César Fernández Arce

CÓDIGO CIVIL: DERECHO DE SUCESIONES

Tomo II

Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2003

CÓDIGO CIVIL
DERECHO DE SUCESIONES

CÉSAR FERNÁNDEZ ARCE

CÓDIGO CIVIL

DERECHO DE SUCESIONES

TOMO II

Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2003

CÓDIGO CIVIL. DERECHO DE SUCESIONES
Tomo II

Primera edición: noviembre 2003

Tiraje: 500 ejemplares

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

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

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 *intervivos* y *mortis causa* 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 *mortis causa* 112
3. Clases de sucesión *mortis causa* 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 *mortis causa*. 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 *mortis causa* 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 503
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 supérstite 576
9. Derecho de habitación del cónyuge supérstite 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 supérstite 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 *Código Civil* 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

TOMO II

Capítulo XII

TESTAMENTO OLÓGRAFO

1. FORMALIDADES ESENCIALES

> Art. 707.- Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador.
> Para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador.

Su fuente inmediata es el Art. 49 del Anteproyecto, que lamentablemente es mejor que el texto legal porque era razonable señalar que la comprobación judicial se pida al juez dentro del plazo de un año, contado desde la muerte del testador y no como se expresa en el dispositivo legal precedente, que exige para la producción de su eficacia que sea protocolizado previa comprobación judicial dentro del plazo máximo de un año a partir de la muerte del testador.

El Art. 694 del Código Civil de 1936 señalaba en la segunda parte que la protocolización debía solicitarse en el plazo de dos años a partir del día del fallecimiento del testador.

Evidentemente, la redacción del Art. 707 en su segunda parte es equívoca, porque esa no fue la intención de la Comisión Revisora del Código. Ha habido un lamentable error; no se pretendió sino acortar el plazo, es decir, reducirlo de dos a un año, por considerarlo más prudente y acorde con la necesidad de definir en un término más razonable el destino de los bienes y derechos hereditarios.

Es peligrosa la fórmula asumida porque en definitiva la caducidad de este testamento no dependería exclusivamente de la mayor o menor diligencia de las personas interesadas en llevar a cabo el procedimiento no contencioso de comprobación de testamento, sino fundamentalmente del personal del juzgado civil que quiera concluirlo mediante la resolución correspondiente dentro del año de fallecimiento del testador y más aún, que se encuentre también protocolizado notarialmente dentro de ese mismo término, porque si vence

este plazo, por más diligencia que hayan puesto los interesados al solicitarlo con oportunidad, dicho testamento habría perdido vigencia inexorablemente por caducidad. De manera que esta fórmula empleada es errónea, peligrosa e injusta. Por eso debe ser modificada. Mientras tanto, la jurisprudencia podría paliar los rigores de su literal aplicación mediante el empleo de la *ratio legis* estableciendo que la caducidad se dará cuando venza el plazo de un año computado a partir de la fecha del deceso del causante, sin que los interesados hayan presentado al juez correspondiente la solicitud de apertura de la comprobación judicial y ulterior protocolización.

Las formalidades esenciales de carácter especial son:

a. totalmente escrito,
b. fechado,
c. firmado por el propio testador.

Debe ser totalmente escrito por el testador; este es un requisito de forma, y la forma en el testamento es esencial. Además el testamento es personalísimo y por tanto indelegable.

Algunos autores como Demolombe consideran que puede resultar problemático el caso que se presenta cuando se ignora si fue con el consentimiento del testador, o sin él, el añadido en el testamento por una mano extraña. Este autor considera que es una cuestión de hecho que debe dejarse librada únicamente a la apreciación del juez lo cual no es tan difícil como parece. Según él, la regla general es que no forma parte del testamento todo lo que no está escrito de mano del testador. Por este medio, añade, si el testamento reducido a lo que está escrito de su mano presenta un sentido completo y suficientemente claro, se ejecutará sin considerar las adiciones emanadas de una mano extraña. Por el contrario, el testamento no valdrá porque no se podría buscar en las adiciones de otra mano el complemento a la explicación del pensamiento que no siendo suficientemente claro debería quedar sin ejecución.

Este criterio es seguido por el Art. 3640 del Código Civil Argentino:

> Si hay algo escrito por una mano extraña y si la escritura hace parte del testamento mismo, el testamento será nulo, si lo escrito ha sido por orden o consentimiento del testador.

Consideramos que esta tesis es correcta. En todo caso, la validez de este testamento está determinada por el hecho de que la adición por mano extraña sea o no indispensable para que el testamento sea considerado completo y suficientemente claro de por sí. Si la adición resulta indispensable, entonces el

testamento ológrafo será nulo. Si la adición hecha por mano extraña no resulta indispensable, valdrá el testamento mas no la adición.

El testamento ológrafo sólo puede ser otorgado por escrito con caracteres alfabéticos y no hay óbice legal alguno para que pueda escribirse en cualquier idioma distinto del castellano, caso que exigirá, a la muerte del testador, la aplicación del Art. 710 del Código Civil para los efectos de la comprobación judicial y ulterior protocolización del testamento.

Debe contener la fecha de su otorgamiento (año, mes y día). Es importante esta exigencia legal porque va a permitir determinar si en esta oportunidad el testador tenía la capacidad suficiente para testar válidamente y, asimismo, para poder determinar la prevalencia del testamento cuando el testador hubiera otorgado varios, sucesivamente.

Es necesario acotar que no todo documento escrito fechado y firmado por su autor es un testamento válido. Para que ese instrumento escrito tenga esta calidad es preciso que en él haya un propósito manifiesto de testar y una disposición de todo o parte de los bienes con eficacia para después de la muerte de su autor. De ahí que la fecha puesta en el testamento ológrafo debe ser la fecha en que el testador, después de esbozar proyectos o bosquejos, se decide definitivamente a constituirlo como tal. Por tanto, el otorgamiento no surge propiamente de su contenido sino de la colocación de la fecha y la firma. La fecha afirma el carácter jurídico del testamento ológrafo y lo eleva a declaración de voluntad, dejando entonces de ser un simple proyecto para convertirse en testamento. Esto quiere significar que la fecha es realmente independiente del momento en que se haya escrito el testamento, porque su eficacia en el tiempo depende de la imposición de la fecha hecha por el causante junto con su firma.

Interesante resulta también saber si la fecha debe hacerse señalando día, mes y año según el calendario, o si pueden ser reemplazados por enunciados perfectamente equivalentes que fijen de una manera precisa la fecha del testamento, como establece el Art. 3642 del Código Civil Argentino.

Nuestro ordenamiento legal trata de la fecha simplemente sin ir al detalle, por lo que consideramos que la fecha señalada en otra forma que permita determinar con precisión la oportunidad en que fue otorgado no afectaría su validez. Por ejemplo, cuando se señala como fecha de su otorgamiento «el primer día de semana santa de 1998».

A falta de disposición expresa, el testador no está obligado a redactar su testamento de una sola vez ni bajo la misma fecha como lo establece, Art. 3647 del Código Civil Argentino. Por tanto puede, en nuestra opinión, escribir el testamento en épocas diferentes poniendo fecha y firma cada vez si así lo quiere o poner después de concluido una sola fecha y firma.

La firma puesta en el testamento ológrafo por su autor constituye un requisito esencial para su validez como lo señalan los Arts. 695 y 697 del Código Civil. Es que la firma es la prueba demostrativa de su aprobación personal y definitiva por el testador del contenido del acto. Por eso, la firma se pone al final del testamento otorgado en señal de conformidad. La firma no puede ser suplida y debe ser completa, es decir, en la forma habitual que lo hace porque, por ejemplo, si sólo contuviera su prenombre más no los apellidos podría cuestionarse su validez, pues no sería posible la identificación de su autor.

Dentro de las formalidades no se exige el de la unidad del acto, que sólo está presente en el testamento público y en el cerrado, porque en ellos interviene el notario hasta el fin, con la presencia del testador, los dos testigos y el notario público, según dice la ley. Ya hemos tenido ocasión de explicar cómo es que a nuestro criterio esa unidad del acto no está referida fundamentalmente al tiempo sino a la secuencia de las diversas etapas del proceso de otorgamiento sin solución de continuidad, lo cual constituye una garantía de la espontaneidad y de la fidelidad de lo declarado por el testador, que no se ve afectada por la intervención del notario que debe ser inmediata. En el testamento ológrafo no se exige esa unidad, porque no interviene el notario ni testigos, y porque la espontaneidad y fidelidad de la manifestación del testador va a depender exclusivamente de él.

El testador, en cualquiera de las formas de testamento que elija, debe ser una persona capaz, porque el testamento es un acto jurídico. La persona capaz implica ser mayor de 18 años (Art. 42 del Código Civil) con las excepciones que prevé el Art. 46 del mismo. Pero además, debe tener capacidad mental y voluntad libre, de modo que si se trata de un insano mental que ha sido declarado interdicto, el testamento que otorgue con posterioridad será nulo e incluso, si esa persona insana mental hubiera otorgado testamento con anterioridad a tal declaración de interdicción, podría invalidarse si la causa de esta interdicción ya existía como señala el Art. 582 Código Civil: «Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en que se realizaron».

¿Y el caso del demente que otorga testamento ológrafo en un intervalo lúcido? ¿Será válido? Si se trata de un demente a quien no se le ha declarado interdicto, creemos que tendría eficacia jurídica a no ser que se demostrase judicialmente no haberse encontrado lúcido cuando lo suscribió y fechó (Art. 687 inciso 3° del Código Civil).

El testamento ológrafo con la muerte de su autor produce efectos jurídicos, porque su muerte determina la producción de éstos. Sin embargo, para su ejecución debe ser objeto de un procedimiento judicial no contencioso

denominado «Comprobación de testamento», regulado por el Art. 817 y siguientes del Código Procesal Civil, para su ulterior protocolización notarial. Dicho procedimiento judicial está dirigido a comprobar la autenticidad y cumplimiento de las formalidades legales propias de esta clase de testamento[1].

2. COMPROBACIÓN JUDICIAL

a. Legitimidad para solicitarla (Art. 817 Código Procesal Civil)

1. Quien tenga en su poder el testamento;
2. Quien por su vínculo familiar con el causante se considere heredero forzoso o legal;
3. Quien se considere instituido heredero voluntario o legatario;
4. Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor.

Este procedimiento judicial es el mismo que hay que seguir también cuando se trata del testamento cerrado, o militar o marítimo o aéreo. Cuando se trata del testamento cerrado, el interesado puede solicitarlo alternativamente ante el juez de Paz letrado del último domicilio o ante el notario público respectivo, conforme a los Arts. 1 y 35 de la Ley N° 26662 de fecha 22-09-96 sobre Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos, con la salvedad que establece el Art. 6° 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.

---

1 Entre las formalidades del testamento ológrafo está el que su texto íntegramente sea hecho de puño y letra del testador, por lo que el procedimiento de comprobación de su autenticidad debe referirse a la suscripción del texto, caso contrario será nula la comprobación del testamento ológrafo. Ejecutoria Suprema, Expediente 658-695-Lima, 28 de marzo de 1996.

Aun cuando en la comprobación de testamento ológrafo no haya contradicción, negación o tacha del testamento, el Juez tiene la obligación de comprobar la autenticidad del testamento. Ejecutoria de Corte Superior de Lima, Expediente 1930-94, Primera Sala, Año: 95, 23 de enero de 1995.

Véanse ambas ejecutorias en GACETA JURÍDICA. Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial. 2002/2003. Lima, 2002.

b. Medios Probatorios (2da parte del Art. 821 Código Procesal Civil)

Tratándose del testamento ológrafo, sólo son admisibles el cotejo de letra y firma, o si esto no fuera posible, la pericia. De no poder actuar con estos medios, será admisible la declaración de testigos sobre la letra y firma del testador. Los testigos no serán menos de tres ni más de cinco, mayores de treinta años, vecinos del lugar en la fecha de otorgamiento del testamento, y sin relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad con los presuntos legatarios o herederos forzosos o legales del testador.

c. Improcedencia de contradicción (Art. 822 Código Procesal Civil)

Las contradicciones que conciernen a la validez del contenido del testamento serán declaradas improcedentes. En todo caso, estos cuestionamientos sólo proceden hacerse valer dentro de un procedimiento contencioso que se tramita conforme a las reglas del proceso de conocimiento.

Esto resulta obvio porque la tramitación de la comprobación de su autenticidad se hace dentro de un procedimiento no contencioso.

d. Solicitud rechazada (Art. 824)

Contra la resolución judicial definitiva que rechace la solicitud de comprobación judicial procede la interposición de una demanda con el mismo propósito, que se tramita por las reglas del proceso contencioso de conocimiento, debiendo ejercitarse dentro de un plazo no mayor a un año desde que quedó ejecutoriada la resolución anterior.

e. Requisitos para presentar la solicitud de comprobación de testamento ológrafo en procedimiento no contencioso

1. Cumplir lo dispuesto por el Art. 751 CódigoProcesal Civil.
2. Presentar al Juez de Paz Letrado del último domicilio del testador, la copia certificada de su Partida de defunción o de la declaración judicial de su muerte presunta.
3. Certificación registral de no figurar inscrito otro testamento a su nombre.
4. Documento que contenga el testamento ológrafo o el sobre que presuntamente lo contenga.
5. Se indicará el nombre y domicilio de los herederos o legatarios para las correspondientes notificaciones.

f. Efectos de la resolución que considera auténtico el testamento ológrafo (Art. 823 Código Procesal Civil)

Si el Juez considera auténtico el testamento y cumplidos los requisitos formales aplicables al mismo:

1. Pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas.
2. Dispondrá la protocolización notarial del expediente, observando, cuando corresponda lo dispuesto en el Art. 703 del Código Civil.
3. Esta resolución final no prejuzga la validez formal del testamento ni la del contenido de las disposiciones testamentarias. Significa que no se pronunciará el juez sobre la capacidad, libertad y conocimiento lúcido del testador, al tiempo de testar ni sobre la validez intrínseca del testamento respecto al derecho de los eventuales herederos forzosos que hubiera instituido. Cuando el Art. 823 señala que el juez pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente, si considera auténtico el testamento y se han cumplido los requisitos formales aplicables al mismo, hace referencia a lo establecido únicamente en el Art. 821 del mismo Código Procesal Civil.

Finalmente, el notario público, luego de protocolizado el testamento ológrafo, remitirá partes complementarios al Registro de Sucesión Testamentaria y a los Registros Públicos donde el testador tenga bienes o derechos inscritos, a fin de que se inscriba la sucesión testamentaria (Ley 26662).

La fórmula legal que emplea nuestro Código Civil, tratándose de esta clase de testamento, es análoga a la de los Códigos Civiles de Argentina Art. 3639, Francia Art. 970, Italia Art. 602 y España Art. 688.

Casi todas las legislaciones de Europa y América la aceptan por la facilidad de su empleo y por la simplicidad de sus reglas. Puede modificarse en cualquier circunstancia, tiempo o lugar sin tener necesidad de la intervención de nadie; salvo la persona de su autor, el testador. Es obra personal y exclusiva del testador.

3. PRESENTACIÓN AL JUEZ

> Art. 708.- La persona que conserve en su poder un testamento ológrafo está obligada a presentarlo al Juez competente dentro de los 30 días de tener conocimiento de la muerte del testador, bajo responsabilidad por el perjuicio que ocasione con su dilación, y no obstante lo dispuesto en la parte final del Art. 707.

Recoge el texto del Art. 50 del Anteproyecto. Su antecedente anterior lo encontramos en el Art. 697 del Código Civil de 1936. Otro antecedente existe en el Art. 690 del Código Civil de España.

La responsabilidad civil de quien omite presentarlo responde a la necesidad de resarcir los daños y perjuicios causados por el hecho de la dilación en el plazo de presentación al juez que corresponda. La responsabilidad será de carácter penal si el tercero lo ha ocultado, destruido o extraviado, dolosamente. Si éste falleciera sin haber sido condenado, la acción penal se extingue mas no la civil que la asumirán sus herederos dentro de un proceso civil sobre indemnización.

La última parte del Art. 708 del Código Civil expresa el término legal de presentación del testamento al juez por parte de la persona que lo conserva en su poder, y no obstante lo dispuesto en la parte final del Art. 707 que establece un término de caducidad del testamento ológrafo. Consideramos que en ningún caso la presentación del testamento podrá sobrepasar este término de caducidad del año a partir de la muerte del causante porque el plazo de caducidad es improrrogable; no cabe suspensión ni interrupción del término.

Consideramos que la parte final del referido Art. 707 del Código Civil contiene un término de caducidad como resulta de la simple lectura del Art. 815 Inciso 1° del mismo Código acotado.

4. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Art. 709.- Presentado el testamento ológrafo con la copia certificada de la Partida de Defunción del testador o declaración judicial de muerte presunta, el Juez, con citación de los presuntos herederos, procederá a la apertura si estuviera cerrado, pondrá su firma entera y el sello del Juzgado en cada una de sus páginas y dispondrá lo necesario para la comprobación de la autenticidad de la letra y firma del testador mediante el cotejo, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles que fueran aplicables[2].

Sólo en caso de faltar elementos para el cotejo, el juez puede disponer que la comprobación sea hecha por tres testigos que conozcan la letra y firma del testador.

---

2 LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVII, Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 423 y REVOREDO MARSANO, Delia. *Exposición de Motivos y Comentarios al Código Civil*. Lima: Ed. Industria Avanzada, 1985, p.1019.

Art. 710.- Si el testamento estuviera escrito en idioma distinto del castellano, el Juez nombrará un traductor oficial. Además, si el testador fuera extranjero, la traducción será hecha con citación del cónsul del país de su nacionalidad, si lo hubiera. La versión será agregada al texto original, suscrita por el traductor con su firma legalizada por el secretariado del Juzgado. El juez autenticará también este documento con su firma entera y con el sello del Juzgado.

Esta disposición es aplicable también en la comprobación del testamento cerrado.

Art. 711.- Comprobada la autenticidad del testamento y el cumplimiento de sus requisitos de forma, el juez mandará protocolizar el expediente.

Estos tres artículos transcritos del Código Civil de 1984, corresponden a los numerales 51, 52 y 53 del Anteproyecto y Arts. 694, 695 y 696 del Código Civil de 1936.

Tienen una nota común: su contenido procesal, al igual que en el Código Civil de 1936. No es técnica ni propia su inserción en un Código Civil, pero evidentemente resulta práctico. Dejarlo para después, en ley aparte, es un riesgo que no se quiso correr. Lo que se deja para después, muchas veces no se hace.

5. CASO DE TESTAMENTOS ESPECIALES CON FORMA OLÓGRAFA

El Art. 691 del Código Civil distingue los testamentos que se pueden otorgar en el Perú en dos clases:

1. Ordinarios:
   a) Por escritura pública
   b) Cerrado
   c) Ológrafo o autógrafo que es el nombre más apropiado.
2. Especiales:
   a) Militar
   b) Marítimo
   c) Aéreo incorporado por Ley de Aeronáutica Civil N° 24882, Art. 55.

A estos últimos se les llama especiales porque la persona del testador se encuentra, por razón de lugar y tiempo, en circunstancias particulares que le impiden otorgar testamento por escritura pública o testamento cerrado por falta de notario en el lugar donde se encuentra.

Es por eso que estos, a diferencia de los testamentos ordinarios, tienen una eficacia jurídica muy limitada en el tiempo; de tres meses a partir de la ocasión en que sale el testador del lugar donde se encontraba transitoriamente y llega a un lugar del territorio en donde existe notario público, para poder testar en alguna de las dos formas ordinarias anteriormente señaladas.

Si el testador falleciere antes de los tres meses subsiguientes a aquel día en que hubiesen cesado con respecto a él las circunstancias que lo habilitan para otorgar testamento especial (militar, marítimo o aéreo), valdrá y consecuentemente podrá ser objeto de comprobación judicial dentro del procedimiento no contencioso dispuesto por el Art. 817 y siguientes del Código Procesal Civil. En cambio, si el testador sobreviviese a este plazo, éste caducará, como lo señalan los Arts. 715 y 720 del Código Civil. Cabe añadir que tratándose del testamento aéreo no hay disposición legal que señale plazo de caducidad. La Ley de Aeronáutica Civil, N° 24882, Art. 55, que es la que lo regula no establece plazo alguno de caducidad limitándose a señalar que el Comandante de la aeronave ejerce dentro de las mismas funciones notariales y municipales, debiendo inscribir en los libros correspondientes, los nacimientos, defunciones, matrimonios y testamentos *in extremis*. Consideramos que se trata de una lamentable omisión que no podría subsanarse sino a través de la ley, porque la caducidad no se presume ni puede aplicarse por analogía.

El plazo de caducidad para los testamentos especiales comienza desde que cesaron para el otorgante las circunstancias excepcionales que hicieron posible el empleo de la forma privilegiada, y no desde el momento de su otorgamiento.

Los Arts. 3676 y 3684 del Código Civil Argentino tienen disposición similar a la nuestra.

El Art. 984 del Código Civil Francés también señala un plazo de caducidad, pero lo amplía a los seis meses el testamento militar después que el testador haya vuelto a un lugar en donde pueda estar en la forma ordinaria.

Conforme a nuestro ordenamiento legal, Arts. 715 y 720 del Código Civil, si el testamento militar o marítimo tuvieran los requisitos del testamento ológrafo el término de caducidad vence al año de la muerte del testador si en este plazo no ha sido solicitada la protocolización de dicho testamento.

CASOS JURISPRUDENCIALES

MATERIA REGISTRAL

COMPROBACIÓN JUDICIAL DE TESTAMENTO
TESTAMENTO OLÓGRAFO: PROTOCOLIZACIÓN
TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO

MATERIA REGISTRAL: COMPROBACIÓN JUDICIAL DE TESTAMENTO

CASO N° 19

CAS. N° 718-96 TACNA

Sumilla del autor:

En la comprobación judicial del testamento cerrado dentro de un procedimiento no contencioso lo único que corresponde comprobar es la autenticidad y el cumplimiento de las formalidades legales aplicables a esta clase de testamento (Art. 817 Código Procesal Civil).

Los requisitos formales propios del testamento cerrado y que lo diferencian del testamento por escritura pública y del ológrafo es el acta que el Notario Público interviniente extiende en el mismo sobre que contiene el testamento o en la cubierta clausurada. El contenido del acta notarial lo suscriben el testador, los dos testigos intervinientes y el Notario y luego es transcrito también en el Registro del mismo notario. Los requisitos formales generales los señala el Art. 695 del Código Civil.

El acta notarial es muy importante porque permite la comprobación de la autenticidad del testamento, acredita que el testador lo entregó personalmente al notario en presencia de dos testigos hábiles y le manifestó que el sobre contenía efectivamente la manifestación de su última voluntad. Finalmente, señala que toda esta diligencia procesal se realizó en un solo acto (Art. 699 del Código Civil).

El sobre o la cubierta que contiene el testamento debe estar completamente cerrado y sin huellas de deterioro de manera que no haya sido posible el cambio del pliego que contiene, porque en caso contrario valdrá como testamento ológrafo, no siendo entonces necesaria la prueba de cotejo u otra análoga para establecer su autenticidad.

El Art. 821 del Código Procesal Civil, que es una norma de orden público, por razón de su naturaleza (Art. IX del Título Preliminar de este cuerpo legal) establece que el único medio probatorio que el juez admitirá es el acta notarial de otorgamiento extendida en el sobre o cubierta y en defecto del acta, y cuando el sobre estuviera deteriorado sólo serán admitidas como medios probatorios la copia certificada del acta transcrita del registro del notario,

la declaración de los testigos que intervinieron en el acto, el cotejo de la firma y, en su caso, de la letra del testador.

En la resolución final según el Art. 823 del Código Procesal, el juez declara la autenticidad del testamento, si reúne los requisitos formales generales y especiales que señalan los Arts. 695 y 699 del Código Civil, en armonía con el Art. 821 del Código Procesal Civil y después de firmada dispondrá su correspondiente protocolización notarial. No le corresponde en manera alguna prejuzgar la validez formal del testamento ni la del contenido de las disposiciones testamentarias o sea que el examen incide sólo en cuanto a los signos exteriores que la ley exige según el Art. 821 del Código Procesal Civil más no respecto a la capacidad legal, al grado de conciencia, o al conocimiento que el testador tuvo sobre el acto testamentario que iba a realizar, o sobre si testó libremente ya que éstos son elementos formales esenciales que no se pueden determinar en un procedimiento no contencioso, como tampoco si las disposiciones testamentarias fueron dictadas de acuerdo con las normas legales restrictivas que rigen el derecho legitimario de los herederos forzosos.

La admisibilidad del recurso de casación está supeditada al cumplimiento de los requisitos de forma y fondo que exigen los Arts. 387 y 388 del Código Procesal Civil, debiendo expresarse con precisión y claridad los fundamentos que sustentan la causal invocada.

Los únicos causales en que puede sustentarse el recurso de casación se encuentran comprendidas de modo taxativo en el Art. 386 del acotado. La inobservancia de estos requisitos lo hacen improcedente según el Art. 392 del propio texto legal.

Concordancias:

Código Civil: Arts. 695 y 699.
Código Procesal Civil: Arts. 749 inciso 8° y 817.

Antecedentes:

Doña Daysi Dianderas viuda de Trabucco, con citación de su hijo don Giancarlo Trabucco Dianderas, solicita la apertura y protocolización de un testamento cursado otorgado por don Giacomo Trabucco Rossi quien falleció el 28 de noviembre de 1995. Señala que el acta notarial fue suscrita y autorizada por la notaria pública doctora Daisy Morales de Barrientos.

La sentencia de Primera instancia como la de vista declaran fundada la solicitud, que es auténtico el testamento y disponen su correspondiente protocolización notarial.

La Corte Suprema declara improcedente la casación de conformidad con el Art. 392 del Código Procesal Civil.

EXP. N° 29-96

Demandante: Daysi Dianderas Vda. de Trabucco
Materia : Apertura de Testamento cerrado.
Secretario : Dra. Hilda Segura (2)

SENTENCIA

RES. N°4
Tacna, seis de febrero de mil
novecientos noventiséis.

VISTOS: Aparece de autos a fojas nueve, Daysi Dianderas Vda. de Trabucco, invocando el artículo ochocientos diecinueve del Código Procesal Civil, con citación de su hijo Giancarlo Trabucco Dianderas, solicita apertura de testamento cerrado, sosteniendo: Que como aparece en los certificados de la partida de matrimonio y nacimiento que acompaña, es esposa de Giacomo Trabucco Rossi y durante la vigencia de su matrimonio, han procreado a sus hijos Giancarlo, David Alberto y Gina Farah Trabucco Dianderas, siendo los dos últimos menores de edad, sobre los que ejerce la patria potestad; que como aparece del certificado del acta notarial suscrita por la notario doctora Daisy Morales de Barrientos, con fecha quince de noviembre de mil novecientos noventicinco, su esposo Giacomo Trabucco Rossi, le entregó un sobre cerrado que contiene su testamento, que lo tienen en custodia, pero sucede que su esposo ha fallecido con fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos noventicinco, como consecuencia de padecer enfermedades de diabetes y bronconeumonía, por lo que se hace necesario saber su contenido, comprobar su autenticidad y proceder a su protocolización al igual que con todo el expediente, para su posterior ejecución y cumplimiento, pues de haber instituido herederos puedan suceder en todo o en parte de la herencia que ha dejado su difundo esposo, petición que la hace por cuanto tiene la condición de heredera forzosa o legal, haciendo presente que su esposo no ha dejado otro testamento y no se encuentra inscrito en los Registros Públicos; a fojas ocho corre la certificación del Registro testamento cerrado; a fojas treintidós corre la audiencia de actuación y declaración judicial; que cumplida con la tramitación correspondiente a la naturaleza de la causa, su estado es el de expedirse sentencia; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO**: Que a fojas ocho, corre la Certificación Notarial expedida por la Notario doctora Daisy Morales de Barrientos, de que en el Re-

gistro de Escritura pública a fojas cincuentinueve, consta la entrega de un sobre cerrado, de testamento cerrado otorgado por Giacomo Trabucco Rossi, según acta de fecha quince de noviembre de mil novecientos noventicinco, encontrándose acompañada de los siguientes testigos Luz Marlene Alvarez Melcho y Eda Castillo Chura, quienes firman en el dorso del sobre conjuntamente con el testador; **SEGUNDO**; Que a fojas treintidós corre el acta de actuación y declaración judicial, en cuyo acto la notario público doctora Daysi Morales de Barrientos hizo entrega del sobre cerrado conteniendo el testamento cerrado de don Giacomo Trabucco Rossi y en cuyo acto los Testigos presentes reconocieron sus firmas consignadas en el dorso del sobre que contenía el Testamento cerrado referido, procediéndose a su apertura; **TERCERO**: Que a fojas veintinueve, corre el Testamento cerrado otorgado por Giacomo Tranbucco Rossi, de fecha catorce de noviembre de mil novecientos noventicinco, el cual ha sido otorgado con las formalidades prescritas por los artículos seiscientos noventicinco y seiscientos noventinueve del Código Civil, por lo que de conformidad con lo establecido por el artículo ochocientos veintitrés del Código Procesal Civil, administrando justicia a nombre de la Nación, **FALLO**: Declarando que el testamento cerrado que corre a fojas veintinueve, de fecha catorce de noviembre de mil novecientos noventicinco, otorgado por Giacomo Trabucco Rossi, el cual se encuentra firmado y sellado por el Juzgado, es su última voluntad, disponiendo su protocolización del expediente en la Notaría Pública de la doctora Daisy Morales de Barrientos Tr. y HS.

Tacna, dieciocho de abril de
mil novecientos noventiséis.-

VISTOS: Interviniendo como Vocal Ponente el señor Peralta; por sus propios fundamentos; oídos los informes orales; y **CONSIDERANDO** además: Que si bien es cierto que el Testamento de fojas veintinueve y treinta no tiene en la primera página la firma del testador, también es cierto que la sentencia no prejuzga la validez formal del testamento, ni la del contenido de las disposiciones testamentarias, por consiguiente, el apelante puede hacer valer su derecho conforme a Ley; de conformidad con el artículo ochocientos veintitrés del Código Procesal Civil y en armonía con el artículo cuarenta del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas treintiséis y siguiente, que falla declarando que el Testamento cerrado que corre a fojas veintinueve de fecha catorce de noviembre de mil novecientos noventicinco, otorgado por Giacomo Trabucco Rossi, el cual se encuentra firmado y sellado por el Juzgado, es su última voluntad, disponiendo su protocolización del expediente en la Notaría Pública de la Doctora Daisy Morales de Barrientos; y los devolvieron; en los seguidos por Daysi Dianderas Vda. de Trabucco con Giacomo Trabucco Rossi sobre Comprobación de Testamento Cerrado.

S.S.
RAMOS Z. -PERALTA A. -QUISPE A.

CAS. Nº 718-96 TACNA

Lima, veinticinco de septiembre
de mil novecientos noventiséis.-

VISTOS: A que conforme aparece de autos se ha cumplido con los requisitos formales que señala el artículo trescientos ochentisiete del Código Procesal Civil, para el concesorio del Recurso de Casación y, por tanto para la admisibilidad del mismo; Y **CONSIDERANDO**: **PRIMERO:** Que, conforme el artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil, son requisitos de fondo del Recurso de Casación los que a continuación se señalan: a) Que, se apoyen en las causales descritas en el artículo trescientos ochentiséis y según sea el caso, que se expresen con claridad y precisión los fundamentos y razones en las cuales el impugnante apoya la causal o causales que señala en el Recurso; b) Si las causales invocadas son las previstas en los incisos primero, y segundo del precitado artículo trescientos ochentiséis, debe precisarse como debe ser la debida aplicación o cuál la interpretación de la norma de derecho material en el primer supuesto, o cuál debe ser la norma de derecho material aplicable al caso en el segundo supuesto; c) Si se invoca la causal prevista en el numeral tres del artículo trescientos ochentiséis, debe precisarse en qué ha consistido la afectación del derecho al debido proceso o cual ha sido la formalidad procesal incumplida: **SEGUNDO:** Que, en el presente caso, el Recurso de Casación de fojas setentitrés interpuesto por don Giancarlo Trabucco Dianderas, si bien hace un análisis de normas de carácter procesal como los artículos ochocientos diecisiete, así como de normas de carácter material consistentes en los artículos setecientos once y seiscientos noventinueve del Código Civil, sin embargo, no ha invocado como fundamento del recurso algunas de las causales descritas en el artículo trescientos ochentiséis, que dicha omisión evidentemente no le ha permitido complementar la fundamentación a que se refiere el inciso segundo del artículo trescientos ochentiocho anteriormente citado; que por estas razones resulta de aplicación el numeral trescientos noventidós del propio texto legal: declararon **IMPROCEDENTE** el Recurso de Casación interpuesto por don Juan Guillermo Bedoya Vera en los seguidos por doña Daisy Dianderas Vda. de Trabucco sobre Comprobación de testamento cerrado: **CONDENARON** al recurrente al pago de costas y costos originados en la tramitación del recurso, asimis-

mo al pago de una multa de tres Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** que la presente resolución se publique en el Diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron.
SS.
RONCALLA-ROMÁN-VÁSQUEZ-ECHEVARRÍA-CARRIÓN

CASO N° 20

CAS. N° 855-96 CHIMBOTE

Sumilla del autor:

Para la ejecución del testamento cerrado es menester que muerto el testador se siga el procedimiento judicial de comprobación y protocolización porque es indispensable la declaración de autenticidad del mismo, así como que se inscriba en el protocolo de escrituras públicas del notario.

Las normas legales contenidas en los Arts. 699 a 703 del Código Civil se relacionan con las formalidades del testamento cerrado que son solemnes y la inobservancia de alguna de ellas acarrea su nulidad (Arts. 144, 219, inciso 6° y 811 del mismo cuerpo legal).

La comprobación judicial de testamento cerrado se tramita en proceso no contencioso y con medios probatorios de su autenticidad —que es lo único que corresponde establecer al juez—; 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 solamente la copia certificada del acta transcrita del registro del notario, la declaración de los testigos que intervinieron en el acto, el cotejo de la firma y, en su caso, de la letra del testador.

El juez al establecer su autenticidad tomará en cuenta las prescripciones señaladas en el Art. 699 del Código Civil. No le corresponde en este procedimiento, establecer si las disposiciones testamentarias se ajustaron al régimen legal sucesorio así como tampoco sobre su validez formal, es decir sobre si el testador actuó con conciencia, conocimiento de lo que hacía, si lo hizo libremente o sobre si su firma ha sido suplantada ya que todos estos extremos corresponden hacerse valer en un proceso sobre validez o nulidad de testamento.

El Art. 823 *in fine* del Código Procesal Civil, concordante con lo anteriormente expresado al ocuparse de la comprobación de testamento señala. «la resolución no prejuzga la validez formal del testamento ni la del contenido de las disposiciones testamentarias».

Los requisitos formales a que alude el Art. 823 del Código Procesal Civil se refieren a los signos exteriores señalados en el Art. 699 del Código Civil.

El acta notarial asentada en el sobre del testamento cerrado certifica por parte del Notario interviniente que, el propio testador le entregó el sobre y que le manifestó que contenía su memoria testamentaria.

La casación exige para su admisión la observancia de determinados requisitos de forma y fondo (Arts. 387 y 388 de Código Procesal Civil).

Sólo es amparable la casación en los casos taxativos establecidos en el Art. 386 del mismo texto legal y únicamente además tratándose de las resoluciones señaladas en el Art. 385.

El concesorio del recurso de casación es nulo por no reunir el requisito exigido por el inciso 2° del Art. 385 del Código Procesal, pues la resolución recurrida no tiene carácter de definitiva.

Concordancias:

Código Civil: Arts. 699 a 703.
Código Procesal Civil: Arts. 749, inciso 8°, 817, 821, 822 y 823.

Antecedentes:

Don José A. Castillo M. solicita en procedimiento no contencioso la comprobación del testamento cerrado dejado por doña Matilde Morales O., fallecida el 30 de junio de 1995 en Chimbote y expresa que la testadora reiteradamente le manifestó su decisión de instituirlo su heredero. Admitida a trámite se citó a doña Julia Baca O. y a otras personas.

La resolución de Primera Instancia como la de vista son uniformes, pues declaran que el aludido testamento es auténtico y disponen su protocolización.

La Corte Suprema declaró nulo el concesorio e inadmisible el recurso de casación por no reunir el requisito exigido por el inciso 2° del Art. 385 del Código Procesal Civil, siendo de aplicación el Art. 391 del mismo texto legal.

EXP. N° 522-188-95.

JOSE A. CASTILLO MEJÍA
CH.15.09.95, y 14.11.95
MINISTERIO PÚBLICO
PROCESO «NO CONTENCIOSO»
COMPROBACIÓN DE TESTAMENTO

RES. N° 12

Chimbote, veintidós de noviembre de
mil novecientos noventicinco.-

VISTOS: Resulta de autos, que por escrito de fojas ocho a diez, don José Armando Castillo Mejía solicita la comprobación del testamento cerrado dejado por la causante en poder y custodia del Notario Público Bernabé Zúñiga Quiroz, por considerarse heredero instituido de la que en vida fuera su madre que lo crió, doña Matilde Morales Ortega, fallecida el treinta de junio del año en curso, en esta ciudad, por cuanto que ésta en forma reiterada le manifestó que cuando hiciera su testamento lo iba a considerar como heredero; se ampara en los fundamentos de hechos y de derecho que expone en su escrito de demanda, y ofrece los medios probatorios señalados a fojas nueve de autos; Por lo que admitido a trámite la demanda, se entendió la misma con el Representante del Ministerio Público, con conocimiento de la Beneficencia Pública, y se notificó con arreglo a ley a doña Julia Baca Ortega, doña Celinda, Marcelino, María, Martín y Fidel Morales Ortega, conforme a los asientos de fojas treinta a treinticuatro, y conforme al asiento de fojas cincuentiséis y cincuentisiete de autos (exhortos diligenciados), asimismo se ha cumplido con efectuar avisos judiciales en el diario «Chimbote», conforme a las publicaciones que corren a fojas veintidós y veintitrés de autos. Por lo que de acuerdo a su estado por resolución número ocho de fojas cincuentinueve, se señala día y hora para la audiencia de actuación y declaración judicial, notificándose a los justiciables, y al Notario Público Bernabé Zúñiga Quiroz para que concurra y presente el testamento cerrado el día de la audiencia, y se proceda a la apertura del mismo en el local del Juzgado. Por lo que notificados los justiciables con arreglo a ley, conforme a los asientos que obran en autos, se realizó la audiencia de actuación y declaración judicial conforme al acta de fojas noventidós a noventicuatro, con la asistencia del notario público Bernabé Zúñiga quien en ese acto entregó el testamento cerrado debidamente lacrado

en un sobre manila, en buen estado de conservación, procediéndose en consecuencia a extraer y dar lectura al testamento de tres páginas, conforme obra en el acta de la audiencia respectiva, por lo que siendo su estado del proceso, es llegado el momento de sentenciar, **Y CONSIDERANDO: PRIMERO;** Que, con la partida de defunción de fojas cuatro, se acredita que doña Matilde Morales Ortega, falleció en esta localidad, el día treinta de junio de mil novecientos noventicinco, **SEGUNDO**: Que, con el certificado negativo de inscripción de testamento de fojas tres, se acredita que en el Registro de Testamentos de la Oficina de los Registros Públicos no aparece inscrito testamento alguno otorgado por la causante referida. **TERCERO:** Que, con el acta de recepción de testamento cerrado de fojas cinco y cinco vuelta, se acredita que la causante otorgó el mismo, al Notario Público Bernabé Zúñiga Quiroz, en presencia de los testigos Ronald Andrés Choque Deza, y Alejandro Marino Sandoval Haro, y doña Juana Pastor Saavedra de Ormeño (quien firmara a ruego por la causante), lo cual se corrobora con las declaraciones efectuadas por los mismos en la audiencia de actuación y declaración judicial, conforme al acta de fojas ochentiséis y ochentisiete (pliegos interrogatorios), de autos, **CUARTO**: Que, el testamento cerrado debidamente lacrado en un sobre manila, tamaño oficio otorgado por la causante, que se inserta de fojas ochentinueve a noventiuno, reúne los requisitos esenciales exigidos por el artículo 699 del Código Civil, razón por la cual ha sido extraída del interior del sobre manila en la audiencia de actuación y declaración judicial de fojas noventidós a noventicuatro de autos, fundamento por el cual deberá declararse fundada la demanda. **QUINTO**; Que, las declaraciones testimoniales de don Ronald Andrés Choque Deza, don Alejandro Marino Sandoval y de Juana Pastor Saavedra de Ormeño, conforme al acta de fojas ochentiséis y ochentisiete, efectuadas en la audiencia de actuación de declaración judicial de fojas noventidós a noventicuatro, corroboran los fundamentos valorados precedentemente. Por los considerandos expuestos y Administrando Justicia a Nombre de la Nación, **FALLO**: Declarando **FUNDADA LA DEMANDA SOBRE COMPROBACIÓN DE TESTAMENTO CERRADO**, de fojas ocho a diez, en consecuencia se declara la validez y autenticidad de dicho testamento, en consecuencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 823 del Código Procesal Civil, **REMÍTASE** el expediente al notario público señor Bernabé Zúñiga Quiroz, para su protocolización notarial respectiva.- Notifíquese la presente resolución por cédula, y consentida o ejecutoriada que sea, **ARCHÍVESE** en el modo y forma de ley, previa protocolización.

EXP. N° 09.06-C

JOSE CASTILLO MEJIA
COMPROBACIÓN DE TESTAMENTO CERRADO
MINISTERIO PÚBLICO

Chimbote, trece de marzo de mil
novecientos noventiséis.

VISTOS: Por los propios fundamentos de la recurrida; y, **CONSIDERANDO:** Además que, la solicitud de comprobación de testamento cerrado, se tramita en acción no contenciosa y al amparo de los artículos ochocientos diecisiete y demás concordantes del Código Procesal Civil, se ha tramitado con arreglo a ley; que el testamento cerrado reúne los requisitos y formalidades esenciales señalados en el artículo seiscientos noventinueve del Código Civil, por lo que **CONFIRMARON** la resolución de fojas noventiséis a noventiocho su fecha veintidós de noviembre de mil novecientos noventicinco, que falla declarando fundada la demanda sobre Comprobación de Testamento Cerrado y en consecuencia se declara la validez y autenticidad de dicho testamento; y con lo demás que contiene lo devolvieron. Ponente.- Doctor Segundo Vitery Rodríguez.
S.S.
VITERY R.-VARGAS T.-SALGADO N.

CAS. N° 855-96 CHIMBOTE

Lima, dieciséis de octubre de
mil novecientos noventiséis.-

VISTOS; y CONSIDERANDO: 1) Que el inciso primero del artículo trescientos ochentisiete del Código Procesal Civil, exige como requisito de forma para la admisibilidad del recurso de casación, que éste se interponga contra las resoluciones enumeradas en el artículo trescientos ochenticinco del mismo ordenamiento legal; 2) Que conforme a lo dispuesto por el artículo ochocientos veintitrés de la ley procesal la resolución que considera auténtico un testamento cerrado no prejuzga la validez formal del testamento, la que debe apreciarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo seiscientos noventinueve del Código Civil y que como es evidente puede ser

materia de un proceso contencioso; 3) Que sólo están comprendidas dentro del inciso segundo del artículo trescientos ochenticinco del Código Procesal Civil aquellas resoluciones con carácter de definitivas que no sean susceptibles de un ulterior pronunciamiento judicial que haga innecesaria la intervención de la Corte Suprema, razón por la cual debe interpretarse que la recurrida no reúne el requisito exigido por el inciso segundo del artículo trescientos ochenticinco de la ley procesal; 4) Que, en consecuencia, y aplicando el artículo trescientos noventiuno del mismo Código: declararon **NULO** el concesorio de fojas ciento noventinueve, su fecha veintinueve de abril de mil novecientos noventiséis, e **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto: **CONDENARON** al recurrente a la 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 José Castillo Mejía con Marcelino Morales Ortega sobre comprobación de testamento cerrado; y los devolvieron.-

S.S.

RONCALLA-ROMAN REYES-VÁSQUEZ-ECHEVARRÍA

MATERIA REGISTRAL: TESTAMENTO OLÓGRAFO

CASO Nº 21

RESOLUCION REGISTRAL N° 042-97-ORLC/TR

Sumilla del autor:

No se requiere acreditar que la resolución que ordena la protocolización de un expediente de comprobación de testamento ológrafo se encuentra consentida o ejecutoriada si de los actuados judiciales se aprecia que no hubo contradicción en el procedimiento y consecuentemente apelación, pues dicha resolución deviene en inimpugnable.

Antecedentes:

Seguido el proceso de comprobación y protocolización de un testamento ológrafo, se remitieron partes notariales el Registro para su correspondiente inscripción, la cual fue denegada por la Registradora Pública por no haberse acreditado que la resolución que ordena la protocolización del expediente se encuentra consentida o ejecutoriada.

La apelación fue revocada por el Tribunal Registral de conformidad con los Arts. 754, 3° y 4° párrafo y los Arts. 755 y 823 del Código Procesal Civil que señalan que de no haber contradicción, el juez ordenará actuar los medios probatorios y, concluido el trámite, si considera autentico el testamento, pondrá su firma entera y sello del juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente, siendo la resolución que este como expida, *inimpugnable*.

Comentario del autor:

Es acertada la resolución del Tribunal Registral porque se funda en normas legales que provienen del Código Procesal Civil que son de orden público. Además, tienen prevalencia respecto del Art. 65 de la Ley del Notariado (que en el inciso e señala que debe mencionarse la resolución que ordena la protocolización con la indicación de estar consentido o ejecutoriado) porque es de fecha posterior a esta Ley y es específica para la materia contenida en el mismo.

RESOLUCION REGISTRAL N° 042-97-ORLC/TR*

Lima, 06 de febrero de 1997

VISTA, la apelación interpuesta por la señora MOLLY CAMACHO DITTMANN (Hoja de Trámite N° 23303 del 11 de Noviembre de 1996), contra la observación formulada por la Registradora Pública del Registro de Personas Naturales de Lima, Dra. Liliana Bernuy Guerrero, a la solicitud de inscripción de Testamento Ológrafo, en mérito a partes notariales. El Título se presentó el 30 de Setiembre de 1996 bajo el N° 156382. La Registradora denegó la inscripción por cuanto: «Se debe adjuntar la Resolución que declara consentida o ejecutoriada el auto de fecha 06 de junio de 1996»; y,

CONSIDERANDO

Que, mediante el título materia de grado, la apelante solicita la inscripción del Testamento Ológrafo del señor José Urquiaga Illescas, comprobado por Resolución de fecha 6 de Junio de 1996, expedida por el Trigésimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima y protocolizado el 26 de Julio de 1996, ante el Notario Dr. Gustavo Correa Miller;

Que, conforme lo establece el Art. 707° y siguientes del Código Civil, para que el testamento ológrafo produzca efectos, su autenticidad debe ser comprobada por el Juzgado competente, para posteriormente ordenarse la protocolización del expediente judicial;

Que, por la protocolización, se incorporan al Registro de escrituras públicas del Notario los documentos que la ley, resolución judicial o administrativa ordenen, conforme lo dispone el Art. 64 de la Ley del Notariado, acto que se materializa a través del acta de protocolización;

Que, el Art. 65 de la Ley del Notariado precisa el contenido del acta de protocolización, señalando en el inciso (e), entre otros, que debe mencionarse la resolución que ordena la protocolización con la indicación de estar consentida o ejecutoriada;

Que, resulta pertinente analizar el contenido del acta de protocolización basándose en la naturaleza de cada proceso, por lo que debe revisarse la aplicación del Código Procesal Civil al caso concreto planteado por el título materia de alzada, siendo, además, esta norma legal posterior a la Ley del Notariado, y específica para la materia contenida en el mismo;

---

* Tomado de Registros Públicos de Lima y Callao - Jurisprudencia Registral - Vol. IV, enero a junio de 1997 - Lima 1997, pp. 450-451.

Que de la revisión de las disposiciones generales y especiales del precitado Código adjetivo, aplicables a los procesos no contencioso y específicamente a la comprobación de testamento, se desprende que durante su tramitación puede formularse contradicción, en cuyo caso se aplica lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 754, y procede en estos casos recurso de apelación, conforme a lo previsto en el Art. 755 el mismo cuerpo legal;

Que, los Arts. 754, tercer y cuarto párrafos, concordantes con el Art. 821, segundo párrafo, y los Arts. 755 y 823 del Código Procesal Civil señalan que, de no haber contradicción, el juez ordenará actuar los medios probatorios, y, concluido el trámite, si considera auténtico el testamento, pondrá su firma entera y sello del Juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente, siendo la resolución que en este caso expida, inimpugnable;

Que, de las piezas procesales incorporadas al protocolo notarial con fecha 26 de julio de 1996, entre las cuales se encuentran las audiencias de actuación y declaración judicial de fechas 26 de abril y 6 de junio de 1996, se advierte que no se ha formulado contradicción alguna en el procedimiento de comprobación del testamento ológrafo, por lo que no se requiere que la resolución del 6 de junio último se encuentre consentida o ejecutoriada para surtir todos sus efectos legales y registrales, razón por la cual, la observación formulada deviene improcedente;

De conformidad con los Arts. IV del Título Preliminar, 150° y 151° del Reglamento General de los Registros Públicos, concordantes con el Art. 2011 del Código Civil; y,

Estando a lo acordado:

SE RESUELVE

Revocar la observación formulada por la Registradora del Registro de Personas Naturales al título referido en la parte expositiva y ordenar su inscripción conforme a los considerandos de la presente Resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.- (FDO.)
DRA. MARTHA SILVA DÍAZ,
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

DR. WALTER POMA MORALES,
VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

DR. ALVARO DELGADO SCHEELJE, V
OCAL (E) DEL TRIBUNAL REGISTRAL

MATERIAL REGISTRAL: TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO

CASO N° 22

RES. N° 092-99-0RLC/TR

Sumilla del autor:

La solicitud de inscripción de un testamento ológrafo mancomunado otorgado en Alemania con arreglo al código civil alemán resulta improcedente, no obstante la prevalencia del Art. 2100 del Código Civil, por la existencia de defectos en la documentación presentada y 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.

Las disposiciones contenidas en los Arts. 722 y 814 del Código Civil son normas de orden público interno por la forma y por el fondo que no impiden sin embargo, en este caso, la aplicación del Art. 2100 del mismo cuerpo legal ya que el Art. 148 del Código De Bustamante de 1928 si bien prohíbe esta clase de testamentos, convirtiéndolas en normas de orden público internacional, sólo resultan obligatorias para los estados vinculados a éste, no encontrándose incluido el estado alemán.

Antecedentes:

El tema incide sobre la denegatoria de inscripción en el Registro de Testamentos de un testamento ológrafo mancomunado otorgado en Alemania por los esposos Ingeborg Eschweiler y su cónyuge Walter Eschweiler el 1° de febrero de 1996. Ella, al tiempo de deceso, estuvo inscrita como peruana en el Registro de Nacionales en la Oficina Consular.

El último domicilio al tiempo de deceso de ambos estuvo en Alemania según certificado expedido por la Embajada de la República Federal de Alemania, en Lima; toda la documentación del testamento mancomunado aludido está debidamente legalizado y ha sido otorgado por dichos esposos de conformidad con los Arts. 2265 - 2273 del Código Civil de Alemania.

La Registradora Pública de Lima denegó la inscripción señalando que si bien conforme con los Arts. 2100 y 2094 del Código Civil era aplicable en principio, la ley alemana por ser la del último domicilio de los aludidos esposos no

resulta viable porque el Art. 2049 establece límites en la aplicación irrestricta de la ley extranjera cuando su aplicación resulta incompatible con el Orden Público Internacional o las buenas costumbres. Que precisamente el Art. 722 del Código indicado señala la validez de los testamentos extranjeros otorgados conforme a sus propias leyes, salvo los testamentos mancomunados.

Que la norma legal que prohíbe los testamentos mancomunados tiene la categoría de norma de orden público internacional según el Art. 148 del Código de Bustamente que el Perú ratificó por Resolución Legislativa N° 6442 de 08-01-1929.

Igualmente en el Derecho Comparado, en países como España, Panamá y Venezuela se sigue el mismo criterio porque no sólo afecta la forma que es esencial sino también el fondo ya que atenta contra la naturaleza de la institución del testamento como son su carácter personalismo, unilateral y revocable.

A que por tanto, en este caso de excepción, prevalece el Art. 722 del Código Civil Peruano; no resulta de aplicación la ley alemana, no obstante ser la ley del último domicilio de la causante doña Ingeborg Eschweiler porque de esta sucesión se trata y no la del esposo que falleció con posterioridad y que conjuntamente con aquélla otorgó un mismo testamento mancomunado.

Apelada esta resolución se afirma que en este caso sí resulta de aplicación la ley alemana por ser la del último domicilio de aquélla.

Que de acuerdo con el Art. 2047 del Código Civil existe una alternativa para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros:

a) El Derecho aplicable se determina de acuerdo con los Tratados internacionales ratificados por nuestro país sobre la materia. Y, en su defecto,
b) Por las normas del Libro X, sobre Derecho Internacional Privado del Código Civil, siendo supletoriamente aplicables los principios y criterios consagrados por la doctrina de Derecho Internacional Privado.

En la sucesión testamentaria, sus tres aspectos importantes, como son la capacidad del testador, la formalidad de testamento y el contenido, tienen un punto de contacto, que es el del último domicilio según los Arts. 2070, 2094 y 2100 del Libro X que adopta indudablemente, el domicilio internacional como factor de conexión preponderante, abriendo así la posibilidad de aplicación de leyes extranjeras a las relaciones familiares de peruanos.

El concepto de orden público internacional establecido en el Código de La Habana de 1928, Art. 148 al prohibir el testamento mancomunado sólo vincula a los Estados intervinientes, no siendo éste el caso de Alemania.

El concepto de orden público internacional dentro del Derecho Internacional no se sustenta en consideraciones de orden objetivo; responde a criterios particulares de cada Estado, lo cual es razonable, y se encuentra librado al arbitrio del juez o funcionario público competente a quien corresponde evaluar este concepto con prudencia y equidad para evitar se produzcan excesos en uno y otro sentido.

No son lo mismo Normas de Orden Público Interno, que Normas de Orden Público Internacional porque las de Orden Público Internacional son siempre normas de Orden Público Interno más no viceversa.

Asimismo rigen las normas de Orden Público Internacional cuando la ley peruana establece su aplicabilidad, pero si la ley peruana remite su aplicabilidad a una ley extranjera, es ésta la que debe aplicarse.

Que existen elementos suficientes para señalar que el último domicilio de la causante estuvo en la República Federal de Alemania, debiendo concluirse que la ley aplicable es la ley alemana, no obstante se deja establecido que en la doctrina existen grandes dificultades para determinar la validez en el país de un testamento mancomunado otorgado en otro país que lo acepta, conforme se aprecia de la Conferencia de La Haya.

En conclusión: Los Arts. 722 y 814 del Código Civil contienen normas de Orden Público Interno, que no impiden la aplicación del Art. 2100 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo no es posible la inscripción de este testamento por contener defectos.

a) Se comprueba que en las cláusulas tercera, cuarta y quinta del testamento, hay disposiciones referidas a la voluntad testamentaria del cónyuge supérstite Walter Eschweiler, no obstante que en el Art. 2273 del Código Alemán invocada se señala:

   En la apertura de un testamento mancomunado las disposiciones del cónyuge sobreviviente, en tanto puedan independizarse, no han de notificarse ni de otra forma ponerse en conocimiento de los interesados. De las disposiciones del cónyuge premuerto ha de hacerse una copia autenticada. El testamento ha de cerrarse de nuevo y volverse a poner bajo especial custodia oficial.

   Se ha infringido pues el Art. 2273 del Código Alemán.

b) Es menester aclararse las razones por las cuales estas disposiciones están contenidas en el documento presentado ante el Registro.

c) Con la instrumental referida al testamento mancomunado, se ha acompañado un documento traducido con el nombre de «Declaratoria de herederos», no habiéndose justificado su presentación ni su vinculación con

el testamento privado y a que finalmente, en el aludido documento se usa la palabra *Erbschein* que significa certificado sucesorio, figura particular del Derecho Alemán muy distinta de la que en nuestro ordenamiento legal se denomina «Declaratoria de herederos».

VISTO, el recurso de apelación interpuesto por JOSÉ CHIPANA GUILLEN, representante de la Notaría del Sr. Aníbal Corvetto Romero (Hoja de Trámite Documentario N° 30603 del 24 de noviembre de 1998), contra la observación formulada por la Registradora Pública del Registro de Testamentos, Dra. Angélica María Portillo Flores, a la solicitud de inscripción del Testamento otorgado en Alemania, en mérito a documentos legalizados. El título se presentó el 23 de octubre de 1998, bajo el N° 181397. La Registradora Pública denegó la solicitud de inscripción formulando la siguiente observación. «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 señala que la forma de los actos jurídicos se rige por la ley del lugar en que se otorgan, dichos artículos deben ser interpretados en concordancia con lo establecido en el Art. 2049 del Código Civil, que limita la aplicación irrestricta de la ley extranjera excluyéndola cuando es incompatible con el Orden Público Internacional y con las buenas costumbres y en concordancia con el Art. 722 del Código Civil que señala son válidos en el Perú los testamentos extranjeros otorgados según las formalidades establecidas en la Ley del respectivo país, salvo los testamentos mancomunados. Es así como el Art. 2094 del Código Civil que regula la forma de los actos jurídicos en el extranjero, requiere ser interpretada conjuntamente con el Art. 2049 del Código Civil que prevé la excepción del Orden Público Internacional como se aprecia en el tratado 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 y las normas que declaran al testamento como acto personalismo. Asimismo, en el Derecho Comparado, en países como España, Panamá y Venezuela, se ha establecido que no son válidos los testamentos mancomunados. La razón de la prohibición no radica en un problema de violación de formalidades sino es una cuestión de fondo, por cuanto 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, lo que explica que sea una norma de Orden Público Internacional. En tal virtud, en el presente caso es de aplicación el Art. 722 del Código Civil. Una interpretación en contrario es ir

contra norma expresa e imperativo de Orden Público Internacional. Se efectúa la presente observación de conformidad con el Artículo 2011 del Código Civil, Art. 151 del Reglamento General de los Registros Públicos»; con el informe oral del Dr. Gonzalo Mercado Neumann; Interviniendo como Vocal ponente la Dra. Elena Vásquez Torres; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante el presente título se solicita la inscripción del Testamento Ológrafo y Mancomunado otorgado en Alemania por Ingeborg Eschweiler y su cónyuge Walter Eschweiler el 10 de febrero de 1996, en mérito a copia del testamento legalizado por los funcionarios del Juzgado de Primera Instancia de Grevenbrich, y de la partida de defunción de la cónyuge, certificadas por el Cónsul A.H. del Perú en la ciudad de Düsseldorf (Alemania) René Pierre Marquigny y por el funcionario correspondiente del Ministerio del Relaciones Exteriores del Perú; 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 indica que Ingeborg de Eschweiler se encontraba inscrita en el Registro de Nacionales de esa oficina consular como nacional peruana desde el día 06 de setiembre de 1993 hasta el 26 de noviembre de 1997, fecha de su defunción;

Que, ante esta instancia se ha presentado —mediante Hoja de Trámite N°2978 del 28 de enero de 1999— copia legalizada de un documento del Juzgado de Primera Instancia de Grevenbroich-Monchengladbach, debidamente legalizado y traducido, denominado «Declaratoria de Herederos» en el cual se indica «La señora Ingerborg Úrsula Carmen Von Ehren de Eschweiler, nacida en Lima - Perú, con último domicilio en Rommerskirchen, falleció el 26 de noviembre en la citada ciudad dejando como heredero a Walter Eschweiler, nacido el 28 de mayo de 1929, con domicilio en Antoniusstrake 32.41569 Rommeerskirchen, Grevenbroich, 25 de febrero de 1998.

Vogel I Juez del Juzgado de Primera Instancia»;

Que, asimismo, se ha presentado mediante Hoja de Trámite N°6869 del 11 de marzo de 1999 un Certificado que señala: «La Embajada de la República Federal de Alemania en Lima certifica por el presente que según el Derecho Civil Alemán se le permite a los esposos crear un testamento mancomunado, instituyéndose mutuamente como herederos. Esta posibilidad está reglamentada en el Código Civil 2265-2273», firmado por el Agregado de Asuntos Consulares.

Que, para la inscripción de actos contenidos en documentos que provienen del extranjero es necesario atender a lo dispuesto en los artículos 126 y

127 del Reglamento General de los Registros Públicos y considerar que la conducta del Registrador en esta materia no es puramente pasiva, ya que se encuentra en la posibilidad de solicitar a los interesados la presentación de informes expendidos por los funcionarios competentes del país cuya ley sea aplicable, así como recurrir a los demás medios para conocer por si mismo la legislación extranjera:

Que, efectivamente, en la República Federal de Alemania se encuentra permitida la forma mancomunada en el otorgamiento de los testamentos, de conformidad con los artículos 2265 al 2273 del BGB (Código Civil Alemán), así como el testamento privado (denominado «Ológrafo» en nuestro medio); mientras que en nuestro país no son válidos los testamentos mancomunados, conforme lo disponen los Arts. 722 y 814 del Código Civil y, si bien el testamento ológrafo es permitido, para que produzca efectos después de la muerte del testador ha de ser elevado a documento público, mediante la verificación de su autenticidad y legalidad, efectuada en el correspondiente procedimiento judicial de comprobación de testamento (Art. 707 Código Civil).

Que, estando frente a un caso de Derecho Internacional Privado es necesario recurrir a sus normas, las mismas que utilizan una serie de factores a fin de relacionar una situación o persona con un ordenamiento jurídico específico que regule; en ese sentido, el factor de conexión determinará la ley aplicable al caso sub-materia;

Que, en virtud del artículo 2047 del Código Civil el derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por nuestro país sobre la materia y en su defecto, conforme a las normas del Libro X sobre Derecho Internacional Privado del Código Civil, siendo supletoriamente aplicables los principios y criterios consagrados por la doctrina de Derecho Internacional Privado;

Que, en la sucesión testamentaria se pueden distinguir tres aspectos, como son los referidos a la capacidad testamentaria, la formalidad del testamento y el contenido, interpretación y ejecución del mismo; el primero se encuentra regulado en el artículo 2070 del Código Civil, siendo la ley del domicilio la que la rige; en cuanto a la formalidad se trata en el artículo 2094 del Código Civil, en virtud del cual basta con que se aplique la ley del lugar de celebración del acto o la del lugar que regula el contenido del acto (en este último caso, se trata del último domicilio del causante, por tanto, se somete la forma y el fondo al mismo derecho material); en todo los demás asuntos relativos a la sucesión testamentaria se aplica la ley del último domicilio del causante, de conformidad con el Art. 2100 del Código Civil; como puede apreciarse de lo anterior, estos aspectos

están basados en el punto de contacto-domicilio, de conformidad con la estructura conflictual del Libro X del Código Civil, cuerpo legal que adopta decididamente el domicilio internacional como factor de convección preponderante, abriendo la posibilidad de aplicación de leyes extranjeras a las relaciones familiares de los peruanos, materia que durante la vigencia del Código Civil de 1936 derogado estaba reservado exclusivamente la ley peruana;

Que, existiendo elementos suficiente para señalar que el último domicilio de la causante estuvo en la República Federal de Alemania, se concluye que la ley aplicable es la ley alemana;

Que, si bien el Art. 2049 del Código Civil establece la obligatoriedad de aplicar las disposiciones de la ley extranjera pertinente cuando así lo determine el Derecho Internacional privado peruano, también expresa que si aquellas vulneran el Orden Público Internacional o las Buenas Costumbres no deben —por excepción— ser aplicadas; en tal sentido, la interrogante que se presenta es si la ley alemana descarta las disposiciones peruanas materializadas en los Arts. 722 y 814 del Código Civil, referidas a la invalidez en el Perú de los testamentos mancomunados, o de lo contrario, si éstas últimas impiden la aplicación de la Ley extranjera declarada competente por tratarse de normas de Orden Público Internacional.

Que, el Art. 814 del Código Civil prescribe «Es nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas» y el Art. 722, «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 los testamentos mancomunados y verbal y las modalidades testamentarias incompatibles con la ley peruana».

Que, como lo señalan Lohmann y Revoredo[1] el Art. 722 del Código Civil se aplica cuando la ley que rige la sucesión es la ley peruana, por remisión del Art. 2100 del Código Civil, en tal caso, a fin de proteger la validez del acto, deberá respetarse la forma determinada en las leyes peruanas por razones de orden público, caso de peruano o extranjero domiciliado en el Perú que hubieran testado en el extranjero; no siendo pertinente nuestro ordenamiento si los sujetos hubieran tenido fuera del país su último domicilio antes de fallecer, porque la sucesión va a quedar gobernada por legislación extranjera;

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 funcionarios públicos quienes evaluarán la excep-

1 REVOREDO MARSANO, *op. cit.*, p. 903.

ción con prudencia y equidad para evitar que se produzcan excesos en uno u otro sentido; Revoredo, de acuerdo con la doctrina imperante[2], precisa que «debe diferenciarse el Orden Público Nacional del Internacional, el primero se encuentra en las normas del Derecho Peruano de carácter imperativo que no puede modificarse a voluntad de los individuos; el segundo, en cambio, tiene que ver con la naturaleza de normas peruanas que no pueden ser descartadas por la aplicación de leyes extranjeras por ser principios fundamentales sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico, concluyendo (cita a Alfonsín) que esta distinción pone de manifiesto que si bien todo precepto de Orden Público Internacional es a *fortiori* de Orden Público Interno, la inversa no es igualmente verdadera, por lo cual no basta con que una norma sea de Orden Público Interno para fundar en ella una excepción de Orden Público Internacional».

Que, es necesario tener en cuenta el extenso debate que suscitan en la doctrina las dificultades para determinar la validez en el país de un testamento mancomunado otorgado en otro que admita esa posibilidad, conforme se aprecia de la Conferencia de La Haya; en nuestro país, el problema se presenta cuando la ley aplicable resulta ser la ley extranjera, como ocurre en el presente caso, porque si la ley peruana es la aplicable el Art. 722 del Código Civil lo resuelve, conforme se ha expresado en el decimotercer considerando; el debate gira en torno de si la ley local lo prohíbe a título de ley aplicable a la forma testamentaria o incide en el fondo del derecho sucesorio; si se concluye que es cuestión de forma, resulta aplicable el adagio *locus regit actum*, puesto que la ley del país donde el testamento se ha otorgado, es la que decide cuáles son las formas que pueden comprometer la libertad testamentaria; y si, por el contrario, se concluye que es una cuestión de fondo, porque se considera que el fin perseguido por el legislador es salvaguardar el carácter unilateral del testamento que la garantía de su revocabilidad, debe aplicarse la ley de fondo, la ley que rige la sucesión. Trasladado esto a nuestro ordenamiento jurídico se advierte que si bien es cierto estamos frente a normas que inciden en el fondo del derecho sucesorio peruano, no menos cierto es que el legislador en el caso de sucesiones conectadas con elementos extranjeros ha declinado en temas de forma y fondo a favor de la ley del domicilio (Arts. 2094 y 2100 del Código Civil), lo que determina que no podría descartarse la disposición extranjera que admite esa modalidad testamentaria, como si pudiese ocurrir en ordenamientos jurídicos en donde la ley de fondo es la ley nacional del causante[3];

---

2 VICENTELIUS SIMO SANTONIA. *Derecho Sucesorio Comparado*. Madrid: Edith Tecnos, 1968.

3 REVOREDO MARSANO, *ob. cit.*, p. 899.

Que, en consecuencia, los Arts. 722 y 814 del Código Civil contienen normas de Orden Público Interno que no impiden la aplicación del Art. 2100 del mismo cuerpo legal;

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 personalismo», debe señalarse que no resulta aplicable al presente caso, ya que para el Perú es un «tratado común» no «universal», por ende, lo aplican 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[4], por tanto no podría extenderse a supuestos provenientes de Estados ajenos al tratado, como es este caso; asimismo, debe tenerse en cuenta que la concepción del Derecho Internacional Privado ha cambiado en el Código Civil de 1984, sus normas son fundamentalmente de apertura al derecho extranjero para casos de conexión internacional lo cual no ocurría en la legislación anterior.

Que, resultando de aplicación la ley alemana, deben tenerse en cuenta las disposiciones legales en las cuales se ampara el apelante, contenidas en el documento referido en el tercer considerando, advirtiéndose que, si bien se encuentran acreditadas las normas que rigen las formalidades de su apertura, necesarias para la calificación de los documentos presentados, más aun cuando se verifica que las cláusulas tercera, cuarta y quinta del testamento hay disposiciones referidas a la voluntad testamentaria del cónyuge *supérstite* Walter Eschweiler, no obstante que en el Art. 2273 del BGB invocado, se señala que en la apertura de un testamento mancomunado las disposiciones del cónyuge sobreviviente en tanto puedan independizarse, no han de notificarse ni ponerse en conocimiento de los interesados de lo que resulta necesario, además aclarase las razones por las cuales estas disposiciones están contenidas en el documento presentado ante el Registro;

Que, asimismo, de acuerdo con lo expresado en el segundo considerando, a esta instancia se ha acompañado un documento traducido con el nombre de «Declaratoria de herederos», no habiéndose sustentado su presentación ni su vinculación con el testamento privado, siendo que, además en el documento en idioma alemán se usa la palabra *Erbschein* que significa «certificado sucesorio» o «certificado hereditario», figura particular del derecho alemán muy distinta de la que se conoce como declaratoria de herederos (sucesión intestada) en nuestro país;

---

4 La revisión es al Código Procesal Civil.

Que, consecuentemente, de conformidad con lo prescrito en el primer párrafo del artículo 2011 del Código Civil y los Arts. 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos no procede ordenar la inscripción del presente título por contener los defectos señalados en los dos considerandos precedentes; y,

Estando a lo acordado:

SE RESUELVE:

Revocar la observación formulada por la Registradora Pública del registro de Testamentos al título en la parte expositiva, y declarar que el mismo no es inscribible por los defectos advertidos en la presente Resolución:

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE:

Dra. ELENA VASQUEZ TORRES
Presidenta de la Segunda Sala del Tribunal Registral

Dr. WALTER POMA MORALES
Vocal del Tribunal Registral

Dr. LUIS ALIAGA HUARIPATA
Vocal (e) del Tribunal Registral

Comentario del autor

EJECUTORIA N° 092-99-ORLC/TR (CASO ANTERIOR)

La ejecutoria del Tribunal Registral nos lleva inevitablemente a hacer un breve comentario acerca de si resulta válido en el Perú un testamento mancomunado otorgado en Alemania conforme a sus normas legales.

El problema nos plantea un conflicto de leyes que como sabemos, es un método normativo que consiste en elegir la ley aplicable a la relación internacional escogiendo entre las leyes de los diferentes Estados, aquella llamada a regular la relación de derecho en cuestión, como acertadamente señala el maestro Delgado Barreto en su reciente obra publicada *Introducción al Derecho Internacional Privado*.

Frente a un caso de conflicto de leyes es necesario asumir criterios que permitan resolver el difícil problema. Pero eso es menester partir del concepto de orden público y saber cuál es su contenido.

El orden público es una cláusula de reserva constituida por un conjunto de valores esenciales que estructuran un ordenamiento jurídico como son los derechos fundamentales de la persona humana, ya que la persona humana es anterior y superior a todas las instituciones sociales; por tanto, siendo la persona humana un fin en si mismo, todas aquellas tienen como fin orientar su normatividad hacia ella.

Las normas legales de otros países, en consecuencia no pueden ser incompatibles con los principios esenciales del Derecho Peruano.

Este criterio nacional es el mismo que sustenta el artículo 6 del Código Civil Alemán de 1986:

> No se aplicará una norma jurídica de otro Estado cuando su aplicación conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con los principios esenciales del Derecho Alemán. Especialmente no procederá dicha aplicación cuando ésta fuere incompatible con los derechos fundamentales.

Si analizamos brevemente esta disposición legal vamos a comprobar que la ley extranjera no resulta admisible en dos casos:

a) Cuando su aplicación conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con los principios esenciales del Derecho Alemán.
b) Asimismo cuando resulta incompatible con los derechos fundamentales.

En nuestro ordenamiento legal comprobamos lo siguiente:

1. En materia de Tratados Internacionales como el Derecho Internacional Privado de 1878, artículo. 4; el Código de Derecho Internacional Privado de 1928, artículo. 3, llamado también Código de Bustamante o Tratado de La Habana; y la Convención Internacional sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979, artículo 5, observamos que tienen un denominador común:

   > Las leyes extranjeras sólo serán observadas en la República Peruana en cuanto no sean incompatibles con la Constitución Política del Estado, el orden público y las buenas costumbres.

2. El artículo V del Título Preliminar del actual Código Civil precisa que:

   > Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Esta importante disposición no resulta nueva en nuestro ordenamiento legal. Sus antecedentes se encuentran en:

a) Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1852:

> Ningún pacto exime de la observancia de la ley; sin embargo, es permitido renunciar los derechos que ella concede, siempre que sean meramente privados y que no interesen al orden público ni a las buenas costumbres.

b) Artículo III del Título Preliminar del Código Civil de 1936:

> No se puede pactar contra las leyes que interesen al orden público o a las buenas costumbres.

c) Artículo X del Título Preliminar del mismo Código Civil de 1936:

> Las leyes extranjeras no son aplicables cuando son contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

d) Este precepto legal ha sido reproducido por el primer Proyecto del Código Civil de 1984, en el artículo XIV del Título Preliminar:

> Las disposiciones del Derecho extranjero competente sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados incompatibles con el orden público o con las buenas costumbres.

e) También guarda semejanza con el Proyecto sustitutorio del Código Civil de 1984, artículo XIV del Título Preliminar:

> Las disposiciones de la ley extranjera sometida por las normas peruanas en conflicto, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados incompatibles con el orden público o con las buenas costumbres. Son aplicables en este caso, las reglas del derecho interno peruano.

3. Artículo 814 del vigente Código Civil:

> Es nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas.

4. Los pactos sucesorios cualesquiera que fueran sus casos, están prohibidos en el Perú, artículos 678, 1405 y 1532 del Código Civil.

5. Artículo 722 del Código Civil:

> 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 los testamentos mancomunado y verbal y las modalidades testamentarias incompatibles con la ley peruana.

Antes de tomar nuestra posición:

Es menester citar a un eminente tratadista del Derecho Peruano como el Dr. José León Barandiarán, para conocer cuál es su posición frente al problema de conflicto de leyes. El Dr. León Barandiarán[5] en su obra *Curso Elemental de Derecho Civil Peruano*, expresa que no basta la circunstancia de que la decisión insertada en la ley extranjera competente no coincida con la decisión en el mismo supuesto de hecho (contenido en la ley local) para que no se aplique tal ley extranjera en base al artículo X del Título Preliminar del Código Civil de 1936. Se necesita algo más: que la decisión de tal ley extranjera se halle en oposición con un imperativo de orden público y de ahí, la indicación en tal sentido del antes citado precepto. Cuando la ley extranjera en su aplicación compromete el orden público, debe prescindirse de ella, por tratarse de una cláusula de reserva irrenunciable que corresponde a cada país, frente a la comunidad internacional y al reconocimiento de la extraterritorialidad legislativa. Es una legítima defensa de principios inclaudicables, porque comprometen los intereses fundamentales de un Estado.

Es menester señalar también que en nuestro ordenamiento legal no existe una definición de lo que debe entenderse por orden público y buenas costumbres. Corresponderá por tanto al estudioso determinarlo con criterio objetivo.

