a favor de los menores de edad;

Que, asimismo, el registrador público observó el título por cuanto al tratarse de un acto jurídico sujeto a condición previamente deberá requerirse la autorización judicial a favor de los padres, en aplicación de la Resolución N° 329-99-ORLC/TR expedida por esta instancia el 03 de diciembre de 1999. Al respecto, cabe advertir que la citada Resolución interpreta los alcances del artículo 448 inciso 9 del Código Civil que establece que «Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos: 9.- Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas. [...]», referida a una solicitud de anticipo de legítima de inmueble, el cual se encontraba afecto a un gravamen hipotecario, interpretándose el citado dispositivo en el sentido que la autorización judicial requerida a los padres para la aceptación de un acto de liberalidad a favor de menores de edad se encontraba referida a aquellos en los que se establezca un «cargo o carga», entendida como una modalidad del acto jurídico, (prestación accesoria impuesta al beneficiado en un acto jurídico gratuito, la cual no podrá exceder el beneficio recibido por éste), no haciéndose extensiva la exigencia al supuesto en que los padres acepten liberalidades a favor de sus menores hijos, cuando el bien materia del acto gratuito esté sujeto a un gravamen;

Que, conforme se expresó en la Resolución NQ 329-99-0RLC/TR de 03 de diciembre de 1999, el supuesto del artículo 448 inciso 9 es que el acto jurídico, en este caso al anticipo de legítima, se encuentre gravado con un cargo, en razón de que mediante dicha modalidad se puede imponer una conducta al menor, de carácter patrimonial o no, la cual puede estar reñida con sus intereses, por lo que se hace necesario el previo consentimiento del juez; circunstancia que no se presenta en las otras modalidades del acto jurídico (condición y plazo) en razón a que mediante estas se sujetan los efectos del acto a la ocurrencia de un hecho incierto o el transcurso del tiempo, circunstancias que no meritan el previo pronunciamiento judicial por cuanto no se pone en riesgo los intereses del menor;

Que de conformidad con el artículo 1631 del Código Civil, se podrá establecer la reversión sólo en favor del donante. La estipulada en favor de tercero es nula pero no producirá la nulidad de la donación;

Que al respecto el Dr. José León Barandiarán<sup>3</sup> expresa que «la reversión significa el retorno de la cosa donada al donante, cuando sobreviene un determinado evento, dentro de cierta indicación expresamente colocada en el acto mismo de la donación [...]. Por la reversión no se revoca la donación por voluntad del donante. Ella se resuelve por sobrevenir un acontecimiento determinado diferente a una decisión adoptable por el donante. Con la reversión se pone un límite o restricción a la subsistencia y continuación de los efectos de la donación creada, y ello es permisible dada la naturaleza de la gratuidad que incumbe al actor el donante, puede hacer la donación con tal límite y restricción [...]»;

Que, es pertinente mencionar que «[...]La reversión deberá establecerse mediante pacto accesorio integrante del contrato de donación. La reversión no constituye una cláusula natural del contrato de donación sino que tiene que estar expresamente pactada.[...]», acorde con lo expresado en la Exposición de Motivos del Código Civil publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 27 de noviembre de 1989. Asimismo, se indica que respecto del pacto de reversión, «[...] el legislador, a diferencia del codificador argentino (que establece como causa legal de reversión el fallecimiento previo del donatario), deja libertad a las partes para convenir el hecho determinante de la reversión. Esta causa, desde luego, no puede atentar contra las normas imperativas ni contra las buenas costumbres [...]. Nada impide que la reversión de la donación esté sujeta a uno o más hechos de los cuales pueda depender [...]»;

---

3 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de derecho civil peruano*. Tomo V. Contratos Nominados. Primera Parte. Lima: Gaceta Jurídica, 1992, 1ª ed.