Queda sólo una cosa cierta después de lo anteriormente expuesto: que no podrán ser admitidas leyes extranjeras cuya aplicación contravenga disposiciones fundamentales, bien de Derecho Público como de Derecho Privado.

¿Cómo debe interpretarse entonces el artículo 2094 del Código Civil que dispone:

> La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto.
> Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidos por la ley.

---

5 LEÓN BARANDIARÁN, José *Curso Elemental de Derecho Civil Peruano*. Lima: UNMSM, 1973, p. 73.

Esta norma legal incide sólo respecto de la forma de los actos jurídicos, por este motivo debe interpretarse a la luz del numeral 722 del mismo cuerpo legal, debido a que sería inadmisible en el Perú disposiciones legales extranjeras que contravengan cuestiones fundamentales relacionadas con el testamento cuyas disposiciones esenciales son de orden público nacional.

Según el Código Civil el testamento es un acto jurídico solemne con características muy importantes que no pueden ser soslayadas.

Ellas son:

a. Acto jurídico
b. Voluntario y espontáneo
c. Personalísimo e indelegable
d. Unilateral
e. Revocable en cualquier oportunidad porque es declaración de última voluntad.
f. Solemne.

Estas notas no podrían conciliarse con el testamento mancomunado que nuestro Código Civil lo prohíbe por ser contrario al orden público (artículo 722 del Código Civil) y además porque:

a. Afecta el libre y espontáneo derecho de cualquier persona capaz civilmente, para testar cuando quiera, como quiera y sin intervención de otras personas que puedan restringir este derecho.
b. Afecta la libertad para revocar el testamento, porque siendo bilateral el testamento mancomunado, necesitaría del concierto de voluntades.
c. Contravierte en alguna forma la prohibición legal de los pactos sucesorios.
d. Afecta el derecho de intimidad del testador, porque tiene derecho a mantener en reserva el contenido de sus disposiciones testamentarias.
e. El causante tiene libertad para disponer de sus bienes para después de su muerte, en forma irrestricta con la sola limitación del derecho legitimario, artículo 686 del Código Civil. El testamento mancomunado lo privaría de este derecho.

De esta forma, el testamento mancomunado otorgado en el extranjero afectaría normas no sólo del Código Civil sino también de la Constitución Política del Estado de 1993 como el artículo 2 incisos 4, 7 y 10.

Asimismo, debemos recordar que el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa:

> Nadie será objeto de injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques.

El testamento mancomunado está prohibido en muchas legislaciones como en el artículo 968 del Código Civil Francés, artículos 669 y 773 del Código Civil de España, artículo 3618 del Código Civil de Argentina, artículo 1059 del Código Civil de Colombia, artículo 1630 del Código Civil de Brasil y artículos 701 y 766 del Código Civil de Panamá.

El fundamento de esta prohibición afirma Maffía[6] «se basa en el fin de garantizar la espontaneidad de la voluntad y la libertad de la revocación. La espontaneidad del querer desaparecería en el testamento conjunto, porque éste supone un previo acuerdo y por lo mismo, una influencia recíproca de las voluntades, refiriéndose la prohibición al rechazo del pacto sucesorio. La libertad de revocación, sería atacada porque el acuerdo de hacer el testamento supondría acuerdo de no modificarlo más que de común consentimiento».

Lo anteriormente expuesto nos lleva a considerar que esta clase de testamentos otorgados en el extranjero no sería admisible en el Perú por contravenir normas de orden público que son una cláusula de reserva irrenunciable que corresponde al Perú.

---

6 MAFFIA, Jorge. *Manuel de Derechos Sucesorios*. Buenos Aires: Depalma, 1982. Tomo II, p. 138.

Capítulo XIII

TESTAMENTO MILITAR

Art. 712.- Pueden otorgar testamento militar los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales, que en tiempo de guerra estén dentro o fuera del país, acuartelados o participando en operaciones bélicas; las personas que sirvan o sigan a dichas fuerzas; y los prisioneros de guerra que estén en poder de las mismas.

Los prisioneros que se encuentren en poder del enemigo tienen el mismo derecho, conforme a las Convenciones Internacionales.

Art. 713.- El testamento militar puede ser otorgado ante un oficial, o ante el jefe del destacamento, puesto o comando al que pertenezca el testador, aunque dicho jefe no tenga la clase de oficial, o ante el médico o el capellán que lo asistan, si el testador está herido o enfermo, y en presencia de dos testigos.

Son formalidades de este testamento que conste por escrito y que sea firmado por el testador, por la persona ante la cual es otorgado y por los testigos.

Art. 714.- El testamento militar se hará llegar, a la brevedad posible y por conducto regular, al respectivo Cuartel General, donde se dejará constancia de la clase militar o mando de la persona ante la cual ha sido otorgado. Luego será remitido al Ministerio al que corresponda, que lo enviará al Juez de primera instancia de la capital de la provincia donde el testador tuvo su último domicilio.

Si en las prendas de algunas de las personas a que se refiere el Art. 712 y que hubiera muerto, se hallara un testamento ológrafo, se le dará el mismo trámite.

Art. 715.- El testamento militar caduca a los tres meses desde que el testador deja de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias.

El plazo de caducidad se computa a partir de la fecha del documento oficial que autoriza el retorno del testador, sin perjuicio del término de la distancia. Si el testador muere antes del plazo señalado para la caducidad, sus presuntos herederos o legatarios pedirán ante el Juez en cuyo poder se

encuentra el testamento, su comprobación judicial y protocolización notarial, conforme a las disposiciones de los Arts. 707, segundo párrafo, a 711.
Si el testamento otorgado en las circunstancias a que se refiere el Art. 712 tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador.

Estos artículos transcritos corresponden a los Arts. 54, 55, 56 y 57 del Anteproyecto.

El testamento militar estuvo regulado en el Art. 674 del Código Civil de 1852, no así en el Código Civil de 1936. Este vacío ha sido subsanado. El hecho de que anteriormente estuviese regulado por el Código de Justicia Militar no justificaba su omisión ya que la materia no es propia de ese Código cuyo contenido es penal, sino del Código Civil, como es regulado en las diferentes legislaciones del mundo.

Es un testamento especial por razón de las circunstancias en que puede otorgarse y por su vigencia temporal muy limitada; asimismo, porque sólo determinadas personas pueden hacerlo y finalmente porque debe ser otorgado ante el jefe del destacamento, puesto o comando al que pertenezca el testador aunque no tenga el rango de oficial, o ante el médico o el capellán que lo asistan y en presencia de dos testigos.

Los cuatro artículos transcritos desarrollan las siguientes materias:

a. ¿Quiénes pueden otorgarlo?

- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales que en tiempo de guerra estén dentro o fuera del país, acuartelados o participando en operaciones bélicas;
- Las personas que sirvan o sigan a dichas fuerzas;
- Los prisioneros de guerra que estén en poder de las mismas;
- Los prisioneros que se encuentren en poder del enemigo.

b. ¿Ante quién se otorga?

- Ante un oficial o ante el jefe del destacamento, puesto o comando al que pertenezca el testador aunque no sea oficial;
- Ante el médico si está herido o enfermo.
- Ante el capellán en las mismas circunstancias.
- Todas estas personas en su turno desempeñan en esta ocasión función notarial limitada.

c. ¿Cuáles son sus formalidades?

- Que conste por escrito (a mano o a máquina).
- Fechado y firmado por el testador. Al respecto debe recordarse que la fecha y firma son requisitos esenciales de cualquier clase de testamento (Art. 695 del Código Civil).
- Firmado, además, por la persona ante quien se otorga y por dos testigos. La falta de los testigos no invalida el testamento militar por no ser requisito esencial (Art. 813 del Código Civil).
  Este precepto legal señala que los testamentos especiales son nulos de pleno derecho cuando falta la forma escrita, la firma del testador o de la persona autorizada para recibirlos. Quiere significar entonces que la falta de firma de los dos testigos no le hace nulo sino anulable.

d. ¿Cómo se tramita?

- Otorgado el testamento militar se hará llegar a la brevedad posible y por conducto regular, al respectivo Cuartel General, donde se dejará constancia de la clase militar o mando de la persona ante la cual fue otorgado.
- Luego será remitido al Ministerio de Defensa que lo enviará al juez de primera instancia de la capital de la provincia donde el testador tuvo su último domicilio (Art. 714 del Código Civil).
- Si el testador fallece antes del plazo señalado para la caducidad del testamento militar (caduca a los 3 meses desde que el testador deje de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias), sus presuntos herederos o legatarios premunidos de la respectiva Partida de Defunción pedirán ante el juez en cuyo poder se encuentre el testamento, su comprobación judicial y protocolización notarial.
- Protocolizado el expediente respectivo, el cual contiene el testamento militar, se procederá a inscribirlo en el Registro Público respectivo; es decir, en el Registro de Testamentos y en los registros de ubicación de los inmuebles anteriormente inscritos a nombre del testador y que integran la herencia.
  Sólo cuando dicho testamento haya sido objeto de la comprobación judicial y protocolización notarial, recién podrán ejecutarse como cualquier instrumento público, pero con efectos retroactivos a partir de la muerte del testador.

e. ¿Cuándo caduca el testamento militar? Art. 715, 1° y 2° apartados

- Si se trata de un testamento militar común y corriente, caduca a los 3 meses desde que el testador deja de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias.
  Dicho plazo se computa a partir de la fecha del documento oficial que autoriza el retorno del testador, sin perjuicio del término de la distancia.
- Pero si dicho testamento tuviera los requisitos formales del testamento ológrafo, entonces caduca al año de la muerte del testador, si en ese lapso no se solicita la comprobación judicial y protocolización notarial.

¿Cómo se resolvería el problema que pueda suscitarse cuando habiendo vencido el plazo de tres meses de otorgado el testamento especial a que aluden los arts. 715 y 720, el testador ha sobrevivido, pero en condiciones de incapacidad mental o de grave enfermedad que le ha impedido otorgar con posterioridad otro testamento ordinario? Creemos que por excepción y dadas las circunstancias el testamento especial otorgado no habría perdido su eficacia.

Capítulo XIV

TESTAMENTO MARÍTIMO

Art. 716.- Pueden otorgar testamento, durante la navegación acuática, los jefes, oficiales, tripulantes y cualquier otra persona que se encuentre embarcada en un buque de guerra peruano.

El mismo derecho tienen durante la navegación, los oficiales, tripulantes, pasajeros y cualquier otra persona que se encuentre a bordo de un barco mercante de bandera peruana, de travesía o de cabotaje, o que esté dedicado a faenas industriales o a fines científicos.

Art. 717.- El testamento marítimo será otorgado ante quien tenga el mando del buque o ante el oficial en quien éste delegue la función y en presencia de dos testigos. El testamento del comandante del buque de guerra o del capitán del barco mercante será otorgado ante quien le siga en el mando.

Son formalidades de este testamento que conste por escrito y que sea firmado por el testador, por la persona ante la cual es otorgado y por los testigos. Se extenderá, además, un duplicado con las mismas firmas que el original.

El testamento será anotado en el diario de bitácora, de lo cual se dejará constancia en ambos ejemplares con el visto bueno de quien ejerce el mando de la nave, y se conservará con los documentos de éste.

Art. 718.- Si antes de regresar al Perú la nave arriba a un puerto extranjero donde hubiera agente consular, el comandante o capitán de la nave le entregará, bajo cargo, uno de los ejemplares del testamento. El referido agente lo remitirá al Ministerio de marina, si el testamento hubiere sido otorgado en un buque de guerra, o a la Dirección General de Capitanías, si fue otorgado en un barco mercante, para los fines a que se refiere el Art. 719.

Art. 719.- Al retorno de la nave al Perú los dos ejemplares o el ejemplar restante en el caso del Art. 718, serán entregados al Ministerio de Marina, si el buque es de guerra; o a la Capitanía del Puerto de destino para su remisión a la Dirección General de Capitanías, si el barco es mercante. En uno u otro caso, la autoridad respectiva enviará un ejemplar al juez de primera instancia de la provincia donde el testador tuvo su último domicilio y archivará el otro. Si el testador fuere extranjero y no estuviera

domiciliado en el Perú, un ejemplar será remitido al Ministerio de Relaciones Exteriores.
En caso de muerte del testador durante el viaje, se agregará a cada ejemplar una copia certificada del acta que acredite la defunción. En igual caso, si se encuentre entre las prendas del difunto un testamento ológrafo, éste será guardado con los papeles de la nave, agregándosele copia certificada del acta que acredite la defunción y se le dará el mismo curso indicado en el párrafo anterior.
Art. 720.- El testamento marítimo caduca a los tres meses de haber desembarcado definitivamente el testador. Si muere antes del vencimiento de este plazo, sus presuntos herederos o legatarios pedirán al juez en cuyo poder se encuentre, su comprobación judicial y protocolización notarial, conforme a las disposiciones de los Arts. 707 segundo párrafo, a 711.
Si el testamento otorgado en las circunstancias a que se refiere el Art. 716 tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador.

Los artículos transcritos recogen el texto de los Arts. 58 al 62 del Anteproyecto. Este testamento estuvo regulado por los Códigos Civiles de 1852 y 1936 en los Arts. 675, 677 y 678 del primero y 698 del segundo. El Reglamento de la Marina Mercante y Capitanías reproduce esta disposición en su Art. 722. En ambas legislaciones fueron tratados muy escuetamente, lo cual no sucede ahora en donde se le ha dado una prolija regulación, como en la mayoría de los Códigos Civiles extranjeros, así en el de Argentina, Arts. 3679 al 3688, y de Venezuela, Arts. 867 a 872 y 874.

Los Arts. 716 al 720 del Código Civil, referente al testamento marítimo, dan un tratamiento similar al del testamento militar salvo las siguientes diferencias:

1. Pueden otorgarlo durante navegación acuática los jefes, oficiales, tripulantes y cualquier otra persona que se encuentre embarcada tanto en un buque de guerra o barco mercante de bandera peruana pudiendo ser en este segundo caso de travesía o de cabotaje o que esté dedicado a faenas industriales o científicas. *Los barcos deberán estar en plena navegación y no en los puertos porque de ser así no se justificaría.* No se debe olvidar que tanto el testamento militar como el marítimo obedecen al hecho eventual de encontrarse la persona en situación de no poder otorgar testamento ante Notario Público, por razón del lugar en donde uno se encuentra.
2. Así como el testamento militar se otorga en tiempo de guerra, en cambio, el marítimo se otorga en tiempo de guerra o de paz. A este respecto es preciso preguntarnos si el caso de guerra a que alude el Art. 712 ¿será el

convencional o el informal o de guerrillas o si la guerra debe ser con otro país o interna? Consideramos que puede comprender cualquiera de estas situaciones planteadas siempre que la persona del testador por razón de estas circunstancias, entre otras, la del lugar, no cuenta con Notario Público para otorgar testamento por escritura pública o para que aquél autorice el testamento cerrado.

3. Se extiende por duplicado el testamento marítimo; así lo dispone el Art. 717 y es para posibilitar la entrega de uno de los ejemplares, si la nave durante su recorrido arriba a puerto extranjero en donde hay agente consular del Perú; en tal caso, éste lo remitirá al Ministerio de Defensa si el buque es de guerra o a la Capitanía del puerto de destino, para su remisión a la Dirección General de Capitanías —que está en el Puerto del Callao— si el barco es mercante. ¿Qué se alcanza con esto? Asegurar su existencia en caso de siniestro o de naufragio que pudiera sufrir la nave.

Se justifica el empleo del testamento marítimo, cuando la nave se encuentra fuera de aguas territoriales peruanas, o hallándose en ellas, tiene el testador imposibilidad para descender en el puerto y acudir ante Notario para otorgar testamento por escritura pública o cerrado.

El barco debe estar en plena travesía. Allí está su justificación; debe recordarse que esta clase de testamento es recurso supletorio, cuando no se puede contar con los servicios de un Notario Público. De allí el carácter provisional de estos testamentos especiales. Restituido el testador a sus actividades ordinarias por la cesación definitiva de los viajes marítimos dentro del territorio nacional o fuera de él, y transcurridos tres meses de esta cesación, estará en aptitud de poder emplear las formas comunes. Si no lo hace, el testamento aludido habrá caducado.

El Art. 991 del Código Civil Francés tiene norma análoga: «En la primera escala en puerto extranjero en que se encuentre un agente diplomático o consular francés, se entregará, bajo pliego cerrado y lacrado, uno de los originales o la certificación del testamento en poder de ese funcionario, que lo enviará al ministro de Marina, a fin de que se pueda efectuar su depósito como se dice en el Art. 983».

Capítulo XV

EL DERECHO DE SUCESIONES Y EL PROTOCOLO NOTARIAL

La Ley del Notariado (D.L. 26002) define al protocolo notarial como la colección ordenada de registros sobre la misma materia en los que el notario extiende los instrumentos públicos protocolares con arreglo a ley.

Estos registros que conforman el protocolo notarial son los siguientes:

1. De escrituras públicas.
2. De testamentos.
3. De protestos.
4. De actas de trasferencia de bienes muebles registrables;
5. De asuntos no contenciosos (creado por Ley 26662); y
6. Otros que la ley determine.

Antes de la vigencia de la actual Ley del Notariado, los testamentos por escritura pública se extendían en el registro del mismo nombre (registro de escrituras públicas), pero tomándose en consideración el carácter de especial reserva sobre los testamentos antes de su ampliación, se creó por la nueva Ley del Notariado un registro especial para la extensión del testamento por escritura pública así como para las actas en los casos de testamento cerrado (Art. 67 del D.L. 26002). De esta forma se evitaba la posibilidad de la lectura de algún testamento cuando se extendían otros instrumentos (compraventa, constitución de sociedades, etc.) En este mismo registro de escrituras públicas.

Motivó además la creación de este registro de testamentos, la especialidad de éste, de tal forma que se guardaba coherencia con la definición del protocolo notarial, en el sentido que se trata de una colección ordenada de registros sobre la misma materia.

Sin embargo, en la realidad esto no es tan cierto pues, en el ámbito del derecho de sucesiones existe la posibilidad que encontremos instituciones de esta materia protocolizados en registros notariales distintos.

Así, como ha quedado indicado, encontramos lo siguiente:

a) En el registro de testamentos (art. 67 del D.L. 26002), se otorga el testamento en escritura pública y cerrado que el código civil señala.
b) En el registro de asuntos no contenciosos (Ley 26662) se protocoliza lo actuado como consecuencia del trámite de la comprobación de testamento cerrado (art. 8° de la citada ley).
c) En el registro de asuntos no contenciosos (Ley 26662) se protocoliza lo actuado como consecuencia del trámite de la sucesión intestada (Arts. 8° y 43° de la citada ley).
d) En el registro de escrituras públicas se protocoliza lo actuado como consecuencia del trámite judicial de la comprobación de testamento ológrafo (trámite sobre el que no tiene competencia el notario), de acuerdo con lo previsto en el código procesal civil (823° CPC).

Si bien la ley 26662 no ha previsto de manera expresa cual es el trámite por el cuál concluye la competencia notarial en el caso de comprobación de testamento cerrado, lo lógico es que al final del trámite el Notario extienda un acta notarial y luego protocolice lo actuado en el registro de asuntos no contenciosos. (el otro instrumento que pueden extender los notarios, distinto al acta notarial es la escritura pública, pero dada la naturaleza de este trámite no sería la escritura pública el instrumento idóneo para concluir con este trámite, por lo que se colige que sea el acta).

Es cuestionable que en este trámite de comprobación de testamento cerrado, pueda intervenir el mismo notario que recibió en custodia el testamento, sobre todo cuando la ley procesal ha previsto que en caso que el sobre que contiene el testamento esté deteriorado, podría tener validez como ológrafo. Tal situación hace difícil que pueda ser admitido por el notario que debía estar encargado de la debida conservación y custodia del sobre cerrado, lo que implicaría una razonable duda sobre la imparcialidad en el trámite.

Debe tenerse en consideración además que, de acuerdo con la regla general en materia de sucesiones, es competente el juez o el notario del último domicilio del causante. En este orden de ideas, podría darse el caso que el notario que recibió el testamento cerrado no sea el del último domicilio del testador.

En todo caso son situaciones que debían ser mejoradas a través de una solución legislativa.

Capítulo XVI

TESTAMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO

Art. 721.- Los peruanos que residen o se hallen en el extranjero pueden otorgar testamento ante el agente consular del Perú, por escritura pública o cerrado, según lo dispuesto en los Arts. 696 a 703, respectivamente. En estos casos aquél cumplirá la función de notario público.
Pueden también otorgar testamento ológrafo, que será válido en el Perú, aunque la ley del respectivo país no admita esta clase de testamento.
Art. 722.- 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 los testamentos mancomunado y verbal y las modalidades testamentarias incompatibles con la ley peruana.

Nuestro Código Civil recoge el texto de los Arts. 63 y 64 del Anteproyecto. El primero sustituye al Art. 699 del Código Civil de 1936; el segundo es nuevo.

Presenta solución a dos clases de problemas:

1. En primer lugar, el ciudadano peruano que se halla en el extranjero y decide otorgar testamento puede hacerlo con intervención del Cónsul del Perú que se encuentre desempeñando las funciones del cargo en ese lugar. En tal caso, las formalidades del testamento se deberán ajustar a lo que establecen las leyes peruanas.
2. En segundo lugar, el ciudadano peruano también puede otorgarlo ante las autoridades respectivas de ese país, en cuyo caso, se adecuará a lo dispuesto por las leyes de ese país, y valdrá aún si tuviera que ejercitarlo en el Perú, salvo que se trate de testamento verbal, o mancomunado o cuando hayan sido empleadas otras modalidades testamentarias incompatibles con la ley peruana.

Ésta es la situación prevista por el Art. 722 en armonía con el principio *Lex locus regit actum* o sea que los actos se regulan de acuerdo con la ley del

lugar de su celebración, principio éste de Derecho Internacional Privado establecido en el Art. 2094 de nuestro Código actual, el cual sustituye al Art. XX del Título Preliminar del Código Civil de 1936 —según el cual la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rigen por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto—. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana.

Los Arts. 732 a 734 del Código Civil Español tienen normas análogas a las nuestras, al igual que el Art. 1027 del Código Civil Chileno.

Los artículos 695 y 814 que prohíben en el Perú el testamento mancomunado y el verbal son en nuestra opinión de orden público internacional, porque el Art. 148 del Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana así lo ha establecido y el Perú lo ha ratificado sin reservas por Resolución Legislativa N° 6442 de 8 de enero de 1929. Empero, el ámbito de su aplicación se limita a los Estados que lo suscribieron y ratificaron.

Testamento de acuerdo con la ley extranjera

De todo lo expuesto se concluye entonces que, para que un testamento escrito otorgado en país extranjero valga en el Perú es menester que tenga las siguientes condiciones:

a) Debe ser un testamento solemne y escrito.
b) Se acredite la autenticidad del acto testamentario.
c) Se pruebe que se cumplirán las formalidades legales correspondientes. No ser contrario a las formas y modalidades establecidas por la ley peruana y que conforme a nuestro ordenamiento legal tienen la categoría de normas de orden público interno.

Capítulo XVII

INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS

Este tema reviste especial importancia porque se trata de conocer la voluntad del testador cuando ha muerto, o sea, cuando no es posible indagarla de modo directo consultando a la persona de su autor.

Hay dos corrientes doctrinarias. La primera es la doctrina de la voluntad sustentada por el Derecho romano y después por Savigny para quienes *lo importante y definitivo no es tanto lo que aparece de la declaración expresada por el testador sino el tratar de descubrir mediante ella, cuál fue su voluntad, cuál fue la intención del testador al otorgar su testamento,* eso es lo que importa, de modo que *lo declarado no es sino un medio de revelación del querer y tan sólo tiene un valor secundario.* Pero esta postura ha sido muy criticada porque se presta a soluciones injustas, más cuando quien lo interpreta no es persona de buena fe o cuando actúa negligentemente. Frente a ella existe otra posición que sostiene que para la interpretación *ha de tomarse en cuenta solamente lo que aparece de la declaración,* ésta es la doctrina de la declaración, porque ella produce de por sí sus efectos jurídicos independientemente de su correspondencia con el efectivo querer del testador.

Consideramos de acuerdo con el profesor Orgaz, que no se puede mantener una posición pura y cerrada entre estas dos corrientes porque resultan desbordadas por la realidad. Hay que conciliarlas porque la palabra es el vehículo propio y adecuado de nuestros pensamientos y sentimientos, debiendo buscarse a través de la manifestación del testador su voluntad real. *Hay pues una interrelación. El problema de interpretación de la voluntad del testador puede surgir cuando ha sido incompleta o deficientemente manifestada en la declaración.*

En la legislación comparada encontramos diferentes soluciones sobre el tema. Así tenemos el Art. 1302 del Código Civil Mejicano:

> Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la voluntad del testador.

> En caso de duda sobre la inteligencia o interpretación de una disposición testamentaria, *se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto pueda rendirse por los interesados.*

El Código Civil Argentino en cambio sólo da normas para casos específicos, pero ha omitido regular principios generales de interpretación.

Las normas legales para casos específicos en el Código Argentino son:

> a) Art. 3727.- Cuando el testador sustituye recíprocamente los herederos instituidos en partes desiguales, tendrán éstos en la sustitución, las mismas partes que en la institución, si el testador no ha dispuesto lo contrario.
> b) Art. 3728.- El sustituto del sustituto se entiende también serlo del heredero nombrado en primer lugar.
> c) Art. 3729.- El heredero sustituto queda sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, si no aparece claramente que el testador quiere limitarlas a la persona del instituido.
> d) Art. 3795.- Si los bienes de la herencia o la porción de que puede disponer el testador, no alcanzase a cubrir los legados, se observará lo siguiente: las cargas comunes se sacarán de la masa hereditaria y los gastos funerarios de la porción disponible; enseguida se pagarán los legados de cosa cierta, después los hechos en compensación de servicios, y el resto de los bienes o de la porción disponible, en su caso, se distribuirá a prorrata entre los legatarios de cantidad.
> e) Art. 3870.- Cuando son varios los albaceas nombrados bajo cualquiera denominación que lo sean, el albaceazgo será ejercido por cada uno de los nombrados en el orden en que estuviesen designados, a no ser que el testador hubiese dispuesto expresamente que se ejerciera de común acuerdo entre los nombrados. En este último caso, todos son solidarios. Las discordias que puedan nacer serán dirimidas por el juez de la sucesión.

Como podemos comprobar, el legislador argentino ha dado normas especiales para determinadas situaciones cuando el testador ha omitido resolverlas, pero si éste las ha previsto entonces primará su voluntad sobre las disposiciones legales por tener éstas un carácter simplemente supletorio.

El Art. 675 del Código Civil Español tiene una posición parecida a la de la legislación mejicana.

> Art. 675: Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

Como ilustración citaremos algunas Ejecutorias Supremas del Tribunal Español contenidas en el Código Civil Español (7ª ed., 1995):

a) Si las palabras están claras se han de interpretar literalmente a no ser que claramente parezca ser otra la voluntad del testador, sin que sea lícito al interprete la búsqueda de otros medios probatorios más allá de la liberalidad.
(E.S. 18-06-79, 24-03-82, 26-03-82).

b) Debe tomarse en cuenta que la voluntad del testador es siempre prevalente a diferencia de lo que ocurre en los negocios jurídicos al no haber en el testamento conflicto de la declaración.
(E.S. 23-09-81).

c) Los Tribunales no pueden extender las disposiciones testamentarias más allá del sentido literal sin perjuicio de acudir al criterio lógico, si existe disparidad de lo manifestado con la intención del testador.
(E.S. 28-09-56).

d) Los elementos llamados usualmente *gramatical, lógico, histórico y sistemático* no pueden aislarse unos de otros como categorías diversas sino que el intérprete ha de utilizarlos dentro de un criterio unitario.
(E.S. 06-03-44).

e) En la materia de interpretación de las disposiciones testamentarias se ha de estar más a las normas específicas que a los preceptos reguladores de la interpretación de los demás actos jurídicos.
(E.S. 03-04-65).

f) La interpretación gramatical se ha de hacer en el lenguaje corrientemente empleado por el testador.
(E.S. 06-02-65).

g) La interpretación ha de hacerse por el juzgador de instancia.
(E.S. 05-06-78 y 08-02-80).
Sólo revisable en caso de manifiesto error (E.S. 11-06-74) debiéndose excluir lo arbitrario (E.S. 25-04-73).

h) Dados los términos del Art. 675, puede decirse que el mismo *se basa en un criterio subjetivo que aspira esencialmente a descubrir la voluntad del testador; por lo que, aún cuando la primera regla interpretativa del precepto sea la de la literalidad puede acudirse con el fin de aclarar su voluntad, a los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores al testamento,* cuya conjugación, estima permisible la doctrina legal sancionada con reiteración por esta Sala a partir de la E. S. 08-07-40, 26-03-83.

i) El Art. 675 *concede notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración,* pues sólo prima éste cuando el texto de la cláusula no de lugar a dudas en cuanto a su contenido y alcance, supuesto de duda que, en averiguación de la intención del testador, conduce a la aplicación de las normas de hermenéutica, si bien los elementos de ésta, *llamados gramatical, lógico y sistemático* no pueden

> aislarse unos de otros ni ser escalonados como categorías diversas, pues *no son más que medios que se han de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario, por lo que dicho artículo no impone un orden sucesivo de prelación, pues no excluye para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a sus palabras un sentido literal que se utilicen conjunta y combinadamente los instrumentos todos interpretativos.*
> (E.S. 09-03-84)

Nuestro Código Civil, en los Arts. 168 a 170 da pautas generales, pero carece de principios específicos sobre interpretación del testamento; sólo tiene como el Código Argentino, normas de interpretación para casos específicos. Por ejemplo:

> a) Art. 735.- La institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos. La institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el Art. 756.
> El error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición.

Prima la norma legal sobre la intención del *testador*; *pero únicamente en el caso de error.*

> b) Art. 685.- En la sucesión legal, la representación se aplica en los casos mencionados en los Arts. 681 a 684. En la sucesión testamentaria rige con igual amplitud en la línea recta descendente *y en la colateral se aplica el Art. 683, salvo disposición distinta del testador.*

Se presume que la voluntad del testador cuando deja sólo hermanos y alguno de éstos no quiere o no puede recibir su correspondiente cuota hereditaria, pero deja hijos, se presume entonces que la voluntad del referido testador es que los sobrinos representen a aquél hermano a quien él instituyó heredero.

¿Por qué presumirse? Porque, los hermanos del causante no tienen respecto de éste la calidad de herederos forzosos. Pueden ser instituidos como herederos voluntarios y si alguno de éstos no quiere o no puede aceptarla, el testador podrá sustituirlos como señala el Art. 740. Si no lo hace es porque no quiere se les sustituya; corresponde entonces por interpretación de la voluntad, la aplicación legal subsidiaria de la representación sucesoria.

c) Art. 737.- El testador que no tenga herederos forzosos, puede instituir uno o más herederos voluntarios y señalar la parte de la herencia que asigne a cada uno. *Si no la determina, sucederán en partes iguales.*

Aquí la norma presume que a falta de disposición expresa, el testador ha querido dejar la herencia por partes iguales entre los herederos voluntarios.

d) Art. 739.- Si el testador que carece de herederos forzosos no ha instituido herederos voluntarios y dispone en legados de sólo parte de sus bienes, *el remanente que hubiere corresponde a sus herederos legales.*

Norma legal similar contiene el Art. 815, inc. 5° del mismo Código Civil. A falta de disposición expresa del testador la norma legal presume que la voluntad del testador ha sido la de dejarla a los herederos legales que de acuerdo al orden sucesorio corresponda.

e) Art. 753.- La desheredación queda revocada por instituir heredero al desheredado o por declaración expresada en el testamento o en escritura pública. En tal caso, no produce efecto el juicio anterior seguido para justificar la desheredación.

La ley presume el perdón del testador respecto del heredero forzoso que desheredó anteriormente y asimismo quedará sin efecto el juicio que le siguió para justificar dicha exclusión.

f) Art. 767.- El legado remuneratorio se considera como pago, en la parte en que corresponda razonablemente al servicio prestado por el beneficiario del testador y como acto de liberalidad en cuanto al exceso.

La ley presume que el exceso de lo asignado por el testador al legatario, como pago por servicios prestados, es por concepto de un acto de liberalidad *post morten*, es decir, como un legado.

g) Art. 775.- Cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, ésta acrecerá las partes de los demás.

En este caso, el testador bien pudo ejercitar el derecho de sustitución que le acuerda el Art. 740 y no lo hizo. Su silencio hace presumir que su voluntad es la de que acrezca las partes de los demás colegatarios.

h) Art. 781.- Es solidaria la responsabilidad de los albaceas que ejercen conjuntamente el cargo, salvo disposición distinta del testador.

El silencio del testador es interpretado como voluntad presunta de que sea solidaria la responsabilidad cuando designa varios Albaceas para que ejerciten el cargo simultáneamente.

i) Art. 800.- Si el testamento que revoca uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, reviven las disposiciones del primero, a menos que el testador exprese su voluntad contraria.

Su voluntad presunta en este caso es darle nuevamente vigencia al primer testamento de los tres otorgados.

j) Art. 801.- El testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior, subsiste en las disposiciones compatibles con las de este último.

En este caso, frente al silencio parcial, coexisten válidamente disposiciones de varios testamentos otorgados en diferentes oportunidades siempre que no haya incompatibilidad entre ellas, pues de existir, primarán las últimas sobre las anteriores.

Nuestro Código Civil necesita una regla específica similar a la del Art. 675 del Código Civil Español o el Art. 1302 del Código Civil Mejicano; *debe considerarse que siendo un documento autónomo el testamento, la interpretación debe resolverse, por regla general, siempre sobre la base del propio testamento, sin necesidad de recurrir a prueba ajena al mismo, porque de lo contrario se corre el riesgo de condicionar la interpretación de esa voluntad a la de otras personas o de otros instrumentos lo cual pueden desvirtuarla* (énfasis del autor).

Si las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, y se prohíbe la delegación, no resulta coherente la admisión de prueba extraña al testamento, sea testimonial o instrumental, para llegar a descubrir la verdadera voluntad del testador.

En conclusión: en la interpretación del testamento hay que estar a la literalidad de las palabras y en caso de oscuridad o de ambigüedad, y de acuerdo con la hermenéutica, debe conjugarse la interpretación gramatical de las cláusulas con la interpretación lógica, histórica, sistemática y teológica. Esto no significa necesariamente que constituyen pasos sucesivos de prelación los que hay que dar, sino más bien simultáneos dentro del proceso de interpretación. Debe reafirmarse que el testamento constituye una unidad donde está

volcada la voluntad del testador a través de sus disposiciones, resultando necesario interpretarlas integrándolas armónicamente y evitar de esta forma la aparente contradicción que pudiera presentarse.

La interpretación del testamento no permite el empleo de instrumentos o pruebas diferentes al mismo bajo el riesgo de desnaturalizarlo, más si consideramos que entre sus notas esenciales están su autonomía y su unipersonalidad (énfasis del autor).

La ausencia de normas claras y precisas en nuestra legislación sobre la hermenéutica a seguir cuando se trata de la interpretación del testamento —especialmente cuando algunas de sus cláusulas no son expresas, sino vagas, oscuras o imprecisas— hace necesaria la intervención del órgano jurisdiccional. Sólo el Poder Judicial en tales casos y por su trascendencia es competente para su cabal esclarecimiento. Mientras tanto y respecto de esas cláusulas testamentarias «oscuras» los registradores públicos no pueden inscribir los derechos testamentarios.

Tratándose de la interpretación gramatical, consideramos conveniente se haga con sentido restrictivo y no extensivo para evitar se haga aparecer una voluntad donde tal vez no la haya.

En los contratos, la misión del Juez es descubrir el significado de la declaración de voluntad en su sentido gramatical normal sobre la base de tres reglas que en este ámbito deben coexistir: a) confianza en la palabra empeñada; b) seguridad en los negocios y c) lealtad de las partes.

En los testamentos, esto no sucede porque la manifestación del testador no está destinada al comercio, porque no hay conflicto de intereses ni contraparte. Por eso, como bien se afirma en la doctrina, la misión del Juez no es desentrañar el significado corriente de las palabras sino indagar la verdadera intención del testador. Empero, resulta prudente interpretar la voluntad de acuerdo con su sentido gramatical, en tanto no se demuestre indubitablemente que aquella voluntad fue distinta.Por tanto, el medio de interpretación serán las propias palabras expresadas por el testador, las cuales deben descubrir el sentido de su voluntad, de acuerdo con sus hábitos lingüísticos para lograr la reconstrucción lógica de las disposiciones tomándose en consideración la finalidad y motivos que ha tenido al testar. Esta función primaria no implica en manera alguna, restricción a la libertad del intérprete.

Capítulo XVIII

LA LEGÍTIMA Y LA PORCIÓN DISPONIBLE

1. CÓDIGO CIVIL

Art. 723.- La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.
Art. 724.- Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge.
Art. 725.- El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes.
Art. 726.- El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes.
Art. 727.- El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los Arts. 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.
Art. 728.- Si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al Art. 415, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla.
Art. 729.- La legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su concurrencia, participación o exclusión.
Art. 730.- La legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio.
Art. 731.- Cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.
La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuese necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.
En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente.

Art. 732.- Si en el caso del Art. 731 el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el Art. 731.
Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.
Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos.
Art. 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 aquélla, gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los Arts. 731 y 732, salvo en los referidos casos.

Los preceptos legales transcritos reproducen el texto de los Arts. 65 al 75 del Anteproyecto.

El Código Civil de 1936 reguló esta institución, pero con algunas deficiencias como la de no contener norma expresa que resuelva el problema de la concurrencia, participación y exclusión de herederos como contiene el actual y, asimismo, el de haber supeditado innecesariamente el derecho legitimario del cónyuge sobreviviente al monto de sus gananciales, tema del cual nos ocuparemos en su oportunidad.

El Código Civil de 1852 reguló la materia en los Arts. 696 y 697, 701 y 702, pero con imprecisiones y vacíos, y además con defectos propios de una época ya superada como la de no considerar al cónyuge sobreviviente como heredero forzoso.

2. DEFINICIÓN

El Art. 723 del Código Civil vigente define el concepto de legítima al señalar que constituye una parte de la herencia de la que el testador no puede disponer a su arbitrio cuando tiene herederos forzosos, los cuales son: a) hijos y

demás descendientes, b) padres y demás ascendientes; y c) cónyuge sobreviviente.

En la sucesión testamentaria cuando hay herederos forzosos instituidos, la parte de la herencia que a éstos corresponde, se le denomina legítima, que es cuota intangible porque así lo establece la ley que, en este tema, es de orden público. Dicha intangibilidad es cualitativa y cuantitativa e indispensable, porque: 1° no puede ser afectada con gravamen ni medida restrictiva alguna; 2° sobre ella no puede imponerse modalidad ni sustitución alguna; 3° ningún heredero forzoso puede ser privado de ella salvo en los casos de excepción que la ley prevé por haber incurrido el heredero con relación al causante, en alguna causal de indignidad o de desheredación de modo consciente y voluntario, pudiendo entonces el testador ejercitar su derecho de exclusión con arreglo a ley; y 4° las cuotas son alícuotas entre ellos. Esto resulta por aplicación de los Arts. 723, 733, 736, 667, 669 y 742 del Código Civil.

La legítima supone la coexistencia paralela de otra cuota, pero de libre disposición respecto de la cual el testador tiene libertad para disponer sin que nada se lo impida. Con esa cuota tangible el testador puede instituir legados bien a favor de sus herederos o de terceras personas. La cuota de libre disposición sólo puede resultar afectada por una restricción legal establecida en el Art. 728 del Código Civil y se da cuando el testador estuviese obligado al pago de una pensión de alimentación conforme al Art. 415 del Código Civil.

La cuota intangible es mayor o menor según la clase de herederos forzosos que sobreviven al testador, sean de un primer o segundo grupo. Si son del primer grupo, hijos y demás descendientes, la cuota alcanzará las dos terceras partes de la herencia; y si lo son del segundo, padres y demás ascendientes, entonces corresponderá el 50%, y cuando no le sobrevive ningún heredero forzoso entonces no habrá legítima —porque es inherente al heredero forzoso— en cuyo caso la cuota de libre disposición se extenderá en su integridad.

Importante resulta destacar que como la legítima es impuesta por ley que es de orden público, también asiste este derecho a los herederos de los tres primeros órdenes del artículo 816 del Código Civil. Este es el fundamento del artículo 729 del Código Civil.

3. HIJOS ALIMENTISTAS

Independientemente de su amplitud, la cuota de libre disposición sólo puede ser afectada como deuda hereditaria (Art. 874 del Código Civil), como expusimos líneas arriba, cuando el testador hubiera dejado hijos alimentistas en cuya

situación la pensión que toca a éstos se regulará por los Arts. 415, 417, 472, 480 y 481.

Esta restricción legal constituye una deuda que obliga a los herederos del causante a su pago, como lo establece el Art. 874.

Los hijos alimentistas son los extramatrimoniales que el progenitor no ha reconocido voluntariamente ni han obtenido sentencia favorable que declare la filiación. Sólo llegó a comprobarse que el presunto padre mantuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción. Existe pues una incertidumbre en la filiación.

El hijo alimentista, en tanto no medie el reconocimiento voluntario del progenitor o la declaración judicial sobre la paternidad, solo tendrá derecho a exigir de los herederos del presunto padre, la entrega periódica de una pensión alimenticia, lo cual provendrá no de la legítima, sino de la cuota de libre disposición y nunca será mayor que la cantidad de lo que pudo haberle correspondido como herencia, de haber sido instituido heredero.

Si hubiera mediado una acción judicial sobre declaración de paternidad o de maternidad (Art. 387 del Código Civil) con sentencia denegatoria, ejecutoriado resulta obvio que no podrá demandarse por el alimentista el cumplimiento de esta obligación.

Además, el derecho alimentario se mantendrá hasta la edad de 18 años pudiendo continuar más allá de esta edad, por excepción si estuviera incapacitado moral o físicamente para poder subvenir a la satisfacción de sus propias necesidades.

En el caso de una sucesión testamentaria, nunca podrá corresponderle al hijo alimentista más de lo que le tocaría a un heredero legitimario, artículo 417 del Código Civil, porque la legítima es la base de la distribución entre los herederos forzosos (hijos) (Cfr. Art. 725 del Código Civil).

En cambio cuando se trata de alimentistas en una sucesión intestada de acuerdo con el artículo 417 del Código Civil, éstos no podrían llegar a tener por alimentos más allá de la cuota hereditaria del hijo heredero sobre la base de toda la herencia, por ejemplo:

Cuando el hijo alimentista pretenda cobrar su deuda alimentaria, en una sucesión testamentaria con patrimonio de 180 soles, en la que hay tres herederos forzosos instituidos, éste recibirá como máximo 30 soles, debido a que la base del cálculo será sobre el valor de la legitima, ya que el resto es de libre disposición del causante.

En cambio, si la sucesión hubiese sido intestada, la base del cálculo será toda la masa hereditaria liquida, por tanto el hijo alimentista recibirá como máximo 45 soles.

Finalmente, y corroborando lo anterior, este derecho se regula de acuerdo con el monto de la cuota de libre disposición y las necesidades de quien lo solicita, tratándose de la sucesión testamentaria si de este caso se trata.

Como veremos después, este derecho también se podrá reclamar en la sucesión intestada, correspondiendo asumirla a los herederos en iguales partes en proporción a sus cuotas hereditarias. La pensión alimentaria en esta clase de sucesión constituye una deuda de la herencia, Art. 874. En tal sentido, se trata de una obligación que deben asumir los herederos y que es preferente a su derecho hereditario, pero no puede afectar nunca la integridad de su legítima.

La cuota alimentaria referida constituye una deuda de la herencia, artículos 415, 417, 728 y 874, y grava en lo que fuera necesario la parte de libre disposición de la herencia, no pudiendo afectar nunca la legítima, que es intangible como lo establece el art. 733 del Código Civil que es de orden público.

4. HEREDEROS LEGITIMARIOS

En el Código Civil de 1936 el primer grupo de legitimarios lo constituían los hijos y demás descendientes, los padres y el cónyuge sobreviviente a quienes correspondían las dos terceras partes de la herencia; el segundo grupo, los demás ascendientes a quienes se les destinaba el 50% de aquella. Ahora los *padres y demás ascendientes* están en el segundo grupo porque de acuerdo con el orden prelatorio establecido por el Art. 816 del Código Civil vigente, los hijos y demás descendientes están en el primer orden, los padres como los demás ascendientes en el segundo orden y el cónyuge en el tercero, pudiendo sin embargo, éste coheredar simultáneamente con los del primero o segundo órdenes, según los casos. La razón del cambio es establecer una coherencia con este principio que también se aplica a la sucesión testamentaria, Art. 729 del mismo cuerpo legal. Pero, además, existe otra razón de carácter familiar. La familia propiamente dicha está constituida por los esposos, hijos y demás descendientes y por extensión también por los padres de los esposos y demás ascendientes.

En el seno de la Comisión Revisora se planteó con motivo de este tema, la siguiente pregunta: ¿con los Arts. 723 a 729 es posible determinar las cuotas que podría corresponder al cónyuge sobreviviente y al padre del testador en un caso dado? ¿O será necesaria la incorporación de otra norma legal? Después de un breve debate se determinó que sería la misma cuota para cada uno de ellos sobre la legítima de dos terceras partes, por las siguientes razones:

a. Porque conforme con el Art. 729 del Código Civil, los casos de concurrencia, participación y exclusión se regulan por las mismas reglas de la sucesión intestada; y de acuerdo con el Art. 824 del Código Civil, el cónyuge que concurre con los padres u otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos.
b. La base del reparto debe hacerse sobre el valor de las dos terceras partes de la herencia y no sobre el 50 por ciento, porque el derecho del cónyuge sobreviviente se fija de acuerdo con el Art. 725 del Código Civil, es decir, sobre los dos tercios y esta porción es intangible; (Art. 733 del Código Civil) si se fijara sobre la base del cincuenta por ciento de la herencia, se estaría recortando su derecho. Recordemos que la legítima es una cuota hereditaria intangible cualitativa y cuantitativamente.

La legítima es la parte de la herencia reservada a los herederos forzosos por mandato imperativo de la ley. Es *pars hereditatis* como la califica las Institutas de Justiniano y no *pars bonorum*. No cabe la exclusión sino en casos taxativos señalados por la ley. Entre nosotros, sólo en los casos de indignidad y desheredación (Arts. 667 y 742 del Código Civil). El derecho personal y la correspondiente cuota hereditaria los pierde el heredero en tales casos; pero si tiene hijos u otros descendientes, éstos no resultan afectados necesariamente, pues previa aceptación de la herencia del causante, y por derecho propio y no por facultad delegada del representado, podrán adquirir estos derechos por representación sucesoria en los casos y condiciones que la ley prevé.

Decimos que los descendientes del indigno o desheredado no resultan afectados necesariamente por la pérdida del derecho hereditario del causante, a no ser que ellos mismos sean inhábiles para heredar al causante. Podría darse cuando éstos también han sido declarados indignos o desheredados por el causante, o en el caso del Art. 667, inciso 1° del Código Civil.

El Art. 729 expresa que: «La legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su concurrencia, participación o exclusión». Esta disposición es muy importante no sólo por razón de su trascendencia sino además porque viene a cubrir un vacío del Código Civil de 1936. Esta norma dispone que la legítima es de aplicación tanto en la sucesión testamentaria como intestada, ya que la legítima es un derecho inherente al heredero forzoso que es impuesta por una norma de orden público, y que no depende de la voluntad del testador. Por eso el heredero forzoso se puede dar tanto en la sucesión testamentaria como en la legal o intestada. En ambas su derecho legitimario está vigente. En la sucesión legal son forzosos los señalados en los

tres primeros órdenes del Art. 816 del Código Civil de la misma manera que lo indica el Art. 724. Por eso es que, si el causante, sin instituir a sus herederos forzosos, dispone en legados excediéndose de su facultad de libre disposición, los herederos forzosos que no fueron instituidos por testamento pueden reclamar la parte legitimaria que hubiere resultado afectada con ese acto de liberalidad.

Entonces, las normas legales contenidas en la sucesión intestada, según el dispositivo comentado tienen, además, dos roles alternativos: supletorio o complementario para regular los casos de concurrencia, participación o exclusión de herederos.

5. POSICIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LA LEGÍTIMA

Implica la legítima una restricción a la libertad de disposición del testador, medida con la que no hay unanimidad en la doctrina ni en la legislación comparada.

Frente a la corriente proteccionista hay otra que aboga por su abolición señalando al efecto los siguientes argumentos:

a. La facultad de disposición de los bienes es un atributo del derecho de propiedad y así como en los actos jurídicos *inter vivos* no existen restricciones legales, salvo para los casos de expropiación por razones de interés social, nada justifica el recorte para los casos de sucesión testamentaria *mortis causa*. Andrés Bello considera que el testador debe tener plena libertad para escoger a sus asignatarios.
b. Las obligaciones patrimoniales concluyen con la muerte de los padres.
c. Mostesquieu señala que los padres frente a los hijos tienen simplemente, desde el punto de vista patrimonial, obligaciones alimentarias que concluyen cuando éstos alcanzan su mayoría de edad, salvo los casos de incapacitados por causas naturales o accidentales. Más allá no hay otras obligaciones.
d. La plena libertad de disponibilidad patrimonial por parte de los padres va a permitir que éstos la trasmitan a los hijos y parientes que hayan hecho mayores méritos para alcanzarla.
e. La abolición de la legítima permitirá que los hijos desarrollen sus propias facultades para subvenir a sus necesidades con su propio esfuerzo sin esperanzarse en recibir algún día una herencia que, a lo mejor, no merecen. El fraccionamiento de la herencia cuando hay varios herederos atenta contra la economía.

Esta posición es asumida por legislaciones como las de Méjico, Panamá, Costa Rica, Inglaterra y Estados Unidos, salvo el Estado de Louisiana.

En cambio, la corriente mayoritaria que defiende esta institución señala, al efecto, los siguientes argumentos:

a. Generalmente el patrimonio obtenido por una persona no es sólo fruto del esfuerzo personal sino también, en alguna forma, de los miembros de su familia, de modo que aunque no se le discute el derecho de propiedad al titular y por tanto su derecho de libre disponibilidad, se afirma, sin embargo, que no sería del todo justo que a su muerte lo transfiriera a terceras personas de modo gratuito sin tener siquiera en consideración las raíces que lo vinculan a su familia como el parentesco consanguíneo o el vínculo conyugal, la convivencia de tantos años o el afecto profesado o el apoyo material o espiritual recibida por parte de su familia o, en fin, el espíritu de solidaridad con que toda la familia ha sido educada.
b. Que en el Derecho sucesorio hay dos clases de intereses: el privado, o sea el del causante, que como propietario indiscutido tiene derecho a disponer de sus bienes y el familiar, o sea el que proviene de la familia que los padres libremente organizaron, generándose entre ellos recíprocos derechos y obligaciones que no concluyen con la muerte, como tampoco el patrimonio del causante. La familia no desaparece cuando muere el padre o la madre. Esa célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, debe mantenerse viva y dotársele de todos los medios necesarios para su subsistencia, desarrollo y fortalecimiento. Es allí donde cobra sentido el derecho legitimario. La subsistencia y la educación son derechos y obligaciones que trascienden a la muerte del causante.

La mayoría de las legislaciones latinoamericanas admiten la institución de la legítima como Italia, Alemania, Francia, España, Perú, Argentina, Chile, Brasil y Venezuela, entre otros.

6. ANTECEDENTES

Legítima como *pars bonorum* en el derecho romano:

En el primitivo derecho romano, la voluntad del testador era soberana y no tenía restricción alguna («hable el testador y su palabra será cumplida»). El causante podía disponer de sus bienes *mortis causa* con la misma libertad que

disfrutaba en vida. Así lo establecía una disposición de la Ley de las XII Tablas: «uti legassit pater familias super pecunia tutelare rei sue, ita jus esto».

Posteriormente en un grado de mayor desarrollo y por elementales principios de justicia nace una nueva corriente testamentaria que establece la exigencia de dejar un patrimonio obligatorio a los herederos forzosos (porción legítima), y cobra vigencia a fines de la época republicana; se van introduciendo determinados mecanismos de defensa por parte de los hijos, ascendientes y hermanos, que los ejercitaban cuando el testador los ignoraba en el testamento dando lugar entonces a que estos puedan ejercitar la «querella de testamento inoficioso por preterición». Por tanto, los testamentos que no favorecían en nada o en parte a los parientes más próximos del testador eran considerados como actos impíos, resultando por tanto actos susceptibles de impugnación.

Más tarde Justiniano establece que la legítima de los descendientes será de un tercio cuando existan cuatro hijos o menos; y la mitad cuando hubiera cinco o más (Novela 18).

Al respecto Maffia[1] señala lo siguiente: «Esta concepción de la legítima, como correctivo contra la libertad de testar, tuvo en definitiva un carácter diverso de la sucesión mortis causa, ya que se confería para defender los derechos nacidos del vinculo de sangre, con abstracción de la calidad de heredero. De donde el titular del derecho, aun renunciando a la herencia, conservaba su derecho a la legítima, porque ésta le correspondía por causa distinta de la sucesoria. De ahí su caracterización como *pars bonorum*».

Ejemplo: Si el titular del derecho legitimario hubiera premuerto al causante, o renunciado a la herencia, o declarado indigno, no afectaba su derecho a la legítima, debido a que ésta, era un derecho extraño a la herencia.

Por lo tanto, existía la figura del legitimario no heredero.

Legítima como *pars hereditatis* en el derecho germano:

Por el contrario, el derecho germano adopta la concepción de la legítima como reserva legal que constituye una parte de la herencia que se encontraba fuera de la facultad de disposición del causante.

Esta reserva era una herencia *ab intestato*, o sea, la transmisión hereditaria forzosa y legal, compuesta por bienes de la herencia, y sobre la cual el testador no podía imponer ninguna modificación, carga o gravamen. Quien la recibía, por tanto, debía ser necesariamente heredero. Por estas características particulares se la calificaba de *pars herediatis*.

---

1 MAFFIA, Jorge. *Manual de Derecho Sucesorio*. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1983.

Ejemplo: Si el heredero hubiera premuerto al causante, o renunciado a la herencia, o declarado indigno, o desheredado, entonces no podía recibir la legítima. La legítima era un derecho hereditario.

En general, casi todas las legislaciones modernas, incluida la nuestra, han sido influidas por el derecho germano aceptándose el derecho legitimario como *pars hereditatis* a favor de los hijos y demás descendientes, padres y demás ascendientes y cónyuge. Como dijimos anteriormente los sistemas jurídicos anglosajones no reconocen este derecho (Inglaterra y Estados Unidos).

7. NATURALEZA JURÍDICA

a. Sus normas legales son de orden público, es decir, que son imperativas, invariablemente necesarias y de valor absoluto; no pueden ser modificadas por ninguna persona y su transgresión acarrea la nulidad del acto. Los términos de lo señalado en los Arts. 723, 724, 725, 726 y 733 del Código Civil son elocuentes:
¿Qué ocurre cuando el testador ha preterido a un heredero forzoso? El Art. 806 señala que es inválida la institución de herederos en cuanto resulta afectada la legítima que corresponde a los preteridos. La legítima es intangible cualitativa y cuantitativamente.

b. Implica una restricción a la libre disponibilidad. O sea pues que en el otorgamiento de testamento cuando hay herederos forzosos, el testador está obligado por mandato legal a instituirlos como tales y reservar para ellos una parte de la herencia, la cual es intangible[2].
La parte restante sí es tangible, lo que significa que el testador tiene la plena libertad de disposición. Es la llamada cuota de libre disposición.

c. La intangibilidad, además, implica que:
   - Ha de corresponder en proporciones iguales a todos los herederos forzosos, según el orden establecido en los Arts. 724, 725 y 726.
   - Asimismo, no cabe respecto de la legítima la imposición de gravamen, modalidad ni sustitución alguna respecto de los beneficiarios. Se explica porque sólo cabe imposición de modalidades cuando se trata de actos jurídicos, pero la institución de herederos forzosos y

2 Si el juzgador advierte de la lectura del instrumento testamentario que el acto de disposición que éste contiene excede el límite de libre disposición del testador declarará la nulidad parcial del testamento en la proporción correspondiente a aquel exceso. Véase Ejecutoria Suprema del Expediente 579-90-LIMA, 17 de julio de 1992. En GACETA JURÍDICA. Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial. 2002/2003. Lima, 2002.

su correspondiente legítima proviene no de un acto voluntario sino de una imposición de la ley.

d. El derecho *expectaticio* a la legítima en vida del testador se encuentra protegido de acuerdo a tres normas legales:

d.1. Art. 1629.- Nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede dejar por testamento. La donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida. El exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

Esta disposición debe ser concordada con los Arts. 723, 725, 726, 727, 770 y 1645 del Código Civil.
El Art. 1629 tiene evidentemente un propósito: preservar el futuro derecho legitimario de los herederos forzosos para evitar su merma o desaparición injustificada.
El heredero *no podrá ejercitar la acción judicial correspondiente para preservar su derecho sino después de la muerte del testador porque antes, carece de legitimidad para obrar porque no hay aún causante, ni heredero ni herencia; no se sabe tampoco el importe de su valor para establecer cuál es el que corresponde a la cuota de libre disposición.*

d.2. Art. 584.- Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzoso dilapida bienes que exceden de la porción disponible.

Esta disposición debe ser concordada con los Arts. 587, 591, 593, 724, 725 a 728 del Código Civil.
Los términos en que está concebido este dispositivo legal no son muy apropiados, porque el empleo de heredero forzoso va asociado necesariamente al del causante y el causante es una persona natural que ha fallecido o ha sido declarado judicialmente muerto presunto.
La idea del Art. 584 es que en vida del presunto pródigo, su cónyuge y todos aquellos que a futuro pueden tener la calidad de herederos forzosos de él, como serían los hijos, tienen derecho para solicitar judicialmente dentro de un procedimiento no contencioso la declaración de interdicción por prodigalidad si se acredita el supuesto de hecho que contiene, a fin de preservar dicho patrimonio, de la dilapidación que podría afectar en el futuro a los eventuales herederos forzosos. La resolución final que lo declara interdicto, designa la perso-

na de un curador de sus bienes, no pudiendo en el futuro, litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio sin asentimiento especial del curador (Art. 591 del Código Civil). De esta forma se asegura que no vuelva a incurrir en actos que afecten dicho patrimonio.
Debe añadirse que con arreglo al Art. 593: *Los actos del pródigo y del mal gestor anteriores al pedido de interdicción no pueden ser impugnados por esta causa. (...)*

O sea que la resolución judicial de interdicción para estos casos no tiene efectos retroactivos.

d.3. Art. 585.- Puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos.
Queda al prudente árbitro del juez apreciar la mala gestión.

Debe concordarse con los Arts. 587, 591, 593, 724, 725 al 728 del Código Civil.

En este caso como en el anterior, la norma legal se orienta a salvaguardar el futuro derecho hereditario del legitimario.

8. DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CÓNYUGE *SUPÉRSTITE*

Art. 730.- La legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio.

El Art. 730 contiene una declaración muy importante y que viene a poner justicia donde antes no la hubo o al menos le fue regateada. Por esta norma queda establecido que el derecho del cónyuge a la legítima es independiente del que le corresponde por concepto de gananciales. En cambio, el Art. 704 del Código Civil de 1936 tenía tres reglas diferentes según los casos: 1° reconocía que su derecho a la legítima es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal; 2° si los gananciales llegan o exceden al monto de la cuota legitimaria, la perderá; y 3° que la legítima se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fuesen menores.

Este precepto comentado del Código Civil de 1936 (Art. 704) en concordancia con el Art. 700 reconoció por primera vez en el Perú la calidad de heredero forzoso que tiene el cónyuge sobreviviente, pero no mantuvo coherencia porque su derecho fue supeditado a la contingencia del valor económico del derecho sobre los bienes gananciales, desconociéndose que entre éstos y la legítima existen diferencias por razón de su naturaleza jurídica, así como por su origen. Los gananciales constituyen derecho propio y se encuentra regulado en Derecho de Familia, mientras que la legítima es un derecho derivado que proviene del patrimonio del causante y está regulado en el Libro de Sucesiones.

El Art. 730 del Código Civil vigente recoge el texto del Art. 72 del Anteproyecto.

En algunos países no se reconoce el derecho a la legítima del cónyuge sobreviviente. Así tenemos que el Código Civil Mexicano en el Art. 1283 dispone que:

> El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima.

En la sucesión intestada es considerado heredero legal, según el Art. 1602 de dicho cuerpo legal.

El Art. 778 del Código Civil de Panamá, al igual que el anterior, confiere al testador, libertad de testar con la libre disposición de todos los bienes, con la única limitación de dejar asegurados los alimentos a sus hijos, padres y cónyuge que careciesen de bienes suficientes. Lo mismo ocurre en Honduras, Art. 944 del Código Civil.

En otros, se concede al cónyuge una cuota en usufructo, como en el Código Civil de España, Arts. 807, 834, 837 y 838.

Finalmente, en países como el nuestro, Alemania, Art. 1931; Suiza, Art. 462; Argentina, Arts. 3570 y 3572, se concede no en usufructo sino en propiedad.

9. DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE *SUPÉRSTITE*

> Art. 731.- Cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos, y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este dere-

> cho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.
> La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.
> En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente.
> Art. 732.- Si en el caso del Art. 731, el cónyuge sobreviviente no estuviese en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el Art. 731.
> Mientras está afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.
> Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el Art. 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien.
> También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos.

La disposición sobre el derecho de habitación contenida en el Art. 731 de nuestro Código Civil es nueva y muy importante. Incorpora una figura jurídica que ya existe en algunas legislaciones como las de Argentina e Italia.

El Art. 3573 bis del Código Civil Argentino (agregado por ley 20.798, del 27 de septiembre de 1974) confiere al cónyuge sobreviviente un derecho de habitación vitalicio y gratuito, expresa así:

> Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declarados bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge *supérstite* tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge *supérstite* contrajese nuevas nupcias.

Según esta legislación para el ejercicio de este derecho conforme al precepto legal citado es menester:

a. Que el causante haya muerto.
b. Que haya dejado un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario.
c. Que sobre él haya constituido el difunto el hogar conyugal.
d. Que su valor no sobrepase el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declarado bien de familia.
e. Que concurran con el cónyuge sobreviviente otros herederos o legatarios.

Según Jorge O. Maffia[3], tuvo su origen en un proyecto presentado por el diputado Edgar Cossy Isasi, que fue modificado por la Comisión de legislación general y, a su vez, durante el debate sufrió otras siendo finalmente aprobado por el senado argentino.

Esta ley no tiene precedentes en la legislación comparada.

Un año después se introduce este nuevo derecho en el Código Civil Italiano mediante la Ley N° 51 de 19 de mayo de 1975 que sustituye al primitivo Art. 540 de este cuerpo legal al establecer lo siguiente:

> Al cónyuge, aún cuando concurra con otros llamados, se reserva el derecho de habitación sobre la casa destinada a residencia familiar y de uso sobre los muebles que constituyen su ajuar, si eran de propiedad del difunto o comunes. Tales derechos se imputan a la porción disponible y, si ésta no es suficiente, por el remanente recaen sobre la cuota reservada a los hijos.

10. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE HABITACIÓN

Tiene fines asistenciales. Va dirigido a proteger a las familias de menores recursos económicos. Muchas veces la pareja de esposos adquiere con gran esfuerzo y privaciones la propiedad de un bien inmueble y lo destina como hogar familiar, pero ocurre que el día menos pensado uno de ellos fallece concluyendo así el vínculo matrimonial y consecuentemente la sociedad de gananciales. Con la muerte de uno de ellos se abre la sucesión concurriendo como herederos el cónyuge sobreviviente y los hijos de ambos, surgiendo entonces una copropiedad de la herencia que puede concluir con la división y partición a solicitud de cualquiera de ellos; entonces el inmueble que sirvió de hogar conyugal es vendido, recibiendo cada heredero parte del precio. La previsión legal

3 MAFFIA, Jorge. *Manual de Derecho Sucesorio*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 34.

que nos ocupa tiende entonces a impedir temporalmente que el cónyuge sobreviviente, al fallecer el otro cónyuge, quede sin habitación. Como señala Maffia, el nuevo instituto constituye una saludable reacción contra el principio de la partición forzosa.

Gracias a esta medida de protección económica, se establece por ley este derecho de habitación, dependiendo exclusivamente de la voluntad del cónyuge sobreviviente, la opción de su ejercicio, mientras tanto el derecho de los demás coherederos a solicitar la partición del bien inmobiliario (Art. 984 del Código Civil) queda suspendido.

11. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE HABITACIÓN

Jorge Maffia, en su citada obra, señala que hay varias corrientes de opinión, a saber:

a. ***El derecho de habitación viudal constituye «un derecho propio».*** No se adquiere a título hereditario, se adquiere con motivo de la muerte de uno de ellos. Borda, en esta línea, de pensamiento, expresa que es como el seguro de vida y señala como fundamento legal de esta tesis el Art. 3576 del Código Civil Argentino:

> En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes, no tendrá el cónyuge sobreviviente parte alguna en la división de bienes gananciales que correspondieron al cónyuge prefallecido.

Sin embargo, acotará Borda, el cónyuge viudo goza del derecho que le confiere el Art. 3573 bis del Código Civil Argentino.

b. ***El derecho de habitación viudal constituye «un derecho hereditario».*** Es un beneficio recibido *iure hereditatis.* Molinari, defensor de esta tesis, sostiene que tiene carácter sucesorio porque la atribución gratuita y traslativa de este bien tiene lugar sólo a la muerte del otro cónyuge y la ley argentina (Art. 3573 bis) señala entre sus requisitos la concurrencia del viudo con otras personas que tengan vocación como herederos o como legatarios. Se trata de una facultad para cuya invocación por parte del cónyuge, es menester que invista la calidad de heredero. Afirma que hay derecho sucesorio porque se den los requisitos propios del derecho sucesorio: 1°

Significado económico; 2° Aparición con la muerte; 3° No producción de efecto alguno con anterioridad a la apertura de la sucesión; 4° Gratuidad; 5° Se trata siempre de un derecho existente en el patrimonio del causante; 6° Concurrencia de otras personas con vocación sucesoria.

c. ***Es un prelegado particular forzoso.*** Barbero señala que el derecho del titular original del bien inmueble sobre el que fue constituido el hogar conyugal no es exactamente el mismo derecho de propiedad con todos sus atributos el que se trasmite al viudo. Sólo adquiere este derecho de uso, mientras que los restantes atributos pasarán a los herederos o legatarios adjudicatarios. Hay una desmembración del dominio por mandato imperativo de la ley. El viudo lo adquiere como una suerte de legado legal particular y forzoso, independientemente de lo que pueda recibir a título de heredero. De modo que siendo el cónyuge viudo, un heredero y como viudo tiene además un derecho de habitación que él considera legal, tendrá entonces la condición de prelegatario legal con un radio de acción tanto en la sucesión testamentaria como intestada a partir de la vigencia del Art. 3573 bis.

Por nuestra parte consideramos que no es un legado porque no es constituido voluntariamente por el causante sino que es impuesto por la ley.

d. ***Es una carga legal impuesta a los herederos.*** Maffia señala como defensor de esta corriente a Zannoni. Considera que importa una carga legal impuesta a los herederos en beneficio del viudo independientemente de la cuota hereditaria que a éste corresponde. Es un derecho hereditario *pars hereditatis*, es decir, parte de la herencia que es deferida en tanto el viudo es heredero. No es *pars bonorum*, o sea que no es una atribución patrimonial que se defiere aunque no asuma el carácter de heredero.

Consideramos que si el cónyuge sobreviviente pierde su calidad de heredero, perderá irremisiblemente el derecho de habitación. Cfr. Art. 733 del Código Civil.

Maffia, frente a estas posiciones diferentes, considera que todas encuentran en el Código Civil Argentino, normas de colisión que las hacen objetables. Sin embargo, se inclina por aquella que sostiene que es un legado legal no obstante reconocer que aparentemente colisionaría con el texto del Art. 3576 del Código acotado a no ser que el criterio impuesto por esta norma legal hubiere sido modificado por el Art. 3573 bis.

12. NUESTRA POSICIÓN RESPECTO DEL DERECHO DE HABITACIÓN

Interesa saber la posición doctrinaria que sustenta nuestro Código Civil.

Advertimos que este derecho regulado por los Arts. 731 y 732 se encuentra ubicado dentro del Título de la Legítima y la porción disponible, y que las normas reguladoras son de orden público y se refieren al derecho hereditario que corresponde a los herederos forzosos dentro de los que está el cónyuge sobreviviente.

El Art. 733 define que no sólo es de carácter imperativo la legítima cuando expresa que *el testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos sino en los casos expresamente determinados por la ley* (exclusión por indignidad y por desheredación) *ni imponer sobre aquella gravamen, modalidad, ni sustitución alguna*, sino que además, proclama *que tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los Arts. 731 y 732, salvo en los dos casos de exclusión antes señalados.* Si el cónyuge sobreviviente no quiere o no puede ser heredero, no tendrá derecho a la habitación como se desprende del Art. 733.

Todo lo cual significa:

a. Que el derecho de habitación está reconocido por nuestro Código Civil como un derecho legal de carácter imperativo a favor del cónyuge sobreviviente.
b. No es ni puede considerársele como un legado legal porque los legados son siempre facultativos. No proviene de norma imperativa.
c. Es *pars hereditatis* y *no pars bonorum* porque es parte de la herencia que se defiere a favor de un heredero, o sea que para tener *derecho a la habitación es menester que el beneficiado sea heredero. Es deferido pues en su universalidad. Tanto es así que el Art. 733 de nuestro Código Civil expresa que el testador no puede privarlo de estos derechos sino en los mismos casos de exclusión por indignidad y desheredación.* Es decir, que si el viudo hubiera estado separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden (Art. 343). Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí (Art. 353 del Código Civil). La sucesión que corresponde al viudo o 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. *Todo lo cual demuestra que el derecho de habitación exige que el llamado a ejercitarlo tenga la condición de heredero del causante.*
d. La desheredación (Art. 742) priva al heredero forzoso de la legítima, por tanto, si el derecho de habitación puede ser privado por este medio se

deduce —claramente— que éste es un derecho del cónyuge legitimario. Lo mismo ocurriría de darse una exclusión por indignidad (Art. 667), ya que ella hace perder la calidad de heredero, la cual es condición sine qua non para ejercitar el derecho de habitación.

e. El derecho de habitación no puede ser un prelegado, debido a que al legado se le puede imponer modalidad, gravamen, y sustitución (Arts. 738, Art. 740), en cambio, en el derecho de habitación esto no es posible porque, como ya expresamos anteriormente, es intangible e impuesto por la ley (Arts. 731 y 733 del Código Civil).

f. El prelegado no se pierde por desheredación (Art. 74), ni por renuncia a la herencia (Art. 667); en cambio, el derecho de habitación sí se pierde por estos motivos.

Este derecho es aplicable no sólo en la sucesión testamentaria sino también en la sucesión intestada como resulta de la interpretación de los Arts. 731, 732 y 823 del Código acotado, siendo importante transcribir el texto de esta última norma legal que se encuentra en la Sección Tercera sobre sucesión intestada:

> Art. 823.- En los casos del Art. 822 el cónyuge puede optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia, salvo que hubiere obtenido los derechos que le conceden los Arts. 731 y 732.

En conclusión: Consideramos que el derecho de habitación constituye un derecho hereditario que corresponde al cónyuge sobreviviente como heredero por mandato de ley imperativa y que, asimismo, constituye una carga legal impuesta a los demás herederos que concurren con el viudo a la herencia del causante como resulta del Art. 731 del Código Civil y, finalmente, este derecho es inembargable e inalienable, pero no trasmisible por herencia, porque es personalísimo y por tanto intransferible.

13. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN

a. Muerte de uno de los cónyuges. Porque es un derecho hereditario.

b. Pluralidad de sucesores. Si no existieran otros, carecería de razón el derecho de habitación porque es un derecho fraccionario del derecho de propiedad y entonces toda la herencia sin necesidad de fraccionamiento alguno, pasaría en propiedad al viudo de modo exclusivo.

c. Que el acervo sucesorio esté integrado al menos por un inmueble habitable. La ley no exige que en la herencia exista un solo inmueble habitable, puede haber uno o varios, pero debe pertenecer íntegramente al causante como bien propio o como bien común de la sociedad conyugal, porque si la propiedad de ese bien es compartida con terceros no sería posible legalmente la constitución del derecho de habitación ya que afectaría injustamente el derecho de éstos.
d. Es necesario que el inmueble haya constituido el hogar conyugal al tiempo de la apertura de la sucesión. Este es el principio sustentado por la ley, pero creemos que podrían admitirse algunas situaciones de excepción, como por ejemplo, si al momento de la muerte de alguno de los cónyuges no lo habitaban por encontrarse con trabajos de refacción, o de reacondicionamiento, o por motivos de viaje, o por trabajo, o por salud, o por problemas judiciales, o por grave decaimiento económico, o por terrorismo, etc. En estos casos que sólo se citan como ejemplos, sin pretender agotar los casos de excepción, consideramos que podría dispensarse de esta exigencia legal para no contradecir el espíritu de la institución.
e. Que el cónyuge sobreviviente no pueda adjudicarse en propiedad ese bien inmueble por no cubrir su valor la suma de su légítima y de sus gananciales, como le autoriza el Art. 323 del Código Civil.

El Art. 323, tercer párrafo del Código Civil expresa:

> Cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera.

Nos preguntamos si ¿esa suma a la que alude el primer párrafo del Art. 731 sólo funciona dentro de un régimen patrimonial matrimonial de sociedad de gananciales o eventualmente podría tener aplicación dentro de un régimen diferente como en el de separación de bienes? El texto de la ley es claro, se refiere al de sociedad de gananciales, pero ¿será un requisito esencial? ¿Cuán importante es para el reconocimiento del derecho de habitación a favor del viudo? ¿Qué es lo que interesa para el ejercicio de este derecho? ¿Que los cónyuges estén organizados bajo el régimen de gananciales o que el viudo no pueda adjudicarse la propiedad por no contar con el dinero suficiente independientemente de su origen? Con-

sidero que la exigencia legal señalada no sería esencial para tan noble fin y por interpretación extensiva podría aplicarse también en estos casos diferentes. En todo caso, merecería una reforma legal que despejase toda duda. Pero sí es necesario que el cónyuge no pueda cubrir su valor con sus propios derechos pecuniarios, porque la ley quiere proteger una situación de necesidad que no se compatibilizaría con la actitud de quien pudiendo pagar su valor no quiere hacerlo, porque importaría un abuso del derecho.

f. Que el viudo quiera optar por el ejercicio de este derecho que la ley le reconoce de modo personalísimo, temporal y gratuito.

El hecho de que provenga de norma legal imperativa no implica su aplicación automática porque como todo derecho hereditario depende de la aceptación del beneficiario. El derecho se trasmite a partir de la apertura de la sucesión y se adquiere con la aceptación. Es con la aceptación que se consolida el derecho.

Esta aceptación se hace valer ante los demás sucesores concurrentes, bien judicialmente o ante notario, cuando todos están de acuerdo y mediante escritura pública. En ambos casos se inscribe en el Registro Público respectivo, para ser oponible este derecho frente a terceros.

El derecho del viudo puede hacerse valer tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, como resulta de los Arts. 731, 733 y 823 del Código Civil.

Es importante señalar también que, en el supuesto de que el testador hubiera asignado dicha casa-habitación a alguno de los otros herederos, tal disposición no tendría eficacia en la medida que afectase el derecho de habitación del cónyuge sobreviviente, porque el Art. 733 que es norma imperativa, señala lo siguiente:

> El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad ni sustitución alguna.
> *Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los Arts. 731 y 732, salvo en los referidos casos.*

Es decir, que carece de facultad para tomar medidas de disposición a favor de cualquier persona en la medida que afecte los derechos de habitación y de usufructo, en su caso, que tiene el viudo.

¿Cuáles son las consecuencias del derecho de opción ejercitado por el cónyuge sobreviviente?

1. Los restantes bienes de la herencia, que no incidan sobre ese bien inmobiliario destinado a casa habitación, pueden ser divididos entre los demás herederos con exclusión del cónyuge sobreviviente (Art. 731, último párrafo del Código Civil). Esto es lógico porque el valor de sus derechos hereditarios los ha concentrado en el bien inmueble aportando la suma de su cuota legitimaria y de otros derechos patrimoniales eventuales, propios, como podría ser el valor de algún legado proveniente de la misma herencia, o derecho de gananciales, etc. O sea, por agotamiento de sus derechos, al haberlos concentrado en el bien inmueble.
2. Su derecho hereditario se centra únicamente en el inmueble que sirvió de hogar conyugal donde la propiedad del mismo será compartida con los otros herederos (copropiedad), en el caso de que el valor aportado por el cónyuge sobreviviente no haya cubierto íntegramente el precio del bien.
3. Pero además del derecho de copropiedad, queda constituido a favor del cónyuge *supérstite* otro derecho real, preferente y personal intrasmisible, vitalicio y gratuito: el de habitación sobre la referida casa. Este precepto legal reconoce, entonces, dos derechos: a) el de copropiedad sobre el bien con los otros herederos y b) el de habitación personal y exclusivo.
4. Este derecho reconocido por el Art. 731 del Código Civil se constituye por libre determinación del cónyuge sobreviviente y recae sobre la diferencia de valor que no ha podido cubrir, es decir, la existente entre el valor del bien y la suma de sus derechos por concepto de legítima y gananciales, y eventualmente los legados que le hubieran sido asignados y sus bienes propios.
5. La diferencia de valor existente entre el bien y los demás derechos del cónyuge sobreviviente podría afectar la cuota de libre disposición del causante y, si fuese necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos. Esto significa que mientras subsista el derecho real de habitación, el ejercicio de los derechos de uso, habitación y usufructo que los otros sucesores pudieran tener por causa de la misma herencia, como legatarios o como herederos sobre ese mismo bien inmobiliario, quedan suspendidos temporalmente; pero, en todo caso, pueden enajenar o gravar sus cuotas ideales y disponer de sus respectivos frutos conforme al Art. 977 del Código acotado.
6. Si llegado el caso, el cónyuge sobreviviente estuviera incapacitado económicamente para atender los gastos de mantenimiento de la casa habitación, podría eventualmente con la previa autorización judicial correspon-

diente, arrendarla en todo o en parte y percibir para sí la renta y ejercer los derechos inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, readquiere a su sola voluntad el derecho de habitación. Este derecho que contempla el artículo 732 del Código Civil no está previsto en otros ordenamientos legales, pero creo que está plenamente justificado aunque en algunos casos podría ser excesivo.

7. Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar, *pero sólo en cuanto a la inembargabilidad y la inalienabilidad.* No funciona la trasmisibilidad porque el derecho es personalísimo y se extingue, entre otras causas, por la muerte del cónyuge (Art. 732).

El patrimonio familiar es un medio de protección familiar regulado por el Art. 488 y siguientes del Código Civil mediante la afectación de la casa habitación de la familia o de un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio, para beneficio exclusivo de los cónyuges, de los hijos menores o mayores incapaces, hermanos menores de edad o mayores incapaces así como de los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad. Para que tenga un sentido de protección se constituye con autorización judicial previa comprobación de no tener el peticionario deudas cuyo pago sea perjudicado por su constitución, porque el patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia (Arts. 488, 489, 494 y 495 del Código Civil). Sólo los frutos del patrimonio familiar son embargables hasta las dos terceras partes, para asegurar las deudas resultantes de: a) condenas penales (reparación civil, Arts. 92 al 97 del Código Penal); b) tributos referentes al bien; y c) pensiones alimenticias (Art. 492 del Código Civil).

El derecho de habitación tiene la condición legal de Patrimonio Familiar Precisamente el Art. 732 segundo párrafo señala al respecto:

> (...)
> Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.

La situación legal de patrimonio familiar está condicionada por la ley a la subsistencia de este derecho inmobiliario a través de las formas que señala:

a. Habitación
b. Usufructo
c. Habitación y usufructo en partes.

Pero el estatus legal del derecho de habitación no es totalmente coincidente con la del Patrimonio familiar porque conforme al Art. 488 del Código Civil es:

a. Inembargable
b. Inalienable
c. Trasmisible por herencia.

Sin embargo, en el caso del derecho de habitación y eventualmente del de usufructo, sólo beneficia al cónyuge sobreviviente y por ninguna causa puede trasmitirlo como derecho hereditario a nadie como resulta de la lectura del último párrafo del Art. 732.

Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este dispositivo y en el Art. 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos. En el caso de este derecho de habitación, no cabe la trasmisión de la propiedad sino el de la posesión y usufructo temporalmente, mediante el contrato de arrendamiento respectivo y con la previa autorización judicial que compruebe la necesidad que invoca el peticionario.

¿Qué comprende este derecho de habitación?

Comprende el derecho de copropiedad respecto del inmueble afectado a ese fin, cuando el cónyuge sobreviviente no ha llegado a cubrir íntegramente el precio del mismo.

Respecto al menaje ordinario del hogar, corresponde en propiedad al viudo según el segundo párrafo del Art. 320 del Código Civil:

No se incluye en el inventario el menaje ordinario del hogar en los casos del Art. 318 incisos 4° y 5°, en que corresponde al cónyuge del ausente o al sobreviviente.

¿Cuándo y cómo se constituye el derecho de habitación?

No hay norma específica en nuestro ordenamiento legal sobre estos temas, pero hay algunos elementos de juicio que pueden ayudarnos a encontrar las respuestas apropiadas.

Este derecho es concedido por ministerio de la ley, pero no opera *ipso jure*, es menester que se oponga a los coherederos por el cónyuge sobreviviente; en consecuencia, se puede ejercitar a partir de la apertura de la sucesión porque constituye un derecho hereditario hasta el momento de la división y

partición de la herencia o cualquier acto sucedáneo de ella que lo haga incompatible con su subsistencia. Después no podría hacerlo, porque el ejercicio del mismo tiene el efecto jurídico de suspender temporalmente la partición del inmueble familiar. No olvidemos que la partición de bienes indivisos constituye un derecho y una obligación de los copropietarios y procede hacerse cuando alguno de ellos o el acreedor de cualquiera de ellos lo pida (Art. 984 del Código Civil). Por eso es que la parte final del Art. 731 del acotado señala que «en su caso —o sea cuando se ha optado por el derecho de habitación— los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente».

No podrá ejercitarse este derecho cuando:

a. Un tercero hubiere adquirido la propiedad de ese bien por prescripción de acuerdo al Art. 950 del Código Civil:

> La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante 10 años. Se adquiere a los 5 años cuando mediando justo título y buena fe.

Debe concordarse con los Arts. 885, 887, 888, 889, 896, 897, 898, 900, 901, 902, 905, 907, 911, 913, 914, 915, 950, 952 y 953 del mismo Código. La acción de partición es imprescriptible y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes (Art. 985 del Código Civil).

Por eso hemos señalado anteriormente que la adquisición del inmueble conyugal por prescripción solo puede alcanzarla un tercero.

b. Tampoco podrá ejercitarse este derecho de habitación si el usufructo ha prescrito. El Art. 1021 del Código Civil, entre los casos de extinción del usufructo, señala en su inciso 2°:

> El usufructo se extingue por:
> (...)
> 2.- Prescripción resultante del no uso del derecho durante cinco años.
> (...)

c. Tampoco si se perdió por expropiación u otra causa afín.

Para su constitución es menester que el propio interesado —el cónyuge sobreviviente— lo solicite directamente o por interpósita persona a los demás coherederos a través del juez competente: el del último domicilio del causante

(Art. 662 del Código Civil), mediante un procedimiento no contencioso conforme a la regla establecida por el Art. 496 del Código Civil y finalmente se inscriba en el Registro Público correspondiente como una garantía frente a terceros.

Es conveniente destacar, como lo hace el precepto legal últimamente citado, que es necesario que el bien que se propone afectar, no se encuentre sujeto a hipoteca, anticresis o embargo registrado; que no existan acreedores del causante ni del cónyuge sobreviviente, debiendo añadirse que los acreedores de los herederos no pueden tener más derechos que éstos respecto al bien inmobiliario que hubiere sido afectado por el derecho de habitación que pudiesen resultar afectados con tal inmovilización (Art. 494 del Código Civil) y que finalmente, ese bien inmueble haya sido propiedad exclusiva del causante porque si fue adquirido en copropiedad con terceras personas, no procederá su afectación. Para el caso, es indiferente que el mismo haya sido bien propio del causante o bien común de la sociedad de gananciales constituida con el cónyuge sobreviviente, porque en ambos casos es un derecho hereditario en todo o en parte.

Puede solicitarse la afectación del bien directamente por escritura pública con intervención del Notario si todos los herederos están de acuerdo y son personas capaces legalmente, porque si alguno de ellos no lo fuera, se requerirá autorización judicial que refrende el consentimiento del representante legal del incapaz. También se inscribe en el Registro Público respectivo.

No se puede privar al cónyuge sobreviviente de los derechos que le conceden los Arts. 731 y 732 del Código Civil, salvo en los casos expresamente determinados por la ley (Art. 733 del Código Civil). Significa que el Art. 733 del Código Civil —que es norma imperativa— obliga al testador a respetar este derecho que la ley acuerda al cónyuge sobreviviente, bajo sanción de nulidad. No está en la libre voluntad del testador disponer de ese bien inmobiliario a favor de otros herederos distintos al cónyuge sobreviviente, así como tampoco puede privar a sus herederos forzosos de su derecho legitimario. Es verdad que el derecho de habitación es distinto del derecho legitimario, es un derecho adicional, pero igualmente proviene de la misma norma legal que es de orden público. Si por ejemplo, el testador dispusiera por testamento que ese bien inmueble sea para otro heredero o legatario, tal disposición carecerá de eficacia jurídica en la medida que afecta el derecho preferencial del cónyuge sobreviviente. Sólo hay dos casos en que podría privársele al cónyuge sobreviviente de este derecho:

a. Por declaración de indignidad
b. Por desheredación.

En ambas situaciones perdería también su calidad de heredero forzoso y como consecuencia el derecho legitimario.

El derecho de habitación es la única excepción a lo dispuesto en el artículo 733, debido a que constituye una carga de la legítima.

Finalmente, conviene señalar que siendo la legítima y el derecho de Habitación dos derechos diferentes, nada obstaría para que el cónyuge sobreviviente pudiera aceptar la legítima y renunciar al derecho de Habitación, más no viceversa.

Sólo hay que considerar que conforme al artículo 733 del Código Civil, ambos pueden perderse únicamente por casos de declaración de indignidad o de desheredación.

Extinción del derecho de habitación

El derecho de habitación vitalicio (Art. 731) y el derecho de usufructo (art. 732) se extinguen por las siguientes causales:

1. Cuando el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio.
2. Cuando el cónyuge vive en concubinato. Esta causal es de aplicación sólo al concubinato propio (unión de hecho de dos personas sin impedimento para casarse), debido a que su interpretación debe ser restrictiva (cfr. Art. IV Título Preliminar del Código Civil).
3. Por muerte física, o por declaración de muerte presunta del cónyuge sobreviviente.

También por:

4. Renuncia expresa o tácita, como permitir la partición del inmueble, o su enajenación sin cargos.
5. Consolidación, por aplicación en concordancia de los artículos 1026 y 1021 inc. 3°. Si el cónyuge sobreviviente adquiere en totalidad el inmueble, entonces ya no necesita el derecho de habitación.
6. Destrucción o perdida total del inmueble (concordancia de los Arts. 1026 y Art. 1021 inc. 5°). Si el bien inmueble sujeto a los derechos de los Arts. 731 y 732 se destruye o pierde totalmente, entonces se extinguirán estos derechos debido a que ya no existe el objeto sobre el cual recaen.
7. Por transcurso de los plazos establecidos en los Arts. 1021 inc. 3° (no uso del derecho por 5 años); y el Art. 2001 inc. 1° (prescripción de la acción real).
8. Por expropiación u otra causa afín (Art. 70 Constitución Política del Perú de 1993).

El fundamento del derecho de habitación obedece a razones de índole económica con el propósito de liberar al cónyuge sobreviviente de la necesidad de contar con la casa habitación que sirvió de hogar conyugal, porque sus recursos económicos no le permiten ejercitar el derecho de preferencia que la ley le concede para su adjudicación (Art. 323 C.C.), de modo que si éste es el fundamento que sustenta el precepto legal consideramos que si se prueba la capacidad económica del cónyuge sobreviviente que le permite solventar íntegramente su adquisición, no habría ya justificación para el ejercicio de este derecho y, por tanto, estará expedita la división y partición de ser el caso.

CASOS JURISPRUDENCIALES

MATERIA REGISTRAL

TESTAMENTO: LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE
INSCRIPCIÓN DEL TESTAMENTO EN EL REGISTRO DE PROPIEDAD

MATERIA REGISTRAL: TESTAMENTO: LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

CASO N° 23

RESOLUCION REGISTRAL N° 352-2000-ORLC/TR

Sumilla del autor:

Resultan de aplicación las normas contenidas en el código civil de 1984, al testamento otorgado bajo el imperio del Código Civil de 1936 en el supuesto en que el causante haya fallecido en fecha posterior a su entrada en vigencia, en estricta aplicación del Art. 2117 del Código Civil, razón por la cual resulta procedente la rectificación de asiento de dominio en el que se incluya al cónyuge *supérstite* como heredero, toda vez que este último tiene la calidad de heredero forzoso conforme lo establece al Art. 724 del código civil y el Art. 730 del referido cuerpo normativo, máxime si del testamento consta que la voluntad del testador no fue excluir a su cónyuge como heredera sino supeditar su derecho de concurrir a la herencia al valor de la cuota que por gananciales debía recibir una vez efectuada la liquidación de los bienes sociales, de acuerdo a lo previsto en el Art. 736 del Código Civil abrogado.

Antecedentes:

Jaime Urman Boroschok mediante escritura pública del 29 de mayo de 1963 extendida ante el notario de Lima, Dr. Gustavo Correa Miller otorgó testamento y manifiesta:

1. Que su estado civil es casado con Leonor Luz Bullón.
2. Que todos los bienes de su propiedad han sido adquiridos durante su matrimonio con la referida señora Leonor Luz Bullón o sea que tienen la calidad de comunes.
3. Dispone que la totalidad de los bienes de su propiedad se distribuyan en partes iguales entre sus tres únicos hijos de nombres Fania, Moisés y Leiba Urman Bullón, sin perjuicio de los gananciales que pudieran corresponder a su esposa o de su derecho de concurrir a la herencia con los mencionados hijos en el caso previsto en el Art. 704 del Código Civil (se refiere al Código Civil de 1936 el cual estuvo vigente cuando otorgó ese testamento, pero falleció el 28 de enero de 1988, o sea bajo el imperio del Código Civil de 1984).

Con motivo de la constitución de una hipoteca sobre acciones y derechos que otorgan Moisés Urman Bullón y Luz bullón Sáenz de Urman para escritura pública de fecha 04 de diciembre de 1999 respecto de un inmueble de la masa hereditaria, fue solicitada su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, siendo denegada por el Registrador Público porque considera que la señora Leonor Luz Bullón Sáenz de Urman no es propietaria de acciones y derechos sobre ese inmueble, objeto de la aludida hipoteca. En el asiento C00001 de la partida electrónica registral figuran como titulares de dominio de ese inmueble Fania Urman Bullón, Moisés Urman Bullón y Leiba Urman Bullón en virtud de la sucesión testamentaria del padre de ellos, Jaime Urman Boroschok.

La Segunda Sala del Tribunal Registral revocó la aludida observación y dispuso la inscripción de la rectificación solicitada así como la inscripción definitiva del Título N°50040 del 15 de marzo del 2000, anotado preventivamente en el asiento D.00001 de la Partida Electrónica N°46928598, por considerar que la cónyuge sobreviviente tiene la calidad de heredero forzoso, según los Arts. 724 y 733 del Código Civil de 1984 vigente al tiempo del deceso del testador, por lo que conforme al Art. 2117, del mismo Código la sucesión abierta desde que rige este Código se regula por las normas que contiene.

Comentario del autor:

El Art. 2117 del Código Civil vigente establece:

> Los derechos de los herederos de quien haya muerto antes de la vigencia de este Código se rigen por las leyes anteriores.
> La sucesión abierta desde que rige este Código se regula por las normas que contiene; pero se cumplirán las disposiciones testamentarias en cuanto éste lo permita.

El testamento de Jaime Urman Boroschok fue otorgado durante la vigencia del Código Civil de 1936, pero falleció durante la vigencia del Código Civil de 1984 resultando por este motivo de aplicación las normas de este último Código, según el Art. 2117.

El testador al instituir herederos a sus 3 hijos no excluyó a su cónyuge, Leonor Bullón de Urman, del derecho hereditario que el Art. 700 del código anterior estableció a su favor como heredero forzoso, pero supeditó su derecho de concurrir a la herencia, al valor de la cuota que por gananciales debía recibir una vez efectuada la liquidación de los bienes sociales, en armonía con el Art. 704 del mismo cuerpo legal. Este dispositivo está derogado por el Art. 730 del Código Civil vigente, el cual consagra la independencia del derecho del cónyuge

a participar en la legítima con respecto a la cuota que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes de matrimonio, constituyendo esta norma una de orden público que encuentra su plena justificación legal en razón de la necesidad de relievar la distinción entre ambos derechos completamente diferentes, porque el proveniente de gananciales que le corresponde al cónyuge es por derecho propio, mientras el de la legítima es un derecho sucesorio. Son, además, distintos por su origen, porque el derecho de gananciales pertenece al ámbito del derecho de familia, mientras que el derecho a la legítima es materia del derecho de sucesiones.

Al fallecer uno de los cónyuges, cuando el matrimonio ha estado organizado patrimonialmente bajo el régimen de comunidad de bienes, deben efectuarse liquidaciones separadas de dos derechos, el de familia (gananciales) y el de sucesiones (masa hereditaria); conforme a los Arts. 724, 725, 729 y 822 del Código Civil vigente corresponde heredar al cónyuge sobreviviente una cuota igual a la de un hijo.

Son también aplicables el primer párrafo del Art. 2011 del Código Civil, el numeral IV del Título Preliminar y Arts. 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos.

RESOLUCIÓN REGISTRAL N° 352-2000-ORLC/TR*

Lima, 24 de octubre de 2000

VISTO, el recurso de apelación interpuesto por DAVID MUJICA CASTILLO (Hoja de Trámite Documentario N°20826 de fecha 26 de mayo de 2000) contra la observación formulada por el Registrador el Registro de Propiedad Inmueble de Lima, Dr. Manuel Edmundo Mejía Zamalloa, a la solicitud de inscripción de Constitución de Hipoteca, en mérito a testimonio de escritura pública. El título se presentó el 19 de abril de 2000, bajo el N°73635. El Registrador denegó la solicitud de inscripción en el siguiente término: «La Sra. Leonor Luz Bullón Sáenz de Urman no es propietaria de acciones y derechos sobre el inmueble objeto de la presente hipoteca. Se deja constancia que en el asiento D00001 de la partida N° 46928598, se ha anotado preventivamente la hipoteca que solicita inscribir mediante el presente ingre-

* Tomado de: REGISTROS PÚBLICOS DE LIMA Y CALLAO. Jurisprudencia Registral. Vol. XI, tomo I, julio a diciembre de 2000. Lima, 2001, pp. 246-249.

so, y no se ha subsanado el defecto que dio mérito a dicha anotación. Asimismo, existe título pendiente N°66064 del 07-04-2000 de conformidad con el Art. 149 del R.G.R.P. Arts. 151 y 152 del R.G.R.P.»; Interviniendo como Vocal ponente el Dr. Fernando Tarazona Alvarado; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante el título alzado, el apelante solicita la inscripción de hipoteca sobre acciones y derechos que otorgan Moisés Urman Bullón y Leonor Luz Bullón Sáenz de Urman a favor de DAEWO Electrónica del Perú S.A., por escritura pública de fecha 04 de diciembre de 1999, extendida ante el Notario de Lima, Dr. Ricardo José Barba Castro, respecto del inmueble ubicado en la Calle Luis Felipe Villarán 605 - 609 esquina con la Calle La Habana 610 distrito de San Isidro, inscrito en el tomo 445 fojas 313 al 317 la cual continúa en la partida electrónica N°46928598 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima;

Que, posteriormente, mediante hoja de trámite N°31570, presentada el 09 de agosto de 2000, el apelante solicita que se rectifique el asiento C00001 de la partida electrónica N°46928598, en el sentido de consignarse como copropietaria del inmueble a Leonor Luz Bullón Sáenz;

Que, a la fecha de la presentación del título materia de alzada, se encontraba vigente la anotación preventiva registrada en el asiento D00001 de la partida del inmueble, anotación que se realizó en mérito al título archivado N°50040 presentado el 15 de marzo de 2000, por adolecer de defectos subsanables, teniendo en cuenta que su vigencia es de 60 días según se desprende del Art. 92 del Reglamento de las Inscripciones, título que contiene el acto materia de la presente solicitud de inscripción, por lo que ha de entenderse que mediante el título impugnado lo que se pretende es inscribir en forma definitiva el referido título;

Que, dicho título tiene dos defectos, según se desprende del asiento mencionado en el considerando anterior, a saber: la falta de dominio inscrito de Leonor Luz Bullón Sáenz sobre el inmueble materia del título presentado y la vigencia del asiento de presentación del título N°30737, presentado el 16 de febrero de 2000;

Que, con relación a la vigencia del título N°30737, se desprende del Sistema de Consulta Registral que dicho título fue tachado el 31 de marzo de 2000;

Que, con respecto a la falta de dominio de Leonor Luz Bullón Sáenz, se colige que conforme es de verse del asiento C00001 de la partida electrónica registral, figuran como titulares de dominio del inmueble Fania Urman Bullón, Moisés Urman Bullón y Leiba Urman Bullón; en virtud de la sucesión testamentaria de Jaime Urman Boroschok;

Que, revisado el título archivado N°11322 del 03 de febrero de 1989, que contiene el testamento otorgado por Jaime Urman Boroschok mediante escritura pública del 29 de mayo de 1963, extendida ante el Notario de Lima Dr. Gustavo Correa Miller, se aprecia de la cláusula primera que el testador declaró como su estado civil casado con Leonor Luz Bullón de Urman; asimismo en la cláusula tercera manifestó que todos los bienes de su propiedad habían sido adquiridos durante su matrimonio con la referida Leonor Luz Bullón, teniendo en consecuencia la calidad de comunes;

Que, de la cláusula cuarta del instrumento señalado, se desprende que fue voluntad del testador que: «la totalidad de los bienes que resulten de mi propiedad al momento de mi fallecimiento se distribuyan en partes iguales entre mis tres únicos hijos todos ellos legítimos, tenidos en mi matrimonio y que responden a los nombres de Fania, Moisés y Leiba Urman Bullón, sin perjuicio de los gananciales que pudieran corresponder a mi esposa o de su derecho de concurrir a la herencia con mis mencionados hijos en el caso previsto en el Art. 704 del Código Civil»;

Que, cabe señalar que en dicha cláusula testamentaria el testador dejó a salvo el derecho de gananciales de su cónyuge Leonor Luz Bullón Sáenz, así como también el de concurrir a la herencia conjuntamente con sus hijos, de acuerdo a lo previsto en el Art. 704 del Código Civil de 1936, durante cuya vigencia se otorgó el testamento;

Que, el artículo citado establecía que la legítima del cónyuge era una cuota igual a la que correspondería como heredero legal, pero la perdería si sus gananciales llegaban o excedían al monto de la cuota, y ésta se reduciría hasta lo que sea preciso si los gananciales fueran menores; es decir, de conformidad con la norma referida a fin de determinar la cuota de la legítima que le correspondía al cónyuge sobreviviente, era preciso sumar lo que por gananciales debía recibir, dando lugar a dos circunstancias: si la cuota que le correspondía por gananciales era mayor a la hereditaria, el cónyuge *supérstite* perdía esta última, mientras que si por el contrario, resultaba ser menor, la cuota hereditaria debía reducirse hasta que el monto sea equivalente a la que recibiría el cónyuge como heredero legal si no existieran gananciales;

Que, en tal sentido la norma derogada confundía dos derechos patrimoniales completamente diferentes como son el proveniente de gananciales que le corresponde al cónyuge por derecho propio, y el de la legítima, que constituye un derecho hereditario;

Que, resulta inexacto afirmar que se interprete —de acuerdo con la norma antedicha— como el despojo de la calidad de legitimario al cónyuge su-

pérstite, más aun cuando conforme el Art. 765 del mismo Código aquél goza del derecho a heredar una parte igual a la de un hijo legítimo;

Que, en ese orden de ideas, se colige que la voluntad del testador no fue excluir a su cónyuge como heredera, sino que supeditó su derecho de concurrir a la herencia al valor de la cuota que por gananciales debía recibir una vez efectuada la liquidación de los bienes sociales;

Que, el Art. 7 del Reglamento del Registro de Testamentos establece que producido el fallecimiento del que ha otorgado un testamento por escritura pública, se ampliará el correspondiente asiento, indicándose los nombres de los herederos, de los legatarios y demás actos de disposición que hubiera efectuado, inclusive el nombramiento de albacea;

Que, si bien el testamento fue otorgado durante la vigencia del Código Civil de 1936, la muerte del testador se produjo bajo el imperio del Código Civil de 1984 (28 de enero de 1988), según consta del título archivado N°11322 del 03 de febrero de 1989; en consecuencia, en estricta aplicación, del Art. 2117 del Código Civil de 1984, la sucesión abierta desde la vigencia de dicho Código estará regulada por sus normas, debiéndose cumplir las disposiciones testamentarias en cuanto no se contrapongan a éste, por lo que resultan aplicables las normas del Código Civil vigente;

Que, el Art. 730 del Código Civil de 1984 consagra la independencia del derecho del cónyuge a participar en la legítima con respecto a la cuota que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio, constituyendo esta norma una de orden público que encuentra sustento legal en razón de la necesidad de relievar la distinción entre ambos derechos que son distintos desde su origen, por cuanto el derecho por gananciales pertenece al ámbito del derecho de familia, mientras que el derecho a la legítima es materia del derecho de sucesiones;

Que, ello concuerda con lo establecido en el Art. 724 del Código civil de 1984, norma aplicable al caso subexámine, el cual dispone que el cónyuge es un heredero forzoso por lo que no puede ser excluido de la masa hereditaria;

Que, en tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Registral en la Resolución N° 136-2000-ORLC/TR, disponiendo, en virtud de ello, la rectificación del asiente 2, fojas 43 del tomo 23 del Registro de Testamentos donde corre inscrito el testamento de Jaime Urman Boroschok, rectificación que se ha realizado en el asiento E00002 de la partida electrónica N°31234581 continuación de la citada partida registral de testamentos;

Que, por lo antes expuesto, es de concluirse que procede efectuar la rectificación del asiento C00001 de la partida registral electrónica 46928598 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, solicitada por el apelante, a efectos

de la inclusión como coheredera a la cónyuge supérstite, subsanándose de esta manera el defecto advertido en el título N° 50040 del 15 de marzo de 2000;

Que, el título N° 66064 del 07 de abril de 2000, que se encontraba pendiente de inscripción al momento de calificar el presente título, fue presentado posteriormente al título N° 50040 del 15 de marzo de 2000, por lo que, conforme al principio de prioridad de rango, contemplado en el Art. 2016 del Código Civil, el título materia de alzada tiene preferencia en la inscripción sobre aquél, teniendo en cuenta que los efectos de su inscripción se van a retrotraer a la fecha del asiento de presentación del título N° 50040, conforme se desprende del Art. 87 del Reglamento de las inscripciones; razón por la que debe dejarse constancia de este hecho en el asiento registral habida cuenta que el embargo materia del título N° 66064 se ha inscrito en el asiento D00002 de la misma partida registral;

Que, de conformidad con el primer párrafo del Art. 2011 del Código Civil; el Numeral IV del Título Preliminar y Arts. 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos; resulta procedente amparar la presente solicitud de inscripción; y,

Estando a lo acordado;

SE RESUELVE:

Revocar, la observación formulada por el Registrador Público del Registro de Propiedad Inmueble de Lima al título referido en la parte expositiva, **DISPONER** la **INSCRIPCIÓN** de la rectificación solicitada, así como la **INSCRIPCIÓN DEFINITIVA** del título N° 50040 del 15 de marzo de 2000, anotado preventivamente en el asiento D00001 de la Partida Electrónica N°46928598, en mérito a la presente solicitud de inscripción.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.- (FDO.)
DRA. ELENA VÁSQUEZ TORRES,
PRESIDENTA DE LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

DR. FERNANDO TARAZONA ALVARADO,
VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

DR. SAMUEL GÁLVEZ TRONCOS,
VOCAL DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

MATERIA REGISTRAL: INSCRIPCIÓN DE TESTAMENTO EN EL REGISTRO DE PROPIEDAD

CASO Nº 24

RESOLUCIÓN N° 067-99- ORLC/TR

Sumilla del autor:
Es procedente la inscripción del testamento en el registro de propiedad inmueble aún cuando el testador no hubiera comprendido el bien en su testamento, si en la Partida Registral aparece como titular de derechos y acciones o del dominio absoluto del inmueble.
Los herederos forzosos adquieren el derecho a la legitima por imperio de la ley aunque el causante no los designe como sus sucesores.

Antecedentes:

Se solicita la inscripción del testamento ológrafo de Mercedes Araníbar de Zambrano en la partida registral del inmueble ubicado enfrente a la calle Francisco del Castillo N° 313, puerta garaje N° 317, puerta principal, distrito de Miraflores, inscrito en el asiento 1 de fojas 347 del Tomo 438 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima.

El Registrador del Registro de la Propiedad Inmueble observa la solicitud porque el referido inmueble no firma parte del aludido testamento, por lo que conforme al inciso 5° del Art. 815 del Código Civil debe declararse la sucesión intestada sobre dicho inmueble a fin de que se declare a los herederos de la causante y por tanto el dominio.

La Primera Sala del Tribunal Registral la revocó y dispuso su inscripción porque si del Registro de la Propiedad Inmueble aparece que ese inmueble estaba inscrito como propiedad de la testadora, no es necesario la declaración de la sucesión intestada de aquella sobre dicho inmueble.

Comentario del autor:

Si bien la causante Mercedes Araníbar de Zambrano al redactar su testamento, omitió señalar como bien de la masa hereditaria el inmueble submateria, tal omisión no supone la exclusión del mismo de su patrimonio, más aun, si éste aparece registrado a su nombre en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Esta titularidad de derechos se funda en el principio de legitimación procesal consagrado en el Art. 2013 del Código Civil:

> El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

Como consecuencia de lo anterior, y para todos los efectos legales y registrales el referido inmueble esta dentro del patrimonio de la causante, resultando por ello procedente registrar la transferencia de dominio a favor de sus herederos universales instituidos, Arts. 1045 del Código Civil de 1936 vigente en el presente caso por la fecha de deceso de la causante, y artículo 2015 del Código Civil actual referido al principio del tracto sucesivo.

Son también aplicables, el primer párrafo del Art. 2011 del Código Civil, el numeral IV del Título Preliminar del Código Civil y Arts. 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos.

RESOLUCIÓN N° 067-99- ORLC/TR*

Lima, 29 de marzo de 1999

VISTO, el Recurso de Apelación interpuesto por don ÓSCAR ZAMBRANO ARANÍBAR, mediante Hoja de Trámite Documentario N° 3854 del 8 de febrero de 1999, contra la observación formulada por el Registrador del Registro de la Propiedad Inmueble, Dr. Juan Carlos Peralta Castellano, a la solicitud de inscripción de testamento ológrafo en mérito a título archivado. El título se presentó el 29 de diciembre de 1998 con el N° 220763. *El Registrador denegó la inscripción solicitada por cuanto*: «De conformidad con el Art. 690 del C.C., se entiende que las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, advirtiéndose del Testamento Ológrafo de doña Mercedes Araníbar de Zambrano, que no forma parte del testamento el inmueble sobre el que pretende inscribirse dicho testamento, por lo que de acuerdo a lo establecido por el inciso 5° del Art. 815 del C.C., deberá declararse de la sucesión intestada sobre dicho inmueble a fin de que se declare a los herederos de la causante y por tanto el dominio»; interviniendo como Vocal Ponente la Dra. Martha Silva Díaz; y,

---

* Tomado de: REGISTROS PÚBLICOS LIMA Y CALLAO. Jurisprudencia Registral. Vol. VIII. Enero a junio de 1999. Lima, 1999, pp. 175-178.

CONSIDERANDO:

Que, mediante el presente título el apelante solicita la inscripción del testamento ológrafo de doña Mercedes Araníbar de Zambrano, que corre inscrito en la partida electrónica N°11064048 del Registro de Testamentos de Lima, en la partida registral del inmueble ubicado con frente a la calle Francisco del Castillo N°313, puerta garaje, N°317, puerta principal, distrito de Miraflores, inscrito en el asiento 1 de fojas 347 del Tomo 438 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima;

Que, consta del asiento 5 de la partida registral del inmueble antes citado, que en virtud del título N°3007 del 2 de noviembre de 1958, las hermanas doña Carmen y Lola Araníbar Petriconi, adquirieron el dominio del inmueble antes mencionado por compraventa de su anterior propietaria, sobre el cual hicieron construir una casa de dos plantas tal como se desprende de los asientos 6 y 8 de la referida partida registral y de los títulos archivados N° 1855 del 14 de abril de 1952 y N° 3278 del 25 de octubre de 1953;

Que, se aprecia asimismo del asiento 9, que doña Carmen María Araníbar Petriconi falleció bajo el imperio de su testamento otorgado por escritura pública del 9 de abril ante el Notario Dr. Abraham Velarde Alvarez, instituyendo como única heredera de sus derechos y acciones a su hermana Dolores (Lola) Araníbar Petriconi, quedando ésta, en consecuencia, como única titular de dominio del inmueble sub-materia;

Que, posteriormente y como consta del asiento 10 de la partida registral del inmueble, doña Dolores Araníbar Petriconi falleció el 9 de septiembre de 1981, bajo el imperio de su testamento ológrafo por Escritura Pública de fecha 9 de septiembre de 1959 y el Codicilo del mismo otorgado el 16 de mayo de 1968, ambos ante el Notario Abraham Velarde Alvarez, instrumentos en los que instituyó como sus herederos universales a sus sobrinos Santiago, Alberto y Mercedes Araníbar Petriconi;

Que, de otro lado se desprende del asiento A-1 de la partida electrónica N° 11064048 del Registro de Testamentos de Lima, que en virtud del título 202929 del 26 de noviembre de 1998, se inscribió el testamento ológrafo de doña Mercedes Araníbar de Zambrano en mérito a la escritura pública de protocolización de fecha 18 de agosto de 1967 otorgada ante el Notario del Cuzco Amadeo Fernández Baca, dando cumplimiento a la Resolución del 26 de julio de 1967 expedida por el Segundo Juzgado en lo Civil del Cercado del Cuzco;

Que, de acuerdo al artículo del Código Civil de 1984, los derechos de los herederos de quien haya muerto antes de la vigencia del referido Código, se rigen por las leyes anteriores; en este sentido, la presente sucesión testamentaria de doña Mercedes Araníbar de Zambrano se rige por las normas del Código sustantivo de

1936, el mismo que disponía en su Art. 686 que la institución de heredero o legatario debía recaer en persona cierta y que sólo podía hacerse en testamento;

Que, el precitado dispositivo no sólo prescribía una formalidad *ad solemnitatem* para la validez del testamento, sancionando con nulidad su incumplimiento de conformidad con el inciso 3 del artículo 1123 del referido Código Civil, sino que exigía, adicionalmente, certeza en el nombramiento del heredero, es decir, que sea indubitable la persona designada como tal;

Que, es preciso relievar, que la institución de herederos consiste en el nombramiento o designación que el testador hace de la persona o personas que le sucederán después de su muerte; sin embargo, debe precisarse también que en estricto está referida a los herederos voluntarios o legatarios, por cuanto tratándose de herederos forzosos operan las disposiciones sobre la legítima, derecho que encuentra justificación en la ley y no en la liberalidad de la voluntad del testador;

Que, en el caso sub-materia, la causante, en la cláusula séptima del testamento ológrafo otorgado, expresó su última voluntad en los siguientes términos: «es mi voluntad disponer que todos mis bienes que dejo y que son los enumerados en la cláusula cuarta de este testamento sean divididos y partidos entre mi hijo Óscar Zambrano Araníbar y mis nietos: señorita Mercedes Zambrano Larrea y el señor Óscar Zambrano Larrea [...]» manifestación que constituye propiamente la institución de herederos, conforme al Art. 686 del Código Civil de 1936, la que en el presente caso corresponde a los herederos forzosos que tienen derecho a la legítima, es decir, aquélla parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos, salvo los casos expresamente determinados, derecho que adquieren porque la ley se lo confiere aunque el causante no los designe sus sucesores, de conformidad con los Arts. 700 y siguientes del Código Civil de 1936;

Que, la condición de heredero es a título universal, comprendiéndose dentro de la masa, la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos, no pudiendo imponerse sobre el mismo gravamen, modo ni sustitución alguna;

Que, en este sentido, si bien al redactar el testamento, la causante Mercedes Araníbar de Zambrano omitió consignar como bien de la masa hereditaria el inmueble sub-materia, ubicado con frente a la calle Francisco del Castillo N° 313, puerta garaje, N° 317 I puerta principal, distrito de Miraflores, tal omisión no supone la exclusión del citado bien de su patrimonio, más aun si éste aparece registrado a su nombre en el asiento 10 de fojas 351 del Tomo 438 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, en copropiedad con sus herma-

nos Santiago y Alberto Petriconi en virtud de haber sucedido a doña Dolores Araníbar de Petriconi;

Que, la titularidad de derechos a que se refiere el considerando precedente, se encuentra dotada de la presunción de certeza implícita en el principio de legitimación registral consagrado en el Art. 2013 del Código Civil, por el cual el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez, y en esa medida, para todos los efectos legales y registrales, el citado bien se encuentra dentro del patrimonio de la causante, siendo procedente en consecuencia, registrar la transferencia de dominio en favor de sus herederos universales instituidos;

Que, la circunstancia antes descrita determina asimismo la existencia de adecuación entre el título que se pretende inscribir y su antecedente registral, acorde con el Art. 2015 del Código Civil de 1984 referido al principio de tracto sucesivo, cuyo antecedente es el Art. 1045 del Código Sustantivo derogado;

Que, en este sentido, no resulta procedente que el Registrador deniegue la inscripción del presente título sustentándose en las disposiciones generales de la sucesión intestada, inciso 5 del Art. 815 Título I de la Sección Tercera del Libro IV del Código Civil vigente, que como se ha expuesto antes, no rige para el presente caso, máxime si la citada norma se refiere al caso en que la herencia corresponde a los herederos legales cuando el testador no tiene herederos forzosos, circunstancia que no se verifica del título alzado;

Que, Guillermo Lohmann Luca de Tena, al referirse a las reglas particulares de interpretación de los testamentos, menciona el principio de conservación del testamento que busca la subsistencia y utilidad de los efectos de sus disposiciones y que opera en favor de la máxima eficacia de las cláusulas dudosas; este principio interesa en los casos en que la disposición admite varias interpretaciones y una de ellas permite la validez y aplicación de la disposición y la otra conduce a su ineficacia o menor utilidad, el hermeneuta debe optar por la primera, siempre que no resulte incompatible con la voluntad notoria del testador; y el principio de equivalencia de beneficios entre dos o más sujetos llamados a suceder, señala que la finalidad de tal principio apunta a evitar que la disposición testamentaria se invalide por no haberse expresado el causante con claridad, atribuyendo de esta manera eficacia a la disposición que es más conforme a la voluntad del testador antes que anular la atribución, señalando además que contra dicho principio no debe prevalecer una aplicación literal del Art. 734 del Código Civil de 1984 —que tiene como antecedente al referido Art. 686 del Código Civil de 1936—, según el cual la institución de heredero o legatario deba recaer en persona cierta designada de manera indubitable por el testador, manteniéndose contrario a aquella tesis que considera

que para los supuestos de institución a que se refiere la norma no cabe interpretación alguna y que el testador debe designar con certeza e indudablemente a sus sucesores, bajo penalidad, como postulan algunas legislaciones[1]. Que, es pertinente señalar además que el Registro ha acogido la inscripción del testamento ológrafo de doña Mercedes Araníbar de Zambrano en la partida electrónica N°11064048 del Registro de Testamentos, donde se publicitan quiénes son los sucesores de ésta, razón por la cual, habiendo identificado a la testadora como titular de acciones y derechos sobre el inmueble subexámine, no existe impedimento para admitir la inscripción rogada en el Registro de Propiedad Inmueble;

Que esta instancia, se ha pronunciado en igual sentido en la Resolución N° 130-95- ORLC/TR de1 18 de diciembre de 1995;

Que, en consecuencia en concordancia con lo expuesto en los considerandos precedentes, de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del Art. 2011 del Código Civil, el Numeral IV del Título Preliminar y Arts. 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos, resulta procedente amparar la presente solicitud de inscripción; y,

Estando a lo acordado;

SE RESUELVE:

Revocar la observación formulada por el Registrador del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, al título referido en la parte expositiva y disponer su inscripción por los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE. (FDO.)
DRA. MARTHA SILVA DIAZ,
PRESIDENTA DE LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

DR. JORGE LUIS GONZALES LOLI,
VOCAL (E) DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

DR. TULIO BELOGLIO BELOGLIO,
VOCAL (E) DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

---

1 LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Vol. XVII. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 236.

Capítulo XIX

INSTITUCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE HEREDEROS Y LEGATARIOS

Art. 734.- La institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable por el testador, salvo lo dispuesto en el Art. 763 y ser hecha sólo en testamento.
Art. 735.- La institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos. La institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el Art. 756. El error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición.
Art. 736.- La institución de heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta. Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas.
Art. 737.- El testador que no tenga herederos forzosos, puede instituir uno o más herederos voluntarios y señalar la parte de la herencia que asigna a cada uno. Si no la determina, sucederán en partes iguales.
Art. 738.- El testador puede instituir legatarios, con la parte disponible si tiene herederos forzosos, y no teniéndolos hasta con la totalidad de sus bienes y señalar los que asigna a cada uno de los legatarios.
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.
Art.- 739.- Si el testador que carece de herederos forzosos no ha instituido herederos voluntarios y dispone en legados de sólo parte de sus bienes, el remanente que hubiere corresponde a sus herederos legales.
Art. 740.- El testador puede designar sustituto a los herederos voluntarios y a los legatarios para el caso en que el instituido muera antes que el testador, o que renuncie a la herencia o al legado o que los pierda por indignidad.
Art. 741.- Los herederos voluntarios y legatarios sustitutos quedan sujetos a las mismas condiciones y cargos que el instituido, a menos que el testador disponga otra cosa, o que las condiciones y cargos impuestos sean por su naturaleza inherente a la persona del instituido.

El Título IV del Código Civil recoge el texto casi integral de los Arts. 76 al 83 del Anteproyecto. El título adoptado de «Institución y sustitución de herederos y legatarios» revela la necesidad de su revalorización en contraste con la forma deficiente como lo desarrolla el Código Civil anterior, que redujo su tratamiento a algunas disposiciones legales aisladas que fueron expuestas deficientemente. El Dr. Lanatta, en el Anteproyecto, se encarga de señalar con precisión y prolijidad los artículos del Código Civil anterior que cubrieron esta materia: Arts. 475 inciso 3°, 691 inciso 4°; 717, 728, 752, 753, 756, 758 incisos 2° y 4°; 787 y 799. No existió una exposición sistemática y completa como en el actual.

1. INSTITUCIÓN DE HEREDERO: CONCEPTO, IMPORTANCIA Y FUNDAMENTO

El testador puede disponer de sus bienes para después de su muerte designando sucesores a título universal o a título singular. En el primer caso, los beneficiarios se llaman herederos y en el segundo legatarios. Estos por excepción podrían serlo de una cuota parte, sólo podrán recibir la cuota que el testador les asignó, mientras que el heredero, no obstante habérsele asignado una cuota de la herencia, puede potencialmente «acrecer su cuota» hasta llegar a la totalidad de la herencia en casos determinados que la ley prevé. *Es que el poder de expansión es un atributo inherente al heredero, porque es instituido a título universal.*

La institución de heredero voluntario es un derecho del testador por el que dispone de todos sus bienes a favor de una o más personas para después de su muerte. Pero tratándose de los heredeos forzosos son impuestos por la ley.

Implica fundamentalmente un acto de disposición de los bienes el cual no puede ser hecho sino por el titular de los mismos a favor de otras personas que le sobrevivirán. *No es posible disponer de los bienes sin designar a los destinatarios nominales, salvo los casos de excepción referidos a los legados de beneficencia, cultural y religioso* en los que corresponde la administración de los fondos respectivos a las autoridades señaladas por la ley Arts. 734 y 763 del Código Civil.

Es primordial en un testamento la institución del heredero como lo señalan todas las legislaciones. La excepción se da en el Código Civil de Francia porque se considera, como afirma Glanville, que «Sólo Dios puede hacer herederos» *Solus Deus heredem facere potest, non homo*. Así, según esta legislación en el testamento sólo puede haber legatarios universales o particulares. Legatarios universales: Arts. 1003 al 1009. Legatarios a título universal: Arts. 1010 al 1013. Legatarios singulares: Arts. 1014 al 1024. El legislador francés reserva

la denominación de heredero para el sucesor intestado unido por vínculos consanguíneos.

En la sucesión intestada, no hay propiamente institución de herederos sino más bien, la atribución de esta calidad por disposición legal, la cual se origina en el parentesco consanguíneo o la adopción y el matrimonio.

En el Derecho Romano la institución de heredero era considerada como un requisito esencial para la validez del testamento. Era cabeza y fundamento del testamento como expresa Gayo, de modo que su omisión acarreaba irremisiblemente la nulidad del mismo. No cabía como ahora, la posibilidad de ser completada con las reglas de la sucesión intestada. Eran excluyentes. En el Derecho Romano no había compatibilidad entre la sucesión testamentaria e intestada. No admitió el sistema mixto del ordenamiento contemporáneo como sucede en los Códigos Civiles de Italia, España, Francia y Perú, Art. 815 incisos 2° y 5°. En aquel derecho primaba la regla: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere potest*. Si, por ejemplo, el testador omitía instituir a alguno de sus hijos, no obstante que todos los demás hubiesen sido comprendidos, dicho testamento resultaba nulo en su integridad. No podía salvarse tal omisión con la declaración legal de heredero respecto del hijo omitido en el testamento.

Era menester entonces, por invalidez del testamento, recurrir a las reglas de la sucesión intestada.

Respecto de su fundamento, la institución de herederos hecha por testamento obedece a la necesidad de que haya alguien que recoja la herencia del difunto, es decir, sus bienes, derechos y obligaciones existentes al momento de su muerte y que asuma la titularidad de los mismos porque con la muerte, sólo se extingue la vida del causante, no así su patrimonio que por este hecho queda sin titular siendo indispensable cubrirlo por razones de interés privado y público. Por eso la ley concede al causante el derecho de instituir herederos por testamento.

La ley de Partida consideró como requisito esencial del testamento, al igual que el Derecho Romano, la institución de heredero, exigiendo que se hiciese al principio del testamento precediendo a los legados y a todo lo demás, aunque posteriormente se consideró que el lugar del testamento donde se hiciera la institución de heredero no era importante.

Con el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, título XIX, artículo único, se ratifica el valor importante de la institución, pero se establece, sin embargo, que es válido el testamento aunque no haya institución de heredero porque la herencia pasa, en tal caso, a los llamados por la ley quienes deben cumplir las mandas y legados del testamento. Ésta es la doctrina imperante en la actualidad y la que ha sancionado nuestro Código Civil, como lo señala el Art. 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.

Así lo declaró también el Proyecto Español de García Goyena de 1851 y nuestro Código Civil de 1852 art. 723. Hay además en nuestro Código Civil otras disposiciones que corroboran esta posición:

> Art. 739.- Si el testador que carece de herederos forzosos no ha instituido herederos voluntarios y dispone en legados de sólo parte de sus bienes, el remanente que hubiere corresponde a sus herederos legales.
> Art. 815.- La herencia corresponde a los herederos legales, cuando:
> (...)
> Inciso 2.- El testamento no contiene institución de heredero, o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye.
> Inciso 5.- El testador que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos en testamento, no ha dispuesto de todos sus bienes en legados, en cuyo caso la sucesión legal sólo funciona con respecto a los bienes de que no dispuso (...).

Es menester tomar en consideración la importancia de no dejar el testamento sin institución de herederos, porque es lo que le da sentido; no puede perderse esta oportunidad que la ley brinda al testador para disponer de sus bienes, ordenar su sucesión y, de ser posible, hacer también la propia división y partición, porque así se evitan graves inconvenientes, como el de afrontar los pleitos judiciales por parte de los interesados con todas las molestias, riesgos y gastos que conlleva.

La designación del sucesor sólo producirá efecto al morir el causante. En este sentido, dice Cicu[1]: «en ella está la fuente del título de heredero que se concretará con la vocación y se consolidará con la adquisición de la herencia».

---

1 CICU, Antonio. *Derecho de Sucesiones*, p. 173, citado por MAFFIA, Jorge. *Tratado de las Sucesiones*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 170.

2. FORMALIDADES DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO. ART. 734

Su antecedente más próximo se encuentra en el Art. 686 del Código Civil de 1936. Muchas legislaciones señalan, con suma claridad y precisión, la forma de la institución del heredero para que no deje duda alguna la voluntad del testador al respecto, lo cual resulta plenamente justificado si se considera la autonomía del testamento y que su única fuente de interpretación está contenida en él.

En la institución de heredero, el principio del Derecho Romano es el de su perpetuidad, criterio que sigue nuestro Código Civil, salvo cuando haya sido hecha bajo condición suspensiva o resolutoria, en el caso de los herederos voluntarios y legatarios, que la ley permite. (Art. 738, último párrafo del Código Civil). No sería posible tratándose de herederos forzosos como lo señalan los Arts. 773 y 736 del Código Civil. *Semel heres semper heres*, decían los romanos.

El Art. 734 del Código Civil precisa los requisitos para la existencia y configuración de la institución de herederos.

Sus requisitos son:

a. *Determinación inequívoca del instituido.* La institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta y expresada con palabras claras que no dejen duda alguna sobre la persona instituida. Esta persona instituida puede ser natural o jurídica según los casos, pero debe tener existencia legal para poder ser designada indubitablemente, salvo el caso del concebido, que sólo tiene existencia natural, adquiriendo la condición legal a partir de su nacimiento vivo (Art. 1° del Código Civil).

Tratándose de personas jurídicas instituidas el Art. 100 del Código Civil señala que:

> La Fundación se constituye mediante escritura pública por una o varias personas naturales o jurídicas, indistintamente, o por testamento.

Lo que significa que, por excepción, puede ser instituida heredera voluntaria una Fundación que sólo existirá como persona jurídica recién a partir de la muerte del testador.

La certidumbre del instituido se refiere pues a su existencia. La designación de manera indubitable se refiere a su identidad.

Una persona es cierta cuando se sabe que existe; es determinada cuando se sabe quién es o sea que se le designe por su nombre o por claras indicaciones que permitan indubitablemente su individualización.

Por tanto, será válida la institución inequívoca:

1. Cuando exista al tiempo del otorgamiento del testamento del testador.
2. Cuando recae en personas que no existan, pero se espera que existan antes de la muerte del testador, porque el derecho se adquiere recién en esta oportunidad.
3. Cuando la asignación tiene por objeto la creación de una nueva persona jurídica. El instituido no existe, pero es obtenido *a posteriori* la correspondiente autorización legal.
4. En los casos del Art. 763 del Código Civil en concordancia con el Art. 734 del Código Civil.

La designación indubitable del instituido guarda relación con su identidad por lo que corresponde individualizarlo con sus nombres y apellidos; o con otros elementos o medios que permitan su singularización porque si dejara duda imposible de esclarecer, sería ineficaz.
Si el testador incurre en error en el nombre o calidad del instituido, tendrá eficacia legal si no hubiera duda acerca de la persona instituida. Este caso lo prevé el Art. 1057 del Código Civil de Chile: «El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere dudas acerca de la persona».
Esta solución es razonable porque del propio testamento aparece esclarecida la voluntad del testador en cuanto a la persona del instituido aunque en forma defectuosa.

b. *Designación por el testador.* El testamento es personal e indelegable. El testador debe nombrar por sí mismo al heredero o legatario. Toda delegación será nula. Los Arts. 3619 y 3711 del Código Civil Argentino; Art. 631 del Código Civil de Italia, Art. 1056 del Código Civil de Chile, Art. 1390 de Méjico, entre muchas legislaciones siguen este criterio.
Conforme a los Arts. 1003 y 1004 del Código Civil de Chile es el propio testador quien debe designar la persona de los asignatarios. Sin embargo, el Art. 1063 de dicho Código expresa: «La elección de un asignatario, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno».
No resulta eficaz cuando la determinación del asignatario queda librada al puro arbitrio de otra persona; o sea, que si no queda librado al total arbitrio de otra persona distinta del testador ¿valdrá la institución de heredero? Así, por ejemplo, si el testador instituye como heredero voluntario al alumno que al final de sus estudios por su alto rendimiento

académico obtenga el primer puesto en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica en el último semestre del 2000, ¿valdrá esta institución si la designación de mejor alumno la hacen las autoridades académicas de esa Facultad? De acuerdo con la disposición legal comentada, parecería que sí, porque la designación depende de un tercero (las autoridades académicas de la Facultad), pero no depende de su exclusivo arbitrio. Creemos que esta posición resulta admisible porque respeta la voluntad del testador sin mella alguna a la autonomía del testamento. En nuestro ordenamiento legal no hay una disposición como la de Chile. Sólo hay un criterio regulador, el Art. 734, y si bien el testamento es personal e indelegable nada obsta para que en un caso dado, como el que prevé el Art. 1063 del Código Civil de Chile, sea válida esta clase de disposición.

c. *Empleo de la forma testamentaria.* Debe ser hecha por testamento. Toda disposición sobre esta materia hecha por el causante en instrumentos que no tengan los requisitos formales generales y especiales propios del testamento carece de valor. Hay pues una exigencia formal solemne.

La segunda parte del Art. 734 dispone que la facultad de la designación de heredero o legatario corresponde al testador y deberá ser hecha sólo por testamento. Esta afirmación requiere una precisión en relación con la institución de herederos. Significa que la designación de heredero sólo la puede hacer el testador y por testamento. A falta de institución de herederos por el testador, procede el ejercicio del procedimiento supletorio para obtener la declaración de herederos, denominado proceso de sucesión intestada. Este título es tan valioso como el que proviene de la voluntad del testador. Por eso es que existen dos fuentes en nuestro ordenamiento sucesorio:

a. Testamento o forma voluntaria: Arts. 734, 736, 737 y 738 del Código Civil.
b. Intestado: a través de la declaración judicial o notarial de herederos, Art. 815 y ley 26662 de fecha 22 de septiembre de 1996.

El testador no tiene otro medio que el testamento para hacer uso del derecho de institución y de sustitución. La institución de los herederos y legatarios debe ser mediante una manifestación de voluntad formal, o sea sólo a través del testamento. La herencia se defiere por la voluntad de una persona manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La ley 39, título 2, Libro 29 del *Digesto* dice: La ley no dispone sino a falta de disposición

del hombre y, aún entonces, lo hace con arreglo a la voluntad presunta del mismo.

Este criterio es mayoritariamente aceptado. No decimos que unánimemente, porque para ello habría sido necesario leer todos los Códigos Civiles lo cual no ha sido posible. Como ejemplo, tenemos los Arts. 3710 y 3565 y siguientes del Código Civil de Argentina, y Art. 912 del Código Civil de España.

La herencia se defiere por la voluntad expresa del hombre manifestada en testamento; y a falta de éste, por disposición de la ley, señala García Goyena al comentar el Art. 553 del antiguo Código Civil Español, que concuerda con lo que decía el Digesto: *quando potest ex testamento a diri hereditas, ab intestato non defertur* «La ley no dispone sino a falta de disposición del hombre y, aún entonces, lo hace con arreglo a la voluntad presunta del mismo» (ley 39, título 2, Libro 29 del *Digesto*).

Puede también deferirse la herencia de una misma persona, en una parte por la voluntad del hombre y, en otra, por la disposición de la ley.

La designación del instituido no puede quedar librada al arbitrio de terceras personas o de la suerte.

3. SUCESIÓN A TÍTULO UNIVERSAL Y PARTICULAR. ART. 735

Es necesario que a la muerte del causante su patrimonio tenga nuevo titular, para asegurar la continuidad de su posición jurídica que se logra con el nombramiento de un sucesor. El heredero y el legatario son los recipendiarios de las relaciones jurídicas trasmisibles que provienen del causante, aunque no son las únicas, porque los nuevos titulares adquieren además otros derechos que son nuevos y surgen con la muerte de éste, como por ejemplo el beneficio de inventario, el derecho a impugnar las donaciones o legados que afectan la legítima, o el derecho de aceptación o renuncia a la herencia, o el derecho para reclamar a la sucesión el pago de las deudas del causante, etc.

Tanto el heredero como el legatario son sucesores del causante, pero asumen sus derechos en posiciones diferentes. El heredero adquiere los bienes siempre a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos. En cambio, la institución de legatario es siempre a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el Art. 756 del Código Civil que prevé el caso del legado de cuota o legado parciario. Este criterio tiene antecedentes en el Derecho Romano: es la teoría clásica sustentada en el *Digesto*, 44, 3, 11. «El heredero sucede en todo al derecho del difunto».

En el Código Civil de 1936, Art. 719, había también la posibilidad del legado universal y de todos los bienes hereditarios por influencia del Código de Napoléon. Esta modalidad, vigente en el Código Civil de 1936, ha sido suprimida en el Código Civil actual.

Art. 719 del Código Civil de 1936: «El testador puede disponer, dentro de su facultad de libre disposición, a título de legado, de todos sus bienes, o de uno o más de ellos o de una parte de su herencia».

El legatario puede ser titular de uno o más bienes hereditarios y excepcionalmente de una parte de ellos denominándosele entonces, legatario de cuota o parciario según el Art. 756 de nuestro vigente Código Civil. En el Código Civil de 1936, Art. 719, el testador podía disponer también dentro de su facultad de libre disposición, a título de legado, de todos sus bienes. Esta idea recogida del Código Civil Francés, Arts. 1003 al 1009, ha sido suprimida en el actual. Si el testador que carece de herederos forzosos distribuye toda la herencia en legados sin determinación de partes, los beneficiarios, uno o varios, serán legatarios y no herederos, porque así lo ha dispuesto el testador. Empero, la calificación no se hace necesariamente por el título con el que el testador asigna el derecho hereditario al asignatario, sino más bien por la naturaleza de la disposición, como establece el Art. 735, parte final. Es cierto que quien determina esta calificación es el propio testador. Pero en caso de duda o de error por parte del testador en la denominación de heredero o de legatario, la naturaleza de la disposición servirá para su cabal esclarecimiento y debida calificación.

Los Arts. 1097 y 1098 del Código Civil de Chile sustentan el mismo criterio.

> Art. 1097.- Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos.
> Art. 1098.- El asignatario que ha sido llamado a la sucesión en términos generales, que no designan cuotas, como «sea Fulano mi heredero» o «Dejo mis bienes a Fulano», es heredero universal.

Hay pues un criterio objetivo. La condición de heredero se infiere *im re*, sobre la base de interpretar la voluntad del testador. Cuando el testador instituye legatarios y no contradice la naturaleza jurídica que corresponde a la de heredero, estamos frente al caso de legatarios.

El criterio de distinción es importante porque el heredero tiene un poder expansivo como apunta Maffia y se llama «derecho de acrecer», no así el legatario salvo el caso que como excepción le reconoce el Art. 775:

> Cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, ésta acrecerá las partes de los demás.

Pero además hay otras diferencias como son:

a. Sólo hay representación respecto de determinados herederos no así en cuanto a legatarios.
b. Sólo hay derecho de colación entre herederos forzosos; nunca respecto de legatarios.
c. El heredero es titular de la herencia; el legatario es un acreedor de la misma sucesión por eso es que los legados no pueden ser tomados directamente de la herencia. Debe solicitarse a los herederos; el heredero es un liquidador de la herencia y tiene representatividad frente a terceros; en cambio el legatario es un simple acreedor y carece de representatividad respecto de la herencia.
d. El heredero responde por las deudas y cargas de la herencia, sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. El legatario no, salvo que el testador disponga lo contrario.
e. El heredero puede ser designado tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. El legatario sólo en la sucesión testamentaria.
f. Si el legatario premuere, renuncia o es declarado indigno, caduca su derecho, no así respecto de los herederos cuyo derecho puede trasmitirse a los descendientes de éstos, si los tiene y a falta de ellos, acrecerá entonces la cuota de los otros coherederos del mismo grado que aquél. Es decir, que en ningún caso caduca.

El concepto antes vertido se encuentra también en otras legislaciones como los Códigos Civiles de Chile, Art. 951; México, Arts. 1284 y 1285 y Argentina, Art. 3263, que a la letra dice:

Art. 3263.-

> El sucesor universal, es aquél a quien pasa todo, o una parte alícuota del patrimonio de otra persona. Sucesor singular, es aquél al cual se trasmite un objeto particular que sale de los bienes de la otra persona.

Art. 660 del Código Civil de España:

> Llámese heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular.

Se considera que la nota distintiva de los conceptos de heredero y legatario, examinada a la luz de la más nutrida doctrina científica, está inspirada en el criterio objetivo de la herencia. La voluntad del testador, manifestada en las palabras con que hace el llamamiento a su herencia es independiente en relación con el propio contenido de la disposición testamentaria, según atribuya a los sucesores el patrimonio en su totalidad o parte alícuota, o cuando asigna bienes concretos individualizados o grupo de ellos concretamente determinado (legado). Así el legatario de parte alícuota tendrá la condición de sucesor especial, porque sucede en bienes indeterminados; esto es en una parte abstracta del *universum ius*, pero **no será considerado como heredero porque, en caso de concurrencia con otros legatarios de cuota, si alguno no quiere o no puede recibirlo, no tendrá derecho a acrecer; su derecho no podrá extenderse más allá de lo que quiso dejarla el testador.**

Sin embargo, si se revisa la jurisprudencia española se encuentra con que este criterio objetivo no prevalece en forma nítida como debía derivar del Art. 660, corroborado por el Art. 768 del Código Civil Español: «El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario».

No se prescinde de la tendencia voluntarista del testador por el arraigo que existe en torno al legado de cuota o parciario, sino por la importancia que tienen los Arts. 675 y 688 del Código Español, que infunden a la intención del causante el rango de ley de la sucesión. Este enfoque subjetivista ha sido influenciado por el Derecho Romano, las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá. Ambos —heredero y legatario parciario— son copropietarios de la herencia. Ambos responden por las deudas hereditarias, aunque en este extremo hay quienes consideran que sólo los herederos son deudores personales de las cargas y obligaciones de la herencia porque son los titulares. Mientras que el legatario parciario, no responde personalmente, aunque su cuota se verá afectada en cuanto puede ser reducida su participación en los bienes y derechos por la existencia de aquellos. O sea que su afectación no es subjetiva sino objetiva. Nosotros creemos también que el legatario, si es parciario, asumirá con los herederos la responsabilidad por el pago de las obligaciones del causante.

La jurisprudencia española considera que para que una persona sea calificada como heredero es menester un doble requisito:

a. Carácter universal del llamamiento, y
b. Que tenga lugar este llamamiento por parte del testador, como heredero y no como legatario, es decir, que exista una voluntad cierta e indubitable de asignar al sucesor el nombre y carácter de heredero.

4. LEGADO DE CUOTA

Respecto al legado de cuota existe el criterio generalizado en la doctrina y legislaciones modernas de considerarlo como una verdadera disposición de carácter universal, al extremo de afirmarse que ese asignatario tiene la calidad de heredero, porque deriva de la esencia misma de la disposición, independientemente de las calificaciones empleadas por el testador, criterio con el que nosotros discrepamos.

Hay, sin embargo, otros elementos de distinción como, por ejemplo, si en un testamento se instituye herederos forzosos y se deja el tercio de libre disposición a varias personas como herederos voluntarios, éstos en realidad son legatarios del tercio porque de conformidad con el Art. 737 de nuestro Código Civil, sólo a falta de herederos forzosos pueden ser instituidos herederos voluntarios. Si hay herederos forzosos, los legatarios de cuota determinada no pueden acrecer su derecho porque no son sucesores universales.

5. FORMA DE INSTITUIR AL HEREDERO FORZOSO. ART. 736

La institución de heredero forzoso debe ser en forma simple y absoluta. Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas.

El Art. 705 del Código Civil de 1936 se limitó a señalar que sobre las legítimas no podía el testador imponer gravamen ni sustitución de ninguna especie, al igual que el Art. 733 del actual, pero no precisó su forma de institución como ahora establece el Art. 736. Tiene importancia teórica y práctica porque la institución testamentaria constituye el título que el heredero necesita para poder ejercitar sus derechos hereditarios. Su omisión tendrá que ser suplida por la resolución judicial o notarial que lo determine. ¿Por qué debe hacerse en forma simple y absoluta la institución de heredero forzoso? Porque *éstos no son designados por voluntad del testador;* son impuestos por la ley, lo cual implica una restricción a su voluntad de disposición. De modo que si el acto jurídico testamentario señala a sus herederos forzosos lo hace por imposición legal y no por el ejercicio de su voluntad libre; consecuentemente, carecerá de facultad para imponer sobre la legítima restricción alguna como la afectación de gravamen o modalidad alguna como la condición, plazo o cargo, los cuales son elementos accesorios del acto jurídico. Por eso el acto de institución es simple, pero además es absoluto no sólo porque el derecho sobre la legítima es exclusivo y excluyente del heredero forzoso, sino porque nadie puede modificarlo ni trasgredirlo bajo sanción

de nulidad por prescripción imperativa de la ley. Por eso es que el precepto legal comentado reitera que se tendrán por no puestas, por no válidas, las modalidades que el testador haya establecido.

La imposición de gravámenes, de modalidades o de sustitución sobre el derecho legitimario del heredero forzoso, implican actos de disposición por el testador respecto de los cuales carece de derecho. Acorde con tal criterio hay múltiples ejecutorias que corroboran esta tesis. La libertad de fijar condiciones que no sean contrarias a la ley o a las buenas costumbres sólo es posible cuando no hay herederos forzosos. Por este motivo hay sentencias que señalan que el usufructo es revocable, cuando hay herederos forzosos y afecta la intangibilidad de la legítima hereditaria.

En esta línea encontramos dos legislaciones:

1. Código Civil de España:

> Art. 763.- El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos. El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este Capítulo.

2. Código Civil de Italia:

> Art. 549.- El testador no puede imponer cargas o condiciones sobre la cuota correspondiente a los legitimarios, salvo la aplicación de las normas contenidas en el título IV de este libro.

6. INSTITUCIÓN DE HEREDERO VOLUNTARIO. ART. 737

Reconoce la facultad del testador para instituir herederos voluntarios sólo cuando carece de heredero forzoso y asimismo para determinar la cuota que a cada cual asigna, correspondiendo hacerse en partes iguales si no lo estableció.

Si la legítima es inherente al heredero forzoso, y ésta es intangible no estando dentro del ámbito de la libre disponibilidad del testador, es lógico concluir que cuando no hay esta clase de herederos impuestos por la ley, la libre disponibilidad se extiende a la totalidad de la herencia pudiéndose entonces instituir uno o más herederos voluntarios, los cuales son sucesores a título universal con todas las consecuencias jurídicas que de tal título deriva independiente de la determinación de las cuotas.

No pueden coexistir con herederos forzosos porque siendo instituidos como éstos, a título universal, no podrían tener acceso a la legítima que es un

derecho exclusivo y excluyente de aquellos; en consecuencia, si se instituyen herederos forzosos y a su vez, herederos voluntarios, estos herederos voluntarios tendrían legalmente la calidad de legatarios, es decir sucesores a título particular.

Esta posición ha sido también asumida por varias legislaciones como el Código Civil de Argentina, Arts. 3717 y Código Civil de España, Art. 763, primer párrafo.

7. INSTITUCIÓN DE LEGATARIO. ART. 738

Mantiene estricta concordancia con los Arts. 735 y 756 del Código Civil porque éstos señalan el ámbito de su extensión dentro del cual el testador tiene libertad para designarlos. No puede ir más allá de la cuota de libre disposición cuando hay herederos forzosos, porque el legatario es instituido a título singular, o sea que la base de distribución en tal caso no es toda la herencia sino parte de la misma. Pero cuando no los hay puede disponer de la totalidad de la herencia y señalar lo que asigna a cada uno de los legatarios. Eso sí, deben ser varios los legatarios para que conserven este título porque si se asigna toda la herencia a uno sólo, ése no será considerado legatario sino heredero.

El legatario, por eso, puede coexistir con herederos forzosos y también con herederos voluntarios a falta de aquellos, en cuyo caso, la cuota de los herederos voluntarios no será menor de la cuarta parte de la herencia, según el Art. 771 del Código Civil.

El Art. 769 del Código Civil de 1852 sostuvo el mismo criterio al expresar:

> El testador puede disponer de una cosa o de una cantidad o de una parte de sus bienes, a título de legado, en favor de alguno a quien no instituye heredero.

En cambio el Art. 719 del Código Civil de 1936 estableció que el testador podía disponer de la totalidad de la herencia a título de legado, siguiendo el lineamiento del Código Civil Francés Arts. 1003 al 1024.

El Art. 719 del Código Civil de 1936 dice:

> El testador puede disponer, dentro de su facultad de libre disposición, a título de legado, de todos sus bienes o de uno o más de ellos o de una parte de su herencia.

Este criterio es distinto al establecido en el Derecho Romano clásico.

Finalmente, el Art. 738 del Código Civil vigente señala que tratándose de herederos voluntarios y legatarios, el testador puede imponerles 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. Esta afirmación concuerda con el Art. 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.

Asimismo, concuerda con el Art. 3 del Código Civil:

> Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidos por ley.

Si el testador puede instituir herederos voluntarios y legatarios en los casos que la ley faculta, obvio resulta colegir que a ellos sí puede imponerles modalidades.

8. LEGATARIOS Y HEREDEROS LEGALES. ART. 739

El Código Civil prevé el caso del testador que carece de herederos forzosos y no instituye herederos voluntarios, sino sólo legatarios y dispone de sólo una parte de la herencia no obstante que podía hacerlo de toda ella. En tal caso, el remanente correspondería a sus herederos legales. Este es un caso de sucesión mixta porque se aplican las disposiciones testamentarias respecto a los legados asignados, y las de la sucesión legal o intestada, respecto de los herederos legales a quienes corresponde el remanente.

¿Los legatarios instituidos podrán acrecer sus derechos? No, porque han sido instituidos a título particular y entre legatarios no hay derecho al acrecimiento sino sólo en el caso de excepción que contempla el Art. 775 del Código Civil:

> Cuando un mismo bien es legado a varias personas sin determinación de partes y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, ésta acrecerá las partes de los demás.

La parte restante de la herencia de la que no dispuso corresponderá entonces a los herederos legales como lo señala también el Art. 815 inciso 2° del Código Civil.

Esta situación establecida por el testador al disponer parcialmente de la herencia a favor de legatarios, da lugar a un caso de sucesión mixta o complementaria. Los legatarios recibirán su cuota de acuerdo con el testamento, mientras que los herederos legales de acuerdo con la sucesión intestada.

Hay antecedentes en las legislaciones de España, Italia, Argentina y Chile.

Art. 912 inciso 2° del Código Civil de España:

La sucesión legítima tiene lugar:

> 2° Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que le corresponden al testador. En este caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.

Art. 457 del Código Civil de Italia:

> La herencia se difiere por ley o por testamento. No se da lugar a la sucesión legítima sino cuando falta, en todo o en parte, la testamentaria.

Las disposiciones testamentarias no pueden perjudicar los derechos que la ley reserva a los legitimarios.

Art. 3710 del Código Civil de Argentina:

> La institución de heredero puede ser hecha sólo por testamento. El testador puede instituir o dejar de instituir heredero en su testamento. Si no instituye heredero, sus disposiciones deben cumplirse; y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas.

Art. 980 del Código Civil de Chile:

> Las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones.

Debemos recordar que en el Derecho Romano las sucesiones testamentarias eran incompatibles con las sucesiones legales. *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*

Las Partidas siguieron este principio. El heredero, instituido en cosa cierta o en una parte de la herencia, recogía todos los bienes restantes dejados por el testador aunque éste lo prohibiese. Sin embargo, la Novísima Recopilación modificó este criterio.

9. SUSTITUCIÓN DE HEREDEROS VOLUNTARIOS Y LEGATARIOS. ART. 740

Es el derecho que la ley concede al testador para que, tratándose de herederos voluntarios y de legatarios, pueda subrogarlos nombrando a otros en su lugar y mediante testamento para los casos en que los primeros instituidos no quieran o no puedan recibir su cuota. Esta situación como sabemos se presenta sólo en tres casos: a) premoriencia; b) renuncia; y c) exclusión por indignidad.

Desde luego que en todos estos casos no funcionará la representación sucesoria, ya que el testador ha querido ejercitar el derecho de sustitución el cual excluye, tratándose de los herederos voluntarios y legatarios, la representación en la sucesión testamentaria como resulta de los Arts. 685 y 740 del Código Civil. Acá el derecho de sustitución prevalece al derecho de representación sucesoria.

Consideramos que la disposición legal contenida en el Art. 740 del Código Civil no es estrictamente de orden público y, por tanto, de ser así creemos no habría inconveniente para aplicarla a casos diferentes que el testador pudiere establecer, ya que el derecho de sustitución está sometido a su libérrima voluntad. En consecuencia, podría ser extendida su aplicación a aquellos casos en los que impone al instituido como heredero voluntario o como legatario, una condición suspensiva y de no cumplirla, establecer la sustitución a favor de otra u otras personas. Lo mismo ocurriría si el instituido pierde su calidad de tal, al cumplirse la condición resolutoria impuesta por el testador.

En estos dos supuestos de sustitución no variaría lo dispuesto por el Art. 741.

10. LA SUSTITUCIÓN Y SU FUNDAMENTO

Se introdujo en el Derecho Romano la sustitución para que no caducasen las disposiciones del testamento cuando la institución de heredero era un requisito esencial de validez. Actualmente, ya no es considerada esencial, empero resulta conveniente en los casos de imposibilidad de heredar, por parte de los

herederos voluntarios y legatarios originalmente llamados, porque puedan ser reemplazados por otros a fin de que la voluntad del testador sea quien cubra el vacío y no la ley. Se da así mayor cobertura al testador para evitar que éste carezca de heredero testamentario.