Que, sin embargo, al no haber establecido el legislador las causales por las cuales opera la reversión a favor del donante, se puede colegir que las partes contratantes podrán, en virtud a la autonomía privada, establecer que la reversión dependerá de la ocurrencia de una condición o un plazo determinados;

Que de la lectura del documento público inserto al título archivado N° 167025 del 12 de octubre de 1999, se desprende que al haberse pactado que la reversión ocurrirá el día 1 de enero del año 2020 se establece un plazo para aquella; y, al indicarse que ésta operará al ocurrir cualquiera de los eventos enumerados en la cláusula sexta de la escritura pública, se desprende que efectivamente se estableció también una condición de la cual dependerá la reversión a favor de los anticipantes;

Que, en consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 2011 del Código Civil, Numeral IV del Título Preliminar y los artículos 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos; y,

Estando a lo acordado;

#### **SE RESUELVE:**

**Confirmar** la observación efectuada por el Registrador del Registro de Propiedad Inmueble de Lima en el extremo que deniega la inscripción de la constitución de usufructo y **REVOCARLA** en lo demás que contiene por los considerandos expuestos en la presente Resolución.

**REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-** (FDO.) DRA. MARTHA SILVA DÍAZ, PRESIDENTA DE LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL REGISTRAL -DRA. GLORIA SALVATIERRA VALDIVIA, VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL. -DR. FERNANDO TARAZONA ALVARADO, VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

## **MATERIA REGISTRAL: TESTAMENTO DISCREPANTE EN LOS NOMBRES DEL TESTADOR**

### **CASO N° 18**

#### **RES. N° 262-2000-ORLC/TR**

#### **Sumilla del autor:**

La discrepancia en los nombres puede ser superada siempre que existan elementos adicionales que por su coincidencia permitan identificar a los titulares de la Partida Registral con los que aparecen en el título presentado.

#### **Antecedentes:**

Se solicita la inscripción en el Registro respectivo de la ampliación del testamento otorgado por Alberto Valderrama Chiabra el 14 de agosto de 1962 ante el Notario del Callao, Dr. Guillermo E. Gordillo de la Fuente. El testador falleció el 04 de abril de 1975 y en su partida de defunción figura como Alberto Alfredo Valderrama Chiabra o sea que discrepa con las partes presentados así como la inscripción del testamento en el que figura como Alberto Valderrama Chiabra.

El Registrador público denegó la solicitud a fin de poder determinar la plena identidad; dispuso se adjunte copia legalizada del documento de identidad del testador de conformidad con el artículo 2011 del Código Civil que establece el principio de rogación por el cual, los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos.

La Cuarta Sala del Tribunal Registral revocó la observación del Registrador Público al título presentado con la solicitud y dispuso su inscripción por considerar que los datos de su nacimiento, filiación y estado civil contenidos en el testamento, guardaban coincidencia con los contenidos en sus partidas de nacimiento, matrimonio y defunción por lo que existían suficientes elementos de juicio que llevaban a la conclusión de que Alberto Valderrama Chiabra y Alberto Alfredo Valderrama Chiabra eran una misma persona que hacía injustificada la observación del Registrador Público.

## Comentario:

La resolución de vista se encuentra justificada. El principio de rogación señalada en el artículo 2011 del Código Civil implica todas aquellas peticiones que están incluidas en un título y no sólo aquellas que están consignadas en el formulario de inscripción salvo pedido restrictivo a uno o varios actos.

Que si bien la fuente de interpretación de un testamento se encuentra en él mismo, cabe por excepción el empleo de otros medios probatorios como suplemento. Cuando se trata de identidad de persona entre el autor del testamento y el nombre con el que figura en su Partida de defunción.

En el caso submateria el problema de la identidad del testador señalado en su testamento y en su partida de defunción, resulta fácilmente superable sobre la base de medios probatorio de carácter público como las Partidas de nacimiento, de matrimonio, de defunción y el anterior testamento público que deja sin efecto por el último.

Las inscripciones se realizan en el Registro del domicilio del testador y además en el lugar de ubicación de los inmuebles si se designan en el testamento aunque se encuentren en lugares distintos al domicilio de aquél artículo 2040 del Código Civil.

Resultan también aplicables el artículo IV del Título Preliminar y artículos 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos.