11. CLASES DE SUSTITUCIÓN

a. **Sustitución vulgar.-** Es el nombramiento de un segundo heredero, cuando el primero no pueda o no quiera recibir la herencia. Se la llama vulgar porque era la comúnmente empleada por cualquier testador. Caducaba cuando el primer llamado no entraba en posesión de la herencia o no la aceptaba. Su origen es tan antiguo como la institución de heredero.
Esta clase de sustitución es mayoritariamente aceptada por las legislaciones modernas.
El Art. 740 del Código Civil vigente la regula con gran claridad y precisión, siendo además la única clase que admite.
Está regulada por el Art. 777 del Código Civil de España, Art. 1215 del de Colombia, Art. 898 de Francia y Art. 3724 del de Argentina.
El Art. 706 del Código Civil de 1936 era impreciso por dos razones:
   a.1. Porque generalizaba la posibilidad de sustitución para herederos y legatarios, sin distinción alguna y bien sabemos que los herederos forzosos no pueden ser sujetos de sustitución porque el artículo anterior, es decir el Art. 705, lo prohibía.
   a.2. Porque no señalaba si debía hacerse mediante testamento. Sin embargo, esta observación tiene valor secundario porque el tema de la sustitución está regulada en la sección segunda que regula la sucesión testamentaria.

b. **Sustitución pupilar.-** Es el nombramiento de un segundo heredero hecho mediante testamento por el padre de familia, para que suceda a un hijo impúber en caso de que éste hubiese entrado en la herencia y muerto antes de llegar a la pubertad. Esta se diferencia de la anterior en que además de tratarse de un hijo impúber, aquí el sustituto no sucede al testador sino al instituido que ya llegó a adquirir la herencia. O sea que por esta modalidad, según las *Institutas*, se estableció la costumbre de que los padres hagan testamento para sus hijos, cuando éstos mueren sin estar todavía en edad de poder testar por sí mismos.
El sustituto sucede en todos los bienes hereditarios del pupilo como si él mismo lo hubiera instituido heredero. Por este motivo es rechazada esta clase de sustitución en la legislación contemporánea, dado que el testa-

mento es personalísimo y no se puede otorgar a nombre de otro como implica este caso.

Se extingue por las siguientes causas:

b.1. Por llegar el pupilo a la pubertad.

b.2. Por anulación o revocación del testamento.

b.3. Por nacer después otro hijo.

c. **Sustitución *cuasi* pupilar o ejemplar.-** Es una institución semejante a la anterior. Es la que hacen los ascendientes en favor de los descendientes que tienen derecho a heredarlos, pero son dementes o adolecen de alguna otra incapacidad que los inhabilita para testar. En tales casos, el ascendiente mediante testamento les nombra un sustituto si éstos mueren en tal estado de incapacidad. En el nombramiento de los sustitutos debía observarse un orden que comienza por los hijos del incapacitado, luego los nietos y demás descendientes, después los ascendientes, más tarde los hermanos y finalmente los extraños.

Se extingue la institución cuando desaparece la incapacidad del instituido, si llega a tener descendientes o si es revocado por testamento posterior.

Cabe destacar que entre la sustitución pupilar y *cuasi* pupilar hay cierta semejanza, pero también dos diferencias:

c.1. La sustitución pupilar sólo podía hacerla el *pater familias*; mientras que la *cuasi* pupilar correspondía a cualquier ascendiente independientemente de que tuviera o no la patria potestad, pudiendo ser, por tanto, el hombre o la mujer.

c.2. En la sustitución pupilar el sustituto podía ser cualquier persona designada voluntariamente; mientras que en la *cuasi* pupilar la designación del sustituto debía hacerse de acuerdo a un orden legal: Primero los descendientes, luego los ascendientes, a falta de ellos, a los hermanos y finalmente a falta de los anteriores podría recaer el nombramiento en una persona extraña.

Por la misma razón anterior, esta forma de sustitución es rechazada por la legislación contemporánea.

d. **Sustitución fideicomisaria.-** Se posibilita cuando el testador impone a sus herederos la obligación de restituir la herencia o parte de ella a la persona sustituta designada en el testamento y recibe el nombre de fideicomisario, o sea que se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria. La persona instituida originalmente, que es la que tiene que hacer entrega de la herencia, se llama heredero fiduciario.

Puede imponerse al heredero fiduciario la obligación de entregar la herencia en el momento que la recibe o en otra oportunidad o cuando se cumpla cierta condición o para después de su muerte.

Como advertimos, en esta modalidad el fiduciario no es propiamente un heredero sino un usufructuario de los bienes hereditarios, sus derechos están restringidos, no recibe la herencia en propiedad porque no puede disponer de ellos. El fideicomisario es más bien el heredero, porque recibe la herencia sin limitación alguna.

Las sustituciones *pupilar* y *cuasi pupilar* están abolidas por casi todas las legislaciones modernas con justa razón, porque el derecho de instituir un heredero no importa el derecho de dar a este un sucesor como señalan los Arts. 3723 y 896 de los Códigos Civiles de Argentina y Francia respectivamente, ya que en estos casos cuando el impúber o el incapaz han heredero al causante, y después fallecen, corresponde aplicar las reglas de la sucesión intestada respecto de la herencia de éstos y no del causante porque ya no le corresponde. En el caso de la sustitución vulgar sí es aceptada, porque el testador subroga al primer instituido que no llegó nunca a ser su heredero (premoriencia, renuncia o indignidad).

En cuanto a la figura de la sustitución fideicomisaria no está regulada en nuestro ordenamiento civil por considerarla inconveniente, lo cual resulta discutible si se considera que sólo podrían ser sujetos de este derecho los herederos voluntarios y legatarios, o sea personas a quienes se les puede imponer gravámenes, modalidades y condiciones que no vayan contra la ley, buenas costumbres y derechos fundamentales de la persona; la finalidad jurídica de esta figura es permitir al testador, que por este medio, proteja a seres humanos que aún no tienen existencia legal.

La sustitución fideicomisaria es la única aceptada por la doctrina francesa por importar una carga impuesta al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero fideicomisario, estableciendo así un orden de sucesión en las familias. Sin embargo, es considerada por la doctrina como un gran obstáculo al desenvolvimiento de la riqueza, y a la mejora misma de las cosas dejadas por el testador. La sustitución vulgar, en cambio, no tiene estos inconvenientes porque importa, como antes señalamos, una segunda institución para el caso que no tenga lugar la primera.

12. IGUALDAD DE CONDICIONES Y CARGOS ENTRE SUSTITUTOS E INSTITUIDOS. ART. 741

Se hacen extensivas a los sustitutos a no ser que el testador haya dispuesto lo contrario o cuando las condiciones y cargos impuestos sean por su naturaleza inherente a la persona del instituido.

El Código Civil de 1936 carece de norma específica; en cambio el Art. 1172 del Código Civil de México lo prevé:

> Los sustitutos deben cumplir las cargas y condiciones impuestas a quienes sustituyen, a no ser que sean esencialmente personales del sustituido, salvando la voluntad expresa del testador al respecto.

También el Art. 3729 del Código Civil Argentino:

> El heredero sustituto queda sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, si no aparece claramente que el testador quiso limitarlas a la persona del instituido.

De igual forma, el Art. 690 del Código Civil de Italia:

> Los sustitutos deben cumplir las obligaciones impuestas a los instituidos, a menos que una voluntad diversa se haya expresado por el testador, o que se trate de obligaciones de carácter personal.

Lo dispuesto por el Art. 741 de nuestro Código Civil no es sino una consecuencia de la subrogación que implica el acto testamentario de la sustitución. Es una norma legal que establece una presunción legal *juris tantum*. Presume que la voluntad del testador es mantener el derecho hereditario con las restricciones que voluntariamente estableció en la persona del instituido. Por tanto, esta presunción no será admisible para el sustituto en dos casos:

a. **Subjetivo:** Cuando el testador haya suprimido para éste, esas modalidades y condiciones impuestas al instituido.
b. **Objetivo:** Cuando estas restricciones por razón de su naturaleza sean inherentes a la persona del instituido. Es pues un caso de imposibilidad que hace inejecutable, no el acto jurídico de sustitución en sí, sino la relativa a las condiciones.

13. LAS MEJORAS

Es un tema que ha sido suprimido en el Código Civil vigente. El de 1936 lo reguló en los Arts. 707 al 712 del Código Civil, título cuarto de la sección segunda relativa a sucesión testamentaria. El Código Civil de 1852 la reguló en los Arts. 735 al 749.

No fue conocida en Roma. Es una institución castellana de origen medieval que fue regulada en el Fuero Juzgo. Fue creada por el Rey visigodo Chindasvinto a mediados del siglo VII, con el objeto de restringir la libertad de testar. Ni los padres ni los abuelos podían en adelante, disponer de sus bienes ni dejárselos a uno solo de sus hijos o nietos; si querían mejorar a alguno de ellos, sólo podía hacerse con la tercera parte de los mismos bienes, fuera de la quinta de que podrían disponer a favor de extraños[2]. También se admitió en la Novísima Recopilación no así en las Siete Partidas ni en la mayor parte de la legislación foral. El Proyecto de García Goyena de 1851 y el vigente Código Civil de España de 1899 la reestablecieron.

14. CONCEPTO DE MEJORA

El Art. 707 del Código Civil de 1936 expresa:

> El testador puede disponer hasta de uno de los dos tercios de sus bienes destinado a legítima para mejorar a sus descendientes.

Ello implicaba:

a. Que sólo podía establecerse en la sucesión testamentaria.
b. Que en la sucesión hubiera hijos o demás descendientes (los cuales tienen, como sabemos, la calidad de herederos forzosos).
c. Que el testador por disposición legal estaba facultado para incrementar la cuota legitimaria de alguno de sus hijos u otros descendientes afectando por excepción para este fin, la mitad de los dos tercios que como sabemos constituye la legítima (Art. 707 del Código Civil de 1936).
d. Que la cuota del hijo o descendiente mejorado no podía exceder el doble de la cuota legitimaria que correspondía recibir a los hijos no mejorados

---

2 MARCO TULIO. *Compendio del Derecho Civil de España*. Felipe Gonzáles Rojas (ed.). Madrid: Imprenta y Casa Editorial de Felipe González Rojas, 1893, p. 352.

de la misma clase, es decir, hijos matrimoniales o bien extramatrimoniales en su conjunto (Art. 708 del mismo Código).

e. A causa de las mejoras que se hicieran a los nietos y demás descendientes, no podía acumularse por legítima y mejoras en la línea de un hijo, más del doble de la legítima de otro hijo no mejorado (Art. 709 del mismo Código). El exceso debía reducirse a prorrata de las mejoras hechas a los descendientes de la línea mejorada.

A riesgo de exagerar, por reiterativo, debe recalcarse que la mejora cuando se trataba de descendientes de la misma clase (matrimoniales o en su defecto extramatrimoniales en conjunto) no provenía de la cuota de libre disposición, sino de la mitad de la legítima, o sea de uno de los dos tercios de que consta, en cuyo caso, en doctrina se llama legítima larga a los dos tercios y legítima corta a la mitad de la anterior, destinada a mejorar a alguno de los descendientes.

f. Cuando las mejoras se aplicaba a dos o más personas de diferente clase (por ejemplo, cuando en una sucesión hay hijos matrimoniales y también extramatrimoniales reconocidos o declarados judicialmente como hijos del causante) entonces, el testador perdía la facultad de libre disposición (Art. 712 del mismo Código).

Consideramos que, en este último caso, al desaparecer la cuota de libre disposición, toda la herencia constituía la legítima global, o sea la base para la distribución de legítima y mejora entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, lo cual nos lleva a la siguiente reflexión: 1° que conforme al Art. 762 de dicho Código Civil los extramatrimoniales no pueden recibir sino la mitad de lo que corresponde por legítima a los matrimoniales y 2° que el mejorado puede llegar a tener hasta el doble del no mejorado. En consecuencia, en este caso si heredaran, por ejemplo dos hijos matrimoniales y dos extramatrimoniales y la herencia ascendía a un cien por ciento y el testador mejoraba a sus dos hijos matrimoniales, significa que la herencia debía dividirse en diez partes correspondiendo cuatro décimas partes a cada uno de los dos primeros y una décima parte a cada uno de los dos ilegítimos, porque la proporción establecida por razón de la mejora era de cuatro a uno.

15. FUNDAMENTO DE LAS MEJORAS

Las mejoras buscan prevenir y armonizar las desigualdades que pueden existir entre los hijos por causas naturales (demencia, retardo mental, etc.), o por

accidente que de alguna forma los inhabilita o reduce sus capacidades para subvenir a sus necesidades con su propio esfuerzo. De esta forma se conciliaban los derechos legítimos de los hijos con la libertad testamentaria de los padres, como lo sostuvo el Dr. Calle, en la oportunidad de debatir la reforma del Código Civil. Esta previsión en lo que respecta al porvenir de los hijos podía poner remedio a tales desigualdades.

Actualmente, son muy pocas las legislaciones en donde se mantiene vigente, como por ejemplo, en el Código Civil de España, Art. 823 a 833 y el de Chile, Arts. 1193 a 1199.

Art. 823 del Código Civil Español:

> El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendiente, ya lo sean por naturaleza, ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima.

Art. 808 del mismo Código Civil:

> Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.
> Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte será de libre disposición.

Art. 1193 del Código Civil de Chile:

> Si lo que se ha dado o se da en razón de legítimas excediere a la mitad del acervo imaginario, se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse por partes iguales entre los legitimarios; pero con exclusión del cónyuge sobreviviente en el caso del Art. 1178, inciso 2°.

Han sido suprimidas ya en los Códigos Civiles de Bolivia, Ecuador y Colombia entre otros.

¿Se justifica la subsistencia de las mejoras?

Realmente no, porque puede ser más bien fuente de ambiciones y de desavenencias familiares que no contribuyen al ambiente de paz y de unidad que deben reinar. El objetivo de las mejoras puede perfectamente ser reemplazado con la facultad discrecional del testador, para disponer de todo o parte de su cuota de libre disposición a favor del hijo que más lo necesita, con lo cual se puede restablecer ese equilibrio que se pretende asegurar.

Pero, además, hay otra razón de peso que la da el último apartado del Art. 6° de la Constitución Política de 1993, cuando consagra el principio de igualdad de derechos y deberes entre los hijos.

CASOS JURISPRUDENCIALES

MATERIA REGISTRAL
INSTITUCIÓN DE HEREDERO

CASO N° 25

RESOLUCIÓN N° 434-97-ORLC/TR

Sumilla del autor:

La institución de heredero debe permitir al registro una determinación inequívoca del instituido, con la indicación de su nombre completo, o los datos que permitan individualizarlo con precisión.

Antecedentes:

En la ficha 8923 del Registro de Testamentos corre ampliado el testamento de Constantino Revoredo Matallana fallecido el 13 de octubre de 1985, quien instituyó como herederos a su cónyuge doña Lenka Klokoc Savinovic y a su hijo don Constantino Revoredo Klokoc y asignó el tercio de libre disposición a favor de la primera.

Asimismo, en la ficha 8908 del Registro de Testamentos, consta ampliado el testamento otorgado por Lenka Klokoc Savinovic de Revoredo, fallecida el 1 de julio de 1991, en el que instituye como herederos a su referido esposo y a su hijo don Constantino Revoredo Klokoc, asignando el tercio de libre disposición a favor de su cónyuge y señala, además, que al fallecimiento de éste, los bienes que deja pasen a sus nietos, o sea, expresamente a favor Mirko Gonzalo Revoredo de Rutte y de los hermanos de éste, sin determinación por sus nombre y apellidos.

Don Constantino Revoredo Matallana premurió a su cónyuge doña Lenka Klokoc y, en consecuencia, debe ejecutarse el testamento de ella.

Aparentemente, cuando ella otorgó su testamento sólo tenía un solo nieto o sea Mirko Gonzalo; sin embargo, tal circunstancia no excluye la posibilidad de la existencia de otro u otros nietos que hayan sido concebidos o nacidos entre la fecha de otorgamiento del testamento y la de fallecimiento de la otorgante; resulta improcedente la exclusión de los supuestos hermanos paternos del nieto Mirko Gonzalo sin la previa apreciación de la prueba pertinente, que sólo la puede hacer el Poder Judicial a través de un debido proceso contencioso.

El Registrador Público del Registro de Propiedad Inmueble de Lima observó la solicitud de inscripción de compraventa, aclaración y ratificación de un inmueble (legado a los nietos) en virtud de partes notariales.

Esta resolución fue apelada por el Notario de Lima Dr. Ramón Espinoza Garreta, la cual ha sido confirmada por la Primera Sala del Tribunal Registral de Lima.

Comentario del autor:

La institución de heredero sólo puede hacerse por testamento, debiendo recaer en persona cierta designada de manera indubitable conforme lo establece el Art. 734 del Código Civil. El testador no puede señalar como legatarios a una persona de manera incierta e indeterminada. «a los hermanos en línea paterna de aquél nieto». En tal caso, es indispensable que el Poder Judicial, previa comprobación, se pronuncie sobre la determinación de los supuestos hermanos paternos del nieto Mirko Gonzalo Revoredo de Rutte, a quien también se le ha asignado un legado consistente en un bien inmueble sito en la calle Luis Felipe Villarán números 807 y 813, esquina con la Calle Chacarilla números 510 y 520, a través de un debido proceso.

El proceso registral por razón de su naturaleza no contenciosa carece de competencia para la determinación de los supuestos instituidos.

Es por eso que, previa inscripción de las sucesiones testamentarias en la respectiva partida registral del inmueble sub-materia, recién resultará procedente la inscripción de los títulos presentados.

Finalmente, resulta importante destacar el último considerando de la resolución confirmativa cuando señala que, conforme al Art. IV, del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, concordante con el Art. 2011 del Código Civil, solamente es viable una inscripción cuando a juicio y bajo responsabilidad del funcionario que la ordena, el título respectivo se adecua a los precedentes que obran en el Registro y las normas jurídicas que rigen el acto o contrato respectivo y conforme al Art. 152 del citado Reglamento, los registradores tacharán de plano los títulos que adolezcan de defectos insubsanables.

RESOLUCIÓN N° 434-97-ORLC/TR

Lima, 16 de octubre de 1997

VISTA, la apelación interpuesta por el Notario de Lima, Dr. Ramón Espinosa Garreta (Hoja de Trámite Documentario N° 18280 de fecha 10 de septiembre de 1997) formulada contra la observación del Registrador

Público del Registro de Propiedad inmueble de Lima, Dr. Carlos Alberto Ruiz Caro Villalva, a la solicitud de inscripción de compra-venta, aclaración y ratificación en virtud a partes notariales. El título se presentó el 05 de agosto de 1997 bajo el N° 127765. El Registrador denegó la inscripción solicitada por cuanto: «[...] como bien señala el Art. 734 del C.C., al referirse que la institución de heredero o legatario debe recaer en PERSONA CIERTA, DESIGNADA DE MANERA INDUBITABLE POR EL TESTADOR, en el presente caso no se cumple esta disposición, ya que la causante sólo señala como legatario de manera indubitable a Mirko Gonzalo Revoredo de Rutte y señala de manera incierta a los hermanos en línea paterna; es decir no se identifican a dichos nietos. Así también se señala que la O.R.L.C. no es el organismo competente para determinar si el precitado nieto es el único nieto, o no, que tuvo el causante; el organismo competente es el poder judicial», interviniendo como Vocal ponente el Dr. Alvaro Delgado Scheelje; y

CONSIDERANDO:

Que, mediante el título venido en grado se solicitó la inscripción de la compraventa celebrada por don Constantino Jorge Revoredo Klokoc y Mirko Gonzalo Revoredo de Rutte a favor de la sociedad constituida pro Mario Kon Chu Montenegro y María del Rosario de Rutte Coello, respecto del inmueble ubicado en la calle Luis Felipe Villarán números 807 y 813 esquina con la calle Chacarilla números 510 y 520;

Que, la citada compraventa consta en escritura pública de fecha 25 de septiembre de 1995 otorgada ante Notario de Lima, Dr. Jorge Colareta Cavaza, reemplazo del titular del oficio, Dr. Ramón Espinosa Garreta, y escritura pública de aclaración y ratificación de fecha 25 de julio de 1997 otorgada por Mirlo Gonzalo Revoredo de Rutte ante el mencionado titular del oficio;

Que, revisada la partida registral correspondiente al inmueble sub-materia (fojas 199 a 203 del tomo 396 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima), se advierte en el asiento 6 a fojas 201 el dominio de la sociedad conyugal constituida por Constantino Revoredo Matallana y Lenka Klokoc Savinovic;

Que, en la ficha 8923 del Registro de Testamentos corre ampliado el testamento de don Constantino Revoredo Matallana, fallecido el 13 de octubre de 1985, quien instituye como herederos a su cónyuge, doña Lenka Klokoc Savinovic y a su hijo don Constantino Jorge Revoredo Klokoc, asignando el tercio de libre disposición a favor de la primera;

Que, en la ficha 8908 del Registro de Testamentos consta ampliado el testamento otorgado por doña Lenka Klokoc Savinovic de Revoredo, fallecida el 01 de julio de 1991, quien instituye como herederos a su esposo,

Constantino Revoredo Matallana, e hijo, Constantino Revoredo Klokoc, asignando el tercio de libre disposición a favor de su cónyuge y señalando, además, que al fallecimiento de éste, los bienes que deja, pasen a sus nietos, es decir, según manifiesta expresamente, a Mirko Gonzalo Revoredo de Rutte y hermanos en línea paterna;

Que, al haber fallecido con anterioridad don Constantino Revoredo Matallana se origina una situación de premorencia de aquél respecto de su cónyuge y, ocurrida tal circunstancia, debe operar lo dispuesto por doña Lenka Klokoc Savinovic en su testamento;

Que, el Art. 734 del Código Civil establece que la institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable por el testador, salvo lo dispuesto en el Art. 763 (legados para fines sociales, culturales y religiosos) y sea hecha sólo en testamento;

Que, la norma busca que la institución de heredero o legatario permita una determinación inequívoca del instituido, precepto que no impone que el testador determine la persona del instituido mediante la indicación de su nombre y apellido, sino que proporcione los datos que permitan individualizarlo con precisión y en forma indubitable, por lo que, las partes tienen la posibilidad de ameritar toda clase de pruebas conducentes a la individualización del instituido según los datos suministrados por el testamento;

Que, aparentemente, a la fecha de otorgamiento del testamento de doña Lenka Klokoc Savinovic, Mirko Gonzalo Revoredo De Rutte era su único nieto, sin embargo, tal circunstancia no excluye la posibilidad de la existencia de otro y otros nietos que se hayan concebido y/o nacido entre la fecha del otorgamiento del testamento y la del fallecimiento de la otorgante, por lo que no procede la exclusión repentina de los supuestos «hermanos paternos» que pudiera o no tener Mirko Gonzalo Revoredo De Rutte, sin que se hayan merituado las pruebas pertinentes;

Que, en tal sentido, el Poder Judicial es el único órgano con potestad jurisdiccional para pronunciarse sobre la determinación o indeterminación de los supuestos hermanos paternos de Mirko Gonzalo Revoredo De Rutte, a través de un debido proceso, merituando las pruebas que pudieran aportar quienes consideren tener derecho a participar del legado sub-materia, toda vez que el proceso registral es uno de naturaleza no contenciosa en donde quienes se consideren afectados en sus derechos no podrían hacerlos valer;

Que, luego de ello y previa inscripción de las sucesiones testamentarias en la respectiva partida registral del inmueble sub-materia procedería la inscripción de los títulos presentados;

Que, con arreglo al Art. IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, concordante con el Art. 2011 del Código Civil, solamente se extenderá una inscripción, cuando a juicio y bajo responsabilidad del funcionario que la ordena, el título respectivo se adecua a los precedentes que obran en el Registro y a las normas jurídicas que rigen el acto o contrato respectivo y conforme al Art. 152 del citado Reglamento, los Registradores tacharán de plano los títulos que adolezcan de defectos insubsanables; y

Estando a lo acordado;

SE RESUELVE:
Confirmar la observación formulada por el Registrador Público del Registro de Propiedad Inmueble de Lima al título referido en la parte expositiva por los fundamentos expresados en la presente resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.- (FDO.)
DRA. MARTHA SILVA DÍAZ,
PRESIDENTA DE LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL REGISTRAL

DR. ÁLVARO DELGADO SCHEELJE,
VOCAL (E) DEL TRIBUNAL REGISTRAL

DRA. YASMÍN BOLIVAR SORIANO,
VOCAL (E) DEL TRIBUNAL REGISTRAL

Capítulo XX

DESHEREDACIÓN

1. CÓDIGO CIVIL

Art. 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.

Art. 743.- La causal de la desheredación debe ser expresada claramente en el testamento. La desheredación dispuesta sin expresión de causa, o por causa no señalada en la ley, o sujeta a condición, no es válida. La fundada en causa falsa es anulable.

Art. 744.- Son causales de desheredación de los descendientes:

1. Haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge, si éste es también ascendiente del ofensor.
2. Haberle negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.
3. Haberle privado de su libertad injustificadamente.
4. Llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral.

Art. 745.- Son causales de desheredación de los ascendientes:

1. Haber negado injustificadamente los alimentos a sus descendientes.
2. Haber incurrido el ascendiente en alguna de las causas por las que se pierde la patria potestad o haber sido privado de ella.

Art. 746.- Son causales de desheredación del cónyuge las previstas en el Art. 333, incisos 1 a 6.

Art. 747.- El testador puede fundamentar la desheredación en las causales específicas de ésta, enumeradas en los Arts. 744 a 746, y en las de indignidad señaladas en el Art. 667.

Art. 748.- No pueden ser desheredados los incapaces menores de edad, ni los mayores que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. Estas personas tampoco pueden ser excluidas de la herencia por indignidad.

Art. 749.- Los efectos de la desheredación se refieren a la legítima y no

se extienden a las donaciones y legados otorgados al heredero, que el causante puede revocar, ni a los alimentos debidos por ley, ni a otros derechos que corresponden al heredero con motivo de la muerte del testador.

Art. 750.- El derecho a contradecir la desheredación corresponde al desheredado o a sus sucesores y se extingue a los dos años, contados desde la muerte del testador o desde que el desheredado tiene conocimiento del contenido del testamento.

Art. 751.- El que deshereda puede interponer demanda contra el desheredado para justificar su decisión. La demanda se tramita como proceso abreviado. La sentencia que se pronuncie impide contradecir la desheredación[1].

Art. 752.- En caso de no haberse promovido juicio por el testador para justificar la desheredación, corresponde a sus herederos probar la causa, si el desheredado o sus sucesores la contradicen.

Art. 753.- La desheredación queda revocada por instituir heredero al desheredado o por declaración expresada en el testamento o en escritura pública. En tal caso, no produce efecto el juicio anterior seguido para justificar la desheredación.

Art. 754.- Revocada la desheredación no puede ser renovada sino por hechos posteriores.

Art. 755.- Los descendientes del desheredado heredan por representación la legítima que correspondería a éste sino 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.

Estos preceptos legales recogen el texto de los Arts. 84 al 97 del Anteproyecto. No han sido reproducidos textualmente los Arts. 89 y 94. El tema fue desarrollado anteriormente en los Arts. 713 a 718 del Código Civil de 1936. En el actual Código está mejor estructurado y es más técnico.

2. CONCEPTO

Es una institución jurídica por la que el testador puede excluir al heredero forzoso de su derecho legitimario por causales taxativas establecidas por la ley, porque lo afectan física o moralmente. Sólo puede hacerse en testamento expresando en él la causa legal en que se funda.

---

1 Modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del D. Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por R. M. 010-93-JUS de 8-1-93.

Esta institución no es de orden público. Es decir que no opera *ipso iure;* cometida que fuere la falta en agravio del testador o de su familia, en determinados casos, es necesario que ante la falta cometida por el heredero forzoso, el testador quiera ejercitar su derecho desheredándolo de modo expreso en el testamento; pero deberá precisar la causa legal de esta decisión. La desheredación priva al heredero forzoso de su derecho al título personal de heredero y, como consecuencia, de su derecho patrimonial a la legítima. Pierde la legítima porque ha perdido su derecho al título personal de heredero forzoso.

Como vemos, la desheredación tiene un carácter excepcional que implica una suerte de sanción civil contra quien, de modo consciente y voluntario, han faltado a las mínimas reglas de consideración y aprecio contra sus progenitores. La desheredación debe ser expresa y basada en las causales taxativas, no pudiendo admitirse interpretaciones por analogía. Esta institución sólo puede ser ejercitada por el causante mediante testamento, a diferencia de la exclusión de herencia por indignidad, en la que los titulares del derecho para obrar son los llamados a suceder a falta o en concurrencia con el presunto indigno, bien como herederos o como legatarios; eventualmente el causante también puede desheredar por indignidad a su heredero forzoso, conforme a las normas de la desheredación como resulta de los Arts. 668 y 669 del Código Civil.

La desheredación, en el fondo, implica una restricción al derecho de los herederos forzosos para acceder a la legítima. Así como la legítima implica una restricción a la voluntad del testador que se ve obligado por mandato imperativo de la ley a instituirlos y a dejarles una cuota intangible; del mismo modo, éstos sufren también una restricción a su derecho legitimario a causa de la desheredación confiada a la voluntad del testador, pero no totalmente porque es menester como condición *sine qua non* que el heredero haya incurrido culpablemente (implica imputabilidad) en causa legal que agravia de modo grave física o moralmente al testador. Por eso señala Rafael Ramos[2], con razón, que donde encontremos las legítimas establecidas, allí hallaremos también las causas de desheredación.

El Derecho Romano antiguo no conoció esta institución y no la necesitaba porque el testador no tenía restricción legal alguna. No había herederos forzosos, por tanto tenía plena libertad para disponer *mortis causa* de sus bienes a su arbitrio. Cuando se introducen limitaciones respecto de los *heredes sui* el causante puede excluirlos por desheredación, pero sin determinación de

2 RAMOS, Rafael. *De las Sucesiones*. T. II. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1960, pp. 232-234.

causa alguna al principio; más tarde con el Derecho Pretoriano se le obliga a precisarlas sin que se encuentren predeterminadas por la ley y, finalmente, sólo con el Derecho Justinianeo se señalan taxativamente de tal manera que, sólo por estas causas, podía ser desheredada una persona. En el antiguo Derecho Español como el Fuero Juzgo sólo se podía hacer por causas graves. En *las Partidas* se conocieron 17 causales. En la legislación comparada no todas regulan la desheredación y la indignidad paralelamente. Algunas legislaciones como las de Francia, Arts. 727 a 730 e Italia, Arts. 463 a 466 y México, Arts. 1316 a 1324, sólo legislan la indignidad; en cambio las de España, Argentina, Chile y Perú lo hacen por separado.

¿La desheredación debe funcionar como institución autónoma?

¿Qué razones justifican este tratamiento paralelo? No todos los autores coinciden con este desdoblamiento. Por ejemplo, Bevilaqua y Lafaille se oponen a este desdoblamiento por considerarlo innecesario y reiterativo, porque ambas cumplen la misma finalidad. En consecuencia, sostienen que debe haber un solo régimen legal para el tratamiento de ambas instituciones.

Hay otros autores, como Borda, que justifican esta separación al señalar que la desheredación es la institución típica que mejor expresa la razón final de la exclusión de este derecho hereditario, como es la voluntad exclusiva del propio testador, porque es la persona indicada para medir con justeza la gravedad de la falta cometida en su agravio y así determinar a su arbitrio la imposición de esta sanción civil como es la desheredación. Afirma, además, que las causales de indignidad son más graves y tienen un carácter más objetivo, y trascienden a la sociedad; en cambio, las causales de desheredación son menos graves, más bien de apreciación subjetiva y con motivación familiar.

Una ligera observación del proceso histórico de la desheredación a través de la legislación comparada nos muestra que con el tiempo ha ido paulatinamente perdiendo su importancia.

A partir del Derecho Justinianeo —*Novela 115*— las causas de desheredación se han ido limitando a tal punto que en los Códigos Civiles de Francia, Italia y Bélgica, por ejemplo, ha sido suprimida como institución paralela a la de indignidad. Las causas de indignidad y de desheredación están fusionadas en una sola institución: la de indignidad. Se afirma que la desheredación es innecesaria porque es posible sancionar civilmente al sucesor mediante la exclusión de herencia por indignidad.

Ante estas críticas se han levantado voces que defienden y fundamentan su existencia paralela, como don Florencio García Goyena en su obra *Concor-*

dancia, motivos y comentarios del Código Civil Español[3], cuando se ocupa de este tema y después de explicar que no es necesaria la desheredación cuando el padre tiene la absoluta libertad para disponer de sus bienes, y que la necesidad surge con el señalamiento de la legítima como se ve en el Derecho Romano y en el Español, llegando a afirmar que debe conservarse esta arma en manos del padre altamente ofendido, terrible si se quiere, pero que la impunidad del hijo hace necesaria en algunos pocos casos.

Es verdad —afirma— que la legítima es de derecho público y, por tanto, no puede ser desconocida por nadie, porque su mandato de intangibilidad inherente al heredero forzoso es de carácter imperativo y de valor absoluto; pero, se pregunta el mismo autor si ¿sería posible favorecer al hijo que atropella todas las leyes civiles y rompe con todos los sentimientos y deberes de la naturaleza? Sería chocante, por inmoral y contradictorio, que un hijo confeso de haber atentado contra la vida de su padre, no pudiera ser privado de la legítima. Por considerársele que es de orden público y, por tanto, nadie podría suprimirla. En abono de su tesis, y respondiendo a esta última argumentación, se pregunta si acaso la legítima no es más sagrada que el derecho a los alimentos y, sin embargo, éstos cesan por causa de ingratitud. Coincidimos con él, porque la ley que dispusiera lo contrario sería injusta.

Hay que agregar que en nuestra realidad nacional los casos de desheredación son raros, en cambio el número de hijos ingratos es muchísimo mayor que el de los padres injustos quienes, en la casi totalidad de estos casos desgraciados, mantienen su espíritu abierto al perdón de los hijos aunque éstos no lleguen nunca a arrepentirse.

Se señala también como argumento de defensa por Sánchez Román[4], que su supresión privaría al padre o madre de un medio eficaz para mantener la disciplina y justicia familiar. Este argumento no nos parece verdaderamente válido, porque la amenaza de sufrir un castigo no es segura garantía de comportamiento correcto; es mejor la conducta ejemplar de los padres y su profundo sentido de solidaridad con la familia y la comunidad en general, antes que el empleo de amenazas o de castigos. El comportamiento digno de los hijos debe sustentarse más bien en la autoridad moral de los padres. Con el ejemplo se predican los principios.

Clovis Bevilaqua, en el *Código Civil de Brasil comentado, Tomo VI*, reconoce la autonomía de ambas instituciones al comentar el Código Civil de Brasil,

---

3 GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil Español*. T. II. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, 1852, p. 347.

4 SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*. T. VI. Madrid, 1899, p. 1093.

pero afirma que la desheredación es un instituto odioso e inútil. Odioso, porque imprime a la última voluntad de un individuo una forma hostil de castigo, una expresión de cólera; e inútil, porque los efectos legales de la indignidad son suficientes para privar de la herencia a los que realmente no la merecen.

Ya hemos señalado anteriormente cómo el Código Civil Francés considera suficiente la indignidad contra la ingratitud o las malas acciones de los herederos, porque admitir la desheredación en donde quiera que exista la libertad de testar, es crear el temor al abuso que de ella pueda hacerse y no se compatibilizan con el papel del padre bueno dispuesto siempre al perdón a pesar de todo. Considero que este argumento tiene un punto débil: el temor a la comisión de actos de injusticia por parte de los padres cuando desheredan, se ve contrarrestado con la posibilidad del desheredado de contradecirla en un juicio civil en donde los otros herederos —que serán los demandados—, tendrán obligatoriamente que justificar el acto de exclusión del padre o madre y, caso contrario, será declarada inválida la desheredación. Además, es necesario señalar que la desheredación debe fundarse en causas legales taxativamente tipificadas, de modo que no se supedita exclusivamente a la voluntad del testador su aplicación, debe existir objetivamente un hecho doloso cometido por el heredero forzoso y que esté contemplado por la ley como causal.

Lo que sí resulta desagradable y penoso es el hecho de que miembros de una misma familia expongan públicamente sus miserias y actos vergonzosos ante los Tribunales de Justicia, pero felizmente son escasísimos estos casos.

Como observamos, estas dos tesis tienen argumentos aceptables, por eso no resulta fácil establecer cuál es la más conveniente a nuestra realidad nacional.

Ambas instituciones tienen el mismo efecto: la exclusión de la herencia por parte del sucesor que cometa actos transgresores de sus deberes con el causante, siendo necesario, además, que el llamado a pedir la exclusión ejercite la acción respectiva. Sin embargo, entre ellas hay numerosas diferencias. En efecto, cada cual tiene causas propias, la indignidad se aplica a toda clase de herederos y legatarios, lo que la hace aplicable a las sucesiones testamentarias como intestadas, mientras que la desheredación es viable sólo para los herederos forzosos en la sucesión testamentaria. Además, los llamados a ejercitar el derecho son diferentes y, finalmente, la desheredación es dispuesta en vida del causante sólo mediante testamento con o sin juicio previo, mientras que la indignidad —salvo que el testador desherede por causales de indignidad a un heredero forzoso— se pronuncia después de la muerte de éste.

Todo esto nos lleva a aceptar la subsistencia del régimen paralelo que sigue nuestro Código Civil de 1984 al igual que el Código Civil de 1936, como el más conveniente para conciliar la moralidad de las acciones con los intereses

de la familia, poniendo a disposición del causante un medio que permita amenguar la insensibilidad de los herederos. El derecho a accionar, por parte de los coherederos, debe ser considerado, cuando se hace la desheredación sin previo juicio en todo caso, como medio supletorio en determinados casos y con términos de prescripción para las situaciones referidas a la declaración de indignidad.

En la legislación comparada existen diversos sistemas:

a. Libertad absoluta para testar. No existen, por tanto, herederos forzosos ni legítima ni exclusión por indignidad o desheredación, como son los casos de Estados Unidos salvo el Estado de Louisiana, Méjico, Puerto Rico e Inglaterra.
b. Libertad restringida para testar. En este régimen legal existen herederos forzosos, legítima y las instituciones paralelas de indignidad y desheredación, como Chile.
c. Los que dentro del mismo régimen legal tienen las dos instituciones subsumidas en las de indignidad, como Francia.
d. Las que sólo regulan la desheredación como el Código Civil Peruano de 1852.
e. Los que separan ambas instituciones, pero se sirven de las causales de indignidad para desheredar como España y Perú.

3. TITULARES DEL DERECHO A DESHEREDAR. ARTS. 742 Y 743

El único legitimado es el testador. Es un derecho excepcional y personalísimo, porque el principio regulador de la legítima está fuera de su alcance debido a la naturaleza imperativa de la ley que lo obliga a respetarla, permitiéndosele únicamente a él, por excepción, la facultad de descalificar al heredero forzoso por la comisión de hechos graves que lo ofenden. Esta facultad que la ley le otorga, no es de orden público, no es imperativa sino facultativa y debe ejercitarla circunscribiéndola a causales taxativas establecidas por la ley. Por eso el Código Civil tiene una enumeración cerrada y por muy explicables que sean las razones que pudiera tener el testador para desheredar a un hijo fuera de las causales legales no podría ejercitarlo, ya que las causales por ser taxativas no admiten interpretaciones por analogía. No procede la interpretación extensiva.

4. QUIENES PUEDEN SER DESHEREDADOS. ART. 742

Sólo pueden ser desheredados los herederos forzosos; es decir, los hijos y demás descendientes, los padres y demás ascendientes, y el cónyuge. Pero es menester que el ofensor sea persona capaz, con conciencia y voluntad libre al tiempo de comisión de la falta, como señala el Art. 748 del Código Civil, con defectos en su redacción, porque hay menores de edad que son capaces como señala el Art. 46 del Código Civil.

> La incapacidad de las personas mayores de 16 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.

Debe tenerse presente los casos de exención de responsabilidad que contempla el Código Penal, cuando las personas tienen menos de 18 años de edad. Esta acotación resulta muy importante porque en todos aquellos casos en que la falta tenga una naturaleza jurídica de carácter eminentemente penal, como los casos de los tres primeros incisos del Art. 667 del Código Civil, si el infractor tenía menos de 18 años de edad cuando cometió la falta, no sería posible su exclusión de la herencia por indignidad.

5. REQUISITOS DE LA DESHEREDACIÓN

Para que la desheredación produzca sus efectos jurídicos es menester:

a. Hacerlo por testamento designando al heredero forzoso, por sus nombres y apellidos, a quien se deshereda, de manera que no deje duda alguna de la persona de quien se trata, Art. 704 del Código Civil.
b. Expresar de modo claro y preciso la voluntad de desheredar y la causa legal en que se funda. La desheredación dispuesta sin expresión de causa o por causa no señalada en la ley, o sujeta a condición, la invalida. Y cuando se funda en falsa causa la hace anulable Art. 743 del Código Civil.
c. Una vez desheredado por testamento, el testador si quiere puede, adicionalmente, interponer demanda civil contra el desheredado para justificar su decisión como puntualiza el Art. 751 del mismo cuerpo legal. En consecuencia, resultará improcedente la demanda de desheredación si previamente no lo desheredó. En efecto el Art. 751 dice:

El que deshereda puede interponer demanda contra el desheredado para justificar su decisión. La demanda se tramita como proceso abreviado. La sentencia que se pronuncia impide contradecir la desheredación lo cual resulta obvio porque la sentencia consentida o ejecutoriada con arreglo a ley, pasa en autoridad de cosa juzgada respecto de quienes han intervenido en el proceso.

6. CONTRADICCIÓN DE DESHEREDACIÓN. ARTS. 750 Y 752

De no haberse promovido juicio por el testador para justificar la desheredación, precisa el Art. 752 del Código Civil, corresponde a los herederos del testador probar la causa, si el desheredado o los sucesores de éste la contradicen. Se sigue por los trámites del proceso abreviado. Este dispositivo legal es importante por dos razones:

a. Porque permite al heredero forzoso, que es desheredado sin previo juicio, interponer la demanda respectiva dentro del plazo de 2 años contados desde la muerte del testador o desde que tiene conocimiento de la desheredación (Art. 750 del Código Civil). Se sobrentiende que este conocimiento se computará a partir de la muerte del testador, porque mientras viva la desheredación testamentaria puede ser revocada.
b. Porque la parte demandada estará integrada por los restantes herederos forzosos del testador, y corresponderá a éstos probar los fundamentos de la desheredación. Como observamos, aquí se invierte el principio de la prueba a cargo de quien demanda, como preceptúa el Art. 196 del Código Procesal Civil, porque si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada según el Art. 200 del acotado. En efecto, el Art. 752 del Código Civil señala que corresponde a los herederos del testador, o sea, a la parte demandada, probar la causa de la desheredación hecha por el testador sin previo juicio. La inversión del principio del *onus probandi* está autorizada para los casos taxativamente señalados por la ley como enuncia el comentado Art. 196 del Código Procesal Civil.

La acción debe dirigirse contra todos los herederos del testador bajo sanción de nulidad, de conformidad con los Arts. 95, 97, 98, 99 y 101 del Código Procesal Civil, porque la sentencia no puede afectar a quienes no han sido citados con la demanda. La inclusión de todos se hará a petición de parte o de oficio.

Nos preguntamos ¿qué solución podría darse al caso de una persona a quien su padre le sigue un juicio de desheredación, el cual concluye con sentencia ejecutoriada que declara fundada la demanda y que, posteriormente, el demandante por testamento instituye a sus herederos forzosos, menos al hijo a quien anteriormente le ganó dicho juicio, respecto del cual lo omite, pero no se le deshereda expresamente? ¿Podrá considerársele válidamente desheredado?

Si consideramos que el testamento es un acto jurídico esencialmente formal y que conforme al Art. 743 la desheredación debe ser expresada claramente en el testamento así como también fundada en causa legal, tenemos que concluir que estas exigencias formales no se dan en el caso planteado, por lo que dicha omisión no podría importar la desheredación que debe ser expresa, solemne y fundada en causa legal de ese hijo. La sentencia declarativa como es la que deriva de un proceso de desheredación, no obstante encontrarse ejecutoriada, no puede hacerse valer por los demás coherederos porque faltó la declaración formal testamentaria que es requisito esencial.

7. CAUSALES DE DESHEREDACIÓN

El Código Civil regula este tema en tres grupos a saber:

7.1. Desheredación de los descendientes

Las causas de desheredación de los descendientes están señaladas en el Art. 744:

a) El maltrato de obra o haber injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge, si éste es también ascendiente del ofensor. Es decir, que estos hechos afecten especialmente el respeto y consideración que merecen los padres; que afecten su honra e integridad física y que nadie puede mellar, menos los hijos. Estos hechos deben revestir un cierto grado relevante a criterio del testador. El maltrato de obra o la injuria grave deben ser reiterados, que no se trate de un acto aislado sino repetido, que implique una línea de conducta. En caso de tener que resolver el juez el caso de desheredación, deberá hacerlo tomando en cuenta el grado de educación, cultura, costumbres y circunstancias de su realización. La persona afectada debe ser el propio causante en su calidad de ascendiente o el cónyuge de éste, si es también ascendiente del ofensor. Por tanto, no incluye a los demás ascendientes como los abuelos, etc.

¿Que ocurre si la cónyuge del padre del ofensor es su madrastra? ¿El

padre podrá desheredar al hijo por esta causal? Definitivamente no. ¿Podría desheredarlo si por ejemplo el hijo ofensor atentó contra la vida de la madrastra o por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de ella? Creemos que la respuesta será afirmativa si consideramos que, con arreglo al Art. 747, el testador puede fundamentar la desheredación en las causales específicas de ésta, enumeradas en los Arts. 744 a 746 y en las de indignidad señaladas en el Art. 667.

Las causales enunciadas como ejemplos en agravio de la cónyuge del ascendiente se encuentran señaladas en el Art. 667 incisos 1 y 2.

b) Negación injustificada a prestar alimentos al ascendiente o cuando lo abandona si se encuentra gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo. Aquí la falta en que se incurre no es por acción sino por omisión culpable, por omisión dolosa, es decir, por dejar de hacer lo que está obligado por la ley, Art. 474 inc. 2 y, además, por consideraciones de orden moral; de modo consciente, voluntario e injustificado. Otra sería la situación si el descendiente estuviera imposibilitado razonablemente para acudir en ayuda del padre, o si es un enfermo mental o si se encuentra privado de su libertad, casos éstos en que no procedería, según el Art. 748.

No pueden ser desheredados los incapaces menores de edad, ni los mayores que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. Estas personas tampoco pueden ser excluidas de la herencia por indignidad. Para la procedencia de esta causal es conveniente que la necesidad del ascendiente se exteriorice y que sea conocida por el hijo. No es indispensable la existencia de sentencia que le obligue al pago de alimentos. En todo caso, estaría librada la causal a la existencia de prueba.

c) Privación injustificada de su libertad. Además de constituir una causa legal de desheredación, constituye también un delito de violación de la libertad personal contemplado en el capítulo I del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, Arts. 151 a 153. En el caso de la desheredación esta causal se configura por la privación de la libertad física del antecesor a fin de aislarlo en el propio beneficio del autor, tal es el caso del secuestro. El ofensor puede ser tanto autor intelectual como material o haber coadyuvado en alguna forma para su realización. No es menester la existencia de sentencia penal condenatoria para la procedencia de la desheredación. Bastará la prueba del hecho de la privación injustificada en caso de juicio civil.

d) Que el descendiente lleve una vida deshonrosa o inmoral. El Código Civil de 1936 en el inciso 2° del Art. 713, decía que constituía causal de desheredación: *Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución.*

La fórmula del Código actual es más amplia porque comprende otros casos de vida deshonrosa o inmoral, como dedicarse a la mendicidad en vez de dedicarse al trabajo, o la afición por las bebidas alcohólicas, o a fomentar escándalos que evidentemente no honran a los progenitores antes bien los llenan de vergüenza.

7.2. Causas de desheredación de los ascendientes

Las causas de desheredación de los ascendientes vienen señaladas en el Art. 745:

a) Negación injustificada de alimentos a sus descendientes incumpliendo así la obligación que le impone el Art. 474 inciso 2.
Es un derecho recíproco entre ascendientes y descendientes.
Como señalamos en anterior oportunidad, la desheredación por esta causal no requiere de modo indispensable la preexistencia de una sentencia firme que obligue al ascendiente atender al descendiente con una pensión alimenticia. A falta de un proceso judicial, será necesaria la prueba de la necesidad del alimentista y de la omisión injustificada del obligado, en caso de cuestionarse en la vía judicial la legitimidad de la desheredación efectuada.

b) Por haber incurrido en causales que determinan la pérdida o privación de la patria potestad. Actualmente estas situaciones relativas a la patria potestad se encuentran reguladas por los Arts. 75 y 77 del Código de los niños y adolescentes, Ley 27337 publicado el 7 de agosto del 2000.

La suspensión de la Patria Potestad está regulada por el Art. 75 del precitado Código y contiene los siguientes casos:

> **Artículo 75.- Suspensión de la Patria Potestad.** La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:
> a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;
> b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;
> c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
> d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;
> e) Por maltratarlos física o mentalmente;
> f) Por negarse a prestarles alimentos;
> g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los Artículos 282 y 340 de Código Civil.

Los casos de extinción de la Patria potestad están previstos actualmente en el Art. 77 del mismo Código de los Niños y Adolescentes:

Artículo 77.- Extinción o pérdida de la Patria Potestad.- La Patria Potestad se extingue o pierde:
a) Por muerte de los padres o del hijo;
b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad;
c) Por declaración judicial de abandono;
d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos;
e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo 75; y,
f) Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al Artículo 46 del Código Civil[5].

Para los efectos de determinar la desheredación de los padres y demás ascendientes, sólo resultan pertinentes los supuestos que se relacionan con el niño y el adolescente, o sea, los contemplados en los incisos c, d, e y f del artículo 75, e incisos c, d y e del artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes.

Para efecto de la Desheredación no se necesita Resolución Judicial de privación o pérdida de la Patria Potestad, sólo basta incurrir en las causales.

7.3. Causales de desheredación del cónyuge

El artículo 746 comprende las causales de divorcio previstas en los 6 primeros incisos del Art. 333 del Código Civil. Llama la atención a algunos autores nacionales que se limiten a sólo 6 de una de las 13 causas que determinan la separación de cuerpos y no a todas como ocurrió con el Código Civil de 1936 cuando en el Art. 713 inciso 5° señaló la posibilidad de desheredación por haber incurrido en una de las causas de divorcio si se trata del cónyuge. El Dr. Lanatta, ponente de esta materia en la Comisión Reformadora, sostuvo esta tesis fundándose en el hecho de que si bien todas las causales tienen por objeto la separación de cuerpo o la ruptura del vínculo matrimonial y como efecto de ésta la pérdida de la herencia, empero sólo las 6 primeras resultan apropiadas para configurar las causales de desheredación. Si analizamos por separado cada una de las causales contempladas en el Art. 333, concluiremos en que el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal por más de 2 años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo o, finalmente, la conducta deshonrosa que haga insoporta-

5 Artículo vigente conforme a la modificación introducida por Ley N° 27473 del 6 de junio de 2001.

ble la vida en común no son las únicas que verdaderamente podrían compatibilizar con la desheredación.

Creemos que sería mejor incluir todas las causales de divorcio como fundamento para la desheredación, porque todas ellas implican actitudes dolosas que afectan al matrimonio.

Artículo 333.-

Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.
13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio[6].

---

6 Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el artículo 2 de la Ley N° 27495, publicado el 07-07-2001.

8. PROCEDENCIA DE LA DESHEREDACIÓN POR INDIGNIDAD. ART. 747

Esta disposición contenida en el Art. 747 del Código Civil es nueva en nuestro ordenamiento legal. La desheredación ahora puede declararse por causales propias de la misma, así como también por las que pueden determinar la exclusión de herencia por indignidad, lo cual resulta lógico porque si, conforme al Art. 668 del Código Civil, los titulares de la acción judicial para demandar la declaración de indignidad, son los llamados a suceder a falta o en concurrencia con el presunto indigno por faltas cometidas contra el causante y en algunos casos contra los ascendientes o descendientes o cónyuge de éste, no existe razón para desconocer el mejor derecho que asiste al causante como directo afectado por la falta cometida, para solicitar la exclusión del ofensor. Si el ofensor es un heredero voluntario o un legatario, no necesita justificar en modo alguno la exclusión que pueda hacer porque, siendo instituidos por un acto de plena liberalidad, basta con la revocación simple, no tiene nada que explicar ni justificar ni declarar, basta simplemente con la revocación mediante testamento. Pero si el ofensor es un heredero forzoso, ya es otra la situación, porque siendo instituido no por voluntad del testador, sino por disposición imperativa de la ley, sólo puede ser privado de su legítima con justa causa y expresa declaración formal mediante testamento. En consecuencia, si el causante tiene mejor derecho frente a los otros herederos forzosos diferentes al ofensor, para excluirlo por indignidad y también para desheredarlo, como señala el Art. 669 del Código Civil, obvio es colegir que el Art. 747 no es sino una consecuencia del artículo anteriormente señalado y de acuerdo con las reglas de la desheredación.

El Art. 747 nos lleva entonces a señalar, además, que el testador para desheredar a un heredero forzoso por causales de indignidad tiene que hacerlo mediante expresa disposición testamentaria con previo juicio o sin él. En cambio para los otros herederos que quieran excluir de la herencia por indignidad a otro coheredero, sólo podrán hacerlo mediante el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que el presunto indigno —sea heredero o legatario con capacidad legal— haya cometido una falta contra el ascendiente o su familia según los casos y que esté previsto en la ley como causal.
2. Que el llamado a heredar a falta o en concurrencia con el presunto indigno, quiera ejercitar la acción civil correspondiente para su exclusión dentro del año de haber entrado el indigno en posesión de hecho de cualquier bien de

la herencia o del legado, y que concluya con sentencia firme que declare fundada la demanda de exclusión de herencia por indignidad. Sin sentencia ejecutoriada no procederá la separación.

En esta línea se encuentra el Código Civil de España en cuyo Art. 853 se expresa:

> Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el Art. 756 con los números 2° y 3°, 5° y 6°, las siguientes:
>
> 1. Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.
> 2. Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

Este texto ha sido redactado conforme a la ley 11/1990 del 15 de octubre.

Cabe señalar que el mencionado Art. 756 del Código Español se refiere a los casos de incapacidad de suceder por causa de indignidad.

Las causales de exclusión por indignidad y de desheredación están taxativamente establecidas en la ley debiendo interpretarse por tanto, de modo restrictivo. No procede la aplicación por analogía.

9. SUJETOS EXENTOS DE ESTA SANCIÓN CIVIL. ART. 748

La disposición que contiene el Art. 748 es también nueva en nuestro ordenamiento legal. No era indispensable porque toda sanción presume la existencia de responsabilidad por parte del infractor, puesto que sin responsabilidad no hay libertad y la libertad exige conciencia lúcida y voluntad libre de toda coacción. El enajenado mental o el niño, por ejemplo, no son pasibles de esta sanción civil porque carecen de tales facultades. Pero era conveniente establecerlo en aras de una cabal comprensión y es por eso que el mencionado precepto señala que sólo son pasibles de ser declarados indignos o de ser desheredados:

a) Los que tienen capacidad civil plena, y
b) que al tiempo de la comisión de la infracción por acción u omisión según los casos, se hayan encontrado los sucesores con conciencia lúcida y voluntad libre.

¿Qué ocurre si el ofensor al tiempo de la infracción no hubiera tenido una conciencia totalmente lúcida o su voluntad libre de toda coacción?

¿Podrá ser sancionado con la privación de la herencia? La respuesta no es fácil. Creemos que no cabe una respuesta de valor absoluto para todos los casos.

Si las infracciones en agravio del causante tuvieran naturaleza penal y los infractores hubieran sido condenados a sufrir una pena aunque fuera por debajo de la mínima legal, por haber mediado atenuantes, consideramos que existiendo esta previa calificación por sentencia ejecutoriada, no pueden ser excluidos por indignidad o desheredación si el testador o los coherederos los quisieran sancionar. Tratándose de una infracción con atenuantes que carece de esa naturaleza penal, consideramos que no exime a su autor de la posibilidad de ser desheredado. Creemos que la concurrencia de causas atenuantes, en definitiva, no justifican la exención de esta sanción civil. Por lo demás, debemos recordar que tanto la indignidad como la desheredación no son instituciones de orden público, encontrándose más bien libradas a la decisión libérrima de quien tiene legitimidad para obrar.

10. EFECTOS DE LA DESHEREDACIÓN. ARTS. 749 Y 755

Los artículos 838 y 841 del Código Civil de 1852 señalaron sobre este tema lo siguiente:

> Art. 838. El testador puede, expresando justa causa, privar de la herencia a su heredero forzoso.
> Art. 841.- Debe hacerse la desheredación puramente y no bajo de condición; de toda la herencia, y no de una parte de ella.

Las desheredaciones condicionales o parciales se reputan no hechas.

Los Arts. 713 y 714 del Código Civil de 1936 dicen lo mismo.

> Art. 713.- El testador, expresando justa causa, puede privar de la herencia a su heredero forzoso en los casos siguientes[...].
> Art. 714.- Las desheredaciones modales o parciales se reputan no hechas.

Nuestro Código Civil de 1984, en los artículos 743 y 749, regula la obligación de expresar la causal de desheredación que esté contemplada por la ley, quienes pueden resultar afectados; no puede estar sujeta a condición y señala los efectos de ésta, los cuales se refieren a la legítima y no se extiende a las donaciones y legados otorgados al heredero, que el causante puede revocar, ni

a los alimentos debidos por ley ni a otros derechos que corresponden al heredero con motivo de la muerte del testador.

Esta lectura no significa en modo alguno cambios de posición en estas legislaciones, señaladas antes bien, la posición es la misma. No ha variado.

Los efectos de la desheredación tienen dos aspectos fundamentales:

a) El personal, porque por ella, el heredero forzoso es considerado como si nunca hubiera tenido la calidad de heredero forzoso, por eso sus efectos, se retrotraen a partir del mismo momento de la apertura de la sucesión, pero no se extienden a sus descendientes que heredan por representación la legítima que perdió el desheredado (Art. 681).
b) El patrimonial. El derecho que se le atribuye al heredero forzoso es la legítima, por ser inherente a tal calidad. Toda la herencia del heredero forzoso se circunscribe a su legítima que la pierde por desheredación. Lo que queda de la masa hereditaria es la parte de libre disposición que corresponde a los legatarios, o sea a aquellas personas que son instituidas voluntariamente por el testador. La cuota de libre disposición nada tiene que ver con la legítima de modo que aquella puede corresponder siempre a título de legado cuando hay herederos forzosos. Cfr. Arts. 737 y 738 del Código Civil. El legado puede corresponder, por tanto, bien a:
   1) terceras personas, o
   2) a alguno de los herederos forzosos, en cuyo caso toma el beneficiado el nombre de prelegatario.

Por eso es que la desheredación no afecta necesariamente las donaciones ni a los legados otorgados al heredero forzoso desheredado, porque el testador puede ejercer el derecho de revocación si lo quisiera por otro testamento posterior, sin que tenga que recurrir a las reglas de indignidad o de desheredación, pues se trata de actos de liberalidad ni a los alimentos debidos por ley, aunque con la restricción que establece el Art. 485 del Código Civil. En el caso de la donación, según el Art. 1637 del Código Civil:

> El donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación.

Es un derecho personalísimo (Art. 1638 del Código Civil).

Respecto de las donaciones antes señaladas son también fruto de la liberalidad, pero por actos entre vivos de naturaleza contractual cuyo valor integral no puede exceder la cuota de libre disposición resultando inoficioso el

exceso como apunta el numeral 1629 en concordancia por analogía con el Art. 842 del vigente Código Civil:

> La renuncia de la legítima no exime al heredero de devolver lo recibido, en cuanto exceda de la porción disponible del causante.

El efecto principal que deriva de la desheredación del heredero forzoso y de la renuncia es el mismo: la pérdida de la legítima; será considerado, en adelante, como si el desheredado no hubiera tenido nunca esta calidad personal. Al no ser considerado como heredero forzoso, ya no existe para él ni el derecho ni la obligación de colacionar porque ello es propio sólo del heredero forzoso, a no ser que deje descendientes que lo puedan representar caso en que resultarán aplicable el Art. 841 del Código Civil. Su situación en el futuro será la de un tercero extraño a la sucesión hereditaria y si recibió alguna donación del testador, su derecho deberá ser regulado por el título IV de la Sección 2° sobre donación, Arts. 1621 a 1647 del Código Civil y, particularmente para el caso, el Art. 1629:

> Nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento.
> La donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida.
> El exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

No constituye tampoco efecto de la desheredación (Art.749) la privación del derecho de alimentos debidos por ley al desheredado. Este derecho también lo mantuvo el Art. 452 del Código Civil anterior. Los alimentos constituyen un derecho recíproco de los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos que comprende el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia, Cfr. Arts. 472 y 474 del Código Civil.

Sin embargo, esta extensión del derecho no se da respecto de los desheredados o declarados indignos con la misma amplitud. El Art. 485 del Código Civil señala que:

> El alimentista que sea indigno de suceder o que pueda ser desheredado por el deudor de los alimentos, no puede exigir sino lo estrictamente necesario para subsistir.

Es un derecho restringido. O sea que el derecho de alimentos de estas personas, en caso de estar en condiciones de necesitarlo y no poder satisfa-

cerlo por sus propios medios, es restrictivo, se limita a lo indispensablemente necesario para sobrevivir. Tampoco comprende la desheredación los otros derechos que corresponden al heredero con motivo de la muerte del testador. Se refiere a aquellos derechos patrimoniales que el heredero puede adquirir a partir de la muerte del testador, pero que no tienen la naturaleza de la herencia. Así los derechos que provienen de la póliza de seguro de vida que el testador hubiera contratado, señalando como beneficiario al hijo por ejemplo, al cual posteriormente lo deshereda por testamento. El derecho de éste sobre el premio de dicha póliza no lo pierde porque no integra el caudal relicto del padre. No constituye un derecho patrimonial del causante. El premio que la Compañía de Seguros otorga al hijo designado, a la muerte de su padre, proviene de la Compañía de Seguros. Por eso es que el Art. 838 del Código Civil señala:

> No es colacionable el importe del seguro de vida contratado en favor del heredero, ni las primas pagadas al asegurador, si están comprendidas en la segunda parte del Art. 837.

Es decir, que tampoco son colacionables las primas pagadas por el testador siempre que estén de acuerdo con su propia condición económica y con la costumbre.

También podría considerarse dentro de los derechos patrimoniales trasmisibles a la muerte del causante y que no constituye herencia, la renta vitalicia, Arts. 1923 y siguientes del Código Civil.

Pero sí constituyen efectos propios de la desheredación, además de la pérdida de la calidad de heredero forzoso y de su correspondiente cuota legitimaria:

a) Que los descendientes del desheredado —si los tuviera— heredarán por representación la legítima, que correspondería a éste, siempre que sean hábiles para heredar al causante, Cfr. Art. 755 del Código Civil.
   Si no tuviera descendientes, la cuota legitimaria acrecerá la de los otros coherederos forzosos, Cfr. Art. 774 del Código Civil.
   Si no existieran otros coherederos forzosos, entonces serán llamados por su orden los comprendidos en el Art. 816 que es regla ubicada en la parte relativa a sucesión legal o intestada.
   Y, finalmente, cuando no haya herederos legales, corresponderá la herencia al Estado e instituciones públicas con arreglo al Art. 830 del Código Civil.

b) 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, Cfr. Art. 755 del Código Civil.

11. ¿CUÁNDO QUEDA SIN EFECTO LA DESHEREDACIÓN?

Son varias las causas que pueden determinarla.

a. Por revocación

La revocación total del testamento por el propio testador con arreglo al Art. 798 y siguientes del Código Civil, puede determinar que la desheredación contenida en él quede también sin efecto. Pero también puede limitarse a la declaración anterior de desheredación, la cual entonces puede asumir dos formas según el Art. 753:

- **Expresa:** cuando el testador mediante otro testamento o por escritura pública manifiesta de modo claro y preciso su voluntad de revocar la desheredación anteriormente hecha. En tal caso, queda sin efecto la sentencia recaída en el proceso civil que hubiera seguido contra el desheredado para justificar la desheredación. Este enunciado es muy importante en la medida que permite al testador por un acto libérrimo de su voluntad, dejar sin efecto una sentencia ejecutoriada sobre desheredación.

  Consideramos que esta revocación de desheredación hecha por escritura pública constituye un exceso incompatible con la naturaleza de la desheredación, porque si ésta sólo tiene eficacia legal cuando se hace por testamento con juicio previo o sin él, no resulta coherente que la revocación de ella pueda hacerse mediante instrumento extraño al testamento. Recordemos que conforme a los Arts. 742 y 743, la desheredación sólo admite como una única forma esencial y solemne la manifestación del testador a través del testamento. No procederán hacerse entonces en otra clase de instrumentos.
- **Tácita**: Cuando con posterioridad a la desheredación efectuada, el testador en un nuevo testamento que otorga, incluye también dentro de sus herederos a quienes instituye, al desheredado, sin alusión alguna a aquella desheredación.

La revocación en cualquiera de sus formas implica un perdón, determinando entonces que no podrá en el futuro renovarla sino por hechos posteriores, Cfr. Art. 747, 753 y 754 del Código Civil. Implica una reconciliación posterior del ofensor y del ofendido.

b. Nulidad

b.1. Cuando la nulidad es del testamento puede obedecer a diversas causas:

- Todas aquellas referidas genéricamente al acto jurídico. Art. 219:

El acto jurídico es nulo.
1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el Art. 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del Art. V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

- Todas aquellas referidas específicamente al testamento, como son los casos previstos en los Arts. 808, primera parte; y 808, segunda parte, en cuanto se refiere al Art. 687 que son realmente casos de incapacidad absoluta; y Arts. 722, 810, 811, 813 y 814, que desarrollaremos al ocuparnos de las causas de decaimiento del testamento.
- Todas las causas de anulabilidad relacionadas genéricamente al acto jurídico, Art. 221 del Código Civil:

b.2. El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable.

- Todas las causas de anulabilidad relacionadas específicamente al testamento, como son los casos previstos en los Arts. 809, 812 y 813.

b.3. Cuando la nulidad se refiere concretamente a la disposición testamentaria relativa a la desheredación que se da en los casos previstos por el Art. 743.

Es nulo cuando:

- La desheredación es dispuesta sin expresión de causa. La justa causa no sólo significa que esté contemplada por la ley sino que, además, supone imputabilidad, apreciada a estos efectos por el juzgador en caso de contradicción. Es decir, que el desheredado tenga capacidad civil y que haya actuado con conciencia y libertad.
- Por causa no señalada en la ley.
- Cuando está sujeta a condición. Creemos que podría valer la desheredación condicional cuando consista en ser cierta la causa en que se funde, pues la elevación de esa *conditio juris* a condición expresa no invalidará la desheredación.

Es anulable: Art. 743, última parte.

b.4. Cuando se funda en causa falsa.

c. Por invalidación de la desheredación. Art. 815 inc. 1°

Se da este caso cuando el heredero desheredado por testamento sin previo juicio interpone demanda contra los otros herederos del testador para que éstos justifiquen dicha sanción civil, y concluye con sentencia firme que declara fundada la demanda y en consecuencia inválida y sin efecto alguno la desheredación. A esto alude precisamente la última parte del Art. 815 inciso 1°.

d. Por caducidad de testamento especial en los siguientes casos:

d.1. Vencimiento del plazo de 3 meses computados a partir de la fecha en que el testador deje de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento por escritura pública o cerrado con intervención de notario, tratándose de testamento militar o a los 3 meses de haber desembarcado definitivamente el testador cuando se refiere al testamento marítimo conforme a los Arts. 715 y 720 del Código Civil, respectivamente.

d.2. Cuando vence el plazo de 1 año desde la muerte del testador sin haberse solicitado la comprobación y protocolización del testamento ológrafo, Art. 707, segunda parte del Código Civil.

Desde otro punto de vista, la desheredación puede dejar de tener efecto sólo en dos casos puntuales: por la reconciliación y por la sentencia que la invalida; bien por no haberse justificado como correspondía hacerse por parte

de los demandados, demostrándose así su falsedad o también por fundarse en causa no contemplada por la ley, o sujeta a condición o finalmente cuando la desheredación no se fundó en causa alguna.

12. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA INDIGNIDAD Y LA DESHEREDACIÓN

Semejanzas:

a. Tanto la indignidad como la desheredación se encuentran reguladas por normas legales de carácter facultativo porque en todo caso depende su imposición de la voluntad de quien tiene legitimidad para hacerlo. No son pues instituciones de orden público. No operan *ipso jure*
b. Es indispensable que el sucesor que comete la infracción legal tenga capacidad civil plena y que al tiempo de su realización haya actuado con conciencia y voluntad libre.
c. La declaración de indignidad y de desheredación implican una sanción civil para el sucesor que ofende gravemente al causante, o en determinados casos a sus descendientes, ascendientes o cónyuge del afectado.
d. Estas infracciones legales tienen un contenido moral.
e. La sanción civil, en ambos casos, tiene efecto personalísimo porque sólo perjudica al trasgresor, mas no necesariamente a sus descendientes, a no ser que también hayan tenido participación dolosa en tales actos u otros diferentes que los inhabilite por indignidad o desheredación para heredar al causante.
f. La privación de derechos, por tales motivos personales de los herederos originales, determina que sus descendientes puedan acceder a tales derechos sucesorios del causante mediante la representación sucesoria en los casos establecidos por la ley. No procede la representación sucesoria respecto de legatarios.
g. De no ser éste el caso, accederán los coherederos del indigno o del desheredado en virtud del derecho de acrecencia. Pero respecto de los legatarios no sucede esto porque no hay representación sucesoria ni derecho de acrecencia (salvo excepción del Art. 775 del Código Civil).
h. En caso de que los bienes hereditarios del causante que por estas causas pasen a los descendientes incapaces del indigno o del desheredado, se determinará que dichos infractores pierdan el derecho de usufructo y de administración sobre los mismos.
i. En los casos de representación, el representante colacionará lo recibido por su representado.

Diferencias:

a. La indignidad es aplicable a toda clase de herederos y legatarios, en consecuencia, procede declararse tanto en la sucesión testamentaria como en la legal o intestada.
En cambio la desheredación: sólo procede declararse respecto de los herederos forzosos, lo que quiere decir que es aplicable únicamente en casos de sucesión testamentaria.

b. Las causas de indignidad y las de desheredación no son las mismas. Son diferentes.

c. Las causas de indignidad son anteriores a la muerte del causante e incluso hay una que puede ser posterior como la que prevé el Art. 667 inciso 5°: «Los que destruyan, oculten, fabriquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes a sabiendas hagan uso de un testamento falsificado». En cambio, las causales de desheredación son cometidas siempre sin excepción alguna en vida del causante y anteriores al otorgamiento del testamento.
Las causas por desheredación son siempre, y sin excepción alguna, anteriores a la muerte del testador.

d. La indignidad exige la existencia de un juicio civil que concluya con sentencia firme que la declare. La desheredación sólo exige se haga por testamento no siendo indispensable el juicio previo.

e. La certeza de la causa de indignidad debe probarse necesariamente. La de desheredación no necesariamente. Sólo ha de probarse cuando el desheredado la contradiciese en juicio.

f. Las personas llamadas a ejercitar la acción de indignidad son las llamadas a suceder a falta o en concurrencia con el presunto indigno. Eventualmente, además, el propio causante, pero sólo respecto de sus herederos forzosos y de acuerdo con las reglas de la desheredación. En cambio, la desheredación sólo puede ser ejercitada por el propio testador.

g. Para ejercitar la acción de indignidad hay un plazo de prescripción de un año contado desde que el presunto indigno entró en posesión de la herencia o del legado. Para la desheredación no hay plazo legal establecido.

h. La sentencia firme que declara la indignidad no puede ser revocada por los coherederos que ejercitaron la acción. La desheredación sí puede ser revocada por el testador cuando instituye heredero al desheredado o por declaración expresada en el testamento o en escritura pública. En tal caso, no produce efecto el juicio anterior seguido para justificar la desheredación.

i. En el juicio por indignidad corresponde a los herederos demandantes probar los hechos que fundamentan la demanda. En la desheredación si se hizo sin previo juicio y el desheredado o sus sucesores promueven acción contradictoria de esa desheredación, corresponde a los demandados probar la causa.

j. La declaración de indignidad hace perder al sucesor su título personal de heredero o de legatario según el caso y como consecuencia, su derecho a toda la herencia; la desheredación priva al heredero forzoso de su calidad personal y de su derecho legitimario, pero no necesariamente el derecho a las donaciones y legados que le hubieran sido otorgados a no ser que el testador lo hubiera dispuesto de modo expreso.

k. Declarada la exclusión del indigno, éste queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. En la desheredación sólo estará obligado a la restitución de aquello que excede la cuota de libre disposición porque su situación legal queda comprendida con el Art. 1629 del Código Civil.

l. Por la indignidad, el indigno pierde los derechos de usufructo y la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes menores de edad. Por la desheredación, el desheredado pierde estos mismos derechos que por esta causa adquieren sus descendientes que sean menores de edad o incapaces. Esta última diferencia es más fruto de una descoordinación que de una consideración técnica porque no existe razón que justifique esta diferencia. Por lo demás, la privación de estos derechos por parte del sucesor afectado se justifica porque la privación de la herencia que conlleva la sanción civil no sería completa. El infractor no debe ni puede obtener beneficio alguno respecto de los derechos hereditarios que perdió por su propia acción dolosa, contraria a las más elementales consideraciones de respeto y aprecio para con el causante.

CASOS JURISPRUDENCIALES

MATERIA CIVIL

CONTRADICCIÓN DE DESHEREDACIÓN

CASO N° 26

CAS. N° 784-97 LIMA

Sumilla del autor:

Cuando sin previo proceso judicial de desheredación, que el Art. 751 del Código Civil autoriza, el causante mediante testamento deshereda a alguno de sus herederos forzosos fundado en las causales contenidas en el Art. 744 a 746 o en las señaladas en el Art. 667 como preceptúa el Art. 747, corresponde al desheredado o a sus sucesores, el derecho de contradecir la desheredación dentro de un proceso judicial contencioso de conocimiento, en el plazo de dos años, contados desde la muerte del testador o desde que el desheredado tiene conocimiento del contenido del testamento.

En este caso, según el Art. 752 del precepto legal citado, corresponde a los herederos del testador —que intervienen como parte demandada— probar la causa de dicha desheredación. Se invierte el principio procesal del *onus probandi* o sea que la carga de la prueba no reposa sobre el demandante sino en la parte demandada, lo cual es razonable, porque en Derecho Procesal Civil, no se puede probar la inexistencia de los hechos que sirvieron de sustento para la desheredación. Sólo se prueban los hechos positivos, que corresponderá entonces a la parte demandada.

La Casación sólo resulta procedente en los casos taxativos señalados por el Art. 386 del Código Procesal Civil no encontrándose previsto la relacionada con la apreciación de la prueba. Conforme a la ley, la doctrina y jurisprudencia, en vía de casación no se puede volver a hacer un análisis de las pruebas actuadas en el proceso ya que la Corte Suprema no actúa ni puede actuar como tercera instancia.

Si la parte demandada no prueba la realización de las causales de desheredación imputadas por el testador a la heredera forzosa desheredada, la demanda será declarada fundada.

Concordancias:

Código Civil: Arts. 744, 747, 751 y 752.
Código Procesal Civil: Art. 386.

Antecedentes:

Don Pedro Mauro Tahua Aranda apoderado de doña María Olga Quiroga Román interpone demanda en vía de proceso de conocimiento contra doña Elvia Mercedes Vásquez viuda de Quiroga, sobre contradicción de desheredación efectuada mediante testamento por escritura pública otorgada por su padre adoptivo don Juan Quiroga Avilés con fecha 9 de mayo de 1992, fundándose en las causales contempladas en los incisos 1° y 4° del Art. 744 del Código Civil. Afirma que los hechos contemplados en ese dispositivo legal son falsos. La parte demandada absolvió el trámite de contestación a la demanda negándola más no actuó prueba alguna que hubiera justificado dicha desheredación.

Todas las instancias uniformemente han declarado fundada la demanda. La Corte Suprema decidió declarar infundado el recurso de casación.

SENTENCIA

EXP. N°: 1172-94

Demandante: María Quiroga Román
Demandado : Elvia Vásquez Vásquez Vda. de Quiroga
Materia : Contradicción de Desheredación

RES. N° TREINTA Y TRES

Lima, doce de julio de mil.-
novecientos noventiséis.-

VISTOS; con el expediente sobre División y Partición seguido por doña María Quiroga Román con don Juan Quiroga Avilés, por ante el Décimo Cuarto Juzgado Civil, que oportunamente se devolverá; resulta de autos: que por escrito de fojas setenta a setenticinco, subsanada por escrito de fojas setentiocho, don Pedro Mauro Tahua Aranda, apoderado de doña María Olga Quiroga Román interpone demanda en vía de proceso de conocimiento contra doña Elvia Mercedes Vásquez Vásquez Viuda de Quiroga, sobre contradicción de desheredación y a que se refiere el Testamento por escritura pública otorgado por don Juan Quiroga Avilés, por ante la Notaría del doctor Aurelio Díaz Rodríguez, con fecha nueve de mayo de mil novecientos noventidós, por ser totalmente falsas las imputaciones que se le

atribuyen en el testamento materia de esta demanda, conforme a los fundamentos de hecho detallados en dicha demanda; ampara su petición en lo dispuesto por el artículo setecientos cincuenta del Código Civil; admitida a trámite la demanda, ésta fue absuelta por la demandada conforme a los términos de su escrito de fojas noventiocho a ciento quince, formulándose reconvención, la misma que fue declarada improcedente por resolución de fojas ciento dieciséis; fijada fecha para la audiencia conciliatoria ésta se realizó conforme a los términos del acta de fojas ciento setentiséis, fijada fecha para la respectiva audiencia de pruebas, ésta se realizó conforme al acta de fojas doscientos treinta a doscientos treinticuatro, así como a fojas doscientos setentiocho a doscientos ochentidós, por lo que habiéndose actuado los respectivos medios probatorios, y producido los informes orales correspondientes ha llegado el momento de expedir sentencia; y **CONSIDERANDO: PRIMERO**: que según es de verse de la cláusula tercera del testimonio de la escritura de Ampliación de Testamento que corre de fojas uno a tres, otorgado por don Juan de Dios Quiroga Avilés, el nueve de mayo de mil novecientos noventidós, se desprende que nombra como única y universal heredera a su cónyuge doña Elvia Mercedes Vásquez Vásquez; agregándose seguidamente que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo setecientos cuarenticuatro, incisos primero y cuarto del Código Civil deshereda totalmente a su hija adoptiva doña María Olga Quiroga Román, cuya contradicción se plantea conforme a la presente demanda; **SEGUNDO**: que detallándose las causales en referencia se hace mención a hechos consignados en los puntos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto de la anotada cláusula tercer; **TERCERO**: que en principio es importante señalar que las causales de desheredación son las que taxativamente señala la ley, siendo que los incisos primero y cuarto del citado artículo setecientos cuarenticuatro del Código Civil disponen que la desheredación es procedente en el caso de: haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge, si éste es también ascendiente del ofensor; y asimismo, llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral; **CUARTO**: que el artículo setecientos cincuentiuno de la norma sustantiva plantea que el que deshereda puede promover juicio para justificar su decisión; y en caso de no haberse promovido tal juicio corresponde a sus herederos probar la causa, si el desheredado o sus sucesores la contradicen, conforme lo estatuye el artículo setecientos cincuentidós del indicado Código Civil; **QUINTO**: que igualmente del derecho de contradecir la desheredación corresponde al desheredado o a sus sucesores y se extingue a los dos años contados desde la muerte del testador o desde que el desheredado tiene conocimiento del contenido del testamento, por lo que en tal sentido debe considerarse que la presente de-

manda ha sido planteada dentro de dicho plazo, pues el causante falleció el día diecinueve de diciembre de mil novecientos noventidós, en tanto que la demanda ha sido interpuesta el día trece de diciembre de mil novecientos noventicuatro, cumpliéndose de éste modo con el requisito en mención; **SEXTO**: que acorde a la normatividad antes señalada surge la excepción a la regla procesal que estipula el artículo ciento noventiséis del Código Procesal Civil, pues en este caso, de manera expresa la ley señala que la carga de probar corresponde a los sucesores, en este caso a la demandada, al no haberse iniciado la acción de justificación por el testador, de manera que debe demostrar cabalmente las causales determinadas por la ley y que se han consignado en el testamento aludido; **SÉPTIMO**: que en ese sentido, valorado los medios probatorios de manera conjunta conforme a lo señalado por nuestro ordenamiento procesal, la demandada no ha aportado elemento de juicio idóneo y convincente que demuestre las causales por las cuales se ha realizado la desheredación, pues no se ha demostrado que éste, es decir el testador, ni su cónyuge hayan sido objeto de maltratos de obra o haber sido injuriado grave y reiteradamente, siendo que en la contestación de la demanda tampoco se han hecho cargos concretos respecto a tales hechos o a la conducta de la demandante en el sentido de haber llevado una vida deshonrosa e inmoral, porque de todo lo actuado no fluye ninguna prueba que conduzca a formar convicción respecto a las causales que evidentemente tienen que encontrarse enmarcados bajo los supuestos que indica el dispositivo legal indicado; máxime que en cuanto a esta última causal se hace una simple atingencia de manera genérica, debiendo considerarse asimismo que los hechos consignados en los puntos primero y quinto de la cláusula tercera del testamento, no guardan relación con las causales previstas por la norma legal citada, por lo que en tal caso debe estarse a lo previsto por el artículo setecientos cuarentitrés del anotado Código Civil; **OCTAVO**: que por consiguiente, no habiéndose probado de manera alguna las causales de desheredación, procede amparar la demanda de contradicción, pues la actora María Olga Quiroga Román tiene la condición de heredera forzosa, cuya condición no ha sido negada y que se encuentra debidamente acreditada con la Escritura Pública de Protocolización que obra en la demanda, acompañada en la etapa postulatoria del proceso; **NOVENO**: que la tacha planteada por la demandada a fojas doscientos veintiuno a doscientos veintitrés, debe desestimarse, por referirse al contenido del documento, mas no a su aspecto formal; por tales consideraciones y en aplicación de los dispositivos legales antes mencionados; **FALLO**: declarando Infundada la tacha de fojas doscientos veintiuno a doscientos veintitrés; y **FUNDADA** la demanda de contradicción de desheredación planteada por el apoderado de doña María

Olga Quiroga Román en su escrito de fojas setenta a setenticinco, subsanada a fojas setentiocho, en consecuencia, declarada la revocatoria de la desheredación de la demandante decretada por el testador Juan Quiroga Avilés en la cláusula tercera del Testamento de fojas uno vuelta; con costas y costos.

EXP. N° 1452-96

Lima, siete de abril de
mil novecientos noventisiete.-

VISTOS: con el expediente acompañado; interviniendo como Vocal Ponente el señor Mansilla Novella; por los propios fundamentos de la resolución recurrida; y **CONSIDERANDO** además; **PRIMERO**: Que, la desheredación es el acto jurídico por el cual el causante priva de la herencia a su heredero forzoso, mediante disposición testamentaria expresa y por alguna de las causales taxativamente señaladas por la ley; **SEGUNDO**: Que, en el caso de autos, conforme es de verse del testamento corriente de fojas uno a tres otorgado por quien en vida fuera don Juan de Dios Quiroga Avilés, en la cláusula Tercera del mismo aparece consignado que de conformidad con el artículo setecientos cuarenticuatro, incisos primero y cuarto del Código Civil, deshereda totalmente a su hija adoptiva María Olga Quiroga Román y a su descendencia; **TERCERO**: Que, los incisos primero y cuarto del referido artículo setecientos cuarenticuatro del acotado, señalan que son causales de desheredación de los descendientes: haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge, si éste es también ascendiente del ofensor; y llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral; **CUARTO**: Que, el artículo setecientos cincuenta del Código Sustantivo, establece que el derecho de contradecir la desheredación corresponde al desheredado o a sus sucesores y se extingue a los dos años contados desde la muerte del testador o desde que el desheredado tiene conocimiento del contenido del testamento; **QUINTO**: Que, habiendo fallecido el testador el día diecinueve de diciembre de mil novecientos noventidós, conforme es de verse de la partida de defunción de fojas doce, la presente acción ha sido interpuesta dentro del plazo antes referido; **SEXTO:** Que, de otro lado, el artículo setecientos cincuentidós del propio texto legal, determina que en caso de no haberse promovido juicio por el testador para justificar la desheredación, corresponde a sus herederos probar la causa, si el desheredado o sus sucesores la contradicen; **SÉPTIMO**: Que, siendo esto así, en el presente caso corresponde a la demandada probar la causa de la desheredación en que se apoyó el causante, dada su condición de única y universal heredera de acuerdo a lo que

aparece del propio testamento de fojas uno a tres; **OCTAVO**: Que, en el caso *sub litis*, no ha probado la demandada de modo alguno las causales invocadas por el causante en su testamento; resultando insuficientes las pruebas aportadas para acreditar que la actora hubiere maltratado o injuriado grave y reiteradamente a su ascendiente; y menos aún, llevado una vida deshonrosa o inmoral; **NOVENO**: Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que la demandada no es ascendiente de la actora, conforme lo establece el inciso primero del artículo setecientos cuarenticuatro del Código Sustantivo; **DÉCIMO**; Que, la condición de heredera forzosa de la actora se encuentra debidamente acreditada con el testimonio de la escritura pública de protocolización de Adopción de fojas veintiséis a treinta, el mismo que no ha sido materia de impugnación alguna; y **DECIMOPRIMERO**: Que estando lo previsto por los dispositivos legales antes referidos; y de acuerdo a lo que previenen los artículos ciento ochentiocho y ciento noventisiete del Código Procesal Civil, **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas trescientos cuarentitrés trescientos cuarentiséis, de fecha doce de julio de mil novecientos noventiséis, que declara infundada la tacha de fojas doscientos veintiuno a doscientos veintitrés; y fundada la demanda de contradicción de desheredación planteada por el apoderado de doña María Olga Quiroga Román en su escrito de fojas setenta a setenticinco, subsanada a fojas setentiocho; en consecuencia, declara la revocatoria de la desheredación de la demandante decretada por el testador Juan de Dios Quiroga Avilés en la cláusula Tercera del Testamento de fojas uno a tres; con costas y costos; y los devolvieron.- En los seguidos por doña María Olga Quiroga Román contra doña Elvia Mercedes Vásquez Vásquez viuda de Quiroga sobre Contradicción.-

CAS.Nº 784-97 LIMA

Lima, veintiocho de agosto de
Mil novecientos noventiocho.-

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la causa vista en audiencia pública el día sesentisiete de los corrientes, emite la siguiente sentencia; teniendo a la vista el acompañado:

1. **MATERIA DEL RECURSO:**
Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Elvia Vásquez Viuda de Quiroga, contra la sentencia emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de fojas cuatrocientos ocho, su fecha siete de abril de mil novecientos noventisiete, que confirmando la sentencia apelada de fojas trescientos cuarentitrés, su fecha doce de julio de mil novecientos noventiséis, declara fundada la demanda de contradicción de la desheredación, con lo demás que contiene.
2. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**
La Corte, mediante Ejecutoria Suprema de fecha dieciocho de setiembre del año próximo pasado, ha estimado procedente el recurso por la causal contenida en el inciso primero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil; esto es, interpretación errónea de los incisos primero y cuarto del artículo setecientos cuarenticuatro del Código Civil.
3. **CONSIDERANDO:**
PRIMERO: Que se debe establecer en esta sentencia si al expedirse la impugnada se han interpretado erróneamente los incisos primero y cuarto del artículo setecientos cuarenticuatro del Código Sustantivo; debiendo precisarse que se incurre en dicha violación de la ley cuando el juzgador aplica al caso concreto la norma pertinente; pero a ella le otorga a la norma un sentido diferente.
SEGUNDO: Que conforme a la ley y a la doctrina, en vía de casación no se puede volver a hacer un análisis de las pruebas actuadas en el proceso, ya que la Corte no actúa como tercera instancia.
TERCERO: Que las sentencias inferiores han concluido que la demandada no ha acreditado de forma alguna que la actora haya incurrido en las causales de desheredación invocadas por el causante en su testamento; habiendo quedado establecido debidamente la condición de heredera forzosa de la actora.

CUARTO: Que por ello no se puede sostener que en la impugnada se ha incurrido en violación de la ley.

4. **SENTENCIA**:

Estando a las consideraciones que anteceden y con la facultad que concede el artículo trescientos noventisiete del Código Procesal Civil: declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Elvia Vásquez Vásquez Viuda de Quiroga, en consecuencia **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos ocho, su fecha siete de abril de mil novecientos noventisiete; **CONDENARON** a la recurrente al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del proceso; en los seguidos por doña María Quiroz Román, sobre contradicción de desheredación; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron.-

SS.-PANTOJA-RONCALLA-ECHEVARRÍA-CELIS

EL VOTO DEL S. CASTILLO LA ROSA; es como sigue: **CONSIDERANDO: PRIMERO**: Que son hechos admitidos como ciertos en el proceso: a) Que la actora María Olga Quiroga Román, hija adoptiva del testador Juan Quiroga Avilés, siguió acción de declaratoria de herederos de su madre adoptiva María Modesta Román Calderón esposa del testador y padre adoptivo, ignorando a éste totalmente, habiendo conseguido que se declarara exclusivamente a ella como heredera (Expediente número cuatrocientos treceochenticinco); b) Que, la actora, esposo e hijos, así como su padre adoptivo vivían juntos en la casa, sito en el jirón los Manzanos, distrito de San Isidro, de la que tuvo que salir éste último para ir a vivir a un departamento del distrito de la Victoria, siendo así que el inmueble de San Isidro le pertenecía a él por haberlo adquirido con su esposa María Modesta Román Calderón; c) Que, el padre adoptivo y testador tuvo que recurrir ante la autoridad política solicitando garantías personales, contra los actos de su hija adoptiva y esposo; d) Que, la actora no prestó ayuda o apoyo en forma alguna a su padre adoptivo durante su senectud, especialmente cuando deja su propia casa ocupada por aquélla y su esposo, para ir a vivir a la Victoria; e) Que, la adopción la efectúo Juan Quiroga Avilés en agosto de mil novecientos sesentiocho, cuando la actora contaba más de veinte años, habiéndolo hecho después de dieciocho años que lo hiciera su cónyuge; **SEGUNDO**: Que, estos hechos justifican la desheredación testamentaria que hizo el padre adoptivo, decisión de última voluntad de carácter subjetivo importante, también motivado, cuyo rechazo conlleva la interpretación errónea de las causales de desheredación prevista en

los incisos primero y cuarto del artículo setecientos cuarenticuatro del Código Civil, la que se limita a la actora por su conducta, pero no alcanza a los herederos de ésta, conforme al artículo setecientos cincuenticinco del Código Civil; por estas consideraciones **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Elvia Vásquez Vásquez Viuda de Quiroga contra la sentencia de vista a fojas cuatrocientos ocho, su fecha siete de abril de mil novecientos noventisiete, y actuando en sede de instancia de **REVOQUE** la sentencia de fojas trescientos cuarentitrés, que declara fundada la demanda de contradicción de desheredación, la que debe declararse **INFUNDADA** dicha demanda.-

SS.

CASTILLO L.R.S.

CASO N° 27

CAS. N° 322-98 JUNIN

Sumilla del autor:

Sólo el causante tiene derecho a desheredar a sus herederos forzosos, lo cual tendrá que disponerlo únicamente por testamento, debiendo señalarse con precisión la causa legal en que se funda.

El testador puede desheredar fundándose en las causales específicas de desheredación y además en las establecidas para la declaración de indignidad.

El testador al desheredar por testamento hace uso de la única vía que la ley le concede y puede disponerlo con juicio previo de desheredación o sin él. Si es sin juicio previo, el demandado será el presunto desheredado y la sentencia que la declare, una vez consentida o ejecutoriada tendrá los efectos de la cosa juzgada. Por tanto, ya no podrá ser contradicha. Cuando la desheredación por testamento se determina sin previo juicio corresponde al desheredado o a sus sucesores según el caso, interponer la acción judicial para contradecirla. En este caso, la carga de la prueba no corresponde actuarla al demandante sino a los demandados o sea, a los otros herederos del testador por dos razones. a) porque así lo dispone el Art. 752 del Código Civil que es una norma imperativa y b) porque en el Derecho Procesal no se prueban los hechos negativos. No es racionalmente posible exigir al demandante probar su inocencia y que no son ciertas las causales que se le imputan como fundamento de la desheredación. El Art. 196 del Código Procesal Civil consagra el principio del

onus probandi o sea que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión, pero este precepto legal comienza expresando «Salvo disposición legal diferente[...]». Esa disposición legal diferente en el caso de autos es precisamente el Art. 752 del Código Civil.

En juicio de contradicción de desheredación hecha por testamento, si la parte demandada no acredita los fundamentos de hecho que justifiquen la desheredación impuesta al demandante, será declarada fundada la demanda y por tanto, la invalidez de la desheredación.

El recurso de casación no procede interponerse sino en los casos taxativos establecidos en el Art. 386 del Código Procesal Civil, no encontrándose comprendida la deficiente valoración de la prueba por ser ajena a los fines de la casación.

Concordancias:

Código Civil: Arts. 742, 743, 74447, 748, 751 y 752.
Código Procesal Civil: Art. 196.

Antecedentes:

Doña Rosa Quiliano de Barragán interpone demanda de contradicción de desheredación contra sus coherederos doña María J. Quiliano y otros. Sostiene que las causales invocadas carecen de sustento real. Corrido traslado una de las demandantes la contradice.

La sentencia de Primera Instancia declara infundada la demanda al considerar que la actora no ha probado en modo alguno su pretensión. La de vista revoca la apelada y reformándola declara fundada la demanda, y sin efecto alguna la cláusula testamentaria que contenía la desheredación de la actora. El recurso de casación es denegado por improcedente.

EXP. 987-95

Demandante: Rosa Quiliano De Barragán
Demandado : María Isabel Quiliano Arriola,
Luis Quiliano Salazar y Rogelio Lazo
Materia : Contradicción de Desheredación

RES. Nº 29

Huancayo, veinte de junio de
Mil novecientos noventisiete.-

VISTOS; RESULTA DE AUTOS: A fojas uno a dos Rosa Quiliano de Barragán interpone demanda de contradicción de desheredación, dirigiéndola contra sus coherederos María Isabel Quiliano Arriola, Luis Quiliano Salazar y Rogelio Lazo Arriola. Funda su demanda en las consideraciones de hecho y derecho que expone en su referido escrito. Por resolución de fojas siete se admite a trámite la demanda en la vía de proceso de conocimiento, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios, confiriéndose traslado a los demandados mediante escrito de fojas catorce a dieciséis se apersona al proceso la demandada María Isabel Quiliano de Arriola, y absuelve el trámite de traslado de la demanda en sentido negativo contradiciéndola y negándola. Por resolución de fojas veintiuno se tiene por apersonada a ésta, y por absuelta la demanda. Por resolución de fojas veinticuatro se declara la rebeldía del demandado Luis Quiliano Salazar. Por resolución de fojas veintisiete se declara la rebeldía del demandado Rogelio Lazo Arriola; y dándose en autos los presupuestos procesales para la existencia de una relación jurídica procesal válida, se declara **SANEADA** la causa, señalándose fecha para la Audiencia de Conciliación, cuya acta corre de fojas treintiuno a treintidós, al final de la cual se señaló fecha para la Audiencia de Pruebas, cuya acta corre de fojas cuarentidós a cuarentitrés. De fojas cincuenta a cincuentiuno corre la sentencia expedida con fecha primero de agosto de mil novecientos noventiséis, que declara Infundada la demanda instada por Rosa Quiliano de Barragán; y apelada que fue la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Junín por resolución de vista de fojas setentiséis declaró Nula la sentencia apelada, Nulo todo lo actuado a partir del folio veintinueve, disponiendo que el juez de la causa Ordene que le notifiquen las resoluciones números tres y cuatro a los demandados rebeldes Luis Quiliano Salazar y Rogelio Lazo Arriola; luego se prosiga el trámite de la causa hasta dictarse nueva sentencia con arreglo a ley. Devueltos que fueron, por resolución de fojas ochentidós se mando cumplirse con lo

resuelto por la Superior Instancia; disponiéndose la notificación de los rebeldes Luis Quiliano Salazar y Rogelio Lazo Arriola, con las resoluciones tres y cuatro. Por resolución de fojas ochentisiete se citó a las partes a la audiencia conciliatoria, cuya acta corre de fojas noventiuno a noventidós, al final de la cual se señaló fecha para la audiencia de pruebas, cuya acta corre a fojas noventinueve; y, habiéndose cumplido con los trámites de ley, el estado de la causa es el de expedirse sentencia; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO**.- Que por resolución de fojas veintisiete se declaró la existencia de una relación jurídica procesal válida y saneado el proceso; y, conforme lo señala el artículo cuatrocientos sesentiséis del Código Procesal Civil, consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición citada. **SEGUNDO**.- Que, conforme es de verse del escrito de fojas uno a dos Rosa Quiliano de Barragán interpone demanda de contradicción de desheredación dirigiéndola contra María Isabel Quiliano Salazar, y Rogelio Lazo Arriola, Luis Quiliano Salazar Lazo Arriola; y, para el caso como sustento probatorio, a fojas dos, ofrece sólo el arancel judicial, copia de su libreta electoral, y copia de la escritura pública del testamento, que corre, de fojas cuatro a cinco.- **TERCERO**.- Que, la demandada María Isabel Quiliano de Arriola en su escrito de fojas catorce a dieciséis, absolviendo el traslado de la demanda la hace en sentido negativo contradiciéndola y negándola, y solicita se declare **INFUNDADA** la demanda.- **CUARTO**. Que, la audiencia de pruebas cuya acta corre de fojas noventinueve, estando a que a dicha diligencia no se hizo presente la demandante Rosa Aquilino Barragán, haciéndose efectivo el apercibimiento de ley, de conformidad a lo previsto en el inciso tercero del artículo doscientos noventiséis del Código Procesal Civil, se dio por absuelto en forma afirmativa las seis preguntas que contiene el pliego de fojas cuarentiuno.- **QUINTO**.- Que, el artículo cuatrocientos cuarenticuatro del Código Procesal Civil señala que son causales de desheredación de los descendientes: 1.- Haber maltratado de obra o injuriado grave o reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge si éste es también ascendiente del ofensor.- 2.- Haberle negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.- 3. Haberle privado de su libertad injustificadamente.- 4. Llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral.- **SEXTO**.- Que, en el testamento que en copia fotostática corre de fojas cuatro a cinco, repetido de fojas diecinueve a veinte, es de verse que en la cláusula cuarta de manera expresa María Arriola Rojas viuda de Quiliano, deshereda a su hija Rosa Quiliano Arriola porque lo ha insultado y ofendido públicamente, inclusive le hizo denuncias infundadas, calumniándola en la comisaría de

Orcotuna hace aproximadamente treinta años y desde esa época la abandonó totalmente, y se informó que la niega como su progenitora, varias veces en público lo que la actora no ha enervado con pruebas fidedignas.- **SÉPTIMO**.- Que, del acta de fojas cuarentidós a cuarenticinco es de verse que al prestar Declaración de Parte la actora Rosa Quiliano de Barragán, conforme al pliego de fojas cuarentiuno, al dar respuesta a la tercera pregunta dijo, que «Sólo tuvo un pequeño altercado con su madre»; y si bien por Resolución de Vista de fojas setentiséis a sesentisiete se declaró nula aquella actuación entre otras, aquello se tiene como declaración asimilada de conformidad a lo que señala el artículo doscientos veintiuno del Código Procesal Civil. **OCTAVO**.- Que, conforme lo señala el artículo ciento noventiséis del Código Procesal Civil, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión; y en el caso de autos la demandante Rosa Quiliano de Barragán no ha probado en modo alguno su pretensión. Por estas consideraciones y fundamentos, de conformidad a lo previsto en el artículo doscientos del Código Procesal Civil y administrando justicia a nombre de la Nación, **FALLO**: Declarando **INFUNDADA** la demanda sobre Contradicción de Desheredación, interpuesta a fojas uno a dos por Rosa Quiliano de Barragán contra María Isabel Quiliano Arriola; Luis Quiliano Salazar, y Rogelio Llazo Arriola; con Costas y Costos; y, **ARCHÍVESE**, consentida ó Ejecutoriada que sea ésta Sentencia.- T.R. y H. S.

Cv. Nº 863-96NC
HUANCAYO

RES. Nº 35

Huancayo, diecisiete de diciembre de mil
novecientos noventisiete

VISTOS: y, **CONSIDERANDO**: **PRIMERO**.- Que, de conformidad a lo previsto en la parte pertinente del artículo setecientos cincuentidós del Código Civil, corresponde a los herederos probar la causa de la desheredación detallada en la cláusula cuarta del Testamento que corre a fojas cuatro vuelta. **SEGUNDO**.- Que, los demandados María Isabel Quiliano de Arriola y Rogelio Lazo Arriola y el rebelde Luis Quiliano Salazar no han acreditado con medios probatorios suficientes que hace treinta años la actora Rosa Quiliano de Barragán haya insultado y ofendido públicamente a su causante tampoco se ha acreditado que la actora haya denunciado infundadamente

con las calumnias a su madre ante la Comisaría de Orcotuna; así mismo, no se ha probado que desde esa época haya abandonado totalmente a su madre. **TERCERO.-** Que, la testadora María Arriola Rojas no ha promovido ninguna acción para justificar su decisión como faculta el primer parágrafo del artículo setecientos cincuentiuno del Código Civil; consecuentemente como ya se tiene anotado corresponde a sus herederos acreditar las causas. **CUARTO.-** Que, el reconocimiento hecho a fojas cuarentitrés de un pequeño altercado en mil novecientos cincuentitrés no constituye medio probatorio suficiente para acreditar las causales descritas en el artículo setecientos cuarenticuatro del Código Civil; además, esa actuación ha sido declarada nula por la resolución de Vista de fojas setentiséis. Que, el derecho de contradecir la desheredación está pues vigente por mandato del artículo setecientos cincuenta del Código Civil. **QUINTO.-** Que, el rebelde Luis Quiliano Salazar está citado como Lucho en la penúltima parte de la cláusula tercera del Testamento que corre a fojas cuatro mientras que Rogelio Lazo Arriola se ha identificado con su electoral veinte millones cuatrocientos veintinueve mil cuatrocientos cuarentitrés en la diligencia de fojas noventiuno. Por lo que **REVOCARON** la sentencia número veintinueve de fecha veinte de junio de mil novecientos noventisiete y que corre a fojas ciento nueve por la que se declara infundada la demanda de contradicción de desheredación de fojas uno con todo lo demás que contiene y reformándola declararon **FUNDADA** la demanda de fojas uno interpuesta por Rosa Basilia Quiliano Arriola de Barragán contra María Isabel Quiliano Arriola, Luis Quiliano Salazar y Rogelio Lazo Arriola sobre contradicción de desheredación, consecuentemente declararon **SIN EFECTO** alguno en todas sus partes la cuarta cláusula del Testamento otorgado por doña María Arriola Rojas viuda de Quiliano ante el Notario Público Ciro Gálvez Herrera el dos de agosto de mil novecientos noventicuatro cuyo Testimonio en fotocopia corre a fojas cuatro de este expediente por la que se desheredaba a la actora, por lo que tanto dicha cláusula carece de validez alguna, sin costas ni costos y los devolvieron. En los seguidos por Rosa Quiliano de Barragán con María Isabel Quiliano Arriola y otros sobre contradicción de desheredación. Conformaron Sala con la señorita vocal Sotelo Cabrera por abstención del señor vocal Solís Espinoza. Vocal Ponente señor Zevallos Soto.

SS.

ARANDA A.-ZEVALLOS S.-SOTELO C.

CASO N° 322-98 JUNÍN

Lima, diecinueve de marzo de
mil novecientos noventiocho.-

VISTOS; y **CONSIDERANDO**: **PRIMERO:** que el recurso de casación de fojas ciento cuarenticuatro, interpuesto por la demandada doña María Isabel Quiliano de Arriola, se sustenta en las causales previstas en los incisos primero y segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, esto es, por aplicación indebida de normas de derecho material, como por inaplicación de normas sustantivas relacionadas con el caso; **SEGUNDO:** que, con la primera causal, la recurrente aparte de referirse a la aplicación indebida o interpretación errónea de los artículos setecientos cincuentiuno y setecientos cincuentidós del Código Civil, confundiendo dos situaciones jurídicas distintas y excluyentes entre sí, no explica con claridad cuál debe ser la debida aplicación; sin perder de vista además que se trata de dos normas pertinentes para definir la controversia; **TERCERO**: que, en cuanto a la segunda causal no es exacto que la sentencia de vista haya dejado de aplicar los artículos setecientos cuarenticuatro y setecientos cincuentidós del citado Código sustantivo; la prueba está que la propia recurrente manifiesta al fundamentar la causal anterior que el artículo setecientos cincuentidós ha sido aplicado indebidamente, cuando tanto este numeral como los anteriormente glosados son dispositivos pertinentes que sirven de apoyo legal a la decisión de la Sala Civil; **CUARTO**: que, respecto a los demás dispositivos legales acotados, por tratarse de normas procesales, no sirven para sustentar la causal del inciso segundo que se contrae a normas de derecho material; que por las razones precedentes, así como por haberse orientado el recurso a cuestionar en su mayoría una deficiente valoración de la prueba, que no es precisamente los fines de la casación, dicho recurso si bien reúne los requisitos de forma, no sucede lo mismo con los requisitos de fondo para establecer su procedencia; por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo trescientos noventidós del mismo Código; declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto a fojas ciento cuarenticuatro contra la resolución de vista de fojas ciento treinticinco, su fecha diecisiete de diciembre pasado del año próximo pasado; **CONDENARON** a la recurrente al pago de las costas y costos del recurso así como a la multa de tres unidades de referencia Procesal; **ORDENARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*; en

los seguidos por doña Rosa Basilia Quiliano de Barragán con doña María lsabel Quiliano de Arriola y otros sobre contradicción de desheredación; y los devolvieron.-

S.S.

URRELLO A.-ALMENARA B.-VÁSQUEZ C.-ECHEVARRÍA A.-BELTRÁN Q.

Capítulo XXI

LEGADOS

1. CÓDIGO CIVIL

Art. 756.- 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.

Art. 757.- No es válido el legado de un bien determinado, si no se halla en el dominio del testador al tiempo de su muerte.

Art. 758.- Es válido el legado de un bien mueble indeterminado, aunque no lo haya en la herencia. La elección, salvo disposición diversa del testador, corresponde al encargado de pagar el legado, quien cumplirá con dar un bien que no sea de calidad inferior ni superior a aquél, debiendo tener en consideración la parte disponible de la herencia y las necesidades del legatario.

Art. 759.- El legado de un bien que pertenece al testador sólo en parte o sobre el cual éste tiene otro derecho, es válido en cuanto a la parte o al derecho que corresponde al testador.

Art. 760.- Si el testador lega un bien que está gravado por derechos reales de garantía, el bien pasará al legatario con los gravámenes que tuviere. El servicio de amortización e intereses de la deuda, serán de cargo del testador hasta el día de su muerte.

Art. 761.- Si el bien legado estuviere sujeto a usufructo, uso o habitación a favor de tercera persona, el legatario respetará estos derechos hasta que se extingan.

Art. 762.- El legado de un crédito tiene efecto sólo en cuanto a la parte del mismo que subsiste en el momento de la muerte del testador. El heredero está obligado a entregar al legatario el título del crédito que le ha sido legado. El legado de liberación de una deuda comprende lo adeudado a la fecha de apertura de la sucesión.

Art. 763.- Son válidos los legados hechos a favor de los pobres, o para fines culturales o religiosos, que serán entregados por el heredero a quienes indique el testador. A falta de indicación, los primeros serán entregados a la Beneficencia Pública, los segundos al Instituto Nacional

de Cultura o a los organismos que hagan sus veces en uno u otro caso; y los terceros, a la autoridad competente de la religión que profesaba el testador.

Art. 764.- Si el bien legado es un predio, los terrenos y las nuevas construcciones que el testador haya agregado después del testamento no forman parte del legado, salvo las mejoras introducidas en el inmueble cualquiera que fuese su clase.

Art. 765.- El legado en dinero debe ser pagado en esta especie, aunque no lo haya en la herencia.

Art. 766.- El legado de alimentos, si el testador no determinó su cuantía y forma de pago, se cumple asignando al legatario una pensión que se regirá por lo establecido en las disposiciones de los Arts. 472 a 487.

Art. 767.- El legado remuneratorio se considera como pago en la parte en que corresponda razonablemente al servicio prestado por el beneficiario del testador y como acto de liberalidad en cuanto al exceso.

Art. 768.- El legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva o al vencimiento de un plazo, mientras no se cumpla la condición o venza el plazo. Mientras tanto puede ejercer las medidas precautorias de su derecho. El legado con cargo, se rige por lo dispuesto para las donaciones sujetas a esta modalidad.

Art. 769.- En el legado de bien determinado no sujeto a condición o plazo, el legatario lo adquiere en el estado en que se halle a la muerte del testador. Desde ese momento le corresponden los frutos del bien legado y asume el riesgo de su pérdida o deterioro, salvo dolo o culpa de quien lo tuviere en su poder.

Art. 770.- Si el valor de los legados excede de la parte disponible de la herencia, éstos se reducen a prorrata, a menos que el testador haya establecido el orden en que deben ser pagados. El legado hecho a favor de alguno de los coherederos no está sujeto a reducción, salvo que la herencia fuere insuficiente para el pago de las deudas.

Art. 771.- Si el testador que tiene la libre disposición de sus bienes instituye herederos voluntarios y legatarios, la parte que corresponde a aquellos no será menor de la cuarta parte de la herencia, con cuyo objeto serán reducidos a prorrata los legados, si fuere necesario.

Art. 772.- Caduca el legado:

1. Si el legatario muere antes que el testador.
2. Si el legatario se divorcia o se separa judicialmente del testador por su culpa.
3. Si el testador enajena el bien legado o éste perece sin culpa del heredero.

Art. 773.- Es aplicable al legado la disposición del Art. 677.

El Título IV recoge casi íntegramente el texto de los Arts. 98 al 115 del Anteproyecto.

2. ANTECEDENTES

La institución de heredero constituye una de las instituciones del Derecho Romano que aún subsiste. Pero también se encuentra la del legatario en oposición a aquélla. Fueron conocidas cuatro clases de legados:

a. Legado *per vindicationem*. Su nombre proviene del hecho de poder ejercitar su titular la acción reivindicatoria.
b. Legado *per damnationem*. El testador impone al heredero la obligación de realizar una prestación a favor de un legatario, y se regula por el derecho de obligaciones. Sólo adquiere un derecho de crédito para obligar al heredero a ejecutar la prestación que le es debida.
c. Legado *sinendimodo*. Impone al heredero la obligación de cumplir una prestación negativa. Debe tolerar o permitir que el legatario tome la cosa legada o ejercite la facultad que le quiso atribuir el disponente.
d. Legado *per preaeceptionem*. Es el legado concedido de uno de los herederos, el cual se encuentra autorizado para llevarse la cosa legada antes de la partición de la masa hereditaria. El origen de este tipo de legado fue permitir la distribución de bienes concretos de la herencia entre los herederos, ya que en el Derecho Romano no se admitió la institución de herederos de bienes concretos.

Como en el Derecho Romano no fue admitida la sucesión mixta —*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*—, a fin de evitar las nulidades del testamento, durante el período de Justiniano, se flexibilizan las fórmulas sacramentales evitándose así la proliferación de nulidades por errores involuntarios del testador al emplearlos. Asimismo, se establece que todos los legados tendrán una misma naturaleza cualquiera que fuese la fórmula empleada por el testador. Este criterio impera en la doctrina actual. El legado es un acto de liberalidad dispuesta por testamento, con la cuota de libre disposición a favor de cualquier persona natural o jurídica.

3. DISTINCIÓN CON EL TÍTULO HEREDITARIO

En el Código Civil actual no se acepta el legado universal como sí fue reconocido en el Código Civil de 1936, Art. 719, por influencia del Código Civil Francés. El derecho a la universalidad es considerado como un atributo propio, exclusivo y excluyente del heredero. Esta aserción resulta es-

tablecida no sólo por lo dispuesto por el Art. 735 del Código Civil vigente, sino además por el Art. 738, cuando reconoce la posibilidad de que *el testador pueda instituir legatarios en todos sus bienes cuando no tiene herederos forzosos y señalar los que asigna a cada uno de los legatarios.* Con lo que se descarta la posibilidad de instituir un solo legatario en toda la herencia. Si eso ocurriera, es decir, si se asignara a un legatario toda la herencia, ese legatario sería un heredero, Art. 735 del Código Civil *el error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición.* La base de distribución de la herencia es un elemento que permite calificar al sucesor; si comprende toda la herencia entonces el sucesor designado es un heredero y éste es instituido siempre a título universal. Pero si *la base de distribución para los beneficiarios* se limita a una parte de la misma o a un bien determinado, consideramos que estamos frente a un legatario a título particular y en ninguna eventualidad su derecho podrá acrecer, salvo el caso previsto por el Art. 775 del Código Civil.

La distinción clásica entre heredero y legatario en el Derecho Romano consistió en que el heredero era instituido siempre a título universal y comprendía la totalidad o parte alícuota de la herencia; mientras que el legatario era instituido a título particular y comprendía bienes concretos, determinados en especie o en género. Pero también fue conocido en Roma el legado de cuota lo cual ha generado problemas y ha determinado que muchos autores vean en él, a un legatario a título universal[1].

Según Lafaille este tipo de legado es propio de aquellos sistemas donde el heredero responde *ultra vires* por las deudas del causante, pero no corresponde a los códigos modernos. Es por eso que el Proyecto de modificación del Código Civil Argentino considera a toda disposición que alude a una cuota parte de la herencia como disposición universal. Esta es también la opinión de Fornieles en su Tratado de Sucesiones.

En la doctrina el legado de cuota es admitido. No hay razón suficiente para desconocerlo. El maestro Lanatta estima que no se puede confundir al heredero con un legatario parciario porque aquél lo adquiere en virtud de la ley y el segundo tiene como causa la liberalidad del testador.

---

1 Rafael de la Pina expresa: «Por esto desde nuestro punto de vista legal, debemos rechazar la figura jurídica del legado de parte alícuota, afirmando que siempre que nos encontremos frente a ella, habremos de considerarla en realidad como una institución de heredero y no de legatario, puesto que éste adquiere como tal, a título particular, al contrario del heredero que lo hace a título universal». DE LA PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mejicano.* T. II. México: Porrúa, 1972, p. 364.

Empero el argumento no es sólido porque valdría únicamente respecto del heredero forzoso más no respecto al heredero voluntario.

Pero ¿qué es un legado de cuota o legado parciario? Valencia Zea, responde[2]: «Que la doctrina moderna se limita a sostener que el concepto de cuota no debe necesariamente tener siempre una referencia aritmética a la masa herencial (determinado porcentaje) sino que más bien puede referirse a conjuntos patrimoniales dentro de la totalidad de su patrimonio». ¿Cuál es pues, la diferencia entre el legatario de cuota y el heredero? Muchos autores consideran que la diferencia es cualitativa y no cuantitativa. Lafaille estima que la diferencia es más teórica que efectiva.

Las diferencias derivan del modo de ser de uno y otro. El poder expansivo que deriva de la universalidad del título siempre lo tiene el heredero, no así el legatario que es instituido a título particular independientemente de la extensión de los bienes que se le asigne.

El legatario de bienes determinados o de parte alícuota no puede llegar a tener más de la cuota asignada por el testador. *Su derecho está limitado sin que ningún acontecimiento pueda cambiarlo*, salvo el caso de excepción que prevé el Art. 775. Hay pues un elemento diferenciador que es de naturaleza objetiva: la base de distribución de la herencia.

Se afirma también con mucha razón por algunos autores como Fornieles, que el heredero es quien recibe la herencia y procede a liquidarla; es un liquidador de la sucesión y mientras no se determine la herencia neta no se encontrará expedito el pago de los legados.

Los herederos suceden en los bienes, derechos y obligaciones del causante de modo directo e inmediato. Por el contrario, los legatarios sólo lo adquieren después de la liquidación y por entrega a cargo del heredero o albacea.

Es cierto que el legatario parciario, por excepción, también debe soportar el pago de las obligaciones, pero esto es por necesidad y se realiza de una manera indirecta. El legatario recién adquiere su derecho después del saneamiento de la herencia, antes es sólo un acreedor. Por eso en el Derecho Romano era conocido el principio: *Bona non sun nisi deducto aere alieno* no existen bienes sino después de deducidas las obligaciones. Recién después de esta operación habrá herencia neta, se conocerá su valor y permitirá conocerse de este modo a cuánto asciende la cuota disponible, así como el valor de la legítima.

El heredero es titular de los bienes provenientes de la cuota de libre disposición que no haya asignado a nadie el testador; precisamente por su capacidad expansiva que deriva de la universalidad del título; en cambio el legatario

---

2 VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. T. VI. Bogotá: Thémis, 1977, p. 20.

tiene un derecho limitado por el testador sin posibilidad de ser acrecentado. El derecho del heredero puede ser trasmitido a sus descendientes por representación sucesoria, mientras que esa figura resulta extraña respecto de los legatarios.

4. NATURALEZA JURÍDICA

¿Cuál es la naturaleza jurídica del legado? Se asimila a los actos de liberalidad sujeto a formalidades solemnes y sus montos no deben exceder de la cuota de libre disposición (Arts. 1629 y 756 del Código Civil).

Calixto Valverde en su obra expresa[3]: «Y en el fondo el legado es una especie de donación singular, en la que no hace falta el concurso de voluntades para que sea perfecto ya que basta para su nacimiento la declaración de última voluntad del testador. Es un acto jurídico no recepticio».

El legado no es un contrato como el de donación. Son diferentes:

a. En el contrato existe bilateralidad; en cambio, en el legado no porque proviene de un testamento que es acto unilateral;
b. La donación es irrevocable como cualquier tipo de contrato, mientras que lo contrario sucede con el legado por provenir de disposición de última voluntad y puede revocarse sin necesidad de justificación alguna. Claro está que el contrato de donación sólo podría ser susceptible de revocación en casos de excepción como cuando el donatario incurre en causas de indignidad para suceder y de desheredación. Es decir que excepcionalmente cabría la revocación pero por determinadas causas que la justifiquen (Art. 1637).
c. La donación es de ejecución inmediata salvo el caso del Art. 1622, mientras que el legado sólo puede hacerse efectivo una vez muerto el testador.

El legado es una donación *mortis causa* a la cual la doctrina le reconoce su carácter revocable.

En la doctrina española no hay consenso sobre si esta clase de donaciones son o no contratos. Para un sector mayoritario las donaciones *mortis causa* no existen por haber sido refundidas con el legado. Otro sector de la doctrina sostiene que las donaciones *mortis causa* participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, pero entre ambas no existe identidad. El hecho

---

3 VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil Español*. T.V. Valladolid: Cuesta, 1935-1939, p. 314.

de que aquéllas participen de la naturaleza de ésta significa punto de coincidencia, mas no conduce a una identificación.

Los Códigos Civiles de Francia, Italia y Chile asumen otra posición. La donación *mortis causa* es una institución autónoma, considerando que participa de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad.

Somarriva Undurraga en su obra afirma[4]: «La donación revocable, en cambio, constituye en el fondo un verdadero testamento y por ello la trata en el párrafo séptimo del título IV entre las asignaciones testamentarias».

La donación *mortis causa* ha desaparecido en Francia. No es válido donar y retener. El Art. 893 del Código Civil Francés establece que no se podrá disponer de los bienes a título gratuito más que por donación *intervivos* o por testamento.

Nuestro Código Civil considera a las donaciones *mortis causa* como un contrato *sui generis*, Art. 1622, aun cuando posteriormente se le apliquen las reglas de la sucesión testamentaria[5]. Esto implica que como contrato se aplicarán las reglas relativas a la formación del contrato.

El maestro León Barandiarán dice[6]: «Es una donación de todos modos aunque disminuido por la revocabilidad por parte del donante y por la necesidad de la premoriencia del donante, para que surta sus efectos y por el carácter suspensivo de sus efectos hasta que se produzca la muerte del donante».

En conclusión:

a. Se rige por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria.
b. Es susceptible de revocación sin causa que la justifique porque proviene de un acto unilateral.
c. Para que surta efectos de donación (exigibilidad de entrega del bien donado por ejemplo) es indispensable la muerte del donante dado el carácter suspensivo de sus efectos.

El legado es una donación *mortis causa* de género propio.

Dentro de la misma temática es conveniente saber las diferencias entre heredero y legatario parciario, porque de esta forma estaremos en mejor posición para determinar la naturaleza jurídica del legado parciario.

---

4 SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Derecho Sucesorio*. Santiago de Chile: De Nascimento, 1961, p. 241.

5 El Código Civil señala en el Art. 1622.- La donación que ha de producir sus efectos por muerte del donante se rige por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria.

6 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. T. I. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 247.

En la legislación comparada el criterio diferenciador entre heredero y legatario parciario no es uniforme.

Según el Art. 3719 del Código Civil Argentino no constituye institución de herederos la disposición testamentaria por la que el testador hubiese legado la universalidad de sus bienes con asignación de partes. Mientras que en muchos países se admite la existencia de legatario parciario, en Argentina no sólo se le niega el carácter de heredero y con ello, la universalidad del título, sino además el derecho de acrecer.

Para Fornieles y Lafaille el legatario parciario es un sucesor particular; para Rébora y Arias debe ser considerado como heredero universal. En el proyecto del Código Civil Argentino ha desaparecido el legado de cuota, estableciéndose que toda disposición que atribuya la universalidad o una cuota parte de los bienes del causante, se juzgará a título universal e importa instituir heredero.

Entre los que niegan la existencia del legatario parciario está el Código Civil Italiano. El Art. 588 de este cuerpo legal establece:

> Las disposiciones testamentarias, cualquiera que sea la expresión o la denominación usada por el testador son a título universal y atribuyen la calidad de heredero si comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador. Las otras disposiciones son a título particular y atribuyen la calidad del legatario.

El Art. 1097 del Código Civil de Chile expresa:

> Los asignatarios a título universal con cualquier palabra que se les llame y aunque en el testamento se les califique de legatarios son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

El Art. 1104 de dicho cuerpo legal dice:

> Los asignatarios a título particular con cualquier palabra que se les llame y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios, no representan al testador; no tienen más derechos ni cargas que las que expresamente se les confiaran o impongan.

En España, el Art. 665 del Código Civil reconoce indirectamente el legado de cuota. En Francia, tratándose de la sucesión testamentaria hay legatarios y no herederos y son de tres categorías:

a. **Legado universal.** Art. 1003: «El legado universal es la disposición testamentaria por la cual el testador dona a una o varias personas la universalidad de los bienes que deja a su muerte»[7]. Aquí se hace sin determinación de partes. Las únicas referencias son: a) designación de una o varias personas beneficiarias mediante testamento; b) objeto de la asignación: totalidad de la herencia. Todos asumen el activo y el pasivo de ésta.

b. **Legatario a título universal.** Art. 1010: «El legado a título universal es aquél por el cual el testador lega una parte alícuota de los bienes que la ley le permite disponer; tal como una mitad, un tercio o todos sus bienes muebles, o una parte fija de todos sus inmuebles o de todos sus muebles». Sólo recibe pues una fracción de la totalidad y nunca podrá suceder en la totalidad de la herencia; he aquí la sustancial diferencia con el legado universal en que siendo varios los instituidos en alícuotas partes de la totalidad, llegado el caso sí podrán suceder en la totalidad. Aquí como vemos las únicas referencias son: a) Designación de una o varias personas hecha por testamento; b) Objeto de la asignación una parte de la herencia. Las personas beneficiadas asumen también el pasivo proporcionalmente.

c. **Legado particular.** Art. 1010, 2° párrafo: «Cualquier otro legado no forma sino una disposición a título singular. El legatario en principio no asume responsabilidad por el pasivo de la herencia».

Nuestro Código Civil después de establecer el concepto del legado, en el Art. 756 regula sus diferentes clases. Claro está que el análisis del indicado Art. 756 exige su concordancia con el numeral 735.

¿Qué es pues el legado en nuestro ordenamiento legal? Los artículos 735 y 756 del Código Civil señalan que la institución de legatario es a título particular y se limita a uno o más bienes o de una parte de ellos dentro de la cuota de libre disposición. Y que el error del testador en la denominación de heredero o legatario no modifica la naturaleza de la disposición.

---

7 Al respecto Marcel Planiol ha señalado: «Este legado contiene en sí mismo un derecho eventual al total de los bienes, ya que pudiera suceder que el testador no dejara heredero forzoso alguno; los existentes al tiempo de testar pudieran fallecer antes que él y en ese caso «bienes disponibles» es igual a la totalidad de los bienes. Sin embargo, pudiera ser que, al legar todos sus bienes disponibles, el testador haya querido fijar la cuantía de éstos en la que comprendía la cuota de libre disposición el día de la redacción del testamento, y en tal caso, solamente se tratará de un legado a título universal. Es ésta una cuestión de intención que los tribunales habrán de resolver». PLANIOL, Marcel. *Tratado Práctico de Derecho Civil.* T. V. La Habana: Cultural S.A., 1946, p. 651.

Significa entonces que el legado es un acto de liberalidad dispuesto por el testador con la cuota de libre disposición. No responde a una exigencia social como en el caso de heredero. Como dice Pérez Lasala[8]:

> es indiferente que el testador le atribuya o no a alguna persona, ventajas patrimoniales determinadas, bien para satisfacer afectos familiares o de amistad, para satisfacer deudas de gratitud. Acto de liberalidad implica la entrega graciosa de un bien a otra persona sin estar obligado ni por la ley ni por un contrato. No implica contraprestación.

Los actos de liberalidad pueden darse por actos entre vivos, mediante el contrato de donación el cual se encuentra regulado por los Arts. 1621 a 1647 del Código Civil dentro del Libro VII, Sección 2° bajo el epígrafe: Contratos nominados. Los actos de liberalidad también pueden tener lugar por causa de muerte, en cuyo caso asumen la figura del legado que se encuentra regulado por los Arts. 756 al 773 del Código Civil, Libro IV, Sección 2°, que trata de la sucesión testamentaria, lo cual es importante destacar, porque mientras la donación implica el acuerdo de voluntades mediante el contrato, en cambio, el legado como acto testamentario es unilateral ya que su existencia está determinada por la sola disposición del causante establecida por testamento. No es un acto recepticio. El legado existe independientemente de la voluntad del legatario, quien si lo acepta simplemente hará efectivo el derecho retroactivamente al momento de la apertura de la sucesión. Es un acto de disposición autónomo que vale por sí mismo. La donación es irrevocable salvo la excepción prevista por el Art. 1637 del Código Civil mientras que el legado sí lo es, por razón de su unilateralidad.

Además, la donación puede concederse con formalidades solemnes o sin ellas, según los casos. Así, por ejemplo, cuando se trata de la donación de un inmueble 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, Art. 1625 del Código Civil.

Como ejemplo de donación sin formalidad solemne encontramos el Art. 1626:

> La donación de bienes muebles con ocasión de bodas o acontecimientos similares no esta sujeta a las formalidades establecidas por los Arts. 1624 y 1625.

---

8 PÉREZ LASALA, José Luis. *Curso de Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 53.

El legado, en cambio, siempre está sujeto a las formalidades esenciales del testamento porque es el único medio para otorgarlo.

Cuando se afirma que el legado es un acto de liberalidad, significa no sólo que su única fuente de producción es la voluntad del testador, sino además, que el valor del bien o bienes concedidos no pueden exceder la cuota de libre disposición de la herencia que resulta reducida cuando el testador deja herederos forzosos. Esta cuota de libre disposición es variable según los casos:

a. Si hay hijos u otros descendientes o cónyuge sobrevivientes, les corresponde necesariamente el 66.66 [...] por ciento de la herencia quedando reducida entonces la cuota de libre disposición al 33.33... por ciento.
b. Si sólo hay padres u otros ascendientes les corresponde necesariamente el 50 por ciento de la herencia y el resto, o sea el otro 50 por ciento, constituirá la cuota de libre disposición.
c. Si no hay herederos forzosos, que son los señalados anteriormente en las letras «a» y «b», entonces la disponibilidad para instituir herederos voluntarios o legatarios se extenderá a toda la herencia, es decir, al 100 por ciento.

¿Se podrá dejar en el caso que estamos analizando el íntegro de la herencia a uno o más legatarios en partes iguales o sin determinación de partes? Consideramos que la respuesta debe ser afirmativa, pero en esta eventualidad si sólo es uno el asignatario, no tendrá la calidad de la calidad de legatario sino la de heredero por aplicación del Art. 756 del Código Civil.

5. CRITERIO JURÍDICO PARA LA DISTINCIÓN ENTRE HEREDERO Y LEGATARIO

¿Cuál es el criterio jurídico para la determinación del heredero y del legatario?

Este problema no se plantea indudablemente en la sucesión intestada, porque en ella sólo hay herederos legales. El problema se da sólo en la sucesión testamentaria. Al respecto, existen dos sistemas contrapuestos y uno mixto:

5.1. Sistema objetivo: La determinación no proviene de la voluntad del testador, sino de la naturaleza intrínseca de la institución testamentaria. Según el profesor español Castán Tobeñas, la diferencia por razón de su naturaleza estriba en la indeterminación o determinación de las relaciones jurídicas objeto de la trasmisión. El título de heredero comprende la totalidad o universalidad de esas relaciones jurídicas, o cierta porción indeter-

minada (parte alícuota) de esa totalidad. El título de legatario comprende bienes concretos o una cantidad determinada de ellos. Habrá que atenerse pues, —señala el mismo autor— a la forma de asignación de los bienes para determinar si hay un heredero o un legatario independientemente de la voluntad del testador. La diferencia, empero, no es cuantitativa sino cualitativa, no interesa cuanto se recibe sino cómo se recibe. Por eso es que resulta interesante la fórmula que emplea el legislador al establecer en el Art. 774 del Código Civil Peruano, cuándo procede el derecho de acrecer, porque este derecho es propio del heredero y no del legatario:

> Art. 774.- Si varios herederos son instituidos en la totalidad de los bienes sin determinación de partes o en partes iguales y alguno de ellos no quiere o no puede recibir la suya, ésta acrece las de los demás, salvo el derecho de representación.

Entonces, comprobamos que la base de imputación de la herencia constituye un criterio objetivo muy importante; no es la cantidad que se asigna sino más bien el modo cómo se hace la institución; en el caso del heredero la base de distribución es la totalidad de la herencia no importando que sean uno o varios los beneficiados; por eso se expresa sin determinación de partes o en partes iguales porque en ambos casos están referidos a un todo abstracto. De ahí deriva precisamente el derecho de acrecer, que es un poder expansivo que abarca la totalidad de la herencia cuando uno de los herederos no quiere o no puede recibir su cuota y no tiene descendientes que puedan representarlo. En cambio, la forma de asignación en el legatario es diferente porque sólo se le asigna bienes determinados o eventualmente una cuota parte, o sea que su derecho está limitado a esa cuota no pudiendo por tanto extenderse a la totalidad. *Su base de imputación es una cuota parte, no la universalidad, no la totalidad.*

Savigny, al respecto, anota que la diferencia radica no tanto en el objeto como en el modo de adquisición: «se llama sucesión a título singular la que tiene por objeto un derecho o bien, o aún muchos, pero de tal suerte que cada uno de ellos sea trasmisible aisladamente, sin que esta reunión accidental establezca entre ellos ningún lazo de dependencia; *la sucesión por título universal tiene por objeto los bienes considerados como formando parte de un todo ideal, abstracción hecha de su contenido especial*».

Jorge Maffia[9] considera que en el Ordenamiento Legal Argentino hay claramente dos categorías definidas de sucesores *mortis causa*: los herederos

9 MAFFIA, Jorge. *Manual de Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Depalma, 1982, pp. 269 y 270.

y los legatarios. Los primeros heredan a título universal y según el concepto romano tienen vocación al todo hereditario y su responsabilidad es *ultra vires* porque continúa la persona del causante, mientras que el legatario sucede a título particular y recibe sólo un objeto determinado y la responsabilidad queda limitada al valor de la cosa legada. Pero entre ambas categorías —afirma— está el legado de cuota que se presenta cuando al legatario se le concede una parte proporcional de la herencia del testador sin especificación concreta. Concluye sosteniendo que si bien el Código Civil Argentino carece al respecto de una regulación suficientemente esclarecedora entre el heredero de parte alícuota y el legatario de cuota, hay sin embargo, dos diferencias sustanciales: *mientras que el heredero instituido tiene el derecho de acrecer, el legatario carece de él, porque su llamamiento queda reducido a los límites precisos de su porción. Y asimismo, porque el heredero deberá responder en algunos supuestos* ultra vires *lo que no sucede con el legatario de cuota cuya responsabilidad no podrá exceder el valor de lo recibido.*

En nuestro ordenamiento legal hay dos diferencias entre ambos. El derecho de acrecer constituye una regla entre los herederos, Art. 774 y una excepción respecto de los colegatarios de un mismo bien, Art. 775; en segundo lugar, el heredero es el titular de la herencia y reciben la herencia de modo directo e inmediato y además sin modalidad alguna, cuando se trata de herederos forzosos, mientras que el legatario recibe su cuota indirectamente a través de los herederos o del albacea y pueden estar sujetos a modalidades impuestas por el testador.

5.2. **Sistema subjetivo**: Según Pérez Lasala[10], el exponente puro de este sistema se halla en el Derecho Romano en donde el carácter de heredero dependía exclusivamente de la voluntad del causante, debiéndosele por tanto considerar como tal a quien éste le otorgaba el título de *heres* independientemente del modo de asignación de los bienes. Prevalecía en forma absoluta como afirma este autor, el *nomen heredis* sobre la *asignatio*.

5.3. **Sistema mixto**: propugna la conjugación de los dos sistemas anteriormente expuestos.

La doctrina moderna acepta este sistema en donde la voluntad del causante es importante en la determinación siempre que no vaya contra la naturaleza propia de las instituciones de heredero y legatario. Nuestro Código Civil sigue este criterio como lo demuestran los Arts. 735 y 756. Por eso es que nuestro ordenamiento legal después de precisar la naturaleza diferente de cada una de ellas, expresa que «el error del testador en la

---

10 PÉREZ LASALA, José Luis. *Op. cit.*, p. 158-159.

denominación de uno u otro, no modifica la naturaleza de la disposición».

El legado como acto de liberalidad dispuesto por testamento con la cuota de libre disposición, permite que el testador pueda instituir como beneficiarios a cualquier persona natural o jurídica, porque las normas legales que lo regulan son de naturaleza facultativa y no de orden público. El legatario debe ser designado con la precisión suficiente que no deje dudas sobre la persona del beneficiario, Art. 734 del Código Civil.

Lo anteriormente expuesto nos permite establecer como características de la naturaleza jurídica del legado lo siguiente:

a. Sus normas legales son de carácter facultativo. No se imponen, son permisivas.
b. Son disposiciones establecidas por el causante para que tengan efecto después de su muerte.
c. Son disposiciones de última voluntad hechas por testamento.
d. Implican actos de liberalidad con una limitación eventual: no puede afectar en ningún caso la parte legitimaria de la herencia por corresponder a los herederos forzosos. Si no hay herederos forzosos la limitación desaparece pudiendo abarcar entonces el íntegro de la herencia.
e. La liberalidad de la disposición patrimonial implica su gratuidad. Se asigna sin estar obligado a hacerlo ni por la ley ni por el contrato. En principio no hay contraprestación lo cual no obsta para que el testador pueda, si así lo desea, introducir al acto de institución un elemento accesorio al acto jurídico como sería la imposición de cargas, lo cual no le priva del carácter gratuito al legado porque la carga no es consustancial sino accesoria. Las cargas no pueden cubrir todo su valor, porque debe presumirse siempre el propósito de beneficio. Recordemos que la condición cargas y plazos son elementos accesorios del acto jurídico. En todo caso la carga simplemente rebajará el beneficio económico que importa el otorgamiento de un legado.
f. Recae sobre bienes particulares, concretos, singulares o eventualmente sobre cuotas que se separan de la universalidad hereditaria, como señala Pérez Lasala, careciendo el legatario de título con virtualidad expansiva a otros bienes. Esta es la nota diferenciadora más importante que lo separa del heredero. Por eso se afirmaba en el Derecho Romano que el heredero era instituido a título universal y el legatario a título particular, corriente doctrinaria que sigue nuestro ordenamiento legal.

g. Beneficiarios: Como antes se señaló de acuerdo con el Art. 734 del Código Civil, la institución debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable por el testador, salvo lo dispuesto en el Art. 763 del Código Civil, el cual alude a los casos de legados para fines sociales, culturales o religiosos en donde no se determinan nominalmente a las personas beneficiarias. La exigencia establecida por el Art. 734 tiene su fundamento en el hecho de que la única fuente de interpretación de la voluntad del causante es el propio testamento porque es lo que subsiste después de muerto su autor.
Con mucha razón, la segunda parte del Art. 3712 del Código Civil Argentino expresa:

> [...] Si la institución dejase duda entre dos o más individuos, ninguno de ellos será tenido por heredero.

¿Esta disposición regirá igualmente en los legados?
Al respecto el Código Civil de Chile, en los Arts. 1056 y 1065 expresa:

> Art. 1056.- Todo asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada, natural y jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento. De otra manera, la asignación se tendrá por no escrita.
> Art. 1065.- Si la asignación estuviera concebida o escrita en tales términos, que no se sepa a cual de dos o más personas ha querido designar el testador, ninguna de dichas personas tendrá derecho a ella.

Nuestro Código Civil carece de disposición precisa sobre este caso, pero, considerando lo anteriormente expuesto, resulta razonable adoptar este criterio legal.

6. MODOS Y FORMAS DE HACER EL LEGADO

6.1. Legado puro: Se da cuando la institución de legatario sólo contiene los elementos esenciales que le dan carácter definitorio, los cuales son comunes a todos los actos jurídicos, imprescindibles y constitutivos. No concurren las modalidades como condición, cargo o plazo que el testador puede establecer. A estas modalidades se les denominan elementos accesorios o accidentales. En propiedad deberían llamársele no actos puros sino más bien simples porque contiene solamente los elementos esenciales, pero admiten la posibilidad de incorporarles las modalidades antes señaladas. La institu-

ción de un legado puede hacerse bajo condición suspensiva o resolutoria o con cargo o a término, porque la naturaleza de la institución lo permite. En cambio el acto jurídico simple implica que no queda sometido a modalidad alguna. Su naturaleza no lo permite. Así por ejemplo la institución de la legítima en el derecho sucesorio, Art. 733 del Código Civil, o en el caso del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, Art. 395 del Código Civil; o respecto de la aceptación o renuncia de la herencia, Art. 677 del Código Civil, o la adopción, Art. 381 del Código Civil; o finalmente tratándose del matrimonio, Art. 259 del Código Civil.

Es preciso señalar que cuando son incorporados al acto jurídico simple, la condición o el plazo, dejan de ser accidentales para ser considerados como elementos esenciales del acto jurídico específico. Por tanto, si resulta que la condición suspensiva, por ejemplo impuesta al acto jurídico es ilícita, inmoral o imposible, el acto será nulo, Arts. V del Título Preliminar, 171 y 219 del Código Civil. Esta tesis concuerda con el Art. 1172 del Código Civil Francés:

> Toda condición de una cosa imposible o contraria a las buenas costumbres o prohibida por la ley, es nula y resulta nula la convención de la que dependa.

Tratándose de un acto jurídico con condición suspensiva, el testador al restringir su voluntad de disposición testamentaria hace depender la eficacia del legado o resolución del mismo a un acontecimiento futuro e incierto, quedando así supeditados los efectos del legado a la condición voluntariamente impuesta; **es por eso que la condición que en abstracto es un elemento, accesorio, circunstancial y voluntario, al ser incorporado en un acto jurídico determinado adquiere la categoría de elemento esencial porque de ella depende la producción de sus efectos,** tal como afirman destacados autores como Coviello y Albadalejo, según apunta Fernando Vidal en su obra citada anteriormente.

Con el plazo incorporado al acto jurídico también sucede lo mismo porque de ser originalmente un elemento accesorio, circunstancial y voluntario pasa a convertirse en elemento esencial, porque de él depende la producción de sus efectos.

En cambio, con el cargo hay una excepción. Siempre resulta accidental porque nunca forma cuerpo con la declaración de voluntad como señala Coviello. Siempre estará separado y por eso no influye en la eficacia del acto jurídico. Constituye únicamente un gravamen que pesa sobre la persona del afectado, no implicando una contraprestación

tal como acertadamente señala Albadalejo —citado por Fernando Vidal— porque entre la carga y la liberalidad concedida no existe interdependencia, una es simplemente accesoria de la otra. El Art. 189 de nuestro Código Civil da luz al tema:

> Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno.

Hemos afirmado que tanto la condición como el plazo pueden llegar a convertirse en elementos esenciales del acto jurídico a punto tal que su realización o no realización pueden afectar las consecuencias jurídicas de éste. Conforme con la normatividad del acto jurídico, cuando está sujeto a condición ilícita, inmoral o imposible resulta nulo, pero tratándose del legado, ¿será igualmente nulo? El Art. 689 de nuestro Código Civil prevé estas situaciones:

> Las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos se aplican a las disposiciones testamentarias, y se tienen por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley.

No es nulo el acto jurídico testamentario que instituye herederos forzosos con condiciones o cargos ilícitos, inmorales, contrarios al orden público o a los derechos fundamentales de la persona humana. Estas modalidades simplemente se tendrán por no puestos. Hay una razón que justifica esta tesis: *la naturaleza jurídica de la institución de herederos forzosos no admite imposición de modalidad alguna como preceptúan los Arts. 733 y 736.* Pero tratándose de institución de legatarios estas modalidades contrarias a la ley y a las buenas costumbres, hacen nulo el acto de conformidad con los artículos V del Título Preliminar y 219 del Código Civil.

6.2. Legado sujeto a condición: ¿Cuándo se da esta modalidad? ¿En qué consiste? La institución del legatario puede comprender la inclusión de una cláusula por la que el testador haga depender su eficacia o resolución a un acontecimiento incierto o ignorado por el testador. Este es el criterio que informa el Art. 1231 del Código Civil de 1852. Se aparta así del establecido por el Código de Napoléon, Art. 1168 al señalar que el acontecimiento aludido debe ser futuro e incierto. Muchos autores como Coviello, Messineo, Albadalejo, León Barandiarán y Vidal Ramírez concuerdan con este último criterio. Señalan que debe referirse a un hecho futuro porque

si fuese pasado o presente podría ser desconocido, pero no incierto porque la incertidumbre implica necesariamente la futuridad.
Vidal Ramírez en su obra *El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano*[11], señala que la condición contiene tres caracteres:

a. El hecho futuro porque asegura la incertidumbre objetiva de la condición.
b. El aludido hecho en que consiste la condición debe ser incierto; es decir, que la incertidumbre no agota su contenido en el simple desconocimiento de la existencia del hecho, sino que va más allá porque ese desconocimiento implica también la posibilidad de que pueda o no realizarse.
c. Y, finalmente, que la condición haya sido establecida por el testador de modo arbitrario sin más limitaciones que aquellas que afectan el orden público, las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, Arts. V del Título Preliminar y 738, 2° párrafo del Código Civil. Ésta es la *conditio facti*. **La *conditio iuris* no es propiamente una condición, es originada en la ley, es un presupuesto de la ley.**

El profesor Ricardo Ortiz de Zevallos y Vidaurre[12] señala que basta que la condición sea incierta. La incertidumbre es lo esencial en la condición. El hecho puede ser futuro, pasado o actual como señala el Art. 1231 del Código Civil de 1852. El suceso puede haberse realizado, pero debe ser ignorado aun por las partes.
De la misma opinión es Wilder Tuesta Silva quien en su obra *Código Civil Comentado*[13] expresa que, si bien resulta exacto que la definición doctrinaria más generalizada de la condición es la de quedar supeditado el inicio o el cese de los efectos del acto jurídico a la realización de un hecho incierto y futuro, como lo hacen diversos ordenamientos jurídicos como el italiano, nuestro ordenamiento nacional no ha establecido norma semejante. Su único carácter es el de ser incierto; la incertidumbre —afirma— es la única característica que emana de la propia naturaleza funcional de la condición, es

---

11 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano*. Lima: Editorial Cuzco S.A., 1989, p. 237.

12 ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo. *Tratado de Derecho Civil Peruano*. Lima: E. Rosay, 1906, p. 77.

13 TUESTA SILVA, Wilder. *Código Civil Comentado*. Lima: Grijley, 2000, p. 117.

un estado del conocimiento en el cual no existe certeza sobre algo. No hay pues la incertidumbre objetiva de la condición. Concluye afirmando que como no existe ninguna disposición en contrario en nuestro Código Civil resultan perfectamente aplicable los adagios «lo que no está prohibido está permitido» y «nadie puede distinguir allí donde la ley no distingue».

Consideramos por nuestra parte **que la condición implica que el hecho debe ser futuro y además incierto. Si no es futuro no puede ser incierto. *Si es un hecho pasado o presente es simplemente ignorado.* La condición implica un hecho futuro cuya realización es impredecible.** Por eso es que como señala Vidal Ramírez, el Art. 175 del Código Civil vigente ha previsto la estipulación de un plazo dentro del cual el acontecimiento en que la condición consiste llegue o no a verificarse:

> Art. 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.

A diferencia del Código Civil de 1852 en que el concepto de acto jurídico condicional era explícito, señalando que el hecho podía ser futuro, actual o pasado, como resulta del Art. 1231 del Código Civil, de 1936 y 1984 no mantienen esta definición y asimismo no existe dispositivo legal que implícitamente permita afirmar la secuencia de esta tesis, antes bien, el Art. 1105 del Código Civil de 1936 y el Art. 175 del actual conducen a establecer lo contrario, o sea que el hecho en que consista la condición ha de ser futuro e incierto.

Igual criterio siguen algunas legislaciones como la de Argentina, Art. 528. **Zachariae afirma que un acontecimiento pasado, aunque incierto para las partes, o futuro —pero que indudablemente ha de llegar— no es una condición. En el primer caso la obligación ha de considerarse pura y sin condición. En el segundo la obligación es a plazo, pero no condicional.**

La condición puede ser suspensiva o resolutoria. En la primera, la efectividad del derecho surgido por el otorgamiento del testamento en que se instituye legatario tendrá lugar cuando se realice el hecho señalado por el testador. Como condición suspensiva, por ejemplo, cuando el testador lega a su amigo Alfredo un automóvil de su propiedad si éste concluye con éxito sus estudios de Derecho. Será resolutoria cuando la realización del hecho aludido determine la cesación del legado establecido a favor de alguien.

Si el legatario fue instituido bajo condición suspensiva, no podrá reclamar el legado a la muerte del testador sino desde que se cumpla la condición, pudiendo ejercitar mientras tanto, sólo las medidas precautorias o conservatorias que eviten la destrucción o deterioro del bien o bienes legados, Arts. 178 y 786 del Código Civil. Mientras no se cumpla la condición suspensiva, los bienes quedarán bajo la administración del albacea o de los propios herederos designados por mayoría o por el que el juez designe. Si fue bajo condición resolutoria, el legatario ejercita su derecho hasta que ésta se cumpla.

La regla de la irretroactividad de la condición está señalada en el Art. 177 del Código Civil, relativa al acto jurídico en general: «La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario».

Esta regla ha sido introducida por el vigente Código Civil Alemán.

En cambio el Código Civil Francés, Art. 1179, aplica la regla de la retroactividad y en opinión de Josserand, «Todo ocurre como si el contrato hubiera sido concluido pura y simplemente, desde su origen; las partes quedan de esa manera en el mismo estado en que habrían quedado de haber tratado en firme; y esto de acuerdo con su intención probable»[14]. Los Códigos Civiles de España, Arts. 1120 y 1123 inc. 1° y de Argentina, Art. 543, siguen esto criterio.

El Art. 1179 del Código Civil Francés señala:

> La condición cumplida tiene un efecto retroactivo al día en que se haya contraído la obligación. Si el acreedor ha muerto antes del cumplimiento de la condición, sus derechos pasan a su heredero.

Marcadé en su comentario al Art. 1179 del Código Civil de Francia, afirma que la obligación condicional no es un derecho que existirá según que el acontecimiento tenga o no lugar: es un derecho que según la condición prevista existe o no desde el presente. Dice que el derecho no tiene ni tendrá jamás existencia alguna si la condición no se cumple. Pero tiene existencia actual si más tarde la condición se cumple. El cumplimiento de la condición tiene pues, necesariamente un efecto retroactivo en el momento mismo de la obligación.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, Arts. 768 y 769 del Código Civil, en el caso del legado condicional debe considerarse que la adquisición del legado tendría vigor recién a partir del cumplimiento de la

14 VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 255.

condición porque si bien resulta exacto que el testamento tiene existencia jurídica desde el momento de su otorgamiento, siempre que reúna los requisitos legales de validez, así como que los derechos patrimoniales sólo podrán hacerse efectivos desde el momento de producida la muerte —porque se trata de una trasmisión *mortis causa*— sin embargo, los legados sometidos a condición suspensiva no se considerarán adquiridos, mientras no se cumpla la condición. Resulta justa esta posición legal, porque adherida la condición suspensiva al acto testamentario de otorgamiento de un legado, pasa a ser elemento esencial de éste, de modo que mientras no se cumpla, no puede resultar exigible su otorgamiento.

6.3. Legado sujeto a plazo: El legado es a plazo cuando se establece el momento en el que comienza o se extingue la eficacia de éste. Al plazo se le llama también término y está vinculado con el tiempo el cual adquiere por esta modalidad una especial importancia. Es una limitación impuesta por el testador. A diferencia de la condición es un acontecimiento futuro y cierto cuya llegada —como señala Mazeaud, citado por Vidal Ramírez—[15], retrasa la exigibilidad de un derecho o entraña su extinción, entendiendo por acontecimiento futuro y cierto aquél que se producirá con seguridad en el porvenir, aquél cuya realización futura es cierta. Tiene pues tres características importantes: Hecho futuro, cierto y establecido arbitrariamente por el testador.

El plazo establecido por el testador puede ser suspensivo o resolutorio, según se determine el comienzo o conclusión de sus efectos.

Mientras no se haya vencido el plazo el legatario puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho, Arts. 178 y 769 del Código Civil.

6.4. El legado con cargo: Se le llama también con cargo o gravamen. Constituye otra modalidad del acto jurídico aplicable al legado. Es como señala Vidal Ramírez una obligación accesoria que *implica una restricción a la ventaja económica que obtiene y no una contraprestación de modo que su incumplimiento por el legatario no acarrea la pérdida del legado sino su exigibilidad por quien tenga legítimo interés para hacerlo.*

Pero ¿que sucedería si el importe del cargo supera el valor económico del legado? ¿Será exigible su cumplimiento? El Art. 187 del Código Civil prevé el caso en la siguiente forma:

---

15 *Idem*.