## RES. N° 262-2000-ORLC/TR\*

Lima, 31 de agosto de 2000

**VISTO**, el recurso de apelación interpuesto por MARCOS SAAVEDRA LEÓN, mediante reingreso del 05 de mayo de 2000, contra la observación formulada por el Registrador Público (e) del Registro de Personas Naturales del Callao, Dr. José Miguel Hidalgo Chávez, a la solicitud de inscripción de ampliación de testamento. El título se presentó el 23 de marzo de 2000 bajo el N° 3443. El Registrador denegó la inscripción solicitada en los siguientes términos: «A fin de poder determinar la plena identidad, sírvase adjuntar copia legalizada del documento de identidad del testador, tomando en cuenta que en la escritura pública de otorgamiento y revocatoria de testamentos y las partidas N° 60 y Tomo I fs. 371 As. 1 del Registro de

---

\* Tomado de: REGISTROS PÚBLICOS DE LIMA Y CALLAO. Jurisprudencia Registral. Vol. XI, tomo II, julio a diciembre de 2000 - Lima, 2001, pp. 213-215.

Testamentos, figura como ALBERTO VALDERRAMA CHIABRA, sin embargo, en los documentos presentados aparece como ALBERTO ALFREDO VALDERRAMA CHIABRA. Base Legal: artículo 2011 del Código Civil», interviniendo como Vocal ponente la Dra. Mirtha Rivera Bedregal; y,

### **CONSIDERANDO:**

Que, mediante el título venido en grado se solicita la inscripción de la ampliación del testamento otorgado por Alberto Valderrama Chiabra el 14 de agosto de 1962 ante el Notario del Callao Dr. Guillermo E. Gordillo de la Fuente, inscrito en la ficha N° 60 y su continuación en la partida electrónica N° 70039397 del Registro de Testamentos del Callao, en mérito a partes expedidos por el Archivo de la Nación, copia certificada de la partida de defunción, partida de nacimiento y partida de matrimonio del 24 de abril de 1975, 05 de abril de 1905 y 13 de febrero de 1931, respectivamente y certificado de inscripción expedido por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) el 25 de abril de 2000;

Que, el artículo 7 del Reglamento del Registro de Testamentos dispone que producido el fallecimiento del que ha otorgado un testamento por escritura pública, se ampliará el correspondiente asiento, indicándose el nombre de los herederos, legatarios y demás actos de disposición que hubiere ejecutado, inclusive el nombramiento de albacea, para ellos los Notarios en vista y con copia de la partida de defunción del testador expedirán un nuevo parte que contenga copia del testamento;

Que, en el caso sub-exámene se aprecia de la partida de defunción del 04 de abril de 1975 en el que se consignó el fallecimiento de Alberto Alfredo Valderrama Chiabra, discrepa con los partes presentados así como la inscripción a que se refiere el primer considerando, en los cuales el nombre del testador figura como Alberto Valderrama Chiabra;

Que, no obstante ello, según ha establecido esta instancia en reiterada y uniforme jurisprudencia, como las Resoluciones N° 232-96-ORLC/TR del 12 de julio de 1996 y N° 481-97-ORLC/TR del 27 de noviembre de 1997, el nombre constituye una de las vertientes de la identificación personal que se refiere a los signos distintivos que permiten individualizar a la persona y que se complementa con otros elementos, por lo que la discrepancia en los nombres puede ser superada siempre que existan elementos adicionales que por su coincidencia permitan identificar a los titulares de la partida registral con los que aparecen en el título presentado;

Que, se aprecia de la cláusula primera del testamento del 14 de agosto de 1962, que el testador declaró llamarse Alberto Valderrama Chiabra indicando ser de nacionalidad peruana, nacido en Lima el 29 de marzo de 1905, e hijo legítimo de Julio Valderrama Ricardi y de Laura Chiabra Alvera de Valderrama; asimismo, en las cláusulas segunda y tercera declaró haber contraído matrimonio con Elvira Bustíos Vicario el 13 de febrero del 1931 en la Municipalidad de Lima y no haber tenido descendientes fuera ni dentro del matrimonio.