> El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad.

La carga debe consistir en un hecho lícito, y posible física y jurídicamente, como señala el Art. 219 incisos 3° y 4°, porque de lo contrario se tendrá por no puesta en aplicación del Art. 689 del Código Civil; y además, debe ser expresamente establecida por el testador en ejercicio del derecho que la ley le acuerda, por su carácter facultativo y en consideración a que el legado se constituye por un acto de liberalidad.

6.5. Legado por la causa: El legado con causa es el que se hace señalándose por el testador el motivo de la determinación. Está constituido como señala Arias Schreiber basándose en el motivo determinante, concreto, mediato y personal, esencialmente psicológico y subjetivo. Puede ser la expresión de un afecto o de gratitud o de solidaridad. La causa en estos actos de liberalidad no se identifica con la intención de donar, o de legar, empero si el motivo se fundó en un error o en una falsa información, como cuando se instituye el legado porque se cree que el único hijo que tenía ha fallecido o porque cree que el legatario instituido es su hermano, no puede producir sus efectos por falta de causa o falsa causa. Dos ejemplos:
Art. 809 del Código Civil:

> Es anulable el testamento obtenido por la violencia, la intimidación o el dolo. También son anulables las disposiciones testamentarias debidas a error esencial de hecho o de derecho del testador, cuando el error aparece en el testamento y es el único motivo que ha determinado al testador a disponer.
> (Concordancias Arts. 201 a 215, 221 inc. 2°). Norma similar tiene el Código Civil de Italia, Art. 624.

El Art. 810 del mismo cuerpo legal considera la falsa causa como caso de nulidad:

> Cuando un testamento ha sido otorgado expresando como causa la muerte del heredero instituido en uno anterior, valdrá éste y se tendrá por no otorgado aquél si resulta falsa la noticia de la muerte.

Norma similar tienen el Código Civil de España, Art. 767 y el de Argentina, Art. 3832.

Art. 767 del Código Civil de España:

> La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.
> La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita.

Art. 3832 del Código Civil Argentino:

> Toda disposición testamentaria, fundada en una falsa causa o en una causa que no tiene efecto, queda sin valor alguno.

García Goyena[16] hace sobre la materia un interesante comentario al Art. 721 del anterior Código Civil Español que a la letra dice:

> Toda disposición testamentaria a título universal o particular fundada en una causa falsa, quedará sin efecto, si el interesado no probase que el testador tuvo, para hacer la disposición otra causa tan atendible como la expresada.

Dicho autor manifiesta que en el Derecho Romano la falsedad de la causa no viciaba la disposición a no ser que el heredero probase que el testador no lo habría hecho sabiendo que la causa era falsa, párrafo 51, título 20, libro 2 Instituciones y la ley 72, párrafo 6, título 1° libro 55 del Digesto; tampoco la viciaba según las leyes 20 y 21, título 9, Partida 6.
En este artículo se halla decidido —concluirá el autor— el caso de la ley 21, título 1, Partida 6, tomada de la 92, título 5° libro 28 del Digesto. Si uno hace segundo testamento e instituye heredero, expresando que lo hace por haber oído que había muerto el instituido en el primer testamento, cuando realmente vive, subsistirá la primera institución. En las leyes citadas, este caso era una excepción; en el caso del Art. 721 del antiguo Código Civil Español, es una consecuencia de la regla general.
Colin y Capitant, en su obra *Curso Elemental de Derecho Civil*[17], señalan lo siguiente:

---

16 GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil Español.* T. II. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, 1852, p. 152.

17 COLIN, Ambrosio y Henry CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho Civil.* T. VII. Madrid: Editorial Reus S.A., 1927, p. 404.

En materia de actos de liberalidad es imposible hacer abstracción del móvil que ha inspirado el *animus donandi*. A diferencia de los actos a título oneroso, como la venta, que llevan en sí su justificación y forman un todo completo, es decir, una operación jurídica que tiene su causa en ella misma, la donación y el legado no son separables del móvil que les inspira y no valen más que lo que valga este último.

7. CLASIFICACIÓN DE LOS LEGADOS SEGÚN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

7.1. Legado de bien propio determinado. Art. 757

Se trata del legado que recae sobre bienes particulares determinados. El requisito es que los bienes se hallen en el dominio del testador al tiempo de su muerte. Se parte del principio de que nadie pueda dar ni trasmitir a otro lo que no tiene, ello es obvio. No interesa tanto si el referido bien estuvo en el dominio del testador cuando otorgó el testamento del cual deriva el derecho; interesa que se encuentre en el momento de la muerte del testador dentro de su patrimonio. Qué ocurriría si el testador por testamento dispuso de un bien de su propiedad a favor de un legatario, pero más tarde lo vendió y días antes de su muerte lo readquirió. ¿El legatario podrá reclamar a los herederos su entrega o se puede entender más bien que con la venta de ese bien, caducó dicho legado (Art. 772, inciso 3° del Código Civil) y si posteriormente lo readquirió, de haber querido mantener su voluntad de disposición debió ratificarlo por un nuevo testamento? Es cierto que la enajenación de ese bien importa la revocación de su voluntad ¿pero era estrictamente indispensable que renovara el testador su voluntad a través de nuevo testamento para hacer eficaz el derecho del legatario? El tema es opinable y buena parte de la doctrina considera que con la venta del bien caducó su derecho y si lo readquirió posteriormente el testador debe renovar su voluntad a través de un nuevo testamento. Creemos que no es necesario porque la revocación tácita que importa la enajenación de bien legado por el propio testador es supletoria de la voluntad expresa y si posteriormente lo readquirió el testador, consideramos debe prevalecer su voluntad testamentaria, porque el testamento es una declaración de última voluntad y si no lo modificó expresamente, pudiendo haberlo hecho, debe entenderse que esa fue su última voluntad y encontrándose al momento de su muerte dentro de su patrimonio debe aplicarse por *contrario sensu*, el dispositivo legal glosado. Es interesante lo que establece el Art. 1413 del Código Civil Mejicano:

> Queda también sin efecto el legado si el testador enajena la cosa legada, pero vale si la recobra por un título legal.

Igualmente, el Art. 651 del Código Civil de Italia expresa:

> [...] Pero si la cosa legada aún perteneciendo a otro en el momento del testamento, se encuentra en propiedad del testador en el momento de su muerte, el legado es válido.

El legatario desde el momento de la muerte del testador es propietario del bien determinado que le hubiese sido legado cuando la disposición testamentaria se hizo sin sujeción a condición o plazo, correspondiéndole desde dicho momento los frutos del bien así como el riesgo de su pérdida. Cuando el legado ha sido otorgado bajo condición suspensiva o con plazo, el derecho a exigir la entrega del bien legado tendrá lugar cuando la condición se cumpla o venza el plazo, y sus efectos, como la entrega de frutos del bien se computarán desde el momento en que se cumplió la condición o venció el plazo. El legatario deberá solicitar la posesión del bien, al albacea, a los herederos del testador y éstos lo entregarán una vez que se deduzcan las obligaciones de la herencia. Son dos las razones que justifican el aserto como lo establece la doctrina:

a. Respetar el estado de derecho y reclamar su entrega a quienes corresponda y por los medios que la ley señala. Recordemos que los herederos del testador son los nuevos titulares de la herencia. Son instituidos a título universal. Su vocación es a toda la herencia.
b. Para asegurar previamente con la aludida liquidación, que con la entrega prematura no salgan afectados los acreedores del causante ni la legítima que corresponde a los herederos forzosos.

   Conforme al Art. 769 de nuestro Código Civil, el legatario adquiere el legado en el estado en que se encuentre a la muerte del testador, pero con la excepción señalada en el Art. 764:

> Si el bien legado es un predio, los terrenos y las nuevas construcciones que el testador haya agregado después del testamento no forman parte del legado, salvo las mejoras introducidas en el inmueble cualquiera que fuese su clase.

Es que toda liberalidad debe interpretarse restrictivamente. En el presente caso se hace referencia implícita entre lo que es un acto de accesión y otro de mejoras.

El Art. 917 del Código Civil señala:

> El poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual.
> La regla del párrafo anterior no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial sino cuando se trata de las necesarias.

El Art. 919 del Código Civil expresa:

> Restituido el bien, se pierde el derecho de separación, y transcurridos dos meses, prescribe la acción de reembolso.

Conforme a este criterio, el Art. 3762, 2° párrafo del Código Civil Argentino señala:

> Si lo nuevamente agregado formase con los demás, al tiempo de abrirse la sucesión en todo lo que no pueda dividirse sin grave pérdida y las agregaciones valieran más que el predio en su estado anterior, sólo se deberá al legatario el valor del predio, si valiesen menos, se deberá todo ello al legatario, con el cargo de pagar el valor de las agregaciones, plantaciones o mejoras[18].

El Art. 1119 del Código Civil de Chile es similar al anterior y dice:

> Si la cosa legada es un predio, los terrenos y los nuevos edificios que el testador le haya agregado después del testamento no se comprenderán en el legado, y si lo nuevamente agregado formare con lo demás, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida, y las agregaciones valieren más que el predio en su estado anterior, sólo se deberá este segundo valor al legatario: si valieren menos, se deberá todo ello al legatario, con el cargo de pagar el valor de las agregaciones.

---

18 Empero, Lafaille se opone a este criterio al decir: «El corolario más lógico y más simple pareciera ser éste: habiendo de cumplirse lo que manda en el momento del deceso, el estado de la cosa debe tomarse en ese instante, si ella ha sido mejorada, como si ha sido perjudicada por caso fortuito o por acto del testador que no importe revocación, el legatario debe correr con la ventaja o cargar con el inconveniente». LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho Civil*. T. II. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1992, p. 355.

7.2. Legado de bien ajeno. Art. 758

El principio que informa nuestro ordenamiento legal en el tema de legados es que el testador no puede legar sino sus propios bienes. El Art. 757 del Código Civil actual ha restablecido el principio contenido en el Art. 776 del Código Civil de 1852:

> No tiene efecto el legado de una cosa en especie, si no se halla en el dominio del testador al tiempo de su muerte.
> Se cumplirá, sin embargo, la orden del testador, para que se compre una cosa que está fuera de la herencia, y se entregue al legatario

En esta línea se encuentra el Código Civil Francés, Art. 1021:

> Es válido el legado de un objeto en especie que no se halle en el dominio del testador si éste lo sabía. En tal caso deberá adquirirse y entregarse al legatario, y si no es posible se le dará su justa estimación.

En cambio, el Art. 720 del Código Civil de 1936 decía que:

> Cuando el testador hubiere legado una cosa ajena, el legado será nulo, ya sea que el testador conociera o ignorara que no le pertenecía.

Igualmente el Art. 861 del Código Civil de España expresa:

> El legado de cosa ajena si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación.

La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario.

El Código Civil Argentino, en su Art. 3752, toma distancia de esta posición al expresar que:

> El testador no puede legar sino sus propios bienes. Es de ningún valor todo legado de cosa ajena cierta y determinada, sepa o no el testador que no es suya, aunque después adquiriese la propiedad de ella.

La última parte de este precepto legal contiene una solución desarmónica, como señala Maffia[19], porque lo propio debería ser que si la cosa legada ajena

---

19 MAFFIA, *ob. cit.*, p. 283.

ingresa después al patrimonio del causante, la disposición testamentaria sería válida así como en situación inversa, quedaría sin efecto el legado por una sencilla razón: el patrimonio del causante se trasmite a sus sucesores a partir de su muerte y no cuando otorga su testamento. Interesa por tanto que los bienes legados sean de propiedad del testador en esta ocasión.

El Art. 1022 del Código Civil Francés dice:

> Cuando el legado fuera de una cosa indeterminada, el heredero no estará obligado a darla de la mejor calidad y no podrá ofrecerla de la peor.

El Art. 758 de nuestro Código Civil se ha inspirado en esta legislación.

Contempla un caso de excepción a la regla contenida en el artículo 757 al reconocer la validez del legado, pero de bien mueble indeterminado aunque no lo haya en la herencia, salvo disposición diversa del testador. Este es el legado que en el Derecho Romano fue conocido como *Legado per damnationem.* El testador sabe que no es propietario de determinado bien, pero desea que el legatario llegue a serlo y para ello encarga al heredero su adquisición. En realidad no se trata propiamente del legado de bien ajeno. En el Anteproyecto, Art. 100, el bien ajeno podría ser mueble o inmueble. Quedó sólo respecto al bien mueble indeterminado. ¿Motivo? Se afirma que en los inmuebles la naturaleza no ha formado categorías especiales. Es la obra del hombre lo que diferencia una finca rústica de una urbana. Además resulta imposible efectuar la elección de un inmueble entre varios por ser éstos de valores dispares.

El Art. 875 del Código Civil de España en la línea de nuestro ordenamiento legal dice:

> El legado de cosa mueble genérica será válido aunque no haya cosas de su genero en la herencia. El legado de cosa inmueble no determinada sólo será válido si la hubiere de su género en la herencia.
> La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior.

El precitado numeral 758 de nuestro Código Civil termina señalando que la elección corresponde al ejecutor testamentario procurando escoger, aquél de valor intermedio y de acuerdo con la parte disponible de la herencia y las necesidades del legatario.

Si surgiera desacuerdo entre los interesados el problema será ventilado y resuelto de acuerdo con las reglas del proceso de conocimiento o abreviado (Arts. 475 y 486 del Código Procesal Civil), a falta de disposición legal expresa,

en relación con la estimación patrimonial del petitorio. Creemos que su tramitación como simple incidente habría sido recomendable dado que lo único a determinar es el valor disponible de la herencia y el valor intermedio del bien mueble a elegir, lo cual no requiere sino de una simple pericia de valorización.

En conclusión: el Art. 758 admite por excepción el legado de cosa mueble genérica aunque no haya cosas de este género en la herencia al igual que en el Código Civil Español. No es propiamente ajeno porque encarga al heredero o al albacea su adquisición limitando así su derecho de disposición y reduciendo, además, el beneficio patrimonial de los otros sucesores al afectarle su derecho con este encargo. En este caso quien sufre la carga está obligado a adquirir la propiedad al tercero y transferirla al legatario. Es por eso que la jurisprudencia española ha establecido el criterio de que esta clase de legado no puede ser exigido hasta que se hayan practicado las operaciones divisorias, inventario y avalúo de los bienes.

7.3. Legado de bien parcialmente ajeno. Art. 759

Si con arreglo al principio que sustenta el Código Civil de permitir sólo el legado de bien propio, resulta coherente entonces admitir que cuando el bien legado corresponde parcialmente al testador o sobre el cual éste tiene otro derecho, tal legado será válido en cuanto a la parte o al derecho que corresponda al testador.

Los antecedentes se encuentran en las siguientes legislaciones:

Art. 652 del Código Civil de Italia:

> Si al testador pertenece una parte de la cosa legada o un derecho sobre la misma, el legado es válido sólo respecto de esta parte o de este derecho, salvo que resulte la voluntad del testador de legar la cosa por entero, de conformidad al artículo anterior.

El Art. 651 del mismo Código Italiano establece en esta situación dos alternativas cuando se trata de bien legado que es total o parcialmente ajeno:

a. En este último caso quien sufre la carga está obligado a adquirir la propiedad de la cosa del tercero y a transferirla al legatario, pero tiene la facultad de pagar al legatario su justo precio.
b. Pero si la cosa legada aun perteneciendo a otro en el momento del testamento, se encuentra en propiedad del testador al tiempo de su muerte, el legado es válido.

Art. 864 del Código Civil de España:

> Cuando el testador, heredero o legatario tuviesen sólo una parte o un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero.

Este precepto legal guarda concordancia con el Art. 1380 del mismo Código Civil:

> La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.

El Art. 1431 del Código Civil de Méjico es un calco del Art. 864 del Código Civil Español:

> Cuando el testador, el heredero o el legatario sólo tengan cierta parte o derecho en la cosa legada, se restringirá el legado a esa parte o derecho si el testador no declara de un modo expreso que solía ser la cosa parcialmente de otro, y que no obstante esto, la legaba por entero.

Respecto a esta clase de legados que prevé el Art. 759 se podrían presentar algunos casos interesantes:

a. Si el testador lega el porcentaje que tenía respecto de un bien cuando otorgó testamento pero al tiempo de su muerte, dicho testador ya adquirió la propiedad de ese bien. Consideramos que primará el porcentaje establecido en el testamento para efectos del legado, porque la voluntad expresada por testamento no ha sido revocada mediante otro testamento, traduce una intención que no ha sido modificada.
b. Si el testador lega el porcentaje que tenía cuando otorgó testamento y antes de su muerte se divide el bien y es adjudicado a terceros: El legado habrá caducado por aplicación de los Arts. 757 y 772 inciso 3°.
c. Si lega todo el bien a pesar de que sólo le pertenece una parte y luego lo adquiere totalmente. Conforme al Art. 759, valdrá en la totalidad porque esa decisión al no haberla revocado por otro testamento traduce una intención mantenida en el tiempo, la cual es perfectamente ejecutable.

7.4. Legado de bien gravado. Art. 760

El Código Civil anterior careció de norma expresa que determinara a quien

correspondía asumir el pago del gravamen, cuando el bien legado estaba gravado por derechos reales de garantía.

Un sector de la doctrina considera que corresponde hacerlo al legatario beneficiado. En la legislación comparada no hay uniformidad. Así el Art. 867 del Código Civil Español expresa:

> Cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para la seguridad de alguna deuda, el pago de ésta quedará a cargo del heredero. Si por no pagar el heredero lo hiciere el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derecho del acreedor para reclamar contra el heredero.
> Cualquier otra carga perpetua o temporal a que se halla afecta la cosa legada pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los intereses o réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia.

El Art. 1143 del Código Civil de México:

> Si la cosa legada está dada en prenda o hipoteca o lo que fuese después de otorgado el testamento, el desempeño o la redención serán a cargo de la herencia, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa. Si por no pagar el obligado conforme al párrafo anterior, lo hiciese el legatario, quedará este subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra aquél.
> Cualquier otra carga, perpetua o temporal, a que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia.

El Art. 1366 del Código Civil de Chile:

> El legatario que en virtud de una hipoteca o prenda sobre la especie legada, ha pagado una deuda hereditaria con que el testador no haya expresamente querido gravarle, es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos.

El Art. 760 de nuestro Código Civil señala que:

> Si el testador lega un bien que está gravado por derechos reales de garantía, el bien pasará al legatario con los gravámenes que tuviere. El servicio de amortización e intereses de la deuda, serán de cargo del testador hasta el día de su muerte.

Tal criterio se encuentra sostenido y desarrollado en el Art. 879 del mismo cuerpo legal:

> El legatario no está obligado a pagar las deudas de la herencia salvo disposición contraria del testador. Si hubiera pagado alguna deuda debidamente acreditada y que grave específicamente el bien legado, deberá resarcírsele por los herederos lo que hubiere pagado.

Como sabemos, los derechos reales de garantía son la prenda, hipoteca, anticresis y retención.

Con algunas variantes, también es asumida esta posición por algunos Códigos de Europa y América. Así tenemos por ejemplo:

Art. 3755 Código Civil de Argentina:

> Si la cosa estaba empeñada o hipotecada antes o después del testamento, o gravada con un usufructo, servidumbre u otra carga perpetua, el heredero no está obligado a librarla de las cargas que la gravan.

Art. 1020 del Código Civil Francés:

> Si antes del testamento o después la cosa legada se encuentra hipotecada por una deuda de la sucesión o por la deuda de un tercero o si ella está gravada con usufructo el que debe adquirir los legados no puede asumir la deuda, a menos que haya sido modificado por una disposición expresa del testador.

Art. 874 Código Civil Francés:

> El legatario particular que ha cubierto la deuda que gravaba el inmueble legado se subroga en los derechos del acreedor contra los herederos y sucesores a título universal.

El Art. 760 de nuestro Código Civil establece el criterio de que el legatario recibe el bien legado en el estado que se encuentre. Si está afectado con algún derecho real de garantía, el legatario asume la obligación de pago, salvo disposición contraria del testador. El Art. 769 lo corrobora:

> En el legado de bien determinado no sujeto a condición o plazo, el legatario lo adquiere en el estado en que se halle a la muerte del testador. [...]

Frente a esta posición que asume el legislador resulta aparentemente contradictorio el Art. 879 del Código Civil, porque señala:

a. Que las deudas de la herencia compete asumirlas al heredero, salvo disposición contraria del testador, lo cual concuerda con lo establecido por el Art. 661.
b. Si el legatario cancela alguna deuda hereditaria debidamente acreditada que grave específicamente el bien legado, tiene el derecho de repetir contra los herederos.

¿No es acaso cierto que el Art. 760 del Código Civil traslada la obligación de pago al legatario de bien gravado por la naturaleza jurídica de derechos reales de garantía?

En realidad no hay incongruencia alguna. Lo que ocurre es que el derecho real de garantía constituido por el testador sobre un bien legado responde por una deuda del testador y mientras viva él, como titular del bien, debe cubrir los gastos de amortización e intereses de la misma. Todo lo adeudado por estos conceptos —amortización e intereses devengados de esa deuda— hasta su muerte, corresponde asumirlo a sus herederos y si el legatario los paga, puede exigir su reembolso a los herederos. Sólo a partir de la muerte del testador corresponde la obligación al legatario como nuevo titular del bien legado constituido como garantía real de dicha obligación.

En el supuesto de legado sobre bien sometido a derechos reales de garantía, que hubiere sido instituido como condición suspensiva o plazo suspensivo para su adquisición, el servicio de amortización e intereses de la deuda corresponderá al testador mientras viva, pero si a su muerte este valor no hubiera sido satisfecho, deberán asumirlo sus herederos por aplicación del Art. 661 del Código Civil. Muerto el testador y cumplida la condición o vencido el plazo, es recién desde esa oportunidad que el legatario como nuevo titular del bien asumirá la obligación de pago del valor del gravamen así como el de los provenientes por intereses. Recordemos que la condición suspensiva ni el plazo suspensivo tienen efecto retroactivo según lo establece el Art. 177.

7.5. Legado de usufructo, uso o habitación. Art. 761

Se da cuando el derecho de propiedad sobre un bien legado se encuentra afectado por esta clase de derechos reales, casos en los que el legatario está obligado a respetarlos. Este criterio responde al principio anteriormente señalado que el Código Civil sigue: Sólo es válido el legado sobre bienes que corresponden al testador al tiempo de su muerte. Si éstos están limitados en el presente caso, el legatario no puede desconocerlos.

Antecedente de este precepto encontramos en el Art. 868 del Código Civil Español:

> Si la cosa legada estuviere sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan.

7.6. Legado de crédito y legado liberatorio de deuda. Art. 762

Es una clase de legado que admite dos modalidades:

a. Por el primero, el testador concede al legatario el derecho a cobrar y hacer suyo el importe de un crédito que tiene respecto de su deudor. En este caso el legatario, muerto el testador, tiene derecho de solicitar a los herederos de éste, la entrega del título de crédito para exigir al deudor, su pago que será por el monto que subsista en el momento de la muerte del testador.
b. Por el segundo, el testador concede al legatario, que es su deudor, la liberación del crédito pendiente de pago existente al momento de la apertura de la sucesión.

Similar disposición se encuentra en el Art. 658 del Código Civil de Italia:

> El legado de un crédito o de liberación de una deuda tiene efecto sólo en cuanto a la parte del crédito o de la deuda que subsiste en el momento de la muerte del testador.

El heredero está obligado solamente a entregar al legatario los títulos del crédito legado que se encontraban en poder del testador.

Situación interesante regula el Art. 659 del mismo Código Civil Italiano, que no ha previsto nuestro ordenamiento legal:

> Si el testador sin hacer mención de la deuda, hace un legado a su acreedor, el legado no se presume hecho para satisfacer al legatario de su crédito.

O sea que el legado es instituido con independencia del crédito existente. ¿Podrá aplicarse el mismo criterio cuando el legado sobrepasa el valor de la deuda? De acuerdo con el Código Italiano, la respuesta debería ser afirmativa. Conforme con el Art. 767 de nuestro Código Civil, la solución es diferente porque la ley presume que la voluntad del testador al conceder esta clase de legado, llamado remuneratorio, es que con él se cancele el importe de su deuda a favor del acreedor y el exceso sea considerado como un acto de liberalidad.

El Código Civil Argentino prevé sobre esta materia siete situaciones de mucho interés que revela un mayor desarrollo que el nuestro:

> 1. Art. 3782.- Legado el instrumento de la deuda, ésta se entiende remitida; legada la cosa tenida en prenda, se entiende también remitida la deuda, si no hay documento público o privado de ella; si lo hubiese y no se legase, se entiende sólo remitido el derecho de prenda.

Contiene un caso de presunción legal.

Este dispositivo legal en cuanto a la primera parte, guarda concordancia con el Art. 877 del mismo cuerpo legal:

> Habrá remisión de la deuda, cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado.

> 2. Art. 3783.- La remisión de la deuda que hiciera el testador a su deudor no comprende las deudas contraídas después de la fecha del testamento.

Este caso de legado liberatorio de deuda establecido por testamento, no puede tener más alcance que la deuda del legatario existente al momento del otorgamiento del testamento a no ser que el testador extienda su alcance para futuras deudas de modo expreso.

> 3. Art. 3784.- El legado de la deuda, hecho a uno de los deudores solidarios, si no es restringido a la parte personal del legatario, causa la liberación de los codeudores.

Esta solución resulta justa y coherente con la naturaleza de la obligación solidaria, de modo que lo que beneficia a uno de estos deudores solidarios por decisión del testador en su calidad de único acreedor, también alcanza a los demás deudores solidarios respecto de una misma deuda a no ser que el legado liberatorio de deuda haya sido restringido expresamente a la parte personal del legatario.

> 4. Art. 3785.- El legado hecho al deudor principal, libra al fiador, más el legado hecho al fiador no libra al deudor principal.

Extinguida la deuda, desaparece la obligación del fiador porque ya no hay deuda que deba ser garantizada, más no viceversa, dada la naturaleza y finalidad de ésta.

5. Art. 3786.- El legado de un crédito a favor del testador, comprende sólo la deuda subsistente y los intereses vencidos a la muerte del testador. El heredero no es responsable de la insolvencia del deudor. El legatario tiene toda las acciones que tendría el heredero.

Tiene un contenido similar al Art. 762 de nuestro Código Civil. El legado de crédito que conceda el testador en su calidad de acreedor sólo comprende el monto de la deuda incluido sus intereses devengados hasta el momento de su muerte. Si después de la muerte del testador, el legatario a quien se le otorgó dicho crédito se da con la sorpresa de que el deudor es insolvente, tal perjuicio no puede afectar al heredero ni aún en el caso de que la insolvencia de éste haya tenido lugar en vida del testador. El legatario, en la calidad de nuevo titular del crédito, tiene expedito el ejercicio de todas las acciones legales para hacer efectivo su derecho contra dicho deudor.

6. Art. 3787.- Lo que el testador legare a su acreedor no puede compensarse con la deuda.

Norma legal semejante contiene el Art. 1023 del Código Civil Francés:

Los legados hechos al acreedor no serán considerados en compensación de las acreencias ni los legados hechos al doméstico en compensación de sus sueldos.

Este criterio impuesto por ambas legislaciones es diferente al establecido por el Art. 767 de nuestro Código Civil referente al legado remuneratorio. Contiene una presunción legal que consiste en considerar esta clase de legado como pago en la parte que corresponda razonablemente al servicio prestado por el beneficiario del testador y como acto de liberalidad en cuanto al exceso.

Consideramos que resulta más razonable el criterio foráneo porque responde más a la voluntad del testador, que no puede interpretarse presuntivamente sino en casos estrictamente indispensables en orden a la viabilidad de la ejecución del testamento, que no se da en el presente caso. Si el testador al otorgar el legado de crédito no ha hecho referencia alguna a la compensación, el legislador no puede forzar la interpretación de su alcance haciendo presumir lo que pudiendo decir, el testador no lo dijo.

7. Art. 3788.- El reconocimiento de una deuda, hecho en el testamento, es reputado como un legado mientras no se pruebe lo contrario, y puede ser revocado por una disposición ulterior.

Similar disposición contiene el Art. 1133 del Código Civil de Chile:

> Las deudas confesadas en el testamento y de que, por otra parte, no hubiere un principio de prueba por escrito, se tendrán por legados gratuitos, y estarán sujetos a las mismas responsabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase.

Creemos que esta medida de considerar como un legado el reconocimiento por el testador de una deuda, si no existe prueba que la acredite, está orientada a proteger el valor integral de la legítima que corresponde a los herederos forzosos porque de no existir este precepto, podría erigirse como un medio de burlar el derecho de aquellos al reconocer como verdaderas, inexistentes deudas en beneficio de terceros o de algún heredero en detrimento de los otros. Al estimar la ley que deben tenerse como legados, permite entonces que éstos sólo puedan viabilizarse dentro del límite que la ley señala respecto de la cuota de libre disponibilidad que en nada puede afectar a la legítima.

Nuestro Código Civil lamentablemente carece de algunos de estos dispositivos precisos, debiendo entonces ser asumidos por la doctrina y jurisprudencia en su calidad de fuentes supletorias del derecho.

¿Qué sucede si al momento de la apertura de la sucesión la deuda del legatario es mayor a la que existía cuando fue otorgado el testamento? Si el incremento de la deuda proviene de la misma deuda señalada en el testamento y es por intereses, creemos que debe ser comprendida en dicho legado de condonación o de liberación; pero si se origina por causa diferente, debe ser excluida del legado.

¿Y qué ocurre si el testador después de haber instituido el legado, demanda judicialmente al legatario y éste fallece sin haber cancelado el crédito?

Conforme al Art. 871 del Código Civil Español dicho legado habría caducado siendo indiferente el hecho de la cancelación.

Según el Art. 1453 del Código Civil de México, la posición es contraria. El legado subsistirá aunque el testador haya demandado judicialmente al deudor si el pago no se ha realizado.

En nuestra legislación el legado es intuito persona, por tanto caduca por la premoriencia del legatario (Art. 772 inciso 1 del Código Civil). Si el testador quiere eximir de la deuda a los responsables a falta del legatario premuerto, tendrá que hacer una nueva institución; de lo contrario, el crédito subsistirá y será distribuido a favor de los herederos legales por sucesión intestada (Art. 815 inciso 4 del Código Civil).

Si el deudor (legatario), canceló la obligación independientemente de que lo hiciere por interposición o no de una demanda judicial, entonces habrá caducado el legado.

7.7. Legados de beneficencia o para fines culturales o religiosos. Art. 763

El Art. 734 del Código Civil como señalamos en su oportunidad determina la forma como debe hacerse la institución de heredero o legatario. Precisa dos requisitos:

a. Sólo puede ser hecha por testamento, y
b. Debe recaer en persona cierta y designada de manera indubitable por el testador.

Una excepción a este último requisito constituye el legado destinado a fines de beneficencia, culturales o religiosos como expresa el Art. 763 y que en opinión de Lanatta se justifica por razón de su naturaleza, dado que si se exigieran para estos casos ambos requisitos, se estaría limitando al testador su facultad de disposición y privando así del beneficio que podrían alcanzar personas o entidades urgidas de apoyo económico sólo porque el testador no designó de manera cierta e indubitable a los legatarios favorecidos.

El Art. 630 del Código Civil de Italia tiene similar disposición:

> Las disposiciones a favor de los pobres y otros similares, expresada genéricamente, sin que se determine el uso o el instituto público en cuyo beneficio se hacen, se entienden hechos a favor de los pobres del lugar en que el testador tenía el domicilio en el momento de su muerte, y los bienes son diferidos a la entidad municipal de asistencia.

La anterior disposición se aplica también cuando la persona encargada por el testador de determinar el uso o el instituto público no quiere o no puede aceptar el encargo.

Igualmente el Art. 3722 del Código Civil Argentino:

> La institución de herederos a los pobres, o al alma del testador, importa en el primer caso, sólo un legado a los pobres del pueblo de su residencia; y en el segundo, la aplicación que se debe hacer en sufragios y limosnas.

7.8. Legado de Predio. Art. 764

El dispositivo señala que sólo comprende esta clase de legado el predio que existe en toda su dimensión y construcciones existentes al tiempo del otorgamiento del testamento, no así lo que haya sido adquirido o construido por el testador con posterioridad, salvo las mejoras introducidas en él cualquiera que fuere su clase. Como sabemos las mejoras contempladas en el Art. 986 del Código Civil son de tres clases: necesarias, útiles y de recreo.

Desde el Derecho Romano, algunos códigos siguen otro criterio al establecer que el legatario tiene derecho a la cosa legada con todos sus accesorios en el estado que ella se encuentre a la muerte del testador.

Tenemos como ejemplo de esta posición jurídica el Art. 1018 del Código Civil Francés:

> La cosa legada será entregada con los accesorios necesarios y en el estado que ella se encuentre en el día del deceso del donador.

Sin embargo, otras legislaciones concuerdan con la línea de nuestro ordenamiento legal. Por ejemplo el Art. 1119 del Código Civil de Chile expresa:

> Si la cosa legada es un predio, los terrenos y los nuevos edificios que el testador le haya agregado después del testamento no se comprenderán en el legado, y si lo nuevamente agregado formare con lo demás, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida, y las agregaciones valieren más que el predio en su estado anterior, sólo se deberá este segundo valor al legatario: si valieren menos, se deberá todo ello al legatario, con el cargo de pagar el valor de las agregaciones. Pero el legado de una medida de tierra, como mil metros cuadrados, no crecerá en ningún caso por la adquisición de tierras contiguas y si aquella no pudiere separarse de éstas, sólo se deberá lo que valga.
> Si se lega un solar y después el testador edifica en él, sólo se deberá el valor del solar.

También el Art. 3762 del Código Civil Argentino sigue este criterio, el cual es diferente al de la mayoría de las legislaciones:

> Si la cosa legada es un predio, los terrenos y los nuevos edificios que el testador le haya agregado después del testamento, no se comprenden en el legado; y si lo nuevamente agregado formase con lo demás, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida y las agregaciones valiesen más que el predio en su estado anterior, sólo

> se deberá al legatario el valor del predio; si valiesen menos, se deberá todo ello al legatario, con el cargo de pagar el valor de las agregaciones, plantaciones o mejoras.

Como vemos, nuestro Código Civil al igual que los de Chile y Argentina se separan de otras legislaciones y doctrinas imperantes sobre esta materia.

Autores como Pothier y Aubry y Rau sustentan la tesis del Código Civil Francés, partiendo del principio de que al dominio de las cosas comprende el de sus accesorios, pero consideramos que si bien resulta cierto este argumento, también lo es que si el testador hubiera querido otorgar el legado con todo lo edificado y terreno ampliado con posterioridad al otorgamiento del testamento, así lo habría dejado establecido debiendo tenerse presente el principio que rige para las liberalidades, en virtud del cual la interpretación de la voluntad del testador debe ser más bien restrictiva antes que extensiva.

7.9. Legado de suma de dinero. Art. 765

Guarda concordancia con el Art. 758 del Código Civil que se refiere al legado de bien mueble indeterminado, aunque no se halle en la herencia. Tiene antecedentes en el Art. 721 del Código Civil de 1936.

El Art. 886 del Código Civil de España señala lo mismo:

> El heredero debe dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo y no cumple con dar su estimación.
> Los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia.
> Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán a cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima.

Según una ejecutoria española, el legado de cantidad no prohíbe que el heredero o el ejecutor testamentario lleguen a un acuerdo con el legatario sobre el abono del legado. Esto se explica porque las normas legales respecto a liberalidades como son los legados no son de orden público, sino más bien de carácter facultativo y en todo caso son supletorias de la voluntad del testador.

7.10. Legado de alimentos o de tracto sucesivo. Art. 766

Los legados de alimentos o los de educación consisten en un gravamen que se impone al heredero obligándole a dar educación o alimentos a una persona determinada sin que el testador esté legalmente obligado a ello, porque de lo

contrario, no se trataría de un legado que es un acto de liberalidad. En esta clase de legados, el testador suele señalar la cantidad que ha de ser invertida tanto en la educación como en los alimentos, pero si no se señalase ésta será regulada según lo establecido en las disposiciones de los Arts. 472 a 487 del Código Civil, los cuales se hallan dentro del Libro de Familia. El monto será establecido a falta de determinación por el testador, de acuerdo con las necesidades del legatario y el valor de la cuota de libre disposición.

El Art. 3790 del Código Civil Argentino también contempla esta clase de legado:

> El legado de alimentos comprende la instrucción correspondiente a la condición del legatario, la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en las enfermedades hasta la edad de dieciocho años, si no fuere imposibilitado para poder procurarse los alimentos. Si lo fuese, el legado durará la vida del legatario.

7.11. Legado remuneratorio. Art. 767

El profesor León Barandiarán reconoce dos tipos de donaciones remuneratorias, la primera es la que se efectúa por motivo de servicios prestados al testador, los cuales son apreciables en dinero. Y la segunda, por servicios prestados al testador, pero que no son susceptibles de valorización económica.

Consideramos que el legado remuneratorio que se funda en servicios prestados al testador los cuales son apreciables en dinero, tiene como base una obligación legal de pago estimable en dinero y la adición que se otorga es una donación. En esta línea de pensamiento se encuentran autores como Ripert y Boulanger y Max Arias Schreiber.

7.12. Legado simple y legado sujeto a modalidad. Arts. 768 y 769

El tema guarda relación con los efectos jurídicos de los legados.

¿Cuándo adquiere el legatario derecho a la cosa legada? Si se trata de un legado simple o puro como también se le denomina, desde la muerte del testador y en el estado en que se encuentre, correspondiéndole desde este momento los frutos del bien legado y asimismo asume el riesgo de su pérdida o deterioro salvo dolo o culpa de quien lo tuviese en su poder. Las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte del testador no corresponden al legatario simple. En el legado puro o simple, el derecho de propiedad se adquiere por el legatario en el momento de la muerte del testador, es trasmisión automática, *ipso jure*. La posesión efectiva del bien requiere, sin embargo, de la intervención del heredero o albacea.

Por eso se señala en el artículo comentado que el riesgo de su destrucción o deterioro lo asume el legatario, salvo dolo o culpa de quien lo tuviere en su poder. Recordemos que el legatario es propiamente un acreedor de la herencia.

Estas consecuencias se producen cuando el legado simple se refiere a un bien propio y determinado que corresponde al testador. Este criterio se encuentra desarrollado especialmente en los Arts. 881 y 882 del Código Civil Español.

El Art. 884 del mismo cuerpo legal dice:

> Si el legado no fuere de cosa específica y determinada sino genérico o de cantidad, sus frutos e intereses desde la muerte del testador corresponderán al legatario cuando el testador lo hubiere dispuesto expresamente.

Nuestro Código Civil carece, lamentablemente, del correspondiente desarrollo en este tema. El criterio que informa el Art. 884 del Código Español podría servir como criterio a seguir dado que no se trata de un bien indeterminado y específico sino genérico, por lo que no habría fundamento razonable que justifique un tratamiento igual al del legado de bien determinado, a no ser que el testador hubiese dispuesto expresamente ese beneficio adicional.

Cuando el legado otorgado se encuentra subordinado a condición suspensiva o al vencimiento del plazo, el legatario tendrá que esperar no sólo la muerte del testador sino además que la condición suspensiva se cumpla o que el plazo haya vencido, como antes hemos precisado, porque recién en tales ocasiones podrá hacer efectivo su derecho hereditario. Mientras tanto, el legatario sólo tiene derecho al ejercicio de las medidas precautorias correspondientes. El derecho del legatario a exigir la entrega del bien se ejercita a partir del cumplimiento de la condición suspensiva o del vencimiento del plazo, los efectos de este derecho, como son la entrega no sólo del bien sino también de los frutos devengados, se computarán desde el cumplimiento de la condición suspensiva o del vencimiento del plazo después de muerto el testador obviamente. El derecho del legatario cuando no se le impone modalidades nace con la institución testamentaria y se consolida a partir de la muerte del testador previa aceptación. Al momento de la muerte, el bien se trasmite a su destinatario porque el testamento ya no puede ser revocado, es definitivo.

Los Arts. 768 y 769 nos llevan a esta conclusión, porque se trata de normas sucesorias específicas que priman sobre las genéricas, Art. 177 del Código Civil; el testamento es un acto jurídico *sui géneris* y finalmente guarda conformidad con la doctrina imperante y la legislación comparada.

7.13. Reducción de legados. Art. 770

El Art. 738 establece una limitación puntual en relación con el valor de la herencia al señalar que el testador, con la parte disponible de ésta, puede instituir legatarios si tiene herederos forzosos; en caso contrario, toda la herencia será de libre disponibilidad en cuyo caso pueden ser varios los instituidos, correspondiéndole señalar lo que asigna a cada uno de éstos, de lo contrario se distribuirá entre los asignatarios en partes iguales, constituyendo esta situación un caso de presunción *juris tantum.*

Si sólo fuese uno el legatario instituido para recibir toda la herencia, no la perdería indudablemente, pero su título no sería el de legatario sino de heredero al habérsele asignado la totalidad de la herencia y no una parcialidad (Arts. 735 y 756 del Código Civil).

Pero si son varios los legatarios instituidos con la cuota de libre disposición, el valor de los legados no debe exceder esta parte disponible de la herencia, porque si esto ocurriese los legados serán reducidos a prorrata, a menos que el testador haya establecido el orden en que deben ser pagados (Art. 770).

El Art. 1376 del Código Civil de Chile contiene una norma semejante:

> No habiendo en la sucesión lo bastante para el pago de todos los legados, se rebajarán a prorrata.

El Art. 770 de nuestro Código Civil puede también interpretarse extensivamente a los casos en que el valor de todos los legados establecidos excedieran el valor de la herencia.

El Art. 914 del Código Civil Francés regula en la misma forma este caso mediante la reducción de las cuotas.

El precitado Art. 770 del Código Peruano contiene una segunda parte que está referida al caso del heredero que también ha sido instituido por el testador como legatario; es decir, que ostenta simultáneamente dos títulos sucesorios del mismo causante: heredero y legatario. La persona que asume estos dos títulos —conocido en el Derecho Romano como *prelegatario*— goza de una situación especial porque en el supuesto de que exista con él otros legatarios, con asignaciones cuyos valores sumados excedan el de la cuota de libre disposición, debe hacerse una reducción de las mismas; sin embargo, el prelegatario estará libre de esta obligación salvo cuando sea menester para cubrir el valor de las deudas de la herencia.

Esta situación nos lleva a plantear el caso que puede presentarse cuando la cuota de libre disposición ha sido asignada a todos los herederos como

prelegatarios. Creemos que frente a esta obligación ineludible de pagar las deudas de la herencia y teniendo todos ellos la misma calidad, la reducción no admitirá excepciones, el privilegio no podría aplicarse porque de no hacerse esta reducción resultaría afectada la legítima que como sabemos es intangible cualitativa y cuantitativamente, de conformidad con el Art. 733 del Código Civil.

7.14. Concurrencia de herederos voluntarios y legatarios. Art. 771

Esta situación reactualiza el criterio impuesto por los Arts. 803 y 804 del Código Civil de 1852:

> Art. 803.- Distribuida en legados toda la herencia por falta de herederos forzosos, el heredero instituido, si lo hubiere, tendrá derecho a la cuarta parte de la herencia, que deducirá a prorrata de los legados.
> Art. 804.- No tendrá el heredero derecho a la cuarta parte que le concede el artículo anterior, si en el testamento se le hubiere legado alguna cosa aunque valga menos.

Es el principio de la cuarta falcidia que fue establecido en el Derecho Romano con criterio de protección; constituye una limitación al derecho de disposición del testador.

El Art. 728 del Código Civil de 1936 siguió el mismo criterio:

> Distribuida en legados toda la herencia, si el heredero instituido no ha sido favorecido con ningún legado, tiene derecho a la cuarta parte de la herencia que se deducirá a prorrata de los legados.
> Si el heredero ha sido favorecido con una suma o bien que valga menos de la cuarta parte, sólo tiene derecho a que se complete en dinero dicha parte.

El precitado Art. 771, de nuestro ordenamiento legal vigente, al establecer para todos los herederos voluntarios una cuota global no menor de la cuarta parte de la herencia, cuando concurren con legatarios, impone un criterio legal a respetar por todos, testador, legatarios, etc. Nos llevan a establecer esta conclusión sus antecedentes legales, doctrinarios y el sentido del texto con que ha sido desarrollado. Creemos que el fundamento de esta disposición es evitar la pérdida de interés para quienes habiendo sido instituidos herederos voluntarios resulta sólo simbólico el valor asignado.

El Art. 771 no impide que el testador pueda asignar una cuota mayor a la cuarta parte de la herencia al heredero voluntario, porque proviene de una cuota de libre disposición.

7.15. Caducidad del legado. Art. 772

Es una forma de extinción que ocurre cuando sobrevienen al otorgamiento del testamento en que es instituido, circunstancias o hechos a los que la ley les reconoce el efecto de la ineficacia del acto de institución. Otros casos de extinción lo constituyen la revocación y la nulidad.

Tres son las disposiciones legales pertinentes: Arts. 772, 677 y 773 del Código Civil. Las causas que la originan son:

1. Premoriencia del legatario. Aquí no hay representación sucesoria. Ésta sólo procede, como sabemos, tratándose de herederos en la línea recta descendiente ilimitadamente y también en la línea colateral, pero limitada a los hijos de los hermanos del causante (Arts. 682 y 683 del Código Civil).
2. Cuando el legatario se divorcia o se separa judicialmente del testador por culpa suya. Estas situaciones del divorcio o de la separación judicial son posteriores al otorgamiento del testamento y debe fundarse en alguna de las causales que prevé el Art. 333 del Código Civil.
3. Cuando el bien objeto del legado es enajenado posteriormente por el testador. No interesa si fue por acto voluntario o por causa ajena o sin su voluntad como el caso de expropiación o venta forzada por deuda, etc. Además, cuando el bien resulta inutilizado sin culpa del heredero. La culpa debe entenderse como un hecho imputable exclusivamente al heredero que detenta el bien legado antes de su entrega al legatario. El hecho propio del heredero debe darse por una actitud dolosa o por negligencia. Queda excluido el caso fortuito porque la pérdida pudo producirse indistintamente en poder del heredero o del legatario, es decir, por circunstancias accidentales e imprevisibles.
4. La renuncia del titular de un legado.
5. La declaración judicial de indignidad.

Estas dos últimas causas resultan incluidas en aplicación de los Arts. 773 y 677 del Código Civil y porque éstas fundamentan la caducidad de la institución de herederos, Art. 805 incisos 2° y 3° del mismo Codigo.

No caduca el legado en los casos de sustitución, Art. 740, ni de acrecencia, Art. 775 del mismo Código.

Capítulo XXII

DERECHO DE ACRECER

1. ANTECEDENTES

El acrecimiento se fundó originalmente en dos principios del Derecho Romano: a) Continuidad de la personalidad del causante; y b) Nadie puede morir en parte testado y parte intestado. Estos principios sustentan la necesidad y obligatoriedad del acrecimiento.

Este derecho en la sucesión testamentaria nace del hecho de interpretar la voluntad presunta del testador del modo siguiente: si alguno de los instituidos no pudiera recibir su cuota y no deja descendientes que le puedan representar, aquél habría querido que esa cuota favoreciera a los demás coherederos que instituyó. El derecho de acrecer es pues subsidiario del derecho de representación.

La aplicación de este derecho no tenía lugar cuando se presentaba algún obstáculo que destruía esta presunción; obstáculo derivado de la ley: la representación sucesoria; o derivado de la voluntad del propio testador: la sustitución efectuada por el testamento.

Resulta interesante conocer lo que el Art. 3810 del Código Civil Argentino establece:

> El derecho de acrecer no tiene lugar sino en las disposiciones testamentarias.

Por el contrario, como veremos más adelante, creemos que en nuestro ordenamiento legal el derecho de acrecer funciona también en la sucesión intestada, y se fundamenta en la vocación universal que los herederos tienen siempre respecto a toda la herencia (Art. 735 del Código Civil).

2. CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código Civil carece de disposición expresa respecto al ámbito de su aplicación. El derecho de acrecencia, como hemos dicho, está regulado en la Sección Segunda del Libro Cuarto del Código Civil, cuya materia se refiere a la sucesión testamentaria:

> Art. 774.- Si varios herederos son instituidos en la totalidad de los bienes sin determinación de parte o en partes iguales y alguno de ellos no quiere o no puede recibir la suya, ésta acrece los de los demás, salvo el derecho de representación.
>
> Art. 775.- Cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir lo que le corresponde, ésta acrecerá las partes de los demás.
>
> Art. 776.- El legado se reintegra a la masa hereditaria cuando no tiene efecto por cualquier causa, o cuando el legatario no puede o no quiere recibirlo.
>
> Art. 777.- El derecho de acrecer no tiene lugar cuando el testamento resulta una voluntad diversa del testador.

Corresponde al texto de los Arts. 116 al 119 del Anteproyecto. El derecho de acrecer es una consecuencia de la naturaleza propia del título del heredero, que es expansivo, pues se extiende a la universalidad o totalidad de los bienes y derechos que constituyen la herencia. El efecto peculiar de este tipo de vocaciones es que cuando alguno de los llamados no puede (premoriencia, indignidad o desheredación) o no quiere recibir la herencia (renuncia) entonces su cuota acrece la de los demás, es decir, que el acrecimiento tiene una virtualidad expansiva que deriva de la universalidad del título con que es instituido el heredero, sin otros límites que el derecho de los coherederos que suceden por sí o por representación, y la voluntad del testador dentro del ámbito que la ley concede.

En consecuencia, el derecho de acrecer es la capacidad potencial de obtener más allá de lo dispuesto por el testador o la ley, porque este derecho es inherente a todo heredero independientemente de la fuente de su institución.

Procede tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. El derecho de acrecer, en cambio, no es inherente al legatario quien sólo por excepción puede acrecer (Art. 775) y se da por razón no del título sino por la naturaleza jurídica del bien legado a varias personas.

El hecho de que el derecho de acrecer se encuentre ubicado en la Sección Segunda del Libro Cuarto del Código Civil que regula la materia de sucesión testamentaria no impide su aplicación extensiva a los casos de sucesión intestada cuando, por ejemplo, si habiendo sido declarados herederos los cuatro hijos del causante, posteriormente uno es excluido por indignidad y carece de descendientes que puedan representarlo, la cuota de éste acrecerá la de los tres otros restantes, es decir, que el acrecimiento tiene una virtualidad expansiva que deriva de la vocación universal a toda la herencia con que es instituido el heredero (Art. 735 del Código Civil).

3. FUNDAMENTO

El derecho de acrecer aparece establecido y regulado en el Derecho Romano pero no se preocuparon de su fundamentación. Fueron los glosadores quienes sobre la base de interpretación de los textos romanos, han establecido dos teorías:

a. **Teoría Subjetiva o Voluntaria**: Su fundamentación radicaría en la voluntad presunta del testador al considerar que si bien, éste asigna toda la herencia a varios herederos, su voluntad implícita es la de beneficiar con toda la herencia a cada uno de los instituidos; como consecuencia de ello resulta que si alguno de los designados no quiere o no puede recibirla, su cuota incrementará la de los restantes herederos.
   Este criterio es afirmado por muchos autores como Roca Sastre, Somarriva y Messineo. O sea, cuando el testador llama en conjunto a varios herederos, se presume que su deseo es que recíprocamente se sustituyan.
   Somarravia afirma que el derecho de acrecimiento es la interpretación de la voluntad del testador por parte del legislador.
   Creemos que no es exacto que la voluntad del causante sea la suprema ley de la sucesión. Es verdad que la sucesión testamentaria prevalece sobre la sucesión intestada, pero esa voluntad está restringida por la ley, como lo señala el Art. 686 del Código Civil, así como también los Arts. 723, 729 y 733 del Código acotado.
   ¿Las cuotas alícuotas deben ser dispuestas entre varios herederos sin determinación de partes o en partes iguales para que funcione el derecho de acrecencia?
   Sobre este tema, la mayoría de autores se inclina por la tesis de la existencia de cuotas iguales o de asignaciones del todo sin determinación de par-

tes. Esta regla se encuentra consagrada, por ejemplo, en el Código Civil Italiano, Art. 674 y Código Civil Peruano, Art. 774, y Código Civil Español, Art. 982 inciso I.

En cambio, el profesor español Albadalejo expresa que nada obsta para que interpretando la voluntad del testador pueda funcionar el derecho de acrecencia aún en los casos de asignación de cuotas alícuotas desiguales, ya que cuotas alícuotas no significa necesariamente cuotas iguales porque la ley suprema de la sucesión testamentaria es la voluntad del testador. En consecuencia, éste puede extender dicho derecho para tales casos, pero sólo con manifestación expresa. Los Arts. 774 y 777 de nuestro Código Civil podrían abonar esta aserción, pero sólo cuando se trata de herederos voluntarios porque el derecho queda librado a la voluntad del testador. El primero de ellos establece que si varios herederos son instituidos *en la totalidad de los bienes sin determinación de partes o en partes iguales y alguno de ellos no puede o no quiere recibir la suya*, ésta acrece las de los demás, salvo el derecho de representación. Acá la voluntad presuntiva del testador descansa en dos supuestos:

1. Institución plural de herederos en la totalidad de bienes, o sea la existencia de una vocación solidaria, y
2. Que las asignaciones se hagan sin determinación de partes o en partes iguales.

Cabe añadir que tratándose de la legítima, que corresponde a los herederos forzosos en cuotas iguales por norma legal imperativa, no podría el testador repartirla en cuotas desiguales. Es por eso que el derecho de acrecer respecto a éstos no podría ser modificado, resultando por eso inaplicable para este caso, los alcances del Art. 777.

El Art. 777 del acotado dispone que el derecho de acrecer no tiene lugar cuando del testamento resulta una voluntad diversa del testador. En este caso, la voluntad puede ser expresa o tácita, y sólo puede incidir este derecho respecto de los herederos voluntarios y legatarios porque sus derechos patrimoniales provienen exclusivamente de la parte de libre disposición de la herencia, es decir, de un acto de liberalidad, pero no sobre la legítima por no ser de libre disposición, pues es intangible por norma de orden público, lo que implica —como ya hemos apuntado— que la autonomía de la voluntad en el testamento no es absoluta sino relativa, pues está limitada por normas legales que protegen a los llamados herederos forzo-

sos (Cfr. Arts. 723, 724, 725, 726, 727, 735, 736, 737 y 740 del Código Civil).

Estas breves consideraciones nos llevan a afirmar que en nuestro ordenamiento legal la voluntad del causante no es ley suprema del testamento sino que está restringida por determinadas normas imperativas, que amparan la legítima, por lo que el derecho de acrecer funcionará necesariamente sin excepción alguna a favor de los herederos forzosos respecto de la legítima y siempre que el heredero forzoso no quiera o no pueda recibir su cuota y no pueda ser representado por sus descendientes en los casos establecidos por la ley.

Esto significa que el fundamento último del derecho de acrecer deriva en parte de la ley y se funda en que el heredero es instituido siempre a título universal mientras que el legatario lo es a título particular (Cfr. Arts. 735 y 756 del Código Civil). La característica diferenciadora entre ambos títulos es que el primero es expansivo mientras que el otro no. Ese poder expansivo que nace de la universalidad del título se llama derecho de acrecer. Pero también deriva en parte de la voluntad del causante cuando por testamento y a falta de herederos forzosos instituye herederos voluntarios (Art. 777 del Código Civil). Por eso este precepto legal señala:

> El derecho de acrecer no tiene lugar cuando del testamento resulta una voluntad diversa del testador.

Será pues diversa la voluntad cuando se refiere a los herederos voluntarios y eventualmente el caso de los legatarios de un mismo bien, porque ambos son instituidos por su exclusiva voluntad, es decir por un acto de liberalidad. En cambio no podría negar el derecho de acrecencia respecto de la legítima de los herederos forzosos, cuya naturaleza es de orden público y el derecho a ella es exclusivo y excluyente.

Nuestro ordenamiento legal, Art. 775 del Código Civil, admite por excepción un único caso de acrecimiento en caso de legados cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes y alguna de ellas no quiere o no puede recibir la que le corresponde, esta acrecerá las partes de los demás. Esta regla está contemplada en el Art. 2158 del Código Civil de Alemania, y Arts. 3812 y 3813 del Código Civil Argentino.

El acrecimiento de los herederos favorecidos con este derecho implica una vocación solidaria.

En definitiva, la teoría subjetiva o voluntaria tiene en nuestra opinión el inconveniente de limitar el acrecimiento sólo a la sucesión testamentaria

porque la única fuente es la voluntad del causante. Pero creemos, como señalan los profesores Domínguez, que por la fuerza de las cosas se presenta también en la sucesión intestada, aunque su reglamentación en nuestro Código Civil Peruano está referida sólo a la sucesión testamentaria. El fundamento del derecho de acrecer en la sucesión intestada descansa en el mismo orden a heredar establecido por la ley. Esta tesis también la sustenta el Código Civil de Uruguay, artículo 1044:

> En las sucesiones intestadas la parte del que no puede o no quiere aceptar acrece a los coherederos, salvo derecho de representación.

b. **Teoría objetiva:** La voluntad del testador no crea el derecho de acrecer, el cual no aparece por el hecho del llamamiento solidario sino porque aquel llamado acumulativo confiere a los herederos instituidos el derecho inicial sobre todo la herencia. El acrecimiento no integra la voluntad del causante, sino que proviene de la ley. Es decir que el derecho a acrecer lo establece la ley y las condiciones para que funcione la ley las establece el causante.

Albadalejo sostiene que en realidad la voluntad del causante únicamente sirve para configurar la institución como solidaria, porque es la ley la que otorga el derecho de acrecer.

También se afirma que el fundamento puede estar en la voluntad presunta del testador como cuando instituye herederos voluntarios sin determinación de partes o en cuotas iguales. Se presume entonces que la voluntad del testador es que acrezca el derecho de los instituidos cuando alguno de ellos no quiere o no puede aceptarlo porque si la asignación la hace en partes desiguales, la voluntad expresa denota que está poniendo limites a los derechos de cada cual, porque éstos son instituidos por su voluntad; entonces no operará la acrecencia.

En definitiva, respecto al fundamento del derecho de acrecer, nosotros consideramos que es la ley la que establece el derecho de acrecimiento por regla general, pero tratándose de la sucesión testamentaria participa la voluntad del causante cuando configura la institución como solidaria.

Importante también resulta destacar como lo hacen los maestros Domínguez[1] *que el acrecimiento no se produce propiamente en la cuota vacante que no llega a existir sino más acertadamente en el título que tenía el asignatario bien de la*

1 DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Derecho Sucesorio*. Tomo II, 2° edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile 1998, p. 863.

sola disposición de la ley o del testamento del difunto para legitimar más adelante la aceptación. Las cuotas vienen a resultar con posterioridad a la aceptación.

Esta afirmación en nuestra opinión resulta correcta porque cuando el heredero instituido no puede o no quiere serlo, es considerado como si nunca lo hubiera sido y por tanto no tiene cuota. Lo que primero pierde entonces es el título de heredero. Por tanto, el acrecimiento tiene lugar no en la cuota vacante sino en el título que tenía el heredero instituido.

La vacancia no se produce en la cuota sino más bien en la causa que legitima al designado para adquirirla, es decir, en el título o vocación para suceder.

Finalmente debemos señalar, que en nuestro criterio, la acreencia en nuestro ordenamiento legal opera de pleno derecho como en el caso de la trasmisión de la herencia en la sucesión. Creemos, al igual que el profesor Zannoni, que el derecho de acrecer no es un derecho autónomo que corresponde al heredero respecto del cual se pueda aceptar o renunciar la cuota vacante independientemente de la vocación hereditaria que por naturaleza es una e indivisible. Es un efecto necesario de la vocación solidaria del heredero.

4. APLICACIÓN DEL DERECHO DE ACRECER

Para el funcionamiento del derecho de acrecer es indispensable observar las siguientes reglas:

a. Pluralidad de herederos instituidos en la totalidad de los bienes y derechos que constituyen la herencia. Si sólo hubiera un único heredero, la acreencia carecería de sentido porque adquiere la integridad de la herencia desde un comienzo.

Cuando el legislador, en el Art. 774 del Código Civil, establece como presupuesto para que opere el derecho de acrecer, que los herederos hayan sido instituidos *«en la totalidad de los bienes»*, es necesario analizar a qué se refiere debido a que esta exigencia genera dos interpretaciones:

1. Que los herederos deben ser instituidos sobre la totalidad de los bienes del patrimonio hereditario.
2. Que los herederos deben ser instituidos sobre la totalidad de los bienes que constituye la herencia o una cuota parte de ellos.

Si asumimos la primera interpretación, entonces, no funcionaría el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria si el testador haciendo uso de su cuota de libre disposición instituye un legado, debido a que la totalidad de los bienes de la herencia ha sido trastocado por esta liberalidad.
Esta interpretación atentaría contra la esencia misma de la institución de herederos, debido a que eliminaría el carácter de vocación universal que tiene éste sobre toda la herencia. También atentaría contra la voluntad presunta del causante que ha querido beneficiar a todos y a cada uno de los herederos instituidos haciéndolos copropietarios, eliminando así la interferencia de todo tercero ajeno a la institución original (salvo derecho de representación).
Nosotros creemos que la exigencia del artículo 774 se refiere a que los herederos sean instituidos sobre la totalidad de los bienes que constituyen la herencia o sobre una cuota parte de ellos.
Cuando el legislador usa los términos «en la totalidad de los bienes» lo hace con sentido didáctico para diferenciar la calidad del heredero como sucesor a título universal, del legatario como sucesor a título particular. La exigencia tiene una connotación cualitativa y no cuantitativa.
Los arts. 726 y 808 del Código Civil de 1936, que regulan el derecho de acrecer, señalaban lo siguiente:

> Art. 726.-
> Hay derecho de acrecer entre los coherederos o entre los colegatarios respectivamente, en el caso del artículo 802.

> Art. 802.-
> Si el testamento no determina la fracción de la herencia o del bien que se deja a cada heredero o legatario de los nombrados conjuntamente, éstos se distribuirán por igual dicha herencia o dicho bien.

El legislador del Código Civil actual, a diferencia del anterior en que no distingue entre el heredero y el legatario, señala en el Art. 735 lo siguiente:

> Art. 735.-
> La institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos. La institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756. El error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición.

Al concordar este precepto legal con el numeral 774 del mismo cuerpo, podemos notar que el legislador usa los términos *«en la totalidad de los bienes»* como un alternativa a la totalidad de la herencia o a una cuota parte de ellos (art. 735). No existe ninguna incongruencia, debido a que el legislador ha querido utilizar este término para referirse al conjunto de bienes o de un solo bien que hace un todo indivisible, por ejemplo si el causante deja como herencia un restaurante (letreros, sillas, mesas, local, utensilios, etc.), o una casa (infraestructura, accesorios, terreno, etc.), o una cuota equivalente al 50% de su patrimonio.

En consecuencia, como la vocación universal a toda la herencia, y el derecho de acrecer son características esenciales y distintivas del heredero, no pueden ser suprimidas por una interpretación errónea del art. 774 que haría ineficaz el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria.

b. Que la institución de herederos se haya hecho sin determinación de cuotas hereditarias o en cuotas iguales. Esto ocurre siempre cuando se trata de herederos forzosos; nadie, ni el testador, podrá establecer algo diferente porque los coherederos forzosos que concurren a una misma herencia tienen iguales derechos por mandato de ley imperativa (Arts. 723, 729 y 733 del Código Civil). Tratándose de herederos voluntarios, podría el testador otorgarles cuotas diferentes de la herencia; en cuyo caso no tienen derecho de acrecer porque, no obstante tener la calidad de herederos con título universal, han sido instituidos por su exclusiva voluntad, sin estar obligado por la ley; el testador ha querido limitarles este derecho, lo cual es posible porque la afectación de bienes a favor de éstos —repetimos— proviene de un acto de liberalidad. La limitación del derecho adjudicatorio señala la voluntad tácita de no extenderle el derecho de acreencia.

Los legatarios, como son instituidos a título particular, no tienen el derecho de acrecencia a no ser que los legados otorgados incidan sobre un mismo bien o bienes indivisos, sin determinación de partes (artículo 775 del Código Civil).

c. Que el coheredero, o eventualmente el legatario en su caso, no pueda o no quiera recibir su cuota.

d. Que tratándose de los herederos forzosos, la imposibilidad proviene de premoriencia, renuncia, declaración de indignidad o por deshederación. Si se refiere a herederos voluntarios o a legatarios, la imposibilidad de

recibir su cuota deriva de cualquiera de las tres primeras causas, porque los únicos que pueden ser desheredados son los herederos forzosos.

e. Que tratándose de los herederos forzosos impedidos, éstos no dejen descendientes hábiles para recibir su cuota por representación; y, cuando varios heredan a un hermano, los impedidos de recibir su cuota no dejen hijos que los representen y asimismo que el testador no hubiera hecho uso del derecho de sustitución. Quiere significar que el derecho de representación en beneficio de los descendientes del heredero originario impedido, prevalece sobre el derecho de acrecencia a favor de los coherederos de aquél.

Cuando uno de los colegatarios se encuentra impedido o no puede recibir su legado, éste caduca revirtiendo entonces a la masa hereditaria. La excepción a esta regla se da en el único caso que prevé el Art. 775 del Código Civil.

¿Por qué el Art. 777 de nuestro Código Civil no es aplicable a los herederos legitimarios?

Porque el derecho a la legítima es inherente a los herederos forzosos, como lo establecen los Arts. 723 y 733, que son normas imperativas que restringen la libertad de disposición por parte del testador, de modo que si los herederos forzosos, por imposición de la ley, son instituidos siempre a título universal y en igualdad de cuotas, entonces el testador no puede negarles el derecho de acrecer respecto a la legítima.

En relación con el Art. 777 debe considerarse que jamás tendrá aplicación cuando se trate de herederos forzosos. Sólo resulta viable respecto de los herederos voluntarios y legatarios porque son instituidos voluntariamente por el testador y proviene de la cuota de libre disposición.

La inspiración de estos preceptos contenidos en el Título VII de nuestro Código Civil se encuentra en los Códigos Civiles de Italia, Alemania, España y Argentina.

> Art. 674 del Código Civil Italiano.-
> Acrecimiento entre coherederos:
> Cuando varios coherederos han sido instituidos en un mismo testamento en la universalidad de los bienes, sin determinación de partes o en partes

> iguales, aún cuando sean determinadas, cuando uno de ellos no pueda o no quiera aceptar, su parte acrece a los otros.
> Si varios herederos han sido instituidos en una misma cuota, el acrecimiento tiene lugar a favor de los otros instituidos en dicha cuota.

El acrecimiento no tiene lugar cuando del testamento resulte una voluntad diversa del testador.

Queda a salvo en todo caso el derecho de representación.

> Art. 675 del mismo cuerpo legal.-
> Acrecimiento entre colegatarios:
> El acrecimiento tiene lugar también entre varios legatarios a los cuales ha sido legado un mismo objeto, salvo que del testamento resulte una voluntad diversa y salvo siempre el derecho de representación.

Cabe explicar que en la legislación Italiana existe la representación sucesoria respecto de legatarios como aparece del Art. 467. En nuestro ordenamiento legal esto no está permitido.

Respecto a la extensión del derecho de acrecer, el Art. 3810 del Código Civil Argentino señala lo siguiente:

> El derecho de acrecer no tiene lugar sino en las disposiciones testamentarias.

Reiteramos, que el hecho de que el derecho de acrecer esté contemplado en nuestro Código Civil en la sección relativa a la sucesión testamentaria no significa que se limita a ella, debido a que este derecho es extensivo también a la sucesión legal o intestada, Por ejemplo, ¿qué ocurre cuando en una sucesión intestada son instituidos como herederos del causante sus tres hijos y uno de ellos renuncia a la herencia, o es excluido por indignidad y no tiene descendientes que pudieran representarlo? ¿A quién correspondería recibir su cuota hereditaria? Si uno de ellos fue excluido por renuncia o indignidad, corresponderá entonces a los otros dos hermanos de éste, el derecho a recibir la cuota de aquél por acrecimiento. Este criterio concuerda con la naturaleza de la institución de heredero, que es a título universal sobre la totalidad de la herencia (Art. 735), y debe realizarse conforme al orden prelatorio dispuesto por el artículo 816 del vigente Código Civil.

Capítulo XXIII

ALBACEAS

1. CÓDIGO CIVIL

Art. 778.- El testador puede encomendar a una o varias personas, a quienes se denomina albaceas o ejecutores testamentarios, el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad

Art. 779.- El nombramiento de albacea debe constar en testamento.

Art. 780.- Cuando hay varios albaceas testamentarios nombrados para que ejerzan el cargo conjuntamente, vale lo que todos hagan de consuno o lo que haga uno de ellos autorizado por los demás. En caso de desacuerdo vale lo que decide la mayoría.

Art. 781.- Es solidaria la responsabilidad de los albaceas que ejercen conjuntamente el cargo, salvo disposición distinta del testador.

Art. 782.- Si el testador no dispone que los albaceas actúen conjuntamente, ni les atribuye funciones específicas a cada uno de ellos, desempeñarán el cargo sucesivamente, unos a falta de otros, en el orden en que se les ha designado.

Art. 783.- No puede ser albacea el que está incurso en los Arts. 667, 744, 745 y 746.

Art. 784.- Pueden ser albaceas las personas jurídicas autorizadas por ley o por su estatuto.

Art. 785.- El albacea puede excusarse de aceptar el cargo, pero si lo hubiera aceptado, no podrá renunciarlo sino por justa causa, o juicio del juez.

Art. 786.- Mientras el albacea no acepte el cargo o no se excuse, el juez al que corresponda conocer de la sucesión, a solicitud de parte interesada, le señalará un plazo prudencial para la aceptación, transcurrido el cual se tendrá por rehusado.

Art. 787.- Son obligaciones del albacea:

1. Atender a la inhumación del cadáver del testador o a su incineración si éste lo hubiera dispuesto así, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 13.

2. Ejercitar las acciones judiciales y extrajudiciales para la seguridad de los bienes hereditarios.

3. Hacer inventario judicial de los bienes que constituyen la herencia, con citación de los herederos, legatarios y acreedores de quienes tenga conocimiento.

4. Administrar los bienes de la herencia que no hayan sido adjudicados por el testador, hasta que sean entregados a los herederos o legatarios, salvo disposición diversa del testador.
5. Pagar las deudas y cargos de la herencia, con conocimiento de los herederos.
6. Pagar o entregar los legados.
7. Vender los bienes hereditarios con autorización expresa del testador, o de los herederos, o del Juez, cuando sea indispensable para pagar las deudas de la herencia y los legados.
8. Procurar la división y partición de la herencia.
9. Cumplir los encargos especiales del testador.
10. Sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promueva, sin perjuicio del apersonamiento que, en tal caso, corresponde a los herederos.

Art. 788.- Los albaceas no son representantes de la testamentaría para demandar ni responder en juicio, sino tratándose de los encargos del testador, de la administración que les corresponde y del caso del Art. 787, inciso 10°.

Art. 789.- El albaceazgo es indelegable; pero pueden ejercerse, en casos justificados, algunas funciones mediante representantes bajo las órdenes y responsabilidad del albacea.

Art. 790.- Si el testador no instituye herederos, sino solamente legatarios, la posesión de los bienes hereditarios corresponde al albacea, hasta que sean pagados las deudas de la herencia y los legados.

Art. 791.- Los herederos o legatarios pueden pedir al albacea la adopción de medidas necesarias para mantener la indemnidad de los bienes hereditarios.

Art. 792.- 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.

Art. 793.- El cargo de albacea es remunerado, salvo que el testador disponga su gratuidad.

La remuneración no será mayor del cuatro por ciento de la masa líquida. En defecto de la determinación de la remuneración por el testador, lo hará el Juez, quien también señalará la del albacea dativo.

Art. 794.- Aunque el testador le hubiera eximido de este deber, dentro de los sesenta días de terminado el albaceazgo, el albacea debe presentar a los sucesores un informe escrito de su gestión y, de ser el caso, las cuentas correspondientes con los documentos del caso u ofreciendo otro medio probatorio. Las cuentas no requieren de observancia de formalidad especial en cuanto a su contenido, siempre que figure una relación ordenada de ingresos y gastos.

También cumplirá este deber durante el ejercicio del cargo, con frecuencia

no inferior a seis meses, cuando lo ordene el Juez Civil a pedido de cualquier sucesor. La solicitud se tramita como proceso no contencioso. El informe y las cuentas se entienden aprobados si dentro del plazo de caducidad de sesenta días de presentados no se solicita judicialmente su desaprobación, como proceso de conocimiento.
Las reglas contenidas en este artículo son de aplicación supletoria a todos los demás casos en los que exista deber legal o convencional de presentar cuentas de ingresos y gastos o informes de gestión.
Art. 795.- Puede solicitarse, como proceso sumarísimo, la remoción del albacea que no ha empezado la facción de inventarios dentro de los noventa días de la muerte del testador, o de protocolizado el testamento, o de su nombramiento judicial, lo que corresponda, o dentro de los treinta días de haber sido requerido notarialmente con tal objeto por los sucesores[1].
Art. 796.- El cargo de albacea termina:
1. Por haber transcurrido dos años desde su aceptación, salvo el mayor plazo que señale el testador, o que conceda el juez con acuerdo de la mayoría de los herederos.
2. Por haber concluido sus funciones.
3. Por renuncia con aprobación judicial.
4. Por incapacidad legal o física que impida el desempeño de la función.
5. Por remoción judicial, o petición de parte debidamente fundamentada.
6. Por muerte, desaparición o declaración de ausencia.
Art. 797.- El albacea está facultado durante el ejercicio de su cargo y en cualquier tiempo después de haberlo ejercido, para exigir que se cumpla la voluntad del testador. Carece de esta facultad el que cesó por renuncia o por haber sido removido del cargo.

Las Normas del Título VIII recogen el texto casi íntegro de los Arts. 120 al 138 del Anteproyecto.

2. CONCEPTO

El vocablo proviene de la expresión árabe *vaseya* que significa «encomendar» y del artículo *al* que significa «para otros».

Es la persona —natural o jurídica— designada por el testador para asegurar la ejecución y cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad.

---

1 Modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del D. Leg. 768 (Código Procesal Civil), aprobado por R.M. 010-93-JUS de 8-1-93.

Es un ejecutor testamentario y se le denomina también «cabezalero» o «mancesor» o «fideicomisario».

Lo propio sería que fueran los herederos los encargados de llevar adelante estas disposiciones testamentarias, dada la calidad que ostentan como sucesores a título universal y con derecho a ejercitar de modo directo e inmediato todos los atributos inherentes como nuevos titulares de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia. Pero cuando los bienes se encuentran indivisos por concurrir varios herederos y legatarios, y hay intereses contrapuestos, entonces resulta conveniente la presencia del albacea que va a actuar en el desempeño de sus funciones con imparcialidad, lealtad, eficiencia y laboriosidad, retribuyendo así la confianza del testador que lo eligió.

Nuestro Código Civil carece de definición precisa. La doctrina nos presenta muchas definiciones, pero todas concuerdan en lo esencial.

Echecopar García[2], nos da la siguiente definición: «Albacea o ejecutor testamentario es la persona encargada de cumplir, en todo o en parte, la voluntad del testador».

Para Hernando Carrizosa, citado por Holgado Valer[3]: «El ejecutor testamentario es el mandatario del testador y de los herederos, encargado de la distribución de la masa hereditaria».

Holgado Valer, en la obra anteriormente citada, señala que el albacea «es la persona encargada de hacer cumplir en todo o parte, el contenido de un testamento, en cuanto a la distribución de un patrimonio hereditario, el reconocimiento de algún derecho personal o de una obligación, para que surta sus efectos después del fallecimiento del testador».