Que, si bien —como se ha señalado en el tercer considerando—, en la partida de defunción del 04 de abril de 1975 se consignó el fallecimiento de Alberto Alfredo Valderrama Chiabra, en la misma se indicó como su estado civil casado con Elvira Bustíos y ser hijo de Julio Valderrama y Laura Chiabra;

Que, asimismo, de las partidas de nacimiento y matrimonio del 05 de abril de 1905 y 13 de febrero de 1931, respectivamente, se aprecian los datos relativos a la fecha de nacimiento del referido Alberto Alfredo Valderrama Chiabra (29 de marzo de 1905), el nombre de sus progenitores (Julio Valderrama y Laura Chiabra de Valderrama) así como los datos de su cónyuge (Julia Elvira Bustíos) y la fecha de celebración del matrimonio (13 de febrero de 1931), los que concuerdan con los consignados en el testamento cuya ampliación se solicita;

Que, en consecuencia, existen elementos suficientes que permiten determinar que Alberto Valderrama Chiabra y Alberto Alfredo Valderrama Chiabra son la misma persona, siendo innecesaria la presentación de copia del documento de identidad del testador, debiendo revocarse, en tal sentido, la observación formulada por el Registrador (e) del Registro de Personas Naturales del Callao;

Que, de otro lado, se aprecia de la cláusula novena del testamento, que el testador dispuso revocar y anular todo testamento anterior y en forma expresa el otorgado en octubre de 1948 ante el Notario Público Dr. Máximo Vargas;

Que, las inscripciones en el Registro se efectúan de acuerdo al principio de rogación consagrado en el artículo 131 del Reglamento General de los Registros Públicos, debiéndose entender que la rogatoria implica todas aquellas peticiones que están incluidas en un título y no sólo aquellas que estén consignadas en el formulario de inscripción, salvo pedido restrictivo a uno o varios actos;

Que, en tal sentido, siendo que en el título alzado la rogatoria comprende la inscripción de ampliación del testamento de Alberto Valderrama Chiabra así como la inscripción de la revocatoria de los testamentos otorgados por éste con anterioridad, resulta procedente inscribir la revocatoria del testamento del 04 de noviembre de 1948 a que se refiere la cláusula novena del testamento

sub-materia, que figura inscrito en la partida CCXLIII obrante a fojas 371 del tomo I, del Registro de Testamentos del Callao;

Que, sin perjuicio de lo expresado en los considerandos precedentes, cabe señalar que en la ficha N° 368 del Registro de Testamentos de Lima consta inscrita la ampliación del testamento otorgado por Alberto Valderrama Chiabra mediante escritura pública del 14 de agosto de 1962 —que igualmente es materia del título alzado—, en mérito al título archivado N° 3702 del 16 de febrero de 1977, que contiene los partes expedidos por el Notario Dr. Guillermo E. Gordillo de la Fuente y la partida de defunción del 24 de abril de 1975;

Que, en virtud del artículo 2040 del Código Civil las inscripciones se realizan en el Registro del domicilio del testador y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles si se designan en el testamento, en consecuencia, teniendo en cuenta que el testador domiciliaba en la provincia del Callao —según consta de la partida de defunción—, los testamentos, revocatorias y modificaciones otorgadas por éste deberán constar inscritos en la oficina registral de dicha localidad, sin perjuicio que igualmente, puedan ser materia de inscripción en el Registro correspondiente a un lugar distinto, en el que se ubiquen inmuebles de propiedad del mismo;

De conformidad con el artículo IV del Título Preliminar, artículos 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos y demás normas antes glosadas, resulta procedente amparar la presente solicitud de inscripción; y,

Estando a lo acordado;

### **SE RESUELVE:**

**REVOCAR** la observación formulada por el Registrador Público (e) del Registro de Personas Naturales del Callao al título señalado en la parte expositiva y disponer su inscripción de conformidad con los considerandos de la presente resolución.

**REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-** (FDO.).- DR. WALTER POMA MORALES, PRESIDENTE DE LA CUARTA SALA DEL TRIBUNAL REGISTRAL. -DRA. MIRTHA RIVERA BEDREGAL, VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL. -DRA. ROSARIO GUERRA MACEDO, VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL.



**CAPÍTULO XI**

**TESTAMENTO CERRADO**



## 1. FORMALIDADES ESENCIALES Y CUSTODIA

El artículo 699 del Código Civil señala las siguientes formalidades esenciales.

Artículo 699.- Las formalidades esenciales del testamento cerrado son:

1° Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin ruptura o alteración de la cubierta.

2° Que el testador entregue personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento. Si el testador es mudo o está imposibilitado de hablar, esta manifestación lo hará por escrito en la cubierta.