Por su parte Puig Peña dice que «es aquella institución jurídica por cuya virtud una o más personas, nombradas generalmente por el testador, son encargadas de vigilar y dar cumplimiento a lo ordenado en el testamento asegurando así la efectividad de sus disposiciones»[4].

Finalmente, Colin y Capitant[5] afirman que: «El ejecutor testamentario es una persona elegida por el difunto en un testamento y encargado del mandato

---

2 ECHECOPAR GARCÍA Luis. *Derecho de Sucesiones*. Lima: Empresa Gráfica Sanmarti, 1950, p. 216.

3 HOLGADO VALER, Enrique. *Las Sucesiones Hereditarias en el nuevo Código Civil Peruano*. Cuzco: Ed. Peñarol SRL, 1985, pp. 104-105.

4 PUIG PEÑA, Federico. «Tratado de Derecho Civil Español». *Revista de Derecho Privado*, t. V, vol. 3, 1974, p. 88.

5 COLIN, Ambrosio y Henry CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho Civil*. T. VIII. Madrid: Editorial Reus S.A., 1927, p. 351.

de asegurar la ejecución de sus últimas voluntades, particularmente el pago de los legados».

Según parece en el Derecho Romano se encuentra una cierta correspondencia entre el albacea y algunas figuras jurídicas de la época, como el fideicomiso o el legado con carga que convierte al titular en un simple ejecutor de la voluntad del testador, pero no es una institución propiamente romana. Generalmente, los mismos herederos eran los ejecutores de la voluntad del padre, considerando que éstos eran los continuadores de su personalidad.

Maffia afirma que su origen se refiere comúnmente al Derecho Germánico habiéndose difundido a los países romanos por la influencia del Derecho Canónico. Es con el Derecho Canónico en donde el albacea surge con propia identidad. Para que las mandas piadosas se cumpliesen, fue instituido el cargo de albacea ya que los herederos eran renuentes a dar cumplimiento a estas disposiciones testamentarias de liberalidad porque reducía muchas veces su acervo hereditario. El Derecho Canónico creó la figura del albacea para asegurar el cabal cumplimiento de la voluntad del testador. El albacea era un intermediario entre el causante y sus sucesores; actuaba en nombre de aquél y su función se circunscribía, al principio, en velar por el cumplimiento de las disposiciones piadosas, más tarde se van ampliando sus atribuciones como el relacionado con la entrega de legados o liquidación de la masa hereditaria mediante la división y partición, fiscalizador del fiel cumplimento de la voluntad del testador por parte de los herederos, entre otras facultades.

Rafael Ramos señala que en el Fuero Juzgo se facultó a los albaceas para practicar las particiones y pagar las deudas. El Fuero Real desarrolla el ámbito de sus facultades y responsabilidades. *Las Partidas* distinguen tres clases de albaceas: *los testamentarios*, los nombrados por el propio testador; *los legítimos*, los designados por la ley , es decir, por los herederos; y *los dativos* que son los nombrados por el juez. Hoy no es aceptada esta clasificación porque no responde a su naturaleza jurídica. Sólo son albaceas los nombrados por testamento. Es una facultad exclusiva del testador.

El primer Código Civil que el Perú tuvo fue el de Santa Cruz de 1836, en el que el albacea es considerado como un ejecutor testamentario. Su tratamiento legal es deficiente porque presenta notables vacíos como en lo referente al plazo para la aceptación del cargo, a la falta de obligatoriedad de la facción de inventario y rendición de cuenta a causales que determinan la conclusión del albaceazgo (Arts. 603 al 612).

El Código Civil de 1852 tiene mayor desarrollo como resulta del examen de los artículos 805 al 837.

Incurre en algunos errores como cuando en los Arts. 806 y 807 se refiere a los albaceas dativos o sea a los nombrados por el juez en los casos de renuncia, remoción o ausencia del que estaba nombrado en el testamento. Admite la pluralidad de albaceas, pero no trata del albacea solidario. En propiedad, el albacea debe ser designado por testamento.

El Código Civil de 1936 en los Arts. 729 al 747 regula esta materia, destacándose algunas disposiciones como:

1. La posibilidad del nombramiento de albacea por testamento o por escritura pública. Ahora sólo puede hacerse únicamente por testamento lo que resulta más conveniente porque con la inscripción en los Registros Públicos puede conocerse el nombramiento por el Albacea nombrado, lo cual no es posible tratándose de la escritura pública (Art. 730).
2. Señala las facultades y responsabilidades del cargo (Arts. 734, 737, 741, 742, 743, 745 y 746). Destacan la obligación del inventario y la rendición de cuentas.

Finalmente, el Código Civil de 1984 desarrolla el tema en forma sistemática, siendo bastante completo, como se comprobará oportunamente.

3. NATURALEZA JURÍDICA

No existe uniformidad de criterios entre los diferentes autores.

a. Mandato

Es sustentada por la doctrina francesa, argentina y uruguaya. Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español*[6], afirma que el albacea testamentario tiene una misión más parecida al mandatario que a otra institución jurídica: en esencia, es un encargo que el testador confía a una persona. Es un mandato especial que lo diferencia del mandato común en que éste termina con la muerte del mandante en cambio el otro comienza a partir de la muerte del testador, por eso se le califica como un mandato *post mortem*.

Esta opinión es la más generalizada entre autores calificados como Planiol, Vélez Sarsfield, Gatti y Planck. La doctrina argentina sustenta también esta posición. La discrepancia radica en determinar si el albacea es mandatario del albacea o de los herederos.

---

6 VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil Español*. T.V. Valladolid: Cuesta, 1935-1939, pp. 346-349.

Sin embargo, advertimos que no obstante existir entre ambas instituciones notables semejanzas, también hay diferencias que las separan indiscutiblemente.

Diferencias entre mandatarios y albaceas

1. El albaceazgo comienza con la muerte del causante; en cambio, el mandato concluye con la muerte del mandante, Art. 1801 inciso 3° del Código Civil.
2. El albaceazgo es un acto *mortis causa* mientras que el mandato es acto *inter vivos*.
3. El albaceazgo es por esencia irrevocable, en cambio, el mandato, es revocable (Arts. 1808 y 61 del Código Civil). La muerte pone fin a la persona. Si el albaceazgo comienza a partir de la muerte del causante, obvio resulta la imposibilidad de la revocación. Se ha dicho, sin embargo, que si bien el testador ya no podría hacerlo, en cambio, los herederos sí lo cual es inexacto, porque lo único que podrían hacer es solicitar al juez la subrogación del cargo, su remoción, pero debe fundarse en el dolo o negligencia de su desempeño y lo más importante aún, es que se debe probar. En cambio, la revocación constituye un acto unilateral que no requiere fundamentación alguna.
4. El cargo de albacea una vez aceptado resulta irrenunciable; sólo cabe la renuncia por causas que determinen su imposibilidad física o jurídica para continuar desempeñándolo; razones que deben probarse para que el juez la acepte o la deniegue.
   En cambio el mandato es renunciable.
5. El cargo de albacea es personal e indelegable; en el mandato en cambio, cabe la sustitución. Es verdad que el albacea en casos aislados puede desempeñar algunas funciones mediante representantes pero aún en estos casos, siempre será bajo las órdenes y responsabilidad del albacea.
6. La función del albacea se encuentra casi íntegramente determinada por la ley (Art. 787 del Código Civil). Por naturaleza es especializada. La del mandatario es formalmente indeterminada, la fija el mandante.
7. El albaceazgo se constituye unilateralmente y por testamento (Art. 778 y 779 del Código Civil); el mandato, bilateralmente, porque es un contrato.
8. En caso de no aceptación del mandatario, el contrato de mandato no se perfecciona. Si el albacea no acepta, sus funciones son diferidas en virtud de la ley a otras personas (Art. 792 del Código Civil).
9. Por su naturaleza, el albaceazgo se establece enfrentando los intereses de los herederos. En el mandato no existe otro interés que los del mandante.

10. El albaceazgo es a término legal, o testamentario (Art. 796 del Código Civil). El mandato no está sujeto, conforme a ley a término alguno, así como el mandante puede previamente determinarlo, igualmente puede en cualquier momento dejarlo sin efecto prorrogarlo.
11. Extinguido el albaceazgo, el albacea testamentario cesante mantiene su personería para ciertos derechos y obligaciones contemplados por la ley (Art. 797 del Código Civil).
12. El mandato puede ser tácito (Art. 1792 del Código Civil). El albaceazgo necesariamente debe hacerse en forma expresa por el testador (Art. 779 del Código Civil).
13. Finalmente, de conformidad con el Art. 1790 del Código Civil, por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante, mientras que el albacea cuando ejercita sus funciones ya no existe el testador que fue quien lo designó y asimismo no actúa por cuenta y en interés de éste, porque al haber muerto dejó de ser sujeto de derecho, por tanto se puede afirmar que lo hace en interés de los herederos legatarios y de los eventuales acreedores de la sucesión.
14. El mandato se presume oneroso (Art. 1791 del Código Civil); en cambio, el albaceazgo es oneroso, salvo disposición contraria del testador (Art. 793 del Código Civil).
    Entre los Códigos Civiles que lo consideran un mandato se encuentra el de Austria, Art. 816.

b. Representación

Para esta teoría, el albacea actúa como representante del testador y de los herederos y es el encargado de hacer cumplir en todo o en parte la voluntad del testador, de velar por la indemnidad de la masa hereditaria, respetar el derecho de los herederos, legatarios y acreedores de la misma. Conforme al Art. 145 del Código Civil la facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley.

Nosotros creemos que no hay identidad entre el albaceazgo y la representación, porque habiendo fallecido el testador, que fue quien lo instituyó, ya no es posible que lo represente; los herederos o eventualmente los legatarios y los acreedores de la sucesión que no tuvieron que ver con dicha participación en nombramiento, tampoco son representados por éste.

Es por eso que realmente, no puede identificarse el albaceazgo con la representación, de acuerdo al Art. 145 del Código Civil, porque en la sucesión hereditaria los interesados son los sucesores.

El albacea no representa tampoco a la masa hereditaria, porque no es una

persona jurídica. La persona jurídica tiene un patrimonio propio y, el patrimonio que constituye la herencia, corresponde a los herederos.

c. **Cargo u Oficio**

Para los autores italianos como Francesco Messineo, el albaceazgo es un oficio de derecho privado. El albacea no es ningún representante sino algo diferente y de mayor importancia, no procediendo, entonces, la aplicación de los principios de la representación. El albacea es el titular de un oficio porque actúa en interés de otro, desempeña en nombre propio una determinada actividad como un deber. El concepto del derecho-deber es un elemento esencial de la noción de oficio y por eso se explica que no esté obligado a aceptar el cargo, así como que puede renunciar con justa causa y, mientras el oficio surge directamente de la ley, el albaceazgo tiene su origen en la voluntad privada.

Borda por su parte considera que la idea vertida anteriormente por Messineo no es errónea en sí misma, pero inexpresiva, porque no penetra en la esencia de la institución.

Pareciera que nuestro ordenamiento legal sigue el criterio de la doctrina italiana, como se desprende de los Arts. 780, 781, 782, 785, 786, 792, 793, 794, 796 y 797 del Código Civil, al referirse al albacea como un cargo, pero en realidad esta identidad es aparente.

Estamos de acuerdo parcialmente con Puig Brutau, al considerar el albaceazgo como una institución propia y autónoma de otras instituciones jurídicas. Tiene sustantividad propia. Es de naturaleza *sui generis* porque limita el derecho de los herederos, permite que el testador prolongue su voluntad después de la muerte y restringe el ejercicio del derecho de propiedad que pertenece a los herederos. En esta línea se encuentra el Código Civil.

El albacea es un agente de ejecución nombrado por el testador cuyos derechos y obligaciones se encuentran establecidos por quien lo nombre, en función de los diferentes derechos hereditarios que deben ser cautelados.

No actúa como representante sino en nombre propio, aún cuando sus actos obedecen a intereses ajenos y sobre bienes que dejaron de pertenecer a quien lo nombró. Arts. 660 y 787 inciso 4° del Código Civil. No representa al testador, porque ya está muerto; tampoco a la herencia, porque la testamentaría no es persona jurídica; tampoco a los herederos, porque ellos no lo han nombrado y además porque no se concibe una representación que prive o restrinja sus derechos al representado.

Algunos tratadistas consideran que se asemeja más a la figura del Mandato sin Representación, porque quien lo confiere, o sea, el testador, ha muerto cuando el albacea comienza sus funciones, no siendo entonces posible la Representación de una persona que ya no existe.
Esta semejanza estaría contemplada en el artículo 1809 del Código Civil. Sin embargo, nosotros consideramos que aun cuando el Albaceazgo mantiene estrechas semejanza con otras instituciones jurídicas, advertimos que con todas ellas hay también notables diferencias que no permiten la subsunción del Albaceazgo en algunas de éstas, por lo que en definitiva pensamos que el Albaceazgo es una institución *sui generis* y exclusiva del Derecho de Sucesiones debido a que sus normas y principios son fundamentalmente propios.
La jurisprudencia Argentina, con la que concordamos, considera también que se trata de un mandato *sui géneris*, debido a que es un mandatario de los intereses del testador. No representa un interés ajeno realmente, sino que obra, asume derecho y contrae obligaciones en virtud de las disposiciones de última voluntad, llegando a tener no solamente funciones de Administrador y Liquidador, sino también de permanente vigilante del cumplimiento de la voluntad del testador, aún después de haber concluido sus funciones (salvo que haya sido removido del cargo o renunciado). Esta última característica es un rasgo típico y esencial del Albaceazgo, y no se presenta en ninguna otra figura jurídica.

4. CARACTERÍSTICAS DEL ALBACEAZGO

a. Es testamentario

Por referencia a la fuente de su institución, Art. 779 del Código Civil. No sólo porque el único que realmente puede nombrar al albacea es el propio causante sino porque debe hacerlo observando las formalidades propias del testamento.
Puig Peña afirma que sólo los testamentarios son propiamente albaceas. La doctrina preponderante concuerda con esta característica, encontrándose superado el criterio de admitir también a los albaceas legítimos y dativos, como señala impropiamente nuestro Código Civil en el Art. 792, siendo de interés advertir que según este precepto legal, tanto unos como otros, están supeditados a que el albacea testamentario no exista, o habiendo sido designado no quiera o no pueda desempeñarlo. O sea que los albaceas legales, o dativos como los llama nuestro Código Civil, tienen

carácter supletorio. Los propios herederos que desempeñan esas atribuciones, en realidad lo hacen como copropietarios de la herencia o sea por derecho propio y, cuando éstos no están de acuerdo, corresponde al juez designar a la persona encargada propiamente de la administración judicial de la herencia por mandato legal.

El Art. 730 del Código Civil de 1936 dispuso la posibilidad de hacer el nombramiento por testamento o por escritura pública, a diferencia del actual Art. 779 que admite sólo la primera forma, lo cual se justifica porque, como señala Lanatta, se trata de una disposición típica del testamento y porque permite que los sucesores conozcan del nombramiento del albacea y del contenido del testamento, ya que de admitirse también el nombramiento por escritura pública, no sería posible su inscripción registral por no tratarse de un mandato ni de un testamento que sí son inscribibles. De esta forma podría permanecer oculto el nombramiento de albacea si fuera por escritura pública.

El Art. 3845 del Código Civil Argentino es también explícito y coincidente con el nuestro:

> El nombramiento de un ejecutor testamentario debe hacerse bajo las formas prescritas para los testamentos; pero no es preciso que se haga en el testamento mismo, cuya ejecución tiene por objeto asegurar.

b. Es voluntario

Porque depende de la voluntad del causante el derecho de testar y el de designar albacea. El cargo no es imprescindible para la transmisión hereditaria. Es, pues, potestativo para el testador y potestativo también para el albacea, quien es libre de aceptarlo o no. La aceptación puede ser expresa o tácita.

El causante al testar tiene libertad para disponer de sus bienes, ordenar su propia sucesión y designar la persona encargada del cumplimiento de su voluntad. Igualmente el albacea designado no está obligado a aceptarlo, es libre de hacerlo y no requiere de fundamentación la decisión que se tome. Por estas razones se puede afirmar que el cargo de albacea se constituye en dos momentos: cuando lo designa el testador y cuando lo acepta el nombrado. Se trata de dos declaraciones de voluntad independientes. No hay pues un contrato entre ellos. El testador y el albacea no coexisten en el tiempo. Sólo habrá albacea, muerto que sea el testador.

c. Implica confianza

El testador al designar albacea lo hace indudablemente fundado en las calidades personales de éste, que lo llevan a confiarle el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad. Es pues personalísimo. *Es por eso que el encargo es indelegable e intrasmisible.* Indelegable porque no puede el albacea nombrar a otro para que lo reemplace. Una vez aceptado está obligado el albacea a desempeñarlo fielmente.

El Art. 789 dice:

> El albaceazgo es indelegable; pero pueden ejercerse en casos justificados algunas funciones mediante representantes, bajo las órdenes y responsabilidad del albacea.

Esto significa que, por causas circunstanciales o por razones técnicas o profesionales, puede encargar algunas labores o actividades a terceras personas, pero, en todo caso, él responde por aquello.

Es además intrasmisible, porque la muerte del albacea pone fin a sus funciones. No se trasmite por herencia. Por eso es personalísimo.

Cfr. Art. 796 inciso 6° del Código Civil.

Los Arts. 3855 y 3865 del Código Civil Argentino destacan estas dos características, al igual que el Art. 1280 del Código Civil de Chile y Art. 1032 del Código Civil Francés.

d. Irrenunciable

La aceptación del cargo es voluntario, pero una vez aceptado no procede la renuncia sino por causas legales debidamente justificadas y con aprobación judicial.

Art. 785:

> El albacea puede excusarse de aceptar el cargo, pero si lo hubiere aceptado, no podrá renunciarlo sino por causa justa a juicio del juez.
>
> Cfr. Art. 796 inc. 3° del Código Civil.

Dicha aprobación judicial, respecto a una eventual renuncia del cargo, se tramita mediante proceso no contencioso, de acuerdo al inciso 1° de la VI disposición final del Texto Único Ordenado del D. Legislativo 768 (Código Procesal Civil de 1992) aprobado por R.M. 0010-93-JUS de 8-01-93.

e. **Temporal**
Es un nombramiento limitado en el tiempo, es transitorio mientras no se haga la partición de la herencia, o se cumpla la última voluntad del testador o cuando venza el término legal, por renuncia con aprobación judicial o por incapacidad legal o física que impide el desempeño de la función, o por remoción judicial o muerte, desaparición o declaración judicial de ausencia. Cfr. Art. 796 inciso 1° del Código Civil.

f. **Irrevocable**
El único que podría revocarlo sería la persona del testador porque él lo nombró, pero como el testamento recién se ejecuta a partir de la muerte de su autor, es lógico que ya no podrá hacerlo. Se afirma que lo pueden hacer sus herederos, lo cual no es exacto, porque una cosa es la revocación y otra la remoción que sólo procede por casos de incompetencia, dolo o negligencia en el desempeño del albaceazgo, los cuales, en todo caso, deben ser debidamente comprobados para que sea autorizada judicialmente.

g. **Remunerado**
La función de albacea es remunerada, lo que resulta justo porque implica el ejercicio de un trabajo que genera responsabilidad y nadie está obligado a prestar un trabajo sin su libre consentimiento y la debida retribución. Implica una contraprestación. Eventualmente, si lo dispone el testador, podría ser gratuito, pero en todo caso la aceptación del albacea queda librada a su libre voluntad, Art. 793.

En conclusión: podemos afirmar que el albaceazgo es un cargo de naturaleza jurídica *sui generis*, unilateral, no recepticio, con autonomía propia regulada por normas específicas de la sucesión testamentaria, cuya misión consiste en velar por el cumplimiento de las disposiciones testamentarias y el respeto de la validez del testamento así como por el de las derivadas de las funciones legales propias de la administración, hasta la partición de la herencia. Guarda mucha similitud con el mandato sin representación que regula el Art. 1809 del Código Civil porque actúa en nombre propio, no representa al testador por haber muerto, tampoco a los herederos ni a los legatarios que no lo han nombrado. El albacea actúa en interés del patrimonio hereditario para beneficio de los recipendiarios.

5. CAPACIDAD PARA SER ALBACEA EN LAS PERSONAS NATURALES

Personas naturales

El Art. 3846 del Código Civil Argentino señala:

> El testador no puede nombrar por albacea sino a personas capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo, aunque sean incapaces al tiempo del nombramiento.

El Art. 783 de nuestro Código Civil es parco al expresar que:

> No puede ser albacea el que está incurso en los Arts. 667, 744 y 756.

O sea, el que no puede llegar a ser sucesor. Este precepto legal es de carácter restrictivo al indicar que las personas naturales llamadas a desempeñar el albaceazgo, no deben haber sido excluidas por indignidad o desheredadas respecto de la sucesión de cuyo albaceazgo se trata.

Significa que no basta que el albacea, en caso de ser también sucesor, haya incurrido en alguna de las causales legales que determinan la posibilidad de ser sancionados con la exclusión de la herencia, sino que es menester que haya sido efectivamente sancionado y como consecuencia, privado del derecho a heredar a la persona del causante y que el albaceazgo incida sobre la sucesión testamentaria de éste.

El Art. 124 del Anteproyecto de reforma presentado por Lanatta a la Comisión Revisora decía:

> Para ser albacea se requiere tener la misma capacidad que para ser mandatario y no adolecer de las incompatibilidades que afectan a éste.

El vigente Código no ha recogido esta disposición por considerarla innecesaria dado que las funciones del albacea, que son esencialmente de administración de bienes hereditarios, exigen capacidad plena en la persona que lo desempeñe; por tanto, podrá desempeñarlo la persona legalmente capaz (Arts. 42 y 46 del Código Civil) no así los comprendidos en los Arts. 43 y 44. Tampoco quienes hubieran sido declarados en quiebra porque si el quebrado no puede administrar sus propios bienes, menos podrá hacerlo respecto de los ajenos.

Tampoco las personas que judicialmente han sido declaradas interdictos; que no pese sobre ellas medida judicial o legal restrictiva del derecho de administración o de disposición de sus propios bienes. Esta es una exigencia genérica que la ley contempla para todo aquél que administra bienes ajenos.

El Art. 733 del Código Civil de 1936 subsumió estos dos requisitos antes señalados al expresar que:

> Para ser albacea se requiere tener la misma capacidad que para mandatario y no ser incapaz de adquirir a título de herencia. Pueden serlo también los bancos con arreglo a su ley especial.

¿Cuál es la oportunidad en que resulta exigible la capacidad legal del albacea? No hay criterio unánime en este tema.

Primera Posición

La capacidad legal del nombrado debe existir al momento de su designación testamentaria.

El Art. 701 del Código Civil Italiano expresa:

> No pueden ser nombrado ejecutores testamentarios aquellos que no tienen plena capacidad de obligarse. También un heredero o un legatario puede ser nombrado ejecutor testamentario.

En definitiva, pueden ser nombrados albaceas los que tienen capacidad civil plena al tiempo de su nombramiento por testamento; que no pese sobre ellos medida judicial o legal restrictiva del derecho de administración o de disposición de sus bienes propios; además no deben haber sido privados del derecho de heredar al testador de cuya sucesión se trata.

El Art. 33 del Código Civil de 1936 estableció la necesidad de que el albacea tuviera la misma capacidad que para ser mandatario lo cual era obvio.

El Código Civil de 1852 careció de normas alusivas a las personas jurídicas en relación con esta materia. En cambio el Art. 733 del Código Civil de 1936 señala la capacidad de los Bancos para desempeñar el cargo. El Código Civil vigente lo permite siempre que lo autorice la ley o sus estatutos.

Segunda Posición

Señala que la capacidad debe tenerla al tiempo de ejercer el albaceazgo.

Art. 3846 del Código Civil Argentino:

> El testador no puede nombrar por albacea sino a personas capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo, aunque sean incapaces al tiempo del nombramiento.

Tercera Posición

Sustenta que la aludida capacidad debe tenerla el nombrado en la oportunidad legal que tiene para aceptar el cargo porque es facultativo y la aceptación implica la asunción de derechos y obligaciones. Sin aceptación del cargo no puede ejercitar el albaceazgo.

Art. 42 de nuestro Código Civil:

> Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido 18 años de edad, salvo lo dispuesto en los Arts. 43 y 44.

Este precepto debe concordarse con los Arts. 140 inciso 1° del Código Civil y 58, 68, 70 y 779 del Código Procesal Civil.

En consecuencia, no se le podrá exigir la capacidad plena al nombrado sino sólo a partir del momento en que deba manifestar su voluntad de aceptación que se da después de fallecido el testador y dentro del plazo prudencial señalado por el juez, según el Art. 786:

> Mientras el albacea no acepte el cargo o no se excuse, el juez al que corresponda conocer de la sucesión, a solicitud de parte interesada, le señalará un plazo prudencial para la aceptación, trascurrido el cual se tendrá por rehusado.

Esta tercera posición es la solución empleada por la mayoría de las legislaciones. Es la posición más acertada.

En conclusión: la capacidad del albacea exige los siguientes requisitos:

1. Tener capacidad de ejercicio de derechos civiles del momento en que el nombrado deba manifestar su voluntad de aceptación del cargo.
2. Que tenga capacidad sucesoria para heredar al testador de cuya herencia se trata; es decir, que no haya sido efectivamente excluido de dicha sucesión hereditaria porque no basta que esté incurso en alguna causal, es menester se pruebe judicialmente en el caso de indignidad, y respecto a la desheredación, si acaso el testador ejercita este derecho sin previo juicio, corresponde al desheredado, el derecho de contradecir judicialmente esta decisión.
3. Finalmente, no podrá desempeñarlo el notario público, no sólo porque su nombramiento como albacea proviene de disposición testamentaria que la ley sanciona con la nulidad según el Art. 688, sino además, porque la Ley Orgánica del Notariado, Decreto Ley N° 26002, Art. 17 inciso c) lo prohíbe.
4. Tampoco el cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Notario Público, así como los testigos testamentarios.

5. Tampoco los que desempeñan cargos públicos porque el ejercicio de ellos es incompatible con el albaceazgo.
6. Tampoco los declarados interdictos civiles ni los declarados en quiebra.

6. CAPACIDAD PARA SER ALBACEA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El testador goza de libertad para designar como albacea a una persona natural o jurídica.

El Art. 784 expresa:

> Pueden ser albaceas las personas jurídicas autorizadas por ley o por su estatuto.

Si el nombramiento hubiera recaído en un Banco comercial, no hay ningún inconveniente porque su ley lo autoriza.

Si se trata de cualquier otra persona jurídica, es necesario que los propios estatutos lo autoricen.

Hay una ventaja cuando recae en una persona jurídica, cual es el de su mayor continuidad que no se da tratándose de persona natural porque puede verse afectada la función por enfermedad, muerte, ausencia o desaparición del albacea. Además, el grado de competencia y de eficiencia puede ser mayor cuando se trata de personas jurídicas que designarán con especial cuidado a las personas naturales más competentes, porque la responsabilidad por el buen manejo respecto de los sucesores recaerá en la persona jurídica.

El Art. 778 faculta al testador a encomendar a una o varias personas para que den cumplimiento a sus disposiciones testamentarias de última voluntad. Pero esta facultad no se limita a la determinación del número, sino que puede ser extendida al modo, forma y clase de responsabilidad.

Por eso, el precepto debe ser concordado con lo dispuesto en los Arts. 780, 781, 782 y 784 del Código Civil.

Por razón de modo puede ser:

a. Puro o simple

Que se da cuando el nombramiento contiene sólo los elementos esenciales intrínsecos para desempeñar el cargo. No contiene los elementos accesorios del acto jurídico, como son la condición, plazo y cargo.

b. Sujeto a condición

Las condiciones impuestas al albacea en su nombramiento pueden ser suspensivas o resolutorias según que el hecho futuro e incierto determine su ejercicio o su vencimiento.

Estas condiciones no pueden, sin embargo, ir contra el orden público o las buenas costumbres, ni ser contrarias a la ley o ir contra los derechos fundamentales de la persona humana, como lo establecen el Art. V del Título Preliminar y Art. 219, incisos 4 y 7 del Código Civil y Art. 2° de la Constitución Política del Estado.

En todos estos casos, las condiciones que contravengan estas disposiciones legales invalidan el nombramiento.

Es de aplicación el Art. 689 del Código Civil que establece lo siguiente:

> Las normas legales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley.

Es de aplicación el precepto legal citado, porque las disposiciones que regulan el albaceazgo no son de carácter imperativo, sino más bien facultativo.

Mientras no se cumpla la condición suspensiva, corresponderá la administración a los herederos o, en su defecto, al designado por el juez, conforme al Art. 792 del Código Civil . Cumplida la condición resolutoria, cesará en sus funciones el albacea.

c. Sujeto a término

El testador puede haberlo establecido para comenzar o concluir. Sin embargo, estos términos tienen un valor relativo como lo revela el Artículo 796 incisos 1° y 2° del Código Civil :

> El cargo de albacea termina:
> 1° Por haber transcurrido dos años desde su aceptación, salvo el mayor plazo que señale el testador, o que conceda el juez con acuerdo de la mayoría de los herederos.

El inciso 2° señala:

> 2° Por haber concluido sus funciones.

Sin embargo, en este caso, tiene derecho a exigir se cumpla la voluntad del testador a no ser que hubiera renunciado al cargo o que hubiere sido removido del mismo, conforme al Art. 797 del Código Civil.

d. Por su extensión

El albacea puede ser universal o particular y se determina de acuerdo con el tipo de encargos hechos por el testador. Si el testador al nombrar albacea no limita sus facultades debe entenderse que es amplio e irrestricto; en cambio, si es limitativo, si es especial, entonces estaremos frente a un albaceazgo particular.

Nuestro Código Civil no regula esta situación como sí lo hacen otros Códigos Civiles, tal como el Art. 1754 del de Brasil, Art. 894, del Código de España.

Albadalejo[7] considera que no hay óbice para que en un mismo testamento puedan coexistir ambas clases de albaceas, que se da cuando el testador encarga a una persona todas las disposiciones testamentarias, salvo algunas concretas que confía a otro e incluso cabría la posibilidad de varios albaceas universales cuando todos los encargos los deben ejecutar éstos conjuntamente, salvo alguno que lo deja a la gestión de otra persona. Aquí hay pues ambas clases de albaceas.

e. Por el número de albaceas

Decíamos anteriormente que el testador podía nombrar una o varias personas para ejercer el cargo, artículo 778 del Código Civil.

Si son varios los nombrados, el albaceazgo será ejercido sucesivamente por cada uno de éstos —en el orden de su designación— unos a falta de otros, salvo que el testador hubiera dispuesto expresamente que lo hagan en conjunto de común acuerdo, o que valga lo que haga uno de ellos autorizado por los demás; en caso de desacuerdo, valdrá lo que decida la mayoría; en caso de empate, dirimirá el juez, Cfr. Art. 782 del Código Civil. Como vemos, aquí en esta ley encontramos una norma supletoria interpretativa de la voluntad del testador. Si hay varios nombrados y el testador no ha señalado que actuarán conjuntamente, debe presumirse que su voluntad es porque actúen sucesivamente. Es un caso de presunción legal. El Art. 896 del Código Civil Español contiene una presunción inversa a la nuestra:

---

7 ALBADALEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil.* Barcelona: Librería Bosch, 1975, p. 74.

> Si el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas, ni fija el orden en que deben desempeñar su encargo, se entenderán nombrados mancomunadamente y desempeñaran el cargo como prevén los dos artículos anteriores.

Nuestro ordenamiento legal, en el Art. 782, sigue más bien un criterio práctico antes que lógico, ya que como señala Puig Brutau[8], la actuación sucesiva implica el establecimiento de una preferencia entre los nombrados que no puede presumirse sobre el tema de albaceas mancomunados y solidarios. Existen ejecutorias de la Corte Suprema de España que las exponemos a continuación por ser muy ilustrativas y han sido estraídas del Código Civil Español, (7ª ed. Madrid: Editorial Colex, 1995).

Primera: Respecto a albaceas mancomunados cuando hubiera discordia prevalece el voto de la mayoría aunque deje de concurrir a la deliberación la minoría de los que ejercen el cargo. S. 18-6-1898. R.D.G.R.N. 9-10-1902.

Segunda: La muerte o renuncia de uno o más albaceas mancomunados no impide que continúe el albaceazgo, aunque quede uno solo (SS. 14-5-81, 27-9-85, 24-5-54 y 23-11-74), y sigue «acreciendo en su virtud, las facultades de los que legítimamente no entran o dejan de estar en posesión de su cargo a los que continúen en su ejercicio».

Tercera: Los actos realizados por cualquiera de los dos albaceas solidarios son perfectamente válidos, siempre que el otro no manifieste oportunamente su deseo y propósito de intervenir (S. 30-5-14). Establecida claramente por el testador la solidaridad de varios albaceas, son válidos los actos que ejecute cualquiera de ellos, siempre que los demás no hayan significado oportunamente su propósito de concurrir en unión de aquél al desempeño de su cargo (S. 6-5-1903).

Cuarta: Si son varios los albaceas solidarios que actúan, prevalece como en caso de mancomunidad el criterio de la mayoría (S. 25-3-14).

Quinta: En igual sentido, los albaceas, aún siendo solidarios, han de funcionar simultáneamente para que ninguno quede preterido o postergado, siendo obligatorios los acuerdos de la mayoría mientras no sean contrarios a la ley o al testamento, sin perjuicio de que cuando surjan desavenencias intervengan los Tribunales para decidir la contienda sin consentir la eliminación injustificada de ninguno de los albaceas (S. 29-11-15).

---

8 PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. T. V. Vol. 1°. Barcelona: Bosch, 1979, p. 469.

Conforme al Art. 781 de nuestro vigente Código Civil, cuando la actuación de los albaceas nombrados se hace conjuntamente, la responsabilidad es solidaria salvo disposición contraria del testador, es decir, cuando establece expresamente una responsabilidad mancomunada.

El Art. 1338 del Código Civil Colombiano sigue parcialmente el mismo criterio:

> Siendo muchos los albaceas, todos son solidariamente responsables, a menos que el testador los haya exonerado de la solidaridad, o que el mismo testador o el juez hayan dividido sus atribuciones y cada uno se ciña a las que le incumben.

7. ALBACEAZGO PLURAL O EN CONJUNTO

Casos a presentarse:

Primero: Si uno de ellos no acepta o cesa en el cargo bien por renuncia justificada aprobada por el juez o por remoción o por muerte o desaparición.

Creemos que esta situación no puede determinar la extinción del albaceazgo, sino más bien el acrecentamiento de las facultades de los demás que legítimamente continúan en el ejercicio del cargo, porque lo que importa es el cumplimiento de las disposiciones del testador que es la razón de ser del encargo, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.

Segundo: Respecto a la toma de decisiones. El Art. 780 del Código Civil es muy claro. Valdrá lo que todos hagan de consuno o sea por unanimidad o lo que haga uno de ellos con autorización de todos los demás. En caso de desacuerdo, valdrá lo que decida la mayoría. En el caso de empate, la discordia debe ser dirimida por el juez del último domicilio del causante (Art. 663 del Código Civil), de conformidad con las reglas del proceso sumarísimo (Tercera disposición final del Código Procesal Civil).

Tercero: Conforme al Art. 781 del Código Civil, cuando los albaceas ejercen conjuntamente el cargo, la responsabilidad es solidaria, salvo disposición distinta del testador. Pero ¿qué ocurrirá cuando uno de los albaceas conjuntos resulta disidente de la decisión mayoritaria? ¿Le alcanzará también la responsabilidad solidaria? Este caso no ha sido previsto en el ordenamiento legal. Algunos autores como Augusto Ferrero estiman que a pesar del voto en contra también les compromete solidariamente, porque el Art. 781 no contiene excepciones. Es lógico que no se puede admitir excepciones donde la ley no las establece. Sin embargo, opinamos que no es justa esta solución. No puede dar lo mismo votar a favor o en contra desde el punto

de vista de la responsabilidad. Este vacío merece una disposición legal ampliatoria como existe en la Ley General de Sociedades, cuyo Texto Único Concordado ha sido aprobado por Decreto Supremo N° 003-85 JUS (13-05-85).

Art. 172 de dicha Ley:

> [...] Los directores son solidariamente responsables para con la sociedad. [...] En cualquier caso, estarán exentos de responsabilidad los directores que hubiesen salvado su voto en los acuerdos que causaron daño, pudiendo dejar constancia en la propia acta o mediante carta notarial.

Cuarto: ¿Para casos de suma urgencia, cualquiera de los albaceas conjuntos podría asumir decisiones individualmente con prescindencia de los demás?

Nuestro Código Civil tampoco prevé esta situación a diferencia del Código Civil Español que lo contempla en el Art. 896:

> En los casos de suma urgencia podrá uno de los albaceas mancomunados practicar bajo su responsabilidad personal, los actos que fuesen necesarios, dando cuenta inmediatamente a los demás.

Como este precepto señala, los casos que se presenten deben ser súbitos y que requieran de una decisión inmediata por las graves e irreparables consecuencias dañosas que pueden derivarse de no hacerlo y que no haya oportunidad para uniformar criterio con los demás albaceas.

Consideramos que de darse estas circunstancias en el Perú, resulta justificada la posición establecida en el Art. 896 del Código Civil Español, porque de no adoptarse esta medida que evite daños a la masa hereditaria, podrían estar incursos en responsabilidad por negligencia, aparte de los graves daños que podrían derivarse de la inacción. Quizá en estos casos podría recurrirse al juez en casos de emergencia debidamente comprobada.

8. FORMA DE LA DESIGNACIÓN. ART. 779

El nombramiento de albacea debe constar en testamento.

Este precepto guarda estrecha relación con los Arts. 778, 780, 781, 782, 787 inciso 1°, 4°, 7° y 9°, 788, 792, 793, 794, 795 y 796 del Código Civil, porque coherentemente en todos se hace referencia a la persona del testador de modo que el nombramiento de albacea se hace en un testamento que es un

acto jurídico esencialmente formal. Pero no tiene que hacerse en el mismo testamento donde se instituye herederos y se dispone de los bienes hereditarios. Puede hacerse en cualquier otro de igual o diferente clase siempre que reúna los requisitos formales de validez. Si acaso el testador quisiera revocar el nombramiento anterior por otra persona diferente, debe hacerlo siempre por testamento.

Otras legislaciones consideran al igual que la nuestra, que el albacea es nombrado por el testador, derecho que es de carácter personalísimo e indelegable. Por ejemplo:

Art. 1025 del Código Civil Francés:

> El testador podrá nombrar uno o varios ejecutores testamentarios.

Art. 892 del Código Civil Español:

> El testador puede nombrar uno o más albaceas.

Art. 700 Código de Civil Italiano:

> El testador puede nombrar uno o varios ejecutores testamentarios y, para el caso de que algunos o todos no quieran o no puedan aceptar, otro u otros en sustitución suya...

Art. 3844 del Código Civil Argentino:

> El testador puede nombrar una o más personas encargadas del cumplimiento de su testamento.

Art. 3845 del mismo Código:

> El nombramiento de un ejecutor testamentario debe hacerse bajo las formas prescritas para los testamentos; pero no es preciso que se haga en el testamento mismo, cuya ejecución tiene por objeto asegurar.

De lo anteriormente expuesto concluimos que el albacea propiamente dicho sólo es nombrado por el testador. Por causas diferentes el albacea testamentario puede estar en situación de no querer aceptarlo o no poder hacerlo, entonces las atribuciones de éste serán ejercidas sucesivamente por los herederos del testador y a falta de acuerdo por el designado judicialmente como precisa el Art. 792 del Código Civil. Estos no son propiamente albaceas. Cuando las atribuciones recaen en los herederos se les llama impropiamente albaceas

legítimos y si son nombrados por el juez se les denomina dativos. En ambas situaciones son administradores que desempeñan las funciones propias de tales.

9. EXCUSA Y RENUNCIA DEL ALBACEAZGO. ART. 785

La persona nombrada albacea tiene un derecho de opción: acepta o renuncia al cargo porque es facultativo. A nadie se le puede obligar a aceptarlo. La libertad de trabajo es un derecho constitucional. Tanto una como otra forma de manifestación de voluntad no requieren de justificación ni de formalidad alguna.

Puede ser expresa o tácita; será *expresa* cuando la manifestación de voluntad se formula para cualquier medio directo y *tácita* cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelen su existencia, conforme al Art. 141 del Código Civil. Así por ejemplo, cuando el albacea es emplazado judicialmente para que dentro de un plazo prudencial manifieste su voluntad de aceptación, si no lo hace se le tiene por rehusado, Art. 786. En otro caso, cuando el albacea no hace inventario judicial dentro de los 90 días de fallecido el testador se le removerá el cargo, Art. 795 del Código Civil.

10. OPORTUNIDAD PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPCIÓN POR PARTE DEL ALBACEA. ART. 786

Este precepto señala que mientras el nombrado no haya aceptado o se hubiera excusado, a solicitud de parte interesada, el juez del último domicilio del causante le señalará un plazo prudencial para la aceptación, vencido el cual se le tendrá por rehusado, es decir, por rechazado, Art. 663 del Código Civil. Este emplazamiento judicial implica un requerimiento para que acepte o renuncie al cargo dentro de un plazo. Su silencio implica renuncia porque así lo dispone la ley en concordancia con el numeral 142 del Código Civil. La aceptación o renuncia en cambio serán expresas cuando decida absolver el trámite judicial corrido. Si no lo hace, se le tiene por rehusado.

En cambio el Art. 898 del Código Civil Español tiene en este punto criterio opuesto:

> El albaceazgo es cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días

> siguientes a aquel en que tenga noticia de su nombramiento, o, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes en el que supo la muerte del testador.

Unas de las conclusiones que se puede extraer del Art. 786 de nuestro Código Civil es no sólo que no hay plazo legal preestablecido, sino además, que no cabe la aceptación parcial o bajo modalidad alguna por la naturaleza del encargo dado por el testador ya que de admitirse estas posibilidades se desvirtuaría la finalidad del albaceazgo. Asimismo, la forma en la aceptación o renuncia no es esencial para su validez, porque no hay disposición que explícitamente lo establezca, debiendo recordarse el precepto contenido en el Art. 144 del Código Civil:

> Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

No hay disposición legal que disponga la observancia de una forma determinada ni menos que su inobservancia esté sancionada con la nulidad del acto.

Finalmente, comprobamos del mismo texto del artículo 786, que mientras que no se dé el emplazamiento judicial puede aceptarse el cargo.

El Art. 702 del Código Civil Italiano es similar al Art. 786 de nuestro ordenamiento legal, pero es más completo:

> La aceptación del nombramiento de ejecutor testamentario o la renuncia al mismo debe resultar de declaración hecha en la secretaría de la pretura en cuya jurisdicción se ha abierto la sucesión, y debe ser anotada en el registro de las sucesiones. La aceptación no puede ser sometida a condición o a término.
> La autoridad judicial, a instancia de cualquier interesado, puede asignar al ejecutor un término para la aceptación, transcurrido el cual el ejecutor se considera renunciante.

Es más completo porque señala que tanto la aceptación como la renuncia deben hacerse en la secretaría de la prelatura correspondiente a la jurisdicción donde fue abierta la sucesión testamentaria y que debe ser inscrita en el Registro Público respectivo.

Es cierto que en nuestro ordenamiento legal el testamento es inscribible y en éste se nombra al albacea, pero sólo produce efectos el nombramiento después de muerto el testador cuando el albacea acepta el cargo, antes no. No hay

disposición legal al respecto, pero consideramos que no habría inconveniente para solicitarse su inscripción. La inscripción en los registros públicos (Registro de testamentos) es importante como medio de conocimiento y de asegurar el derecho de los sucesores y de terceros.

El Art. 1276 del Código de Chile también tiene disposición similar al nuestro:

> El juez a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, señalará un plazo razonable, dentro del cual comparezca el albacea a ejercer su cargo, o excusarse de servirlo, y podrá el juez, en caso necesario, ampliar por una solo vez el plazo.
> Si el albacea estuviere en mora de comparecer, caducará su nombramiento.

Igual sucede con el Art. 1333 del Código Civil de Colombia:

> El juez a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, señalará un plazo razonable, dentro del cual comparezca el albacea a ejercer su cargo o a excusarse de servirlo, y podrá el juez, en caso necesario, ampliar por una sola vez el plazo.
> Si el albacea estuviere en mora de comparecer caducará su nombramiento.

11. REMOCIÓN DEL CARGO. ART. 795

El precitado numeral señala que puede solicitarse como proceso sumarísimo la remoción del albacea que no ha empezado la facción de inventarios en los siguientes casos:

Dentro de los noventa días de:

a. Muerte del testador, o de
b. Protocolizado el testamento, o de
c. Su nombramiento judicial, lo que corresponda, o
d. Dentro de los treinta días de haber sido requerido notarialmente, con tal objeto, por los sucesores.

La remoción del cargo presupone que el albacea ha aceptado desempeñarlo. No se puede remover en caso contrario. Remover implica deponer.

Se justifica la remoción porque la facción de inventarios es necesaria como medida de seguridad que favorece tanto a los sucesores, como acreedores y hasta al mismo albacea. Su falta de diligencia atenta contra estos intereses, sobre todo de los primeros.

Pero la remoción procede además, por casos de negligencia o de dolo o de incompetencia porque todos ellos afectan la indemnidad o la integridad de los bienes que componen la masa hereditaria.

La remoción no opera de oficio sino a petición de parte interesada, y lo pueden solicitar los herederos y legatarios. Consideramos que también pueden solicitarlo: los acreedores de la sucesión o de los propios sucesores conforme al Art. 60 del Código Procesal Civil. Esta parte interesada legitima así su derecho pues tiene un interés económico que proteger. No es un derecho exclusivo de los sucesores.

La remoción requiere además de una demanda judicial que se tramite de acuerdo a las reglas del proceso sumarísimo (Art. 795).

El Art. 795 de nuestro Código Civil está mejor logrado que el Art. 136 del Anteproyecto que dice:

> Deja de ser albacea el que no empieza la facción de inventarios dentro de los treinta días de haber sido requerido para ello, notarial o judicialmente, o dentro de los noventa días contados desde la fecha de la muerte del testador si no hubo tal requerimiento.

El anteproyecto señala el mismo plazo que el Art. 738 del Código Civil de 1936, pero contado a partir del requerimiento notarial o judicial y a falta de éste, el plazo se extiende a tres meses desde la muerte del testador.

12. CONTENIDO DEL ALBACEAZGO

El albacea, en general, tiene fundamentalmente tres clases de atribuciones:

a. Dar cumplimiento a las disposiciones testamentarias, salvo que sean contrarias al orden público, las buenas costumbres o sean contrarias a las leyes o a los derechos humanos.
b. Las relativas a la administración de la masa hereditaria, hasta su liquidación.
c. Velar y defender la validez del testamento.
   Actúa en interés ajeno como es el de los sucesores, pero en cumplimiento de la voluntad del testador. Se desprende de los Arts. 778, 788 y 797 del Código Civil.

En conclusión: las atribuciones del testador están determinadas por el testador y, en su defecto, las dispuestas por la ley de la materia.

En caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso por dolo o culpa, o culpa leve, incurre en responsabilidad civil o penal según la naturaleza de los actos infractorios. Si son varios los albaceas, la responsabilidad será

solidaria salvo que el testador haya dispuesto algo diferente. Con respecto a la responsabilidad, el título sobre albaceazgo no contiene nada específico, serán aplicables las normas genéricas sobre inejecución de obligaciones, Art. 1314 a 1332 del Código Civil.

El albacea también responderá por los perjuicios ocasionados por dolo o culpa de quienes actúan bajo su dependencia, Art. 789 del Código Civil.

13. OBLIGACIONES. ARTS. 785, 787, 788, 789, 790, 791 Y 792

Comienzan a partir de la aceptación del cargo y constituyen fundamentalmente obligaciones de dar y de hacer, y concluyen en los casos que prevé el Art. 796 del Código Civil.

Las obligaciones del albacea son las siguientes:

a. **Atender lo relativo a la inhumación** o eventualmente la incineración si así lo dispuso el testador, sin perjuicio de lo establecido por el Art. 13. El Art. 13 expresa:

> A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes.
>
> Concordado con los Arts. 8, 9 y 10 del Código Civil.

Esta obligación constituye una carga de la herencia como señala el Art. 869 inciso 1° del Código Civil; es decir que es asumida esta obligación de hacer, pero con recursos económicos provenientes de la masa hereditaria. No quiere decir que la obligación del albacea esté condicionada a la existencia de fondos en dicha masa hereditaria, sino que el importe que sea asumido por el albacea lo deducirá de la herencia en su oportunidad.

Muchas veces el albacea no cumple esta primera obligación que le impone la ley porque el testamento que contiene su nombramiento como albacea es uno diferente al del otorgado por escritura pública, casos éstos en los que no podrá ejecutarse sino recién a partir de la comprobación judicial y protocolización notarial. En la mayoría de los casos, esta obligación la asume la familia del testador. Además, resulta poco probable que al momento del sepelio se conozca el contenido del testamento y por tanto la identidad del albacea.

Esta obligación legal estuvo considerada en el Art. 814 del Código Civil de 1852 y Art. 734 del Código Civil de 1936 y en el Art. 902 inciso 1° del Código Civil de España.

b. **Ejercitar las acciones judiciales y extrajudiciales** para la seguridad de los bienes hereditarios. Implica la adopción de todas las medidas de seguridad para evitar la identidad de los bienes y derechos hereditarios. Es decir, que no desaparezcan ni se destruyan o deterioren, porque desde la muerte del testador corresponden definitiva e irrevocablemente a los sucesores previa aceptación, y es por este motivo que tienen derecho a exigir al albacea la adopción de medidas necesarias para mantener su indemnidad, Art. 791.
Las acciones judiciales pueden consistir en la realización del inventario judicial, acciones de interdicción o de desalojo o acciones cautelares o de reivindicación o procesos judiciales de ejecución y extrajudiciales como comunicación a los Bancos comerciales donde se encuentren depósitos de dinero del causante o alhajas.
Esta obligación estuvo regulada en el Art. 814 inc. 2° del Código Civil de 1852 y en el Art. 734 inc. 2° del Código Civil de 1936.

c. **Hacer inventario judicial**
Esta obligación contenida en el inciso 3° del Art. 787 es muy importante porque va a establecer la identidad de los bienes y valores existentes, el estado, y lugar en que se encuentran, así como la identidad de la persona en cuya posesión se halla. Su realización es ante el juez del último domicilio del causante (Art. 663 del Código Civil), con citación de los herederos, legatarios y acreedores, de quienes tenga conocimiento
Es importante señalar que el inventario no determina la propiedad de los bienes y valores inventariados, ni priva de su posesión a las personas que los tienen, sea alguno de los sucesores o terceros. Sólo podrá determinarse la propiedad de los mismos a favor de los herederos en un juicio reivindicatorio.
La inclusión de bienes en el inventario judicial se hace a petición de parte interesada correspondiendo al juez, en todo caso, comprobar físicamente su existencia. Asimismo, el hecho de que no se hayan incluido algunos de ellos en el inventario no impide sean considerados posteriormente.
¿Por qué es importante el inventario judicial?
Por las siguientes razones:

1. Para determinar la existencia de los bienes que conforman la masa hereditaria, el estado en que se encuentran, sus valores tasados por peritos, el lugar donde se encuentran y persona que los posee. De esta forma, cualquier desaparición destrucción o deterioro de los mismos, es asumido por la persona que los posee al tiempo del inventario al haberse convertido en depositarias hasta que se decida judicialmente sobre su propiedad.
2. Permite determinar también la existencia y valor de las obligaciones.
3. Servirá para establecer el valor de la masa hereditaria y así el monto de la legítima, si hubiere herederos forzosos y el de la cuota de libre disposición.
4. Va a constituir la base para las ulteriores rendiciones de cuentas que debe efectuar el albacea, limitando de esta forma su responsabilidad.
5. Permitirá establecer la posibilidad de pago de los legados.
6. Facilitará la eventual división y partición en caso de encontrarse bajo el régimen legal de copropiedad entre los herederos.

   En nuestro ordenamiento legal, el inventario es judicial a diferencia de otras legislaciones, como los de Argentina y Chile, en los que se hace en vía judicial cuando existan herederos ausentes o incapaces. Fuera de estos casos, puede hacerse extrajudicialmente.

Art. 3857 del Código Civil Argentino:

> El albacea debe hacer asegurar los bienes dejados por el testador y proceder al inventario de ellos, con citación de los herederos, legatarios y otros interesados. Habiendo herederos ausentes, menores o que deban estar bajo de una tutela, el inventario debe ser judicial.

Art. 1284 del Código Civil de Chile:

> Toca al albacea velar sobre la seguridad de los bienes; hacer que se guarde bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne, y cuidar de que se proceda a este inventario, con citación de los herederos y de los demás interesados en la sucesión; salvo que siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes, determinen unánimemente que no se haya inventario solemne.

Finalmente, cabe señalar que el Código Civil Español en ninguno de los artículos sobre la materia, Arts. 892 al 911, establece como obligación la de realizar inventario judicial. Frente a estas posiciones, ¿qué es lo más conveniente?

Si consideramos la importancia del inventario y la necesidad de asegurar la fidelidad de la diligencia para evitar impugnaciones y contradicciones posteriores y toda clase de cuestionamientos sobre su validez, no existe duda acerca de la conveniencia de la intervención del juez en la diligencia respectiva; quizás podría ser autorizado también por el notario público, cuando la ley lo establezca como alternativa, porque en ambos casos están investidos de una autoridad como fedatarios públicos determinando que esta labor realizada en ejercicio de sus funciones le den valor de prueba plena, lo que no sucede cuando se realiza privadamente. El inventario judicial es importante porque se lleva a cabo con observancia de determinadas formalidades como las señaladas en los Arts. 763 a 768 del Código Procesal Civil. La audiencia de inventario, según el Art. 764, se realiza en el lugar, día y hora señalado, con la intervención de los interesados que concurren. Los interesados son evidentemente los herederos, legatarios y acreedores de la sucesión, principalmente porque son los directamente interesados, lo que supone notificaciones para la concurrencia de todos ellos. Finalmente, es importante acotar que conforme al Art. 768 del Código Procesal:

> Terminado el inventario y la valorización, en su caso, se pondrá de manifiesto lo actuado por 10 días en el local del juzgado. Si no se pide exclusión o resuelta ésta, el juez aprobará el inventario y mandará que se protocolice notarialmente. El inventario no es título para solicitar la posesión de los bienes.

Estas grandes ventajas no se manifiestan cuando el inventario es privado. El hecho de que puedan intervenir los interesados no es suficiente garantía de seguridad para nadie. Siempre existirá la posibilidad del cuestionamiento. Es verdad que la diligencia judicial resulta más onerosa, pero ¿no valdrá la pena si se gana en seguridad para todos?

Hay, sin embargo, una inquietud que surge al revisar el Art. 661 del Código Civil que nos recuerda que la responsabilidad de los herederos está limitada al valor de los bienes y derechos existentes en la herencia; y, asimismo, incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial.

Conforme a esta regla, el inventario judicial sería facultativo y no obligatorio. Tendría un carácter supletorio. ¿Existe entonces contradicción con la regla contenida en el Art. 787 inciso 3°? No la hay, porque el Art. 661 está referido sólo a los herederos como sucesores universales frente a los acreedores de la sucesión, mientras que el Art. 787 inciso 3° se refiere a la persona del albacea independientemente de que el cargo haya recaído en

un heredero, legatario o un tercero. El albacea, en el fondo, es un administrador de bienes ajenos en su totalidad o parcialidad, y así como la ley le impone la obligación de inventario judicial, también lo obliga a rendir cuentas al menos al fin de su gestión. No se puede rendir cuentas sin previo inventario, porque se fundamenta sobre base cierta, segura, indiscutible y necesaria para evitar procesos judiciales contenciosos en el futuro.

Para completar el tema de los inventarios judiciales, podríamos preguntarnos si la norma contenida en el Art. 787 inciso 3° obliga irremisiblemente. Creemos que sí podría considerarse facultativa, excepcionalmente, sólo a condición de que todos los sucesores, si son capaces, lo autorizaran para limitar la diligencia a un inventario privado, porque ellos son los directamente afectados como titulares de la herencia, debiendo tenerse presente que conforme al Art. 795, los únicos que podrían pedir la remoción judicial del albacea son los sucesores por falta de inventarios, si ha transcurrido un tiempo determinado. *Contrario sensu*, si ellos no solicitan la remoción, podría continuar desempeñándose. Claro está que, no obstante lo anterior, la decisión final respecto al inventario privado con citación de los sucesores o el inventario judicial como alternativa, con todas las formalidades procesales, corresponderá al albacea como responsable directo de la administración. En caso de que hubiera herederos ausentes o incapaces, creemos que debería hacerse inventario judicial.

La obligación impuesta por la ley tiene un sentido cautelar porque es un necesario complemento de las medidas de seguridad que se deben tomar al abrirse la sucesión.

d. Administración de los bienes de la herencia

Implica fundamentalmente lo siguiente:

- Labor de conservación de los bienes y derechos para evitar su destrucción, desaparición o deterioro, ejecución de reparaciones necesarias, gastos de mantenimiento, pago de obligaciones tributarias y afines; poner a buen recaudo los bienes muebles con las garantías suficientes; acciones judiciales de interdicto, o de desocupación o reivindicatorias, etc.
- Labor de explotación de los mismos, para la captación de los frutos y reparto de utilidades entre los sucesores.
- Labor de representación de la sucesión para demandar y responder en juicio, solamente cuando se trate de los encargos del testador, o de las labores propias de la administración y para defender la validez del testamento como señala el Art. 788 del Código Civil.

- Velar porque siempre se dé cumplimiento a las disposiciones testamentarias, aún después de concluido el cargo, salvo que hubiera cesado por renuncia o por remoción (cfr. Art. 797 del Código Civil).

e. Pago de deudas y cargos de la herencia

El mismo precepto legal, Art. 787 inciso 5°, establece una nueva obligación al albacea. La herencia bruta como sabemos comprende un activo y un pasivo constituido por las cargas y deudas, es decir, las obligaciones insolutas pendientes de ser satisfechas. La herencia líquida o neta resulta de deducir de la herencia bruta, las obligaciones insolutas. Sólo después de esta liquidación será posible determinar el haber hereditario susceptible de partición entre los herederos; sólo así se podrá establecer el valor de la legítima, cuando existen herederos y correlativamente el valor de la cuota de libre disposición. Es por estas razones que la ley obliga al albacea a asumir esta importante obligación. No podrá, sin embargo, reconocer deudas porque ello implica un acto de disposición a lo que no está facultado a no ser que cuente con la autorización de todos los herederos siempre que sean capaces o en su defecto por falta de unanimidad de aquellos, o por haber alguno ausente o cuando fuese incapaz, con previa autorización judicial, en concordancia con el inciso 7° del mismo precepto legal.

La obligación de pago que le impone el inciso 5° que comentamos no será exigible sino cuando el albacea se encuentre administrando los bienes.

Las cargas de la herencia están constituidas por las obligaciones pecuniarias que sobrevienen a la muerte del testador, las cuales se hallan puntualizadas en los Arts. 869 y 870 del Código Civil:

> Artículo 869.-
> Son de cargo de la masa hereditaria:
> 1.- Los gastos del funeral, y en su caso, los de incineración, que se pagan preferentemente.
> 2.- Los gastos provenientes de la última enfermedad del causante.
> 3.- Los gastos de administración.
>
> Artículo 870.-
> Las personas que hayan vivido en la casa del causante o alimentado por cuenta de éste, pueden exigir al albacea o a los herederos que continúen la atención de estos beneficios con cargo a la masa hereditaria, durante tres meses.

La segunda obligación expuesta respecto a los gastos provenientes de la última enfermedad del causante corría a cargo de la sociedad de gananciales en el Código Civil de 1936, Art. 195, incisos 1°, 2° y 9°, concordados con el Art. 439 del mismo ordenamiento legal. En cambio, en el Art. 316 del Código Civil actual no está comprendido dentro de las cargas de la sociedad, al menos explícitamente, porque de lo contrario sería implicante con el numeral que venimos analizando.

Las deudas, a diferencia de las cargas, son las obligaciones pecuniarias originadas por el causante en virtud de actos contractuales o extracontractuales.

f. Pago o entrega de legados

Implica el cumplimiento de una disposición testamentaria porque la fuente del legado sólo puede provenir del testamento. Pero ¿cuándo debe hacerlo? Un criterio a seguir lo encontramos en el orden en que se encuentran enumeradas las obligaciones del albacea en el Art. 787. Viene después del pago de las deudas y cargos, lo cual resulta lógico porque sólo puede hacerse una vez que hayan sido satisfechas las obligaciones relativas a los acreedores de la sucesión y establecido el porcentaje de la legítima, que es una parte intangible de la herencia cuando hay herederos forzosos, porque así recién podrá darse cumplimiento al pago de los legados hasta el límite de la cuota de libre disposición. Los romanos decían *Bonna non sun nisi deducto aere alieno*. Sólo después de deducido de la herencia todo lo que es ajeno (pago de obligaciones de la herencia), recién se puede determinar el haber hereditario neto y, por consecuencia, la entrega de los legados en lo que corresponda legalmente.

g. Disposiciones de bienes y derechos hereditarios

Por razón de la naturaleza del cargo, el albacea carece de facultad para disponer de los bienes hereditarios porque sólo los administra; pero, por razón de las obligaciones ineludibles que deba satisfacer, puede suceder que la sucesión carezca de la suficiente liquidez, en cuyo caso corresponde a los herederos, como titulares dominiales de los bienes hereditarios, autorizarle la disposición de los bienes que sean necesarios para el debido cumplimiento. Esto supone que los herederos deben ser capaces y que el acuerdo sea por unanimidad en concordancia con los Arts. 219 y 971 inciso 1° del Código Civil. Si sólo hay mayoría, no basta; es menester entonces que se recabe la autorización judicial que supla la aprobación de los disidentes o del ausente o incapaz. No será necesaria en cambio la

aprobación de los herederos para la venta de los bienes, *cuando la autorización expresa la hubiere dado el testador*. Como la venta se hace por casos de necesidad, resulta prudente que el albacea autorizado por el testador para esta operación, previamente ponga en conocimiento de los herederos esta situación, porque los copropietarios tienen derecho de preferencia de conformidad con los Arts. 988 y 989 del Código Civil.

h. Procurar la división y partición

La razón de ser del albacea está no sólo en función de ejecutor de las disposiciones testamentarias sino de lograr que el proceso sucesorio concluya definitivamente con la división y partición de la herencia; es decir que los bienes pasen definitivamente en propiedad de sus destinatarios. La situación de indivisión es transitoria, pero como la partición implica acto de disposición para lo que no está facultado legalmente, sólo puede procurarlo. La partición corresponderá hacerla a solicitud de los propios herederos bien extrajudicial o judicialmente según los casos que prevén los Arts. 853, 854, 855 y 987 del Código Civil.

i. Cumplir los encargos especiales del testador

Este quizás es el motivo más importante para el nombramiento del albacea. Estos encargos pueden ser de carácter patrimonial como extrapatrimonial, pero en todo caso deben estar de acuerdo con la naturaleza del derecho sucesorio peruano y no ir contra el orden público, ni contra las leyes imperativas ni contra los derechos fundamentales de la persona humana de conformidad con el Art. V del Título Preliminar del Código Civil y Art. 2° de la Constitución Política del Estado.

j. Sostener la validez del testamento

Se sustenta básicamente en dos razones: la primera deriva de su propia función, mal podría cumplir las disposiciones testamentarias si el testamento resulta nulo; segundo, porque su título proviene de él. Empero, el hecho de que la ley le reconozca personería para defenderlo judicialmente, no implica que la validez del procedimiento impugnatorio ventilado en el ámbito judicial, se limite a su sola intervención. Es necesario que sean citados todos y cada uno de los herederos instituidos para que la sentencia tenga eficacia por existir un legítimo interés de todos los sucesores.

Resulta ocioso señalar límites al ámbito de competencia del albacea en caso de conflictos judiciales sobre la validez del testamento. Le corresponde intervenir para los casos de validez de forma, como por razones de

fondo, porque el testamento es uno solo. Además, no procede hacer distingos en aquello que la ley no lo hace. Su defensa debe estar ajustada, en todo caso, a lo que las leyes dispongan, porque como señala con mucha propiedad el Art. 901 del Código Civil Español:

> Los albaceas tendrán las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes.

O sea pues, que el marco de su accionar se determina por lo dispuesto por el testador y por la ley[9].

k. Indelegabilidad de las funciones específicas. Art. 789

Es como señalamos anteriormente una nota esencial del Albaceazgo que lo diferencia del mandato. Ello obedece a su especial naturaleza jurídica. El precepto legal antes señalado destaca su carácter indelegable. Excepcionalmente podrá confiar el albacea el ejercicio de algunas funciones a terceros, pero en estos casos siempre bajo sus órdenes y responsabilidad. El Art. 909 del Código Civil Español recalca esta cualidad cuando expresa:

> El albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador.

Hay ejecutorias de la Corte Suprema de ese país que enfatizan la indelegabilidad del cargo. Así encontramos una que dice:

> Dada la índole del albaceazgo en que por muerte del testador no cabe establecer las relaciones que existen entre mandante y mandatario [...] es obligatorio reconocer que sus funciones son personalísimas y no delegables mientras el testador no haga extensiva la confianza a esta facultad de delegación (S. 1-2-10).

El Art. 1224 del Código Civil Boliviano también lo señala:

> El cargo de albacea es indelegable, pero podrán ejercerse en casos justificados ciertas funciones mediante mandatarios, bajo las órdenes y responsabilidad del titular.

---

9 Resulta improcedente considerar como litisconsorte necesario al albacea testamentario, pues éste no es representante de la testamentaría para demandar ni responder en juicio. Véase Ejecutoria de Corte Superior de Lima, Expediente 60650-97, Sala Nº 3, 12 de junio de 1998. En GACETA JURÍDICA. *Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial. 2002/2003.* Lima, 2002.

En nuestro Código Civil esta disposición es nueva. No tiene antecedentes en nuestra legislación nacional.

Hay antecedentes en los Códigos Civiles de Francia, Argentina y Brasil.

Código Civil de Francia, Art. 1032:

> Los poderes del ejecutor testamentario no pasan a sus herederos.

Art. 3855 del Código Civil Argentino:

> El albacea no puede delegar el mandato que ha recibido, ni por su muerte pasa a sus herederos; pero no está obligado a obrar personalmente: puede hacerlo por mandatarios que obren bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éstos. Puede hacer el nombramiento de los mandatarios, aún cuando el testador hubiese nombrado otro albacea subsidiario.

Art. 1764 Código Civil de Brasil:

> El encargo del testamentario no se trasmite a los herederos del testamento ni es delegable. Pero puede hacerse representar en juicio mediante procurador con poderes especiales.

De lo anterior extraemos varias conclusiones:

a. La indelegabilidad de las atribuciones del albacea.
b. Extraordinariamente, cabe la posibilidad de que el albacea confiera la ejecución de algunas atribuciones a terceras personas pero siempre bajo sus órdenes y responsabilidad.
c. No cabe la autorización para la delegación absoluta del cargo.

I. Rendición de cuentas (Art. 794)

1.1. Aspectos Generales de la legislación

El precepto legal señala que el albacea al final de su gestión está obligado a presentar cuenta documentada a los herederos y a los legatarios, aún cuando el testador lo haya eximido de esta obligación. También lo hará durante el ejercicio del cargo cuando el juez lo determine a petición de parte interesada, pero con una frecuencia no inferior de seis meses.

Constituye una obligación ineludible impuesta por la ley, porque corresponde a todo aquél que administra bienes de otros. No cabe la dispensa que le haya hecho el testador porque los bienes a la muerte de éste, corresponden a los sucesores, o sea que el interés de éstos lo obliga irremisiblemente a hacerlo, cuando se trata de albacea universal o independientemente de si el nombramiento recayó en un heredero o en un tercero. Lo

que interesa es que haya administrado bienes ajenos. Si por ejemplo el encargo específico fue para defender la validez del testamento o para designar tutor, es obvio que no le corresponderá esta obligación.

1.2. Intrasmisibilidad de la obligación de rendir cuentas

Este tema no es tratado en forma debida por la doctrina. Afirma Fassi[10], que como el albaceazgo es de carácter personalísimo, la obligación de rendir cuentas no se trasmite a los herederos y, en consecuencia, los herederos del albacea no están obligados a rendir cuentas por éste, si muriese, sin haberlo hecho. Igual opina Albadalejo[11].

Consideramos que dicha obligación es intrasmisible porque es inherente al albaceazgo que es instituido por el testador y se hace en función de las calidades personales del designado porque es un cargo de confianza; asimismo porque el cargo no es trasmisible a los herederos del nombrado y, finalmente, porque con la muerte se ponen fin al albaceazgo.

Si a todo esto aunamos el hecho de que sólo puede rendir cuentas aquél que las ha administrado porque sólo él las conoce y las puede justificar con los documentos sustentorios, no resulta lógico establecer obligación para quienes han permanecido extraños a esta labor. Lo único que puede ser materia de la obligación, por parte de los sucesores, aunque relativa, es la de entregar —si es posible— la documentación respectiva, porque la rendición de cuentas para el albacea es una obligación personal.

Nuestro Código Civil en el Art. 1218 señala que:

> La obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado lo contrario.

Consideramos que la obligación de rendir cuentas es inherente a la persona del albacea y por tanto no se trasmite a los herederos.

1.3. Forma de rendir cuentas. Art. 794

Al respecto, la ley no establece una forma especial. Sólo señala el Art. 794 lo siguiente:

1. Informe escrito de su gestión y de ser el caso, acompañarlo con las cuentas correspondientes.

---

10 FASSI, Santiago. *Tratado de los Testamentos.* T. II. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1970-1971, p. 288.

11 ALBADALEJO, Manuel. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, p. 261.

2. Debe contener la documentación sustentante o en todo caso ofrecer otro medio probatorio.
3. Ausencia de toda formalidad especial en cuanto a su contenido siempre que figure una relación ordenada de ingresos y gastos.

Esto implica que la aludida obligación puede hacerse tanto extrajudicial como judicialmente.

La solicitud de Rendición de Cuentas se tramita como proceso no contencioso cuando lo dispone el juez civil a petición de cualquier sucesor (Art. 794).

l.4. Aprobación o impugnación

1. Caduca el derecho de impugnación a los 60 días de presentado el informe respectivo y se tendrá por aprobado.
2. Si por el contrario, dentro del plazo señalado es impugnado judicialmente, el juicio respectivo es de desaprobación y se tramita de acuerdo con las reglas del proceso de conocimiento, Art. 794 penúltimo párrafo.
3. Las reglas contenidas en el precitado dispositivo son de aplicación supletoria para todos los demás casos similares que provengan de una obligación legal o convencional, Art. 794 último párrafo.

m. Posesión de bienes por el albacea. Art. 790

El Art. 660 del Código Civil señala que desde la muerte del causante se trasmiten a sus sucesores, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia. Con la aceptación por el heredero, se consolida definitivamente la trasmisión hereditaria. Antes de esta determinación, es simplemente provisional. Significa que con la consolidación, el heredero adquiere irrevocablemente sus derechos hereditarios. La propiedad, según el Art. 923 del Código Civil, es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. La posesión es pues un atributo inherente al derecho de propiedad y por tanto al heredero adquirente. La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad como informa el Art. 896 del Código Civil. El poseedor no debe encontrarse en una relación de dependencia respecto a otro, porque si esto ocurriera no poseería para sí sino en nombre de otro y en cumplimiento de órdenes e instrucciones de aquél, Art. 897 del Código Civil.

Es decir, el albacea por razón del cargo no es un poseedor de los bienes hereditarios porque actúa bajo órdenes e instrucciones precisas que le imponen el testador y la ley. Los poseedores son los herederos. El artícu-

lo 790 establece una obligación adicional: la posesión provisional de los bienes hereditarios cuando el testador no instituye herederos, sino solamente legatarios corresponde al albacea este derecho hasta que sean pagadas las deudas de la herencia y los legados. Esta es la razón por la que su obligación como poseedor de los mismos concluye cuando las haya satisfecho porque de acuerdo con el numeral 661, la obligación de pagar las deudas y las cargas de la herencia son de responsabilidad del heredero pero al haber albacea instituido la obligación gravita sobre el albacea y mal podría satisfacer esta obligación sin la posesión de los mismos.

14. DERECHOS DEL ALBACEA

14.1. Delegabilidad relativa de algunas funciones del cargo. Art. 789

Como sabemos una de las características esenciales del albaceazgo, y que la diferencia de otras instituciones, es su indelegabilidad porque tiene un carácter personalísimo. Es decir que no puede desprenderse del cargo voluntariamente una vez aceptado, pero no significa que todas las labores que implica deba realizarlas personalmente; puede en algunos casos, si lo considera necesario cuando se justifique por las circunstancias, asignar algunas funciones específicas a terceras personas, pero en todo caso se hará bajo sus órdenes y responsabilidad. El precepto legal comentado guarda concordancia con los Arts. 145 y 1981 del Código Civil.

14.2. Reembolso de gastos

Nuestro Código Civil carece de normas específicas en el tema de albaceazgo, sin embargo, resulta justificado este derecho, porque nadie puede trabajar para otro haciendo aportes con su propio peculio que después no pueda repetir. Consideramos aplicables por extensión a los dispositivos legales:

1° El Art. 1796 inciso 3° del Código Civil, que se refiere a las obligaciones del mandante:

> Artículo 1796.- Obligaciones del mandante
> El mandante está obligado frente al mandatario:
> (...)
> 3.- A reembolsarle los gastos efectuados para el desempeño del mandato, con los intereses legales desde el día en que fueron efectuados. (...)

2° El Art. 869 del mismo cuerpo legal:

Son de cargo de la masa hereditaria:

1. Los gastos de funeral y, en todo caso, los de incineración, que se pagan preferentemente.
2. Los gastos provenientes de la última enfermedad del causante.
3. Los gastos de administración.

En efecto, los gastos de administración en que incurra el albacea son cargas que deben ser cubiertas con la propia herencia. Las concordancias de este precepto son los Arts. 787 incisos 1° y 5° y 793 y 973 del Código Civil.

Otras legislaciones tienen normas específicas. Así el Art. 3783 del Código Civil Argentino: «Los gastos hechos por el albacea relativos a sus funciones son a cargo de la sucesión».

Art. 712 del Código Civil Italiano: «Los gastos hechos por el ejecutor testamentario para el ejercicio de su oficio son a cargo de la herencia».

El Art. 1034 del Código Civil Francés contiene similar disposición.

El reembolso a que tiene derecho el albacea, según los Arts. 1123 y siguientes de nuestro Código Civil, le permite ejercitar el derecho de retención.

14.3. Remuneración. Art. 793

En nuestro ordenamiento legal el desempeño del cargo de Albacea es oneroso, a no ser que el testador hubiere dispuesto su gratuidad. Se señala además que la remuneración no será mayor del cuatro por ciento de la masa líquida. Y en defecto de la determinación por el testador, lo hará el juez, quien también señalará la del albacea dativo. Esta pretensión se tramita en la vía del proceso no contencioso de acuerdo con el inciso 1° de la VI disposición final del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 768 (Código Procesal Civil de 1992).

Parcialmente, no estamos de acuerdo. Todo trabajo libremente aceptado debe ser remunerado porque implica no sólo un esfuerzo y una dedicación sino además una responsabilidad. Se trabaja para poder vivir. Si el trabajador no quiere cobrar por sus servicios, es problema de él, pero no resulta admisible que el testador pueda disponer la gratuidad de la función, aún cuando el albacea sea libre de aceptar el cargo. Por eso tampoco compartimos el criterio que siguen otras legislaciones, como por ejemplo:

Art. 711 del Código Civil Italiano:

> El oficio de ejecutor testamentario es gratuito. Sin embargo el testador puede establecer una retribución a cargo de la herencia.

Art. 908 del Código Civil Español:

> El albaceazgo es cargo gratuito. Podrá, sin embargo, el testador señalar a los albaceas la remuneración que tenga por conveniente; todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición u otros facultativos.
> Si el testador lega o señala conjuntamente a los albaceas alguna retribución, la parte de los que no admitan el cargo acrecerá a los que los desempeñen.

En cambio hay otro como las de Argentina (Art. 3782), Chile (Art. 1302) y Colombia (Art. 1359) que establecen uniformemente la onerosidad.

Art. 3872 del Código Civil Argentino:

> El albacea tiene derecho a una comisión que se gradúa según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión.

Art. 1302 del Código Civil Chileno:

> La remuneración del albacea será la que le haya señalado el testador.
> Si el testador no hubiere señalado ninguna, tocará al juez regularla, tomando en consideración el caudal y lo más o menos laborioso del cargo.

Art. 1359 del Código Civil Colombiano:

> La remuneración del albacea será la que le haya señalado el testador.
> Si el testador no hubiere señalado ninguna, tocará al juez regularla, tomando en consideración el caudal, y lo más o menos laborioso del cargo.

El Art. 793 de nuestro Código Civil señala como hemos visto, que la remuneración que corresponde al albacea por sus servicios prestados no será mayor del cuatro por ciento de la masa líquida o herencia neta. O sea, que el testador ni el juez pueden en ningún caso exceder este porcentaje porque constituye una carga que afecta la herencia y por tanto a los sucesores especialmente a los herederos forzosos, así como a los acreedores de la misma. Todo exceso a este porcentaje impuesto por la ley resultará inoficioso.

Asimismo, es preciso señalar que por regla general la referida remuneración que corresponde al albacea proviene de la explotación de los bienes hereditarios sujetos a su administración. Sólo en el caso excepcional de no haber sido posible la explotación de los bienes por inexistencia de frutos es entonces que su pago tendrá que ser asumido con los propios bienes hereditarios.

Cuando sean varios los albaceas instituidos que ejercitan el cargo simultáneamente la suma de sus remuneraciones consideramos no podrá exceder del cuatro por ciento de la herencia líquida por aplicación del artículo 793 del Código Civil.

La determinación del monto de la remuneración cuando corresponda hacerla al juez debe hacerse en función de ciertos criterios como el de la magnitud del trabajo, su importancia, tiempo de dedicación, frutos obtenidos, dificultades superadas, entre otros.

El problema de la remuneración tope puede presentarse cuando el albacea es beneficiado con un legado remuneratorio en cuyo caso no será posible aplicar el límite establecido por la ley, a no ser que habiéndolo aceptado no haya llegado a ejercitar el albaceazgo. En caso de considerársele como legado remuneratorio debe estimarse que el límite no puede afectar la legítima de los herederos forzosos.

14.4. Facultad de exigir cumplimiento del testamento

La facultad de exigir a los herederos el cumplimiento de la voluntad del testador se presenta durante el ejercicio del albaceazgo y después de concluido, a no ser que hubiere cesado por renuncia o remoción judicial, Art. 797 del Código Civil.

Como señalamos anteriormente este derecho queda supeditado a que el cumplimiento de la voluntad del testador no sea contrario al orden público, moral, la ley, o a los derechos fundamentales de la persona humana.
Tendrá derecho, por ejemplo, a defender la validez del testamento no sólo en cuanto a las disposiciones en sí sino también en cuanto a su aspecto formal.
Nuestro Código Civil no contiene norma específica sobre el alcance de este derecho, pero consideramos que resulta innecesario.

El Art. 902 del Código Civil Español dice al respecto:

> Inciso 3.- Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento y sostener siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.

El límite de su accionar será pues la causa justa, es decir, aquello que no transgreda normas legales imperativas que como sabemos son de orden público. Así las referidas a la legítima de los herederos forzosos o las formalidades del testamento que son esenciales.

15. EXTINCIÓN DEL CARGO. ART. 796

a. Por el transcurso de 2 años desde su aceptación

A no ser que el testador le haya concedido un mayor plazo o subsidiariamente el juez, por acuerdo mayoritario de los herederos, en el supuesto caso de que el albacea no haya concluido sus funciones pese al transcurso de 2 años desde que aceptó el cargo. Este término legal no es improrrogable, pero en todo caso depende de la voluntad del testador o supletoriamente de la voluntad mayoritaria de los herederos porque son los interesados directos como titulares de la herencia. Por tanto, aún en el caso de que el testador hubiere limitado el accionar del albacea a un término determinado ya vencido, corresponde a los herederos la última decisión de que siga ejercitando el cargo hasta su conclusión.

La prórroga la otorga quienes tienen legítimo interés en la conclusión del trabajo del albacea, el que se cumple con la partición de los bienes hereditario previa liquidación de las obligaciones. La prórroga del término, una vez vencido los dos años, independientemente de que provenga del testador o de los herederos, implica una reaceptación por parte del albacea. Consideramos que el vencimiento del término legal no constituye un caso de caducidad, porque procede la prórroga y la caducidad es por naturaleza improrrogable.

No creemos que el cese del albacea a los dos años de su aceptación opere de pleno derecho ni que su cese sea automático; no necesita notificar a los herederos su expiración porque no se tratara de norma imperativa la referida a la expiración del albaceazgo por haber pasado dos años del ejercicio del cargo. De lo contrario, no cabría la prórroga concedida bien por el testador o por el juez, por determinación mayoritaria de los herederos.

Sólo cuando no hay prórroga, expira el cargo vencido los dos años. En este caso creemos debe notificarse a los herederos dando cuenta de la expiración para evitarles perjuicios por la falta de albacea o de algún administrador.

b. Por haber concluido sus funciones. Art. 796 inc. 2°

Resulta obvio que si el testador nombra albacea lo hace con una finalidad: el cumplimiento de las disposiciones testamentarias de modo que cuando las realiza ya no tiene razón de continuar. Sólo cabe hacer rendición de cuentas.

c. Renuncia con aprobación judicial. Art. 796 inc. 3°

Guarda concordancia con el Art. 785 del Código Civil que señala que el albacea nombrado puede excusarse de aceptar el cargo; pero si lo acepta, no podrá renunciar, sino por justa causa a juicio del juez. ¿Cuál puede ser la justa causa? El Código no la señala explícitamente y corresponde entonces al juez calificarla cuando le sea presentada la solicitud. Además corresponde al albacea probarla porque debe estar fundada en una situación de hecho y todo hecho que sirva de fundamento a la renuncia debe ser objeto de prueba. Es decir, que el juez tiene que evaluar la justificación de la causa sustentatoria y además su existencia real o verdadera a través de la prueba presentada.

La justa causa puede incluir los casos señalados en el siguiente inciso 4°, es decir, «la incapacidad legal o física que impidan el desempeño de la función», de modo que debían quedar subsumidos en el inciso tercero.

La incapacidad legal se da en los casos de interdicción civil, de grave enemistad con todos o algunos de los sucesores, por sobrevenir incompatibilidad por razones de intereses económicos o físicos, por motivos de decaimiento de la salud física o mental, por tener que alejarse inevitablemente del lugar donde ejercita sus funciones de albacea por un tiempo de larga duración o indeterminado, entre otras razones.

El trámite procesal de la solicitud de renuncia se efectúa de conformidad con las reglas del proceso no contencioso como señala el inciso 1° de la VI disposición del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 768 (Código Procesal Civil de 1992) aprobado por R. M. 010-93 JUS de 8-01-93.

d. Por remoción judicial a petición de parte debidamente fundamentada. Art. 796 inc. 5°

¿Cuáles pueden ser las causas de remoción?

El silencio de la Ley en cuanto a las causas de remoción de los albaceas no puede salvarse con la aplicación analógica de lo establecido para otras instituciones, porque hemos señalado al ocuparnos de su naturaleza jurí-

dica que ésta es autónoma, con características propias. Por lo tanto, las aludidas causas deben encontrarse en todas aquellas que lo incapacitan para el desempeño del cargo o para el ejercicio de los derechos civiles, es decir, las mismas que señala el inciso 4° del Art. 796 del Código Civil, bien por incapacidad legal o física que impidan la continuación del desempeño del cargo y, además, que la conducta dolosa o negligente afecte los intereses de los herederos y demás interesados[12].

Esta negligencia como demostración de ineficiencia puede derivarse de la falta de competencia personal. Puede dar lugar también a la remoción por causas exclusivamente personales que hacen imposible el ejercicio del cargo, o sumamente difícil por su senectud, o la privación de libertad, enfermedades, ausencia prolongadas, conflictos de intereses, enemistades, o pérdida de imparcialidad. Es que el albacea, en el desempeño del cargo, debe tener una necesaria trasparencia y dignidad que garanticen el fiel desempeño.

La remoción solicitada al juez del último domicilio del causante, según el Art. 663 del Código Civil, debe estar sustentada en hechos que justifiquen la subrogación y, además, deben ser objeto de comprobación. Se tramita en la vía del proceso abreviado de acuerdo con el inciso 1° de la IV Disposición final del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 768 (Código Procesal Civil de 1992) aprobado por R.M. 010-93-JUS de 8-01-93.

El Art. 3864 del Código Civil Argentino tiene mayor desarrollo que el Código Civil Peruano al señalar que:

> Los herederos pueden pedir la destitución del albacea, por su incapacidad para el cumplimiento del testamento, o por mala conducta en sus funciones o por haber quebrado en sus negocios.

Pueden solicitar la remoción todos aquellos que tengan legítimo interés como los herederos, legatarios y acreedores de la sucesión[13].

---

12 El albacea solamente puede ser removido judicialmente. Ejecutoria de Casación 172-94, Lima, 14 de octubre de 1996.

Al no haberse demostrado con prueba idónea el inicio de la facción de inventario dentro de los noventa días de la muerte del testador, se incurre en causal para la remoción de albacea. Ejecutoria de Corte Superior de Lima, Expediente 501-98, Sala N° 1, 22 de junio de 1998.

Ambas ejecutorias pueden verse en GACETA JURÍDICA. *Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial. 2002/2003*. Lima, 2002.

13 Resulta infundada la demanda de remoción de albacea cuando, si bien la facción de inventarios por parte de la albacea testamentaria se inició dentro del plazo de los noventa días

e. **Por muerte, desaparición o declaración de ausencia. Art. 796 inciso 6°**
La muerte extingue la persona, como señala el Art. 61 del Código Civil y, por tanto, extingue el cargo más no las responsabilidades económicas en que pudiera haber incurrido; corresponde asumirlas a los herederos con las limitaciones establecidas en el numeral 661 del Código Civil; tampoco extingue sus derechos como la remuneración impaga o el reembolso de los gastos efectuados con su peculio.
La muerte de la persona natural como sabemos puede ser real o biológica y la presunta judicialmente declarada, Art. 663 del Código Civil.
Si el albaceazgo lo ejerciera una persona jurídica, evidentemente no se puede hablar de muerte, pero sí de extinción o de disolución.
La desaparición y la declaración de ausencia tienen una nota común: la inubicación del último domicilio por un tiempo determinado, así como la inexistencia de noticias de la persona determinada.
Si es el caso de la primera, el Art. 47 del Código Civil señala que esta situación de hecho debe continuar por un lapso mayor a los 60 días, y si se trata de la ausencia debe continuar por dos años, según el Art. 49 del Código Civil.
En cuanto a la desaparición que tipifica el Art. 47, ésta tiene como fuente de inspiración el Art. 48 del Código Civil Italiano que a la letra dice:

> Cuando una persona no se encuentra ya en el lugar de su último domicilio o de su última residencia y no se tienen ya noticias de ella, el tribunal del último domicilio o de la última residencia, a instancia de los interesados o de los presuntos sucesores legítimos, o del Ministerio Público, puede nombrar un curador que represente a la persona en juicio o en la formación de los inventarios y de las cuentas y en las liquidaciones o divisiones en que esté interesada, y puede dictar las demás providencias necesarias para la conservación del patrimonio del desaparecido.
> Si hay un representante legal, no se da lugar al nombramiento del curador.
> Si hay un procurador.

---

posteriores a la muerte del testador, se toma en cuenta que este retraso obedeció a la oposición formulada por la demandante que impidió que éstos prosiguieran dentro del plazo establecido. Además, se tiene en cuenta que la demandante no se preocupó en promover la facción, cursando la carta notarial con el requerimiento a que se contrae el artículo 795 del Código Civil, fecha desde la cual, en todo caso, tenía que computarse el plazo para tener expedita la causal de remoción. Véase Ejecutoria de Casación 1352-99-Lima, 5 de octubre de 1999. En GACETA JURÍDICA. *Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial. 2002/2003*. Lima, 2002.

Muchos autores modernos como Bianca[14] y Romagnoli[15], consideran que la desaparición es un hecho que *no requiere declaración judicial* y que origina únicamente la designación de un curador provisional sin establecer plazo alguno para este efecto. Esto es cabalmente cierto de modo que siendo la desaparición solamente un hecho, sólo interesa saber si resulta probado para proveer como consecuencia el nombramiento de un curador, no de la persona del desaparecido, porque carecería de objeto, sino más bien de su patrimonio con doble finalidad: evitar su indemnidad o desaparición, mediante una adecuada administración y asumir el pago de las obligaciones insolutas. Es provisional porque subsistirá mientras no reaparezca o se declare su ausencia o se compruebe su muerte.

Por todo ello discordamos del tratamiento legal que le da nuestro Código Civil como resulta del Art. 2030 inc. 2 del Código Civil y Art. 749 del Código Procesal Civil, cuando señalan a su turno, la inscripción de la resolución que declara la desaparición en el Registro personal. La declaración de desaparición se tramita como procedimiento judicial no contencioso.

La declaración judicial para el caso de desaparición es pues innecesaria. Siendo el cargo de albacea indelegable, el curador del desaparecido no podría sustituirlo, por eso expira el cargo. Esto sucede por igual razón en el caso de la ausencia judicialmente declarada.

---

14 BIANCA, M. y C. MASSINO. *Diritto Civile*. Milán: Doatt A. Giuffre, 1990, p. 257.
15 ROMAGNOLI. *Comentario del Codice Civile de Scialoja y Bianca*, p. 71.

Capítulo XXIV

REVOCACIÓN, CADUCIDAD Y NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS

TÍTULO PRIMERO

REVOCACIÓN

1. CÓDIGO CIVIL

Art. 798.- El testador tiene derecho de revocar, en cualquier tiempo, sus disposiciones testamentarias. Toda declaración que haga en contrario carece de valor.
Art. 799.- 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.
Art. 800.- Si el testamento que revoca uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, reviven las disposiciones del primero, a menos que el testador exprese su voluntad contraria.
Art. 801.- El testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior, subsiste en las disposiciones compatibles con los de este último.
Art. 802.- El testamento cerrado queda revocado si el testador lo retira de la custodia del notario.
Art. 803.- Tanto en el caso previsto en el Art. 802 como en el de su apertura por el testador, el testamento cerrado vale como ológrafo si se conserva el pliego interior y éste reúne las formalidades señaladas en la primera parte del Art. 707.
Art. 804.- El testamento ológrafo queda revocado si el testador lo rompe, destruye o inutiliza de cualquier otra manera.

Los artículos transcritos provienen de los Arts. 139 al 145 del Anteproyecto. El Código Civil del 1936 no tuvo normas explícitas que establecieran este derecho irrenunciable. En cambio, el Código Civil de 1852 si las contuvo, como resulta de los Arts. 847, 848, 849, 853, 855, 858, 859, 860 y 861.

El tema de la revocación interesa en la medida en que proclama el Art. 798 este derecho en toda su plenitud: su irrenunciabilidad. Es un derecho irrestricto. Es además importante el encabezamiento del Título IX porque, por primera vez, en nuestro ordenamiento legal son unidas tres instituciones de naturaleza

jurídica diferente, pero con un efecto común: ineficacia del testamento como consecuencia de la revocación, de la caducidad y de la nulidad.

2. DERECHO DE REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO. ART. 798

Se establece expresamente el derecho irrestricto del testador de revocar su testamento parcial o totalmente. Señala el precepto citado que carece de eficacia toda declaración de voluntad del testador que limite este derecho. Se inspira en el Art. 679 del Código Civil Italiano:

> No se puede en modo alguno renunciar a la facultad de revocar y cambiar las disposiciones testamentarias; toda cláusula o condición contraria carece de efecto.

La revocación se origina por la manifestación unilateral de voluntad del testador contraria a la subsistencia total o parcial de un testamento. Todo testamento por naturaleza es revocable porque, siendo expresión de última voluntad del testador, puede ser cambiado en cualquier momento hasta que muera.

Este derecho, sin embargo, no siempre fue irrestricto; en el Derecho Romano el testador podía restringirlo introduciendo en su testamento una cláusula cautelatoria *ad cautelam*. Se declaraba que el testamento que otorgaba era definitivo y que, por tanto, cualquier otro que en el futuro hiciese, carecería de toda eficacia. Esto lo disponía el testador como un medio de evitar presiones morales o físicas que pudieran ponerlo en situación de dejar sin efecto un testamento anterior o modificarlo o hacer otro, contra su voluntad.

Las Partidas (Ley 22, Título 1, Partida 6) tomó dichas cláusulas del Derecho Romano, *Digesto*, señalando que el último testamento no revocaría al anterior si en éste no se decía expresamente que lo revocaba. Esta disposición perduró, pero sólo hasta la Edad Media.

La Ley XXV, Título I, Partida 6°:

> La voluntad del hombre es de tal naturaleza que se muda de muchas maneras, y por lo mismo el hombre no puede hacer testamento tan firme que no pueda después mudarlo, cuando quiera hasta el día que muera.

Actualmente, como expresa el Art. 798 de nuestro Código Civil, cualquier declaración que restrinja el derecho de revocar un testamento, carece de valor, porque constituye un elemento esencial del testamento su revocabilidad

dado que el testamento es expresión de la última voluntad del testador. Esta característica expresa —nueva en nuestro Código Civil— es seguida por muchas legislaciones. Así por ejemplo: Art. 737 del Código Civil de España:

> Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador expresa en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.
> Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciese con ciertas palabras o señales.

Art. 3824 del Código Civil Argentino:

> El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a este derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual.

Arts. 1492 y 1493 del Código Civil de México:

Art. 1492:

> Son nulas la renuncia del derecho de testar y la cláusula en que alguno se obligue a no usar de ese derecho, sino bajo ciertas condiciones, sean éstas de la clase que fueren.

Art. 1493:

> La renuncia de la facultad de revocar el testamento es nula.

Art. 1001 del Código Civil de Chile:

> Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlos. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento.

Como comprobamos de su lectura, en estos Códigos —al igual que muchos otros como los de Venezuela, Uruguay y Suiza— destacan dos características en esta materia: *la revocabilidad absoluta* y *la irrenunciabilidad de este derecho*, porque constituye nota esencial del testamento, pues de no ser así, no sería disposición de última voluntad. Esto significa que, mientras viva el testador, puede modificarlo cuantas veces quiera. Por tanto, el testamento que otorgue en cualquier oportunidad, constituirá la última si éste no ha

sido alterado por otro posteriormente. ¿Cómo se garantiza esta declaración de última voluntad? A través de la revocabilidad. Esta revocabilidad implica la plena libertad del testador para hacerla. Es irrenunciable este derecho.

La revocabilidad, sin embargo, no es absoluta. Tiene sus límites y ello se da cuando el testamento contiene disposiciones de naturaleza irrevocable como el reconocimiento de un hijo extramatrimonial porque, según el Art. 395 del Código Civil, este reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable. Se explica porque su inclusión en el testamento es circunstancial; algo más, su naturaleza no es patrimonial como corresponde a todo acto testamentario. El reconocimiento de filiación es un acto jurídico con vida propia e independiente. Su naturaleza es personal.

El Art. 741 del Código Civil Español tiene similar disposición:

> El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere.

Como señalan Colin y Capitant[1], el reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo.

El reconocimiento de filiación sólo pierde su fuerza legal si por sentencia se declarase que el testador incurrió en vicio de la voluntad.

En cuanto a los reconocimientos de deuda que contenga un testamento revocado, hay criterios encontrados. Para unos tiene eficacia legal el reconocimiento de deuda. Para otros no, pero podría valer sólo como principio de prueba. Estamos en esta posición.

El fundamento que sustenta el derecho del testador para dejar sin efecto todo o parte de su testamento anterior en cualquier oportunidad de su vida radica, según algunos autores como Clemente de Diego, en el hecho de que el testamento es esencialmente unilateral y por eso nada obsta para que el testador lo pueda hacer sin intervención de nadie. Empero, si bien la unilateralidad es una característica esencial del testamento, ese no es realmente su fundamento, porque hay casos de testamentos o disposiciones testamentarias que el testador no puede modificar, como por ejemplo cuando en virtud de estos instrumentos se reconoce la paternidad o maternidad de un hijo extramatrimonial (Art. 686). Este reconocimiento testamentario es irrevocable según el Art. 395 del Código Civil aún incluso, cuando el testamento es anulado por defecto de forma.

---

1 COLIN, Ambrosio y Henry CAPITANT. *Curso elemental de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Reus S.A., 1927, p. 270.

El precepto legal señalado expresa:

> El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.

Igualmente es irrevocable la disposición testamentaria por la que el testador decide revocar la desheredación anterior como lo señala el Art. 754 del mismo cuerpo legal:

> Revocada la desheredación, no puede ser renovado sino por hechos posteriores.

Para otros autores como Josserand su fundamento radica en que el testamento otorgado, mientras no fallezca el testador, es un simple proyecto; es por eso, mientras tanto, que puede modificarlo cuantas veces lo quiera.

Consideramos esta tesis errónea porque la muerte no perfecciona el testamento. La muerte determina solamente la oportunidad de hacerlo efectivo, ya que el testamento una vez otorgado, con todos los requisitos esenciales de sustancia y de forma, constituye un acto jurídico perfecto, capaz de producir sus efectos *post mortem*. Lo que sucede es que sus efectos sólo se producen con la muerte de éste. La muerte no es pues un elemento que perfecciona el testamento sino más bien, como señala A. Ferrero, un elemento que determina la producción de sus efectos jurídicos.

Tanto es así, que la revocación no puede darse sino respecto de un acto jurídico y no de un proyecto, porque el proyecto no es acto jurídico.

Por eso es que la mayoría de autores estima que su verdadero fundamento está en el hecho de que es un acto de última voluntad, es un acto mortis causa, que puede modificarse hasta el mismo momento de la muerte porque si no lo pudiera hacer, no sería una acto de última voluntad, sino de penúltima o antepenúltima voluntad, y en estos casos no podría considerarse como un acto voluntario si no pudiera modificarlo hasta ese mismo momento.

3. CLASES DE REVOCACIÓN. ART. 799

a. Expresa

En ella existe una manifestación explícita del testador de que no valga en todo o en parte un testamento otorgado anteriormente, careciendo de importancia si el nuevo testamento empleó o no la misma forma legal que el anterior, ya que todos, desde un punto de vista intrínseco, tienen el mismo valor. Sólo

interesa que el nuevo testamento haya observado las solemnidades que la ley exige.

Desde el punto de vista extrínseco, sí son diferentes, porque sólo el testamento por escritura pública se ejecuta inmediatamente después de muerto el testador, sin necesidad de trámite judicial o notarial, porque la intervención del notario en el acto de su otorgamiento, le confiere al instrumento el valor de prueba plena. No requiere de autentificación, como sí los otros.

Así, por ejemplo, un testamento otorgado por escritura pública puede ser revocado por un testamento cerrado u ológrafo. Esta última parte del Art. 799 es nueva. Fue introducida por la Comisión Revisora, ya que el Art. 140 del Anteproyecto no la contenía como tampoco la contuvo el Art. 748 del Código Civil de 1936 ni el Art. 848 del Código Civil de 1852, que constituyen sus más cercanos antecedentes de la revocación expresa.

El Art. 799 que venimos analizando tiene su fuente de inspiración en varias legislaciones extranjeras. Así, el Art. 680 del Código Civil de Italia:

> La revocación expresa puede hacerse solamente con un nuevo testamento o con un acto autorizado por notario en presencia de dos testigos, en el que el testador personalmente declare revocar en todo o en parte la disposición anterior.

Art. 738 del Código Civil Español:

> El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar.

Art. 3827 del Código Civil Argentino:

> El testamento no puede ser revocado sino por otro testamento posterior, hecho en alguna de las formas autorizadas por este Código.

Art. 1035 del Código Civil Francés:

> Los testamentos no podrán ser revocados en todo o en parte sino por un testamento posterior o por un acto ante notarios portando la declaración de cambio de voluntad.

Del análisis efectuado, encontramos que la mayoría de legislaciones admiten la posibilidad de revocar un testamento total o parcialmente a través de un testamento posterior del mismo testador, resultando indiferente se haga en

la misma forma de testamento o diversa. Sólo interesa que se haga mediante nuevo testamento con las solemnidades correspondientes al escogido por el testador.

No obstante lo expresado anteriormente, consideramos que en la práctica un testamento otorgado con todos los requisitos formales puede ser revocado expresamente, sin necesidad del otorgamiento de otro posterior, como ocurre cuando se coloca en el mismo testamento ológrafo anteriormente otorgado, una nota de anulado, fechada y firmada por el propio testador. Se trata de una declaración testamentaria de última voluntad efectuada por una modalidad de ineficacia sobrevenida como es la renuncia expresada debidamente.

Si el testamento que revoca a uno anterior resulta nulo, entonces no produce efectos revocatorios debido a que es considerado inexistente. En consecuencia, el testamento revocado recobra vida.

b. Tácita

Esta revocación se infiere, indubitablemente, de una actitud o de circunstancias de comportamiento del testador o de la incompatibilidad entre disposiciones de testamentos sucesivamente otorgados.

Siendo varias las situaciones que pueden darse conviene hacer una exposición de cada una de ellas.

b.1. Reviviscencia de testamento anterior. Art. 800

Este es un caso de retractación. Tiene por objeto hacer recobrar eficacia legal a las disposiciones del primer testamento, que fueron revocadas por un segundo testamento y éste a su vez por un tercero, a no ser que el testador hubiera expresado voluntad contraria.

En este caso, el último testamento revocador tiene por único contenido, la declaración de voluntad de revocar el testamento anterior o anteriores. Han sido fuente de inspiración los Códigos Civiles de Alemania (Art. 2257) e Italia (Art. 681).

El Art. 681 del Código Italiano expresa:

> La revocación total o parcial de un testamento puede a su vez ser revocada siempre con las formas establecidas por el artículo anterior. En tal caso reviven las disposiciones revocadas. Estamos frente a una novedosa disposición; es un caso de revocación de la revocación.

El Art. 1214 del Código de Chile se ocupa del mismo tema, pero con enfoque diferente:

> Si el testamento que revoca un testamento anterior es revocado a su vez, no revive por esta revocación el primer testamento, a menos que el testador manifieste voluntad contraria.

El Art. 739 del Código Civil Español le da similar tratamiento:

> El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista, en todo o en parte. Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

En este caso, readquiere vigencia el primero de los tres testamentos otorgados sucesivamente por el mismo testador, si el testador en el tercero que revoca al anterior así lo establece expresamente. En cambio en las otras legislaciones citadas, la reviviscencia del primero se presume, salvo voluntad contraria.

El profesor A. Ferrero afirma que esta disposición del Código Civil es contradictoria con el Art. I del Título Preliminar porque, según este precepto, «por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado».

No hay tal, porque lo que regula el Art. 800 no se relaciona con una ley sino con un testamento; además las normas contenidas en el Título Preliminar son de orden público, mientras que las disposiciones que provienen de una voluntad testamentaria no lo son, salvo aquellas referidas al derecho de los herederos forzosos y a la legítima; porque hay que considerar que el derecho sucesorio es por naturaleza autónomo, con una problemática propia y, finalmente, porque el legislador ha querido dar al testador las máximas facilidades para que pueda revocar testamentos anteriores con el mínimo esfuerzo. Claro está que si la retractación contuviese nuevas disposiciones no podrán revivir las que contenía el primer testamento si no hubiere expresado el testador que tal era su intención.

Por eso considero que el Art. 3831 del Código Civil Argentino es más completo:

> La retractación hecha en forma testamentaria por el autor del testamento posterior, hace revivir sin necesidad de declaración expresa sus primeras disposiciones. Pero si la retractación contuviese nuevas disposiciones, no hace entonces revivir las que contenía el primer testamento, si no hubiese expresado que tal era su intención.

En conclusión: la retractación, para que tenga eficacia legal, debe ser expresada necesariamente en un tercer testamento y que no contenga nuevas

disposiciones con relación al primero, salvo disposición contraria de voluntad.

b.2. Subsistencia de testamento anterior. Art. 801

Es otro caso de revocación tácita que proviene del otorgamiento de un testamento posterior, si sus disposiciones son total o parcialmente incompatibles con uno anterior. En caso de incompatibilidad priman las disposiciones del último testamento otorgado. Si las incompatibilidades son sólo parciales, entonces las restantes del anterior y del último no afectas, seguirán subsistiendo simultáneamente.

Tiene como antecedente nacional el Art. 748 del Código Civil de 1936, cuyo tenor literal es el mismo.

El Art. 848 del Código Civil de 1852 le dio tratamiento diferente:

> Todo testamento queda revocado por el otorgamiento de otro posterior, aunque no contenga cláusula derogatoria expresa, o aún cuando, por cualquiera causa, no entre en la herencia el heredero instituido en el último testamento.

La tesis de los Códigos Civiles de 1936 y 1984 es la doctrina universalmente aceptada en la actualidad por las legislaciones modernas.

Sus fuentes de inspiración son las legislaciones de Francia, Art. 1036; Alemania, Art. 2258; Brasil, Art. 1747; e Italia, Art. 682; y Argentina, Art. 3828, reformado por ley 17711, Art. 1°, inciso 143. Así por ejemplo, el Art. 1747 del Código Civil de Brasil expresa:

> La revocación del testamento puede ser total o parcial.
> Parágrafo único. Si la revocación es parcial o si el testamento posterior no contiene cláusula revocatoria expresa, el anterior subsiste en todo aquello que no sea contrario al posterior.

Art. 682 del Código Civil de Italia:

> El testamento posterior, que no revoca de un modo expreso los anteriores, anula en éstos solamente las disposiciones que son incompatibles con él.

Art. 3828 modificado del Código Civil Argentino:

> El testamento posterior revoca el anterior, sólo en cuanto sea incompatible con éste.

El texto anterior del artículo modificado decía: «El testamento posterior anula el anterior en todas sus partes, si no contiene confirmación del primero».

Según Maffia, este antiguo texto fue justificado por Vélez Sarsfield al afirmar que el hecho de proceder a un nuevo testamento induce naturalmente a la presunción de que el testador obra como si antes no hubiese testado. Se establecía así una presunción por la cual la existencia de un testamento posterior, implicaba la revocación que no exigía ser expresa ni requería que ambas manifestaciones de voluntad fueran contrarias o incompatibles.

Art. 1036 del Código Civil Francés:

> Los testamentos posteriores que no revocaron de una manera expresa los anteriores, no anularán a éstos y subsistirán en todo lo que no sea incompatible con los posteriores.

La revocación que constituye un derecho exclusivo del testador ha de determinarse a la luz de una interpretación de la voluntad suprema del testador, de acuerdo con los términos de las nuevas disposiciones y las circunstancias del acto.

El Art. 739 del Código Civil Español tiene orientación distinta y sigue el criterio impuesto por la L. 21, Tit. 1° Partida 6°, porque señala en el primer párrafo lo siguiente:

> El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

Como comprobamos, este Código Civil asume el sistema de la revocación total por el hecho del otorgamiento de un testamento posterior. Esta posición viene perdiendo fuerza en la doctrina y legislación comparada. La moderna doctrina establece como criterio determinante, no el hecho objetivo en sí del otorgamiento de un posterior testamento, sino más bien, basándose en descubrir la verdadera intención del testador deducida del propio tenor del testamento y admitiendo aquellas disposiciones del testamento anterior que no sean contrarias al testamento posterior, porque en tal caso prevalecerá la voluntad del testador manifestada en él último testamento, como antes hemos dejado expuesto.

Maffia al analizar el nuevo texto del Art. 3828 del Código Civil Argentino, que es el mismo de la doctrina moderna, expresa que la calificación de la incompatibilidad de las disposiciones como resultado del juicio lógico comparativo que comprueba la imposibilidad de vigencia simultánea de ellas, constituye una cuestión de hecho, lo cual es cierto.

b.3. Revocación del testamento cerrado y su eventual validez como testamento ológrafo. Arts. 802 y 803

Guarda concordancia con los Arts. 700 y 2118 del Código Civil por referirse, el primero, a las formalidades a cumplir determinando la revocación del testamento cerrado cuando, a solicitud del propio testador, es retirado de la custodia del notario a quien originalmente entregó. Y el último, cuando el mismo testamento otorgado, según el régimen legal anterior a este Código, que estuviese en poder del testador o de cualquier otra persona, fuera abierto, roto, destruido o inutilizado de otra manera por él mismo.

Según el Art. 802, este es un caso de revocación tácita o real o factual, como también se le denomina. Pero estamos frente a un caso de revocación tácita *sui generis* porque conforme al siguiente numeral, tanto en el caso del Art. 802 como en el de su apertura por el testador, este testamento cerrado puede valer como testamento ológrafo si se conserva el pliego interior y reúne los requisitos solemnes de esta clase de testamento, exigidos por la primera parte del Art. 707, es decir que el instrumento esté totalmente escrito, fechado y firmado por el testador.

Esta revocación del testamento cerrado tiene un efecto específico, concreto, no absoluto. No valdrá como testamento cerrado, pero podría valer como testamento ológrafo, si reúne los requisitos de forma señalados por la ley.

Como ya hemos señalado, el testamento cerrado queda obligatoriamente bajo la custodia del notario interviniente hasta que fallezca el testador, caso en que debe entregarlo al Juez del último domicilio del testador, para los efectos del procedimiento de comprobación judicial y protocolización notarial, que es cuando recién se convierte en instrumento público, encontrándose así expedito para su inmediata ejecución. Mientras se encuentra en poder del notario, el testador —el único que puede solicitarlo y de modo personal e indelegable— puede pedir su devolución, en cuyo caso el notario se lo devolverá. La devolución implica la pérdida de validez del testamento cerrado.

Otras legislaciones tienen también una norma legal parecida. Así el Art. 742, primera parte, del Código Civil Español:

> Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen.

Art. 685 del Código Civil Italiano:

> El retirar el testamento secreto por obra del testador, de manos del notario o del archivero en cuyo poder se encuentra depositado, no importa

revocación del testamento cuando la cédula testamentaria puede valer como testamento ológrafo.

b.4. Revocación del testamento ológrafo. Art. 804

Se le denomina también revocación real o factual y se configura con la ruptura, destrucción o inutilización o de cualquier otra manera del testamento por el propio testador.

Guarda concordancia con el Art. 707 del Código Civil. Esta disposición es nueva; no estuvo contemplada ni en el Código Civil de 1852 ni en el Código Civil de 1936. El Art. 749 del Código Civil de 1936 sólo prevé la revocación del testamento cerrado cuando el testador lo rompe o lo abre.

El problema que puede presentarse es el de descubrir, después de muerta una persona, que el testamento ológrafo que presuntamente otorgó se encuentra roto, pero resulta legible. ¿Valdrá o habrá perdido eficacia legal? Consideramos que el dispositivo analizado exige la concurrencia de dos requisitos: el hecho material de la ruptura o deterioro que haga imposible el conocimiento de las disposiciones testamentarias y que exista, además, prueba que permita establecer que fue consecuencia de la voluntad del testador, o sea, que fue hecho por el mismo testador o de por sí por otra persona por su orden, porque la ruptura del testamento no puede hacer presumir la intencionalidad del testador, ya que puede haberlo hecho un extraño sin consentimiento del testador, caso en que no puede considerarse revocado. Si falta alguno de estos requisitos no será aplicable el precepto legal.

Si fuesen varios testamentos originales con un mismo texto, no quedan revocados mientras no se hubiese destruido o cancelado todos ellos.

La destrucción o inutilización es ya otro caso, porque se entiende que producido el hecho resulta imposible el conocimiento de las disposiciones testamentarias, así como imposible su comprobación judicial y ulterior protocolización. La destrucción podría realizarse quemando el testamento, suprimiendo la firma o tarjándola, etc.

El Art. 3833 del Código Civil Argentino tiene disposición expresa:

> La cancelación o destrucción de un testamento ológrafo, hecho por el mismo testador o por otra persona de su orden, importa su revocación, cuando no existe sino un solo testamento original. Si fuesen varios, el testamento no queda revocado, mientras no se hubiesen destruido o cancelado todos sus originales.

El Art. 3835 del mismo Código Civil Argentino señala un caso de presunción *juris tantum*:

> Cuando un testamento roto o cancelado se encuentra en la casa del testador, se presume que ha sido roto y cancelado por él, mientras no se prueba lo contrario.

Esta presunción no sería viable en el Perú por falta de disposición legal.

Cuando la destrucción es hecha por tercera persona por orden del testador, la conducta del tercero sería irreprochable siempre que se pruebe la autorización. Además es conveniente señalar como precisa Demolombe, —citado por Maffia[2]— que el mandato para ejecutar la destrucción luego de la muerte del testador es inadmisible, porque a partir de este momento quedan definitivamente fijados los derechos de los sucesores y con el deceso se produce la caducidad de la delegación.

Si la destrucción se efectuase sin la voluntad o contra la voluntad del testador, entonces no puede considerarse el efecto producido como causa de revocación tácita. En consecuencia, si a pesar de estos actos de destrucción o de inutilización del testamento, se pueden conocer las disposiciones de dicho testamento, entonces no podrá ser considerado revocado.

Precisamente el Art. 3834 del Código Civil Argentino dice:

> Las alteraciones que un testamento puede haber sufrido por un simple accidente, o por el hecho de un tercero sin orden del testador, no influyen en el contenido del acto, si pueden conocerse exactamente las disposiciones que contenga.

El Art. 3837 del mismo cuerpo legal prevé el caso fortuito o fuerza mayor, que tampoco regula nuestro Código Civil:

> Si el testamento hubiese sido enteramente destruido por un caso fortuito o fuerza mayor, los herederos instituidos o los legatarios no serán admitidos a probar las disposiciones que el testamento contenía.

Se explica porque la única fuente de conocimiento de la voluntad del testador es el propio testamento.

Otros casos de revocación tácita

El Código Civil de 1936 contenía otros casos de revocación tácita que el actual no prevé. Están contemplados en los Arts. 750 y 751.

---

2 MAFFIA, J. *Manual de Derecho Sucesorio*, p. 346.

Art. 750 del Código Civil de 1936:

> La enajenación por el testador del bien de que dispuso en el testamento importa revocar la disposición sobre él.

Art. 751 del mismo cuerpo legal:

> La disposición sobre un crédito, queda revocada en todo o en parte si el testador cobra toda o parte de la cantidad debida.

El profesor A. Ferrero señala que aun cuando estos dos casos de revocación tácita no están explícitamente contemplados en el Código Civil actual, sin embargo, tales revocaciones pueden aplicarse en virtud de los Arts. 141 y 801 del mismo cuerpo legal.

Art. 141:

> La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Art. 801 del mismo cuerpo legal:

> El testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior, subsiste en las disposiciones compatibles con las de este último.

Los dos últimos casos enunciados sobre revocación tácita son claros y no admiten duda sobre su aplicabilidad. Pero ¿cómo se resolvería el problema si se presenta el caso del testador que habiendo adjudicado por testamento el legado de un inmueble determinado a favor de un sobrino, lo vende posteriormente, pero antes de su muerte lo readquiere, sin haber modificado su testamento? ¿Subsistirá el legado? Consideramos que si se dan las condiciones señaladas, la respuesta será afirmativa porque, al no haber modificado dicho testamento, su voluntad original perduró hasta la muerte (Manifestación de última voluntad).

Este criterio no es compartido, sin embargo, por algunas legislaciones como las de Francia, Argentina y España. En efecto, el Art. 1038 del Código Civil Francés dice:

> Toda enajenación, ya sea con facultad de retroventa o de permuta que haga el testador de todo o parte de la cosa legada, comportará la revocación del legado, todo lo que se ha enajenado aunque posteriormente sea anulada y el objeto reingrese a manos del testador.

Art. 3838 del Código Civil Argentino:

> Toda enajenación de la cosa legada, sea por título gratuito u oneroso, o con pacto de retroventa, causa la revocación del legado, aunque la enajenación resulte nula y aunque la cosa vuelva al dominio del testador.

Art. 869 del Código Civil de España:

> El legado quedará sin efecto:
> Inciso 2°.- Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa, al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.

Discrepamos de esta posición porque si, a pesar de la enajenación de la cosa legada, por acto posterior, retorna al dominio del testador sin que haya sido modificado el testamento en que lega ese bien determinado a una persona, consideramos que su voluntad testamentaria es la que aparece en el mismo, en el momento de su muerte. Es una disposición de última voluntad. Es verdad que la enajenación del bien legado, importa un acto de revocación, pero el hecho de la readquisición y el de su actitud posterior de no modificar su voluntad testamentaria pudiendo haberlo hecho, lleva a la conclusión de que al momento de su muerte quiso honrar esta disposición manteniendo firme su voluntad de legar ese bien. De lo contrario, la habría modificado.

Recordemos que el testamento es un acto de ultima voluntad.

Troplong, al sustentar la tesis francesa, afirma que volviendo la cosa enajenada a la propiedad del testador por cualquier causa que sea no revive el legado. La enajenación la había revocado y sólo podrá recobrar su existencia mediante una nueva declaración de la voluntad con las formalidades solemnes. Es preciso, acota el autor, penetrarse de una verdad y es que no basta la enajenación para revocar el legado, sino la voluntad de enajenar manifestada por el testador. Lo que decide la solución, según este autor, no es la pérdida del dominio sino la voluntad revocatoria traducida en la enajenación.

Otro caso de revocación tácita de legado ocurre cuando el testador después de haber otorgado un legado liberatorio de deuda, demanda judicialmente al legatario deudor para que cancele el crédito.

TÍTULO SEGUNDO

CADUCIDAD

1. CÓDIGO CIVIL

Art. 805.- El testamento caduca en cuanto a la institución de heredero:
1. Si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento y que vivan; o que estén concebidos al momento de su muerte, a condición de que nazcan vivos.
2. Si el heredero renuncia a la herencia o muere antes que el testador sin dejar representación sucesoria, o cuando el heredero es el cónyuge y se declara la separación judicial por culpa propia o el divorcio.
3. Si el heredero pierde la herencia por declaración de indignidad o por desherederación, sin dejar descendientes que puedan representarlo.
Art. 806.- La preterición de uno o más herederos forzosos, invalida la institución de herederos en cuanto resulte afectada la legítima que corresponde a los preteridos. Luego de haber sido pagada ésta, la porción disponible pertenece a quienes hubieren sido instituidos indebidamente herederos, cuya condición legal es la de legatarios.
Art. 807.- Las disposiciones testamentarias que menoscaben la legítima de los herederos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren excesivas.

Nuestro Código Civil recoge el texto del Anteproyecto, Arts. 146 al 148.

2. CONCEPTO

La caducidad es la segunda de las vías que conduce a la invalidación de un testamento. La expresión caducidad proviene del latín *caducas* que significa «lo que está decrépito».

Para Joaquín Escriche en su obra sobre Derecho Civil «caducar» es:

> [...] acabarse, extinguirse o perderse alguna cosa, así decimos que caduca una ley, cuando va perdiendo su vigor y cayendo en desuso con el transcurso del tiempo y mutación de las circunstancias; que caduca una costumbre, cuando deja de observarse poco a poco o se introduce otra que la destruye.

La caducidad del testamento se produce como resultado de circunstancias sobrevinientes a su otorgamiento, las cuales son independientes de la voluntad del testador, y que tienen el efecto establecido por la ley de extinguir el testamento o algunas disposiciones testamentarias. Así, por ejemplo, el caso que prevé el Art. 707, párrafo segundo, si el testamento ológrafo no es protocolizado previa comprobación judicial dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador, entonces caduca dicho testamento. Asimismo, si cuando el testador otorgó testamento no tenía herederos forzosos e instituyó herederos voluntarios a sus hermanos, pero a su muerte deja dos hijos que le sobreviven, entonces la disposición testamentaria relativa a la institución de herederos voluntarios habrá caducado porque los hijos, como herederos forzosos que sobrevinieron al otorgamiento de ese testamento, tienen mejor derecho que los herederos voluntarios[3].

3. CLASES DE CADUCIDAD

3.1. Del testamento

1. Caducidad del testamento ológrafo

El Art. 707, segundo párrafo del Código Civil, contiene un caso de caducidad como precisa el Art. 815 inciso 1° del mismo Código. Se da cuando el testamento ológrafo no es protocolizado previa comprobación judicial, dentro de un año a partir de la muerte del testador.

Declarado caduco un testamento ológrafo ¿readquiere vigencia un testamento anterior? Si el efecto de la caducidad es el de extinguir su vigencia,

3 Se produce la caducidad del testamento cuando sobreviven herederos que no existían al momento de su otorgamiento. En dicha situación, no procede la partición y división solicitada por los herederos contemplados en el testamento, aun si a la fecha de dicha solicitud los interesados no han solicitado judicialmente la declaración de caducidad correspondiente. Véase Ejecutoria de Casación 2432-97 Huánuco, 16 de junio de 1998. En GACETA JURÍDICA. *Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial. 2002/2003*. Lima, 2002.

parecería entonces obvio que podría readquirir vigencia el anterior testamento válidamente otorgado bajo determinadas circunstancias.

2. **Caducidad del testamento militar**

El Art. 715 del Código Civil señala que caduca este testamento a los tres meses desde que el testador deje de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias.

Estas formas ordinarias aluden implícitamente a aquéllas en las que debe participar el notario público, o sea el testamento por escritura pública o el testamento cerrado. El testamento ológrafo es también una forma ordinaria de otorgar testamento (Art. 691 del Código Civil), pero no requiere para la validez de su otorgamiento la intervención del notario.

El plazo de caducidad se computa a partir de la fecha del documento oficial que autoriza el retorno del testador, sin perjuicio del término de la distancia.

Si el testador muere vencido este plazo, el testamento militar habrá caducado porque éste tiene una vigencia limitada en el tiempo por las circunstancias particulares en que ha sido otorgado. Estas circunstancias se encuentran señaladas en el Art. 712 del Código Civil. El testador, después de su retorno a un lugar del territorio nacional donde exista notario, puede otorgar un nuevo testamento asumiendo entonces alguna de las formas ordinarias antes referidas.

En cambio, si el testador muere dentro del plazo legal, entonces dicho testamento no habrá caducado. Muerto el testador, debe solicitarse por los interesados la comprobación judicial, según el Art. 715, tercer párrafo del Código Civil.

Si el testamento militar otorgado tuviese los requisitos formales del testamento ológrafo, entonces se regirá por las normas relativas al testamento ológrafo. No caducará por tanto a los tres meses, sino al año de muerto el testador si no se ha logrado dicha comprobación judicial y ulterior protocolización en este lapso.

3. **Caducidad del testamento marítimo**

El caso se encuentra previsto en el Art. 720, párrafo primero del Código Civil, y señala que caduca a los tres meses de haber desembarcado definitivamente el testador.

Si el testador no fallece dentro de ese plazo, habrá caducado. Las mismas razones vertidas al comentar la caducidad del testamento militar sirven también para el presente caso.

Si el testador murió dentro de este plazo, entonces habrá de procurarse la comprobación judicial y protocolización.

Cuando el testamento marítimo reúne los requisitos del testamento ológrafo, caducará entonces al año de muerto el testador, si en ese lapso no se obtiene la protocolización previa comprobación judicial.

4. Caducidad del testamento aéreo

La Ley de Aeronáutica Civil del Perú N° 24882 es muy parca en el tema del testamento aéreo, apenas señala en el Art. 55 que podrá otorgarse en casos extremos, se entiende por muy graves motivos de salud del pasajero *(in extremis)* que quiere testar, en cuyo caso el capitán de la nave tendrá funciones notariales. Pero no dice nada respecto de la caducidad y no cabe la aplicación por analogía a los casos de los otros testamentos especiales, ya que los términos de caducidad sólo pueden establecerse por ley (Art. 2004 del Código Civil). Constituye un principio de legalidad. Las normas relativas a la caducidad son de orden público, es decir, imperativas, invariablemente obligatorias y de valor absoluto.

El Art. 817 del Código Procesal Civil señala sobre este testamento, que debe solicitarse la comprobación judicial y ulterior protocolización para su ejecutabilidad.

3.2. De institución de herederos

El Art. 805 contiene los siguientes casos.

Primero:

Cuando al testador le sobrevienen herederos forzosos que no tenía cuando otorgó testamento siempre que le sobrevivan.

Este caso presupone que el testador, que carece de herederos forzosos, cuando otorgó testamento instituyó herederos voluntarios, pero con posterioridad le sobrevinieron herederos forzosos; en cuyo caso, la institución de herederos originalmente hecha resulta caduca. No caduca el testamento, sólo esta disposición que instituye herederos voluntarios en cuanto afecta la legítima de aquéllos.

El Art. 1750 del Código Civil de Brasil contiene una norma similar al señalar que opera la revocación cuando ha sobrevenido un descendiente sucesivo al testador que, o no tenía, o no conocía cuanto testó, si ese descendiente sobrevive al testador. Vemos acá la diferencia, el Código de Brasil lo considera un caso de revocación.

El texto del inciso 1° del Art. 805 tiene sus antecedentes en el Art. 864 del Código Civil de 1852 y Art. 752 inciso 1° del Código Civil de 1936.

Se justifica este caso como causal de caducidad, porque los herederos forzosos tienen derecho preferencial para heredar al causante, como lo señalan clara y reiteradamente los Arts. 723, 724, 725, 726 y 733 del Código Civil. Todas estas disposiciones legales tienen una categoría especial: son normas de orden público y por tanto de cumplimiento obligatorio. Los herederos forzosos son los hijos y demás descendientes, el cónyuge sobreviviente y los padres, y demás ascendientes.

El Art. 805, inciso 1° se refiere indudablemente sólo a los hijos y demás descendientes y al cónyuge. No incluye a los padres y demás ascendientes porque por razón de la naturaleza no pueden sobrevenirle al testador.

Consideramos que el inciso 1 del artículo 805 resulta innecesario por excesivo y además por contradictorio, porque el hecho de la sobrevivencia del heredero como requisito para heredar no impide que sus descendientes, si los tiene, puedan representarlo en la sucesión. De modo que la expresión «y que vivan» resulta inconveniente.

Cabe añadir que el Art. 687 del Código Civil de Italia, considera también esta figura como un caso de revocación por sobreveniencia de hijos, al igual que el Código de Brasil:

> Las disposiciones a título universal o particular, hechas por quien al tiempo del testamento no tenía o ignoraba tener hijos o descendientes, quedan revocados de derecho por la existencia o la sobreveniencia de un hijo o descendientes legítimo del testador, aunque sea póstumo o legitimado o adoptivo o bien por el reconocimiento de un hijo natural.
> La revocación tiene lugar también si el hijo ha sido concebido al tiempo del testamento y tratándose de hijo natural legitimado, también si ha sido ya reconocido por el testador antes del testamento y solamente después legitimado.
> La revocación no tiene lugar, en cambio, cuando el testador haya proveído al caso de que existieran o sobrevivieran hijos o descendientes de ellos. Si los hijos o descendientes no vienen a la sucesión y no se da lugar a representación, la disposición tiene efecto.

Segundo:

Cuando el heredero renuncia a la herencia o muere antes que el testador, sin dejar representación sucesoria.

Este caso se presenta cuando ha sido instituido heredero forzoso un hijo, y éste renuncia a la herencia o premuere sin haber dejado descendientes que puedan representarlo en la sucesión; obviamente después de muerto el testador porque no procede la aceptación o renuncia de herencia futura como señala el Art. 678.

¿Qué implica este caso?

1. Que el testador ha instituido como heredero forzoso a un único hijo que tenía;
2. Muerto el testador el único heredero forzoso instituido renuncia a la herencia, a no ser que haya muerto ante que aquél.
3. Este único heredero instituido no ha dejado ningún descendiente; o habiéndolos dejado, éstos no están en aptitud legal para heredar al testador por representación sucesoria, por haber sido declarados indignos o por haber sido desheredados por el testador, porque de la herencia de éste se trata.

Si fueran varios los herederos instituidos y uno de ellos premuere o renuncia sin dejar descendientes que puedan representarlo, entonces los otros coherederos forzosos acrecerán sus derechos hereditarios con la cuota de aquél que premurió o renuncia. En esta eventualidad tampoco caducaría la institución de herederos, (Art. 774 del Código Civil).

Tercero:

Cuando el heredero es el cónyuge y se declara la separación judicial por culpa propia o el divorcio.

El Art. 805 inciso 2° contempla también este caso. Guarda concordancia con los Arts. 343 y 353 del mismo cuerpo legal, que establecen lo siguiente:

> Art. 343.- El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden.
>
> Art. 353.- Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí.

El cónyuge sobreviviente tiene derecho a heredar al consorte muerto porque es heredero forzoso, como expone el numeral 725 del Código Civil. Caduca su derecho en dos casos:

a. Cuando con posterioridad al testamento otorgado, en el que se le instituye heredero forzoso, se declara la separación judicial por causa imputable al cónyuge sobreviviente. La causa invocada puede ser alguna de las contempladas en el Art. 333 del Código Civil.
b. Cuando se declara el divorcio con posterioridad al otorgamiento del testamento. En este último caso no interesa si fue o no por causal, porque el divorcio extingue el vínculo matrimonial.

Hay una diferencia importante entre la separación convencional; de que trata el Art. 333, inc. 13; y la de hecho, Art. 333 inc. 12 porque encuentro la primera, es declarada por el juez, separación de derecho, mientras que la otra es consecuencia del abandono que uno hace del otro, *motu proprio*, dejando el hogar conyugal. Esta separación es de hecho y no extingue de por sí el vínculo conyugal ni priva de los derechos hereditarios, salvo por el transcurso de cuatro años, Art. 333 inc. 12.

La separación de hecho, independientemente del tiempo de duración, sólo determina la pérdida de gananciales, como expresa el Art. 324 del Código Civil:

> En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.

Guarda concordancia el Art. 324, con el numeral 352 del Código Civil:

> El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes de otro.

Cuarto:

Cuando el heredero forzoso pierde la herencia por declaración de indignidad o por desheredación, sin dejar descendientes que puedan representarlo.

Está considerado en el Art. 805 inciso 3°. Su antecedente más próximo lo encontramos en el Art. 752 inciso 2° del Código Civil de 1936; referencialmente en los Arts. 869 y 870 del Código Civil de 1852.

El Art. 805 inciso 3° del Código Civil de 1984, sólo se refiere al heredero. Consideramos que ese heredero es forzoso por las siguientes consideraciones:

1. Porque en la sucesión testamentaria la representación en la línea colateral es eventual como resulta del Art. 685 y está limitada a los hijos de los hermanos del causante; en cambio, cuando se trata de los herederos forzosos, la representación sucesoria se da siempre cuando hay descendientes e ilimitadamente, según el mismo precepto legal.
2. Porque esta norma legal se pone en el caso de que el heredero pierda su derecho hereditario por indignidad o desheredación sin hacer distingo alguno; esto significa que el heredero al que se refiere, es un heredero forzoso porque sólo éstos pueden ser desheredados, según el Art. 742 del Código Civil.

3. Porque la caducidad de las disposiciones testamentarias tiene su fundamento en que la institución de herederos afecta intereses de orden público, que no se dan cuando la institución es de herederos voluntarios, Art. 737 del Código Civil.
   Además, el dispositivo legal se refiere al caso de ser uno solo el heredero forzoso instituido, porque si fueran dos o más, a falta de descendientes del que no puede heredar por causales de indignidad declarada o por desheredación, no habría caducidad ya que el otro coheredero o coherederos, acrecerían su cuota hereditaria con la de aquél que no puede heredar.

Quinto:

Caducidad por preterición de herederos forzosos (Art. 806)
La preterición de uno o más herederos forzosos invalida la institución de herederos en cuanto resulte afectada la legítima que corresponde a los preteridos. Hasta aquí la primera parte del citado numeral[4].
La aludida preterición realmente no constituye un caso de caducidad. No es un caso de caducidad porque no se trata de un heredero que ha sobrevenido después de otorgado el testamento. Ya existía cuando fue otorgado y el testador no lo instituyó bien por ignorancia acerca de su existencia, o por negligencia o por dolo, sin que haya sido excluido por indignidad o por desheredación. Preterir deriva del latin *praeterive* que significa «ir adelante», es omitir en la institución de herederos a quien es heredero forzoso sin desheredarlo o excluirlo por indignidad expresamente. Hay pues una exclusión injustificada de alguien que existió y que tuvo derecho cuando el causante instituyó herederos forzosos. Los Arts. 865 y 753 de los Códigos Civiles de 1852 y 1936, respectivamente, consideraron este caso como de caducidad, siendo en realidad uno de nulidad de la institución, en cuanto afecta el derecho del heredero forzoso que está regulado por normas de valor imperativo como los Arts. 723, 724, 725, 726 y 733 del Código Civil. La violación de normas de orden público determinan su nulidad y no la caducidad.

---

4 La no inclusión de la hermana de la causante, en el testamento que ésta otorgó, no causa preterición. Los hermanos no son herederos forzosos. Véase Ejecutoria de Corte Superior de Lima, Expediente 3923-97, Sala N° 3, 6 de marzo de 1998. En GACETA JURÍDICA. *Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial. 2002/2003*. Lima, 2002.

El Art. 865 del Código Civil de 1852, expresa:

> Cuando el testador ha olvidado al heredero forzoso, o lo ha excluido indebidamente de la herencia, caduca el testamento en cuanto daña los derechos del olvidado o excluido.

Según este precepto legal, el hecho de ser considerado como caso de caducidad, acarrea la ineficacia del testamento, pero sólo en cuanto afecta el derecho legitimario del preterido.

Art. 753 del Código Civil de 1936:

> Cuando el testador ha preterido en todo o en parte al heredero forzoso y este sobrevive al testador y no es indigno, caduca el testamento en cuanto daña los derechos del preterido.

En nuestra opinión, se incurre en error al considerársele como caso de caducidad siendo de nulidad por preterición del derecho legitimario que corresponde al heredero forzoso.

La segunda parte del Art. 806 da solución justa al problema que allí plantea cuando señala que pagada la cuota legitimaria del preterido, la porción disponible pertenece a quienes hubieren sido instituidos indebidamente herederos, cuya condición legal es la de legatarios.

Es un caso nuevo. Los herederos voluntarios que fueron instituidos como tales por preterición de un heredero forzoso —que tiene derecho preferencial y es exclusivo y excluyente— no pueden coexistir con el heredero forzoso porque el Art. 737 del Código Civil así lo señala:

> El testador que no tenga herederos forzosos puede instituir uno o más herederos voluntarios y señalar la parte de la herencia que asigne a cada uno. Si no la determina, sucederán en parte iguales.

Es decir que el heredero forzoso preterido al recobrar su derecho mediante la acción judicial correspondiente, hace perder a los herederos voluntarios su calidad de tales, pero no pierden éstos el derecho hereditario correspondiente a la cuota de libre disposición que la recibirán, pero en la calidad de legatarios, institución compatible con la de herederos forzosos, según el Art. 738 del Código Civil.

El Art. 3715 y 432 modificado por la Ley 17711, Art. 1°, inciso 140, del Código Civil Argentino le da similar tratamiento al nuestro:

> La preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido.

No la invalida, en la medida que sea restablecido el derecho legitimario del preterido.

En la legislación argentina las «mandas» son los legados en nuestra legislación.

El Art. 644 del antiguo Código Civil Español señalaba:

> La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después, aún muerto el testador, anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.
> Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto.

El actual Código Civil Español carece de norma sobre este tema.

Sexto: Reducción de disposiciones testamentarias (Art. 807)

Un tema adicional que no es parte del artículo 805, pero que debemos comentar aquí, es el indicado en el artículo 807 del Código Civil.

Este precepto se refiere al caso de disposiciones testamentarias que en alguna forma menoscaban la legítima de los herederos forzosos, dando lugar al reintegro a solicitud de los afectados. Este precepto legal está igualmente mal ubicado en el capítulo sobre caducidad de institución de herederos, porque no constituye tampoco causa de caducidad, sino que su efecto se limita a un reajuste en las cuotas legitimarias para establecer la igualdad.

El Capítulo Segundo del Título IX de la Sección II de este Libro IV, se ocupa sólo de la caducidad de la institución de herederos, mas no de la caducidad del testamento que es tema diferente. Tampoco contiene normas relativas a la caducidad de legados, la cual se encuentra regulada en el Art. 772 del Código Civil.

3.3. Caducidad de legado

El Art. 772 prevé los siguientes casos:

1. Premoriencia del legatario. Uno de los requisitos que le ley exige para heredar al testador es la sobrevivencia, el cual no se da en este caso.

Implica que el legatario fue instituido en un testamento, pero fallece antes que el testador. A la muerte del testador el aludido legatario ya no era sujeto de derecho, pues su muerte sobrevenida en estas circunstancias determinó la caducidad del legado.

Los Arts. 467 y 675 del Código Civil de Italia prevén en este caso el derecho de representación cuando hay varios colegatarios a los cuales ha sido legado un mismo objeto. En nuestro Código Civil no procede la representación respecto de legados.

2. Cuando el legatario se divorcia o se separa judicialmente del testador por su culpa. Se trata del cónyuge del testador a quien éste en su testamento ha querido concederle un legado con su cuota de libre disposición, pero con posterioridad al otorgamiento del testamento sobreviene un acontecimiento: el divorcio o la separación judicial *por causa imputable*, al cónyuge beneficiado con el legado. Esta circunstancia imprevista determina la caducidad del legado. No caducará en cambio si, producido el divorcio o separación judicial imputable al cónyuge, es beneficiado con un legado mediante testamento de fecha posterior. Y es que el legado implica el ejercicio de la libre voluntad por el testador. Nada le impide ni lo obliga.
3. Cuando el testador enajena el bien legado o este perece sin culpa del heredero. Nos parece que si partimos del concepto de caducidad como la irrupción sobreviniente de una circunstancia extraña a la voluntad del testador, entonces el acto de enajenación del bien legado por parte del testador sería un acto de revocación, porque la enajenación contractual implica un acto voluntario.

   En cambio, si la enajenación se produce por un acto de expropiación legal o forzosa, podría ser considerada como causa de caducidad. Ya hemos visto anteriormente como las legislaciones de Argentina, España y Francia, entre otras, consideran la enajenación voluntaria del bien legado antes de la muerte del testador como una revocación del legado.

   El perecimiento del bien legado sin culpa del heredero supone que, producida la muerte del testador, el bien legado ha permanecido en poder de un heredero y en estas circunstancias se destruye sin culpa de éste. Se habría producido la caducidad porque, en caso contrario, estaría obligado a reparar el perjuicio mediante una indemnización a favor del legatario porque adquirió el derecho del bien legado a partir de la muerte del testador.

   ¿Y si el bien legado destruido en poder del heredero estaba asegurado en una Compañía? ¿A quién corresponderá el importe del premio? Creemos que al legatario, si la pérdida se produjo después de la

apertura de la sucesión. Si se perdió antes del fallecimiento del testador, creemos que no le corresponderá derecho alguno salvo que el testador hubiere previsto esta situación. Si con posterioridad a la constitución del bien legado, el testador lo hubiese asegurado a su nombre, estimamos que no habría dificultad en responder afirmativamente a favor del legatario.

Hay otros casos de caducidad de legado que nuestro ordenamiento legal prevé, pero en otras disposiciones diferentes al capítulo de la caducidad.

4. Cuando la ejecución del legado está subordinado a una condición suspensiva o a un término incierto y muere el legatario antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del término.

   El legado es esencialmente personal y si al tiempo de su muerte no fue cumplida la condición suspensiva o no venció plazo, entonces no puede recibirlo porque su derecho caducó. El Art. 768 de nuestro Código Civil señala:

   El legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva o al vencimiento de un plazo, mientras no se cumpla la condición o venza el plazo [...].

   El Art. 3799 del Código Civil Argentino tiene disposición análoga:

   El legado caduca cuando el legatario muere antes que el testador, o cuando la ejecución del legado está subordinada a una condición suspensiva o a un término incierto, y muere antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del término.

   El Art. 3802 del mismo Código señala:

   El legado caducará cuando falte la condición suspensiva a que estaba subordinado.

   Demonte pone el siguiente ejemplo: El legado caduca si ha sido hecho bajo la condición de que el legatario se casara y este muere sin casarse.

5. Estimamos que también podrían ser incluidos los casos de caducidad de legado por renuncia o declaración de indignidad. Arts. 667 y 674 del Código Civil.

   Son casos análogos a los de la premoriencia del legatario.

TÍTULO TERCERO

NULIDAD

1. CÓDIGO CIVIL

Art. 808.- Es nulo el testamento otorgado por incapaces menores de edad y por los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada. Es anulable el de las demás personas incapaces comprendidas en el Art. 687.
Art. 809.- Es anulable el testamento obtenido por la violencia, la intimidación o el dolo. También son anulables las disposiciones testamentarias debidas a error esencial de hecho o de derecho del testador, cuando el error aparece en el testamento y es el único motivo que ha determinado al testador a disponer.
Art. 810.- Cuando un testamento ha sido otorgado expresando como causa la muerte del heredero instituido en uno anterior, valdrá éste y se tendrá por no otorgado aquél, si resulta falsa la noticia de la muerte.
Art. 811.- El testamento es nulo de pleno derecho, por defectos de forma, si es infractorio de lo dispuesto en el Art. 695 o, en su caso, de los Arts. 696, 699 y 707, salvo lo previsto en el Art. 697.
Art. 812.- El testamento es anulable por defectos de forma cuando no han sido cumplidas las demás formalidades señaladas para la clase de testamento empleada por el testador. La acción no puede ser ejercida en este caso por quienes ejecutaron voluntariamente el testamento, y caduca a los dos años contados desde la fecha en que el heredero tuvo conocimiento del mismo.
Art. 813.- Los testamentos especiales son nulos de pleno derecho cuando falta la forma escrita, la firma del testador o de la persona autorizada para recibirlos. Son anulables en el caso del Art. 812.
Art. 814.- Es nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas.

Nuestro Código Civil recoge el texto casi completo con algunas variantes de los Arts. 149 al 155 del Anteproyecto.

2. NULIDAD DEL TESTAMENTO

Ésta es la tercera vía que conduce a la ineficacia del testamento. Como el testamento es un acto jurídico conviene analizar aunque sea en sus lineamientos generales los requisitos de validez del acto jurídico, porque la inobservancia de alguno de ellos puede determinar la declaración de invalidez del acto que es el efecto de su nulidad.

El Art. 140 del Código Civil señala como requisitos los siguientes:

a. Agente capaz

La manifestación de voluntad constituye una nota esencial del acto jurídico[5], pero su eficacia está supeditada a la capacidad jurídica plena de la persona que lo realiza.

Según el Art. 42 del Código Civil:

> Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los Arts. 43 y 44.

Excepcionalmente tratándose de las personas mayores de 16 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. Art. 46 del Código Civil.

Art. 687.- Son incapaces de otorgar testamento:

> 1. Los menores de edad, salvo el caso previsto en el Art. 46.
> 2. Los comprendidos en los Arts. 43 incisos 2 y 3 (o sea los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento y, asimismo,

---

5 Debe desestimarse la nulidad de testamento si no prueba, de modo alguno, la pretensión, máxime si la pericia grafotécnica ha concluido que la letra y firma que obran en el testamento ológrafo impugnado, provienen de un mismo puño gráfico, perteneciente al causante.

El acto nulo sólo puede serlo por las causales que se enumeran en el Art. 219 del Código Civil. Así, pues, el inc. 1 del Art. 219 citado pretende abarcar todos los actos y situaciones que pueden ser excluyentes de la determinación de la voluntad, mientras que el inc. 4 del mismo articulado, se refiere a la licitud de la finalidad del acto jurídico que se va a producir, cuando los efectos generados por la manifestación de la voluntad no pueden recibir el amparo del derecho objetivo por contravenir el orden legal. Véase Ejecutoria de Corte Superior de Lima, Expediente 4013-97, Sala N° 3, 16 de abril de 1998. En GACETA JURÍDICA. *Explorador Jurisprudencial. Base de datos jurisprudencial. 2002/2003.* Lima, 2002.

> los sordomudos, los ciego sordos y los ciegos mudos que no pueden expresar su voluntad indubitablemente) y Art. 44, incisos 2, 3, 6 y 7. (o sea los retardados mentales; los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los ebrios habituales y los toxicómanos).
> 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 comprendidos en el Art. 687 determinan una incapacidad absoluta para testar, siendo por tanto nulo el acto jurídico de su otorgamiento.

Hay también otros casos específicos de incapacidad relativa para testar:

- Los analfabetos y los ciegos pueden testar *sólo por escritura pública con las formalidades adicionales referidas en el Art. 697 del Código Civil, como señalan los Arts. 692 y 693 del Código Civil.*
- Los mudos, sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa, pueden otorgar sólo testamento cerrado u ológrafo (Art. 694 del Código Civil).

b. El objeto

Fernando Vidal, acorde con Albadalejo, señala que está constituido por los bienes, utilidades o intereses sobre los que recae la manifestación de voluntad y concluye afirmando que debe contener tres caracteres: posibilidad física y jurídica, y además determinable; es decir, la identificación de los bienes, utilidades e intereses.

c. La finalidad lícita

Está referida a los efectos del acto jurídico; no deben infringir normas de orden público porque prevalecen sobre la voluntad del testador.

d. La forma prescrita por la ley

Constituye el aspecto externo de la manifestación de voluntad. La forma en el testamento es solemne.

El Art. 144 del Código Civil expresa:

> Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

Acorde con el precepto antes comentado, el Art. 811 del Código Civil sanciona con nulidad absoluta por defectos de forma, el testamento otorgado con infracción de lo dispuesto en el Art. 695 del Código Civil o, en

su caso, de los Arts. 696, 699 y 707 del Código Civil, salvo lo previsto en el Art. 697. Todas estas disposiciones legales contienen requisitos de forma.

3. LA NULIDAD EN EL LIBRO DE SUCESIONES

¿Cuándo se da la nulidad?
Cuando al acto jurídico le falta alguno de sus elementos esenciales. Su sanción es la nulidad que priva de sus efectos al acto. Estos vicios o defectos son concomitantes al acto.

En cuanto a la nulidad del acto jurídico, en doctrina se distinguen tres categorías: La de los actos inexistentes, la de los actos propiamente nulos y la de los anulables. Nuestro Código Civil sólo contiene las dos últimas categorías. La primera se encuentra dentro de la segunda. La tipificación de cada una de las categorías es importante y particularmente la de los actos inexistentes y la de los actos nulos, porque los actos inexistentes son imprescriptibles dado que sólo pueden prescribir los actos jurídicos existentes.

Así, por ejemplo, es un testamento sin existencia jurídica aquél que carece del nombre de su autor o del que carece de firma, o de aquél que ha sido otorgado siendo enfermo mental cuya interdicción civil ha sido judicialmente declarada. En cambio las otras categorías de nulos o de anulables sí son prescriptibles y resulta muy importante saber diferenciarlos, porque los nulos prescriben a los 10 años y los anulables a los 2 años, según el Art. 2001 incisos 1° y 4° del Código Civil, respectivamente.

Ferrero [6] en este tema hace varios comentarios muy interesantes cuando afirma con acierto que

> [...] la diferencia entre inexistencia, nulidad, anulabilidad no es meramente enunciativa. Resulta fundamental en relación a la prescripción. La inexistencia no está sujeto a plazo de prescripción alguno. La acción de nulidad del acto jurídico prescribe a los 10 años (artículo 2001 inciso 1 del Código Civil); y la acción de anulabilidad a los dos años (artículo 2001 inciso 4). De esta manera resulta importante, señala el autor, tipificar el defecto del que adolece el testamento.

Finalmente añade que «las irregularidades de los testamentos sólo pueden discutirse judicialmente, fallecido el testador».

---

6 FERRERO, Augusto. *Derecho de Sucesiones en el Nuevo Código Civil.* Lima: Cultural Cuzco S.A. editores, 1993, pp. 650-651.

El acto jurídico es nulo *ipso jure* o viciado con nulidad absoluta:

a. Cuando carece de alguno de los elementos esenciales del acto señalados en el Art. 140 del Código Civil.
b. Cuando es contrario a las leyes que interesen al orden público o a las buenas costumbres, y
c. Cuando la ley lo declara nulo. Art. 219 inc. 7° del Código Civil.
En estos casos se declara nulo porque afecta el interés público. Es nulo de pleno derecho porque no requiere de declaración judicial, no es necesaria, pero como expresa Fernando Vidal en la línea de Coviello, en algunos casos, podría ser necesaria cuando alguien pretende ejercitar un derecho que proviene de testamento nulo, o puede tener una finalidad preventiva para evitar riesgos que podrían surgir en el futuro por quien pretende ejercitarlo.
Importante resulta señalar que los casos de nulidad del testamento no pueden contravenir las normas que regulan la validez del acto jurídico, porque éstas son específicas y prevalecen en todo caso sobre las demás.

4. CARACTERES DE LA NULIDAD ABSOLUTA. ARTS. 220 Y 2002, INC. 1°

a. Puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.
b. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta, porque resulta afectado el interés público.
c. No puede ser subsanada por la confirmación.
d. La acción prescribe a los 10 años y puede hacerse valer en vía de acción o de excepción porque ambas vías, son medios de defensa.

Cuando se trata de la categoría de actos jurídicos inexistentes entonces la acción de nulidad es imprescriptible. Por ejemplo, el testamento por escritura pública que carece de firma del testador exceptuando el caso del Art. 697, como lo señala el art. 645 del Código Civil.

La nulidad absoluta es producida por efecto de la misma ley y no por la sentencia. La sentencia sólo comprueba su invalidez, por eso es meramente declarativa.

Es además insubsanable, no cabe la convalidación por confirmación.

5. ANULABILIDAD DEL TESTAMENTO

Casos genéricos

La anulabilidad en cambio se da cuando el acto jurídico reúne todos los elementos esenciales para su validez; pero, sin embargo, adolece de algún vicio accidental, como señala el Art. 221 del Código Civil.

El Acto jurídico es anulable:

a. Por incapacidad relativa del agente.
b. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
c. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de terceros.
d. Cuando la ley lo declara anulable.

Existe en el acto jurídico un vicio, pero subsanable mediante la confirmación.

6. CARACTERES DEL ACTO JURÍDICO ANULABLE

El acto jurídico anulable presenta varias características: Art. 222, 2001 inc. 4 y 1993 del Código Civil.

a. Resulta nulo desde el mismo momento de su celebración por efecto de la sentencia que lo declara; mientras tanto, produce todos sus efectos buscados y queridos, pero una vez declarada quedan automáticamente extinguidos todos ellos y restablece las cosas al estado anterior de su celebración quedando obligados los interesados a la restitución de lo que hubieran recibido. La sentencia resulta entonces necesaria siendo por tanto de naturaleza declarativa y con efectos retroactivos.
b. La sentencia que invalida el acto jurídico debe ser el resultado de una acción civil que pueden