3° Que el notario extienda en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas.

4° Que el cumplimiento de las formalidades indicadas en los incisos 2 y 3 se efectúe estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, quien dará al testador copia certificada del acta.

Interesante resulta destacar que el acta que asienta el Notario Público interviniente tiene una adición especial que debe hacerse por escrito, en la cubierta del testamento cuando el testador es mudo o está imposibilitado de hablar: éste deberá manifestarlo por escrito en la misma cubierta.

Los artículos 700 y 701 se refieren a la custodia y revocación de este testamento.

Artículo 700.- El testamento cerrado quedará en poder del notario. El testador puede pedirle, en cualquier tiempo, la restitución de este testamento, lo que hará el notario ante dos testigos, extendiendo en su

Registro un acta en que conste la entrega, la que firmarán el testador, los testigos y el notario.

Esta restitución produce la revocación del testamento cerrado, aunque el documento interno puede valer como testamento ológrafo si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707.

Artículo 701.- El notario bajo cuya custodia queda el testamento cerrado, lo conservará con las seguridades necesarias hasta que, después de muerto el testador, el Juez competente, a solicitud de parte interesada que acredite la muerte del testador y la existencia del testamento, ordene al notario la presentación de este último. La resolución del Juez competente se hará con citación de los presuntos herederos o legatarios.

Los artículos 702 y 703 regulan la presentación del testamento al juzgado:

Artículo 702.- Presentado el testamento cerrado, el Juez, con citación de las personas indicadas en el artículo 701, procederá de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles<sup>1</sup>.

Artículo 703.- Si el juez comprueba que la cubierta está deteriorada, de manera que haya sido posible el cambio del pliego que contiene el testamento, dispondrá que éste valga como ológrafo, si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707.

Recoge el texto de los artículos 40, 41, 42, 44 y 45 del Anteproyecto que estuvo regulado anteriormente por el Código Civil de 1936, artículos 689, 692, 693 y 749 y artículos 1228 y 1242 del Código de Procedimientos Civiles.

Actualmente, el artículo 817 y siguientes del Código Procesal Civil regula la tramitación a seguir después de muerto el testador para que pueda ejecutarse el testamento. Es un proceso judicial de comprobación de su autenticidad y cumplimiento de las formalidades legales respectivas. La Ley 26662 de 20 de setiembre de 1996 que aprueba la ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos establece en el artículo 1º que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar según corresponda: 1.- Rectificación de Partidas; 2.- Adopción de personas capaces; 3.- Patrimonio familiar; 4.- Inventarios; 5.- Comprobación de testamentos cerrados; 6.- Sucesión intestada.

---

<sup>1</sup> La remisión es al Código Procesal Civil. Decreto Legislativo N° 768 (04-03-92).

## 2. ETAPAS

El testamento cerrado tiene varias etapas:

- a. El propio testador lo redacta a máquina o a mano, cuidando de poner la fecha, su nombre y firma; después lo introduce ya sea en un sobre que luego lo cierra o dentro de una cubierta que deja totalmente clausurada. El testamento puede ser redactado por un tercero a su elección, pero debe ser firmado por el propio testador en cada una de sus páginas, salvo que él lo haya manuscrito, en cuyo caso solo será necesario que lo firme al final.
- b. El testador en presencia de dos testigos, entrega el aludido sobre cerrado o cubierta clausurada al Notario Público quien lo autorizará previa identificación de todos ellos; examinará al testador para establecer su capacidad mental, si realmente sabe lo que quiere hacer y comprobará la inexistencia de toda coacción; de comprobar su aptitud, asienta en el anverso del sobre o la cubierta un acta en que dejará constancia de la entrega del instrumento por parte del testador, después de lo cual procederán todos los concurrentes a suscribirlo; dicha acta será transcrita en su Registro de Escrituras Públicas siendo suscrita nuevamente por todos ellos. Si el testador es mudo o está imposibilitado de hablar, esta manifestación la hará por escrito en la cubierta.
- c. El testamento cerrado queda en poder del notario con las seguridades necesarias hasta la muerte del testador y mientras tanto remitirá Partes diminutas al Registro de Testamentos dando informe parcial sobre su existencia para su correspondiente inscripción, y, asimismo, dará al testador copia certificada de dicha acta
- d. Muerto el testador, el juez competente (artículo 663 del Código Civil) acreditado el deceso, con la correspondiente partida de defunción y a solicitud de parte, ordenará al notario la presentación del testamento con citación de los presuntos herederos o legatarios.
- e. El procedimiento judicial *post mortem* correspondiente para convertir este testamento en instrumento público se denomina: «Comprobación de testamento» y subsecuente protocolización notarial, con la cual ya es ejecutable el testamento (artículos 749 inc. 8; 817 y ss. del Código Procesal Civil y 702 del Código Civil).

Es importante destacar la unidad del acto —artículo 699 inciso 4—, que comienza con el *apersonamiento del testador* portando el sobre, en compañía de dos *testigos ante el Notario* respectivo hasta que este extiende el acta en la cubierta del testamento cerrado en que consta el otorgamiento por

el testador y su recepción por aquél, la cual es firmada por el testador, los testigos y el notario quien seguidamente la transcribe en su registro firmándola todos ellos, nuevamente.

### 3. VENTAJAS

La utilización del testamento cerrado tiene dos ventajas: a) el mantenimiento de la autenticidad del documento interno que contiene el sobre, debido a la intervención del notario quien al tiempo de la entrega que le hace el propio testador, le manifiesta que el sobre contiene su testamento (declaración de última voluntad), de lo cual da fe el notario dejando constancia en el acta respectiva. Es por eso que muerto el testador el procedimiento judicial a seguir es establecer si se han cumplido las formalidades esenciales establecidas en el artículo 699 y siguientes del Código Civil; si el sobre no presenta huellas de su violación; y b) la otra ventaja es que permite el máximo de reserva sobre su contenido pues nadie ha tenido por qué conocer de su contenido. No obstante lo anterior, el artículo 817 del Código Procesal Civil establece que el procedimiento no contencioso es para comprobar su autenticidad y cumplimiento de las formalidades del testamento cerrado. Consideramos, sin embargo, que el acta notarial formalmente asentada es prueba plena de su autenticidad. Lo que se trata de comprobar por el juez o notario en su lugar es descubrir si el sobre que lo contiene ha sido violado. Si no hay huellas de violación, no hay duda de su autenticidad.

### 4. CRITERIO SEGUIDO EN OTRAS LEGISLACIONES

El criterio de la unidad lo siguen otras legislaciones como los Códigos Civiles de Francia y Chile, artículos 976 y 1023, respectivamente. Nuestro Código Civil de 1984 en este tema ha seguido la orientación de los Códigos Civiles de Italia, artículos 604 y 605, y de Argentina, artículo 3665 y 3666.

Artículo 604 del Código Civil de Italia:

El testamento secreto puede ser escrito por el testador o por un tercero. Si es escrito por el testador, debe ser firmado por él al final de las disposiciones; si es escrito en todo o en parte por otro, o si es escrito con medios mecánicos, debe llevar la firma del testador también en cada página, unida o separada.

El testador que sabe leer, pero no sabe escribir o bien que no ha podido poner la firma cuando hacía escribir las propias disposiciones, debe además

declarar al notario que recibe el testamento, haberlo leído y añadir la causa que le ha impedido firmarlo; de esto se hace mención en el acta de recepción. Quien no sabe o no puede leer no puede hacer testamento secreto.

#### Astículo 605 del mismo cuerpo legal:

Artículo 605. Formalidades del testamento secreto. El papel en que se extienden las disposiciones o el que sirve para envolverlas, debe ser sellado con una impronta en forma que el testamento no se pueda abrir ni se pueda extraer sin rotura o alteración.

El testador, a presencia de dos testigos, entrega personalmente al notario el papel así sellado, o lo hace sellar en el modo que se ha indicado en presencia del notario y de los testigos, y declara que en este papel se contiene su testamento. El testador, si es mudo o sordomudo, debe escribir tal declaración a presencia de los testigos y debe también declarar por escrito haber leído el testamento si éste ha sido escrito por otro.

Sobre el papel en que el testador ha escrito o envuelto el testamento, o sobre una ulterior envoltura preparada por el notario y sellada debidamente por él, se escribe el acta de recepción en la cual se indican el hecho de la entrega y la declaración del testador, el número y la impronta de los sellos y la asistencia de los testigos a todas las formalidades.

El acta debe ser firmada por el testador, por los testigos y por el notario. Si el testador no puede, por cualquier impedimento, suscribir el acta de la entrega, se observa lo que se ha establecido acerca del testamento por acto público. Todo esto debe hacerse en un solo acto y sin pasar a otros.

El artículo 699 de nuestro Código Civil vigente establece que el testador, en presencia de dos testigos, entrega personalmente al notario el papel así sellado, o lo hace sellar en el modo que se ha indicado en presencia del notario y de los testigos, y declara que en este papel esta contenido su testamento. El testador, si es mudo o sordo mudo, debe escribir tal declaración en presencia de los testigos y debe también declarar por escrito, haber leído el testamento si éste ha sido escrito por otro.

Sobre el papel en que el testador ha escrito o envuelto el testamento, o sobre una ulterior envoltura preparada por el notario y sellada debidamente por él, escribe el acta de recepción en la cual se indica el hecho de la entrega y la declaración del testador, el número y la impronta de los sellos y la asistencia de los testigos a todas las formalidades.

El acta debe ser firmada por el testador, por los testigos y por el notario.

Si el testador no puede, por cualquier impedimento, suscribir el acta de la entrega; se observa lo que se ha establecido acerca del testamento por acto público. Todo esto debe hacerse en un solo acto y sin pasar a otros.

Los analfabetos están afectos a limitaciones en su derecho de testar en otras legislaciones.

Artículo 3665 del Código Civil Argentino: «El que no sabe leer no puede otorgar testamento cerrado».

El Código Civil Francés está en la misma línea señalada:

Artículo 978 del Código Civil Francés: «Aquellos que no saben o no pueden leer no podrán hacer disposiciones en la forma de testamento místico».

Según esta legislación no es preciso que sepa escribir; puede dictar el testamento y verificar leyéndolo. Al testamento cerrado se le denomina secreto o místico porque por encontrarse cerrado está oculto el conocimiento por los sentidos. Igual ocurre con el artículo 1022 del Código Civil de Chile.

Artículo 3666 del Código Civil Argentino:

El testamento cerrado debe ser firmado por el testador. El pliego que lo contenga debe entregarse a un escribano público, en presencia de cinco testigos residentes en el lugar, expresando que lo contenido en aquel pliego es su testamento. El escribano dará fe de la presentación y entrega, extendiendo el acta en la cubierta del testamento, y la firmarán el testador y todos los testigos que puedan hacerlo, y por los que no puedan los otros a su ruego; pero nunca serán menos de tres los testigos que firmen por sí. Si el testador no pudiese hacerlo por alguna causa que le haya sobrevenido, firmará por él otra persona o alguno de los testigos. El escribano debe expresar al extender el acta en la cubierta del testamento, el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos y del que hubiere firmado por el testador, como también el lugar, día, mes y año en que el acto pasa.

Estas formalidades son similares también a las reguladas por el artículo 1023 del Código Civil de Chile, y artículos 976 y 977 del Código Civil Francés.

La figura del testamento cerrado en nuestro Código Civil de 1984 presenta tres variantes principales con relación a lo establecido en el artículo 689 del Código Civil de 1936:

- 1° Ahora no son cinco sino dos los testigos.
- 2° El notario recibe el sobre en custodia hasta la muerte del testador; antes no existía esta obligación.
- 3° El testador puede retirarlo del despacho del notario cuando lo solicite, pero bajo ciertas formalidades, importando su retiro un acto de revocación del testamento al menos como cerrado (artículos 700 y 803 del Código Civil). Puede valer, sin embargo, como ológrafo, si reúne las condiciones propias de él (artículo 700 del Código Civil).

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE  
TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA  
PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA  
Correo e.: [tareagrafica@terra.com.pe](mailto:tareagrafica@terra.com.pe)  
TELÉF. 424-8104 / 332-3229 FAX: 424-1582  
NOVIEMBRE 2003 LIMA - PERÚ



ISBN 9972-42-612-2



9 789972 426124 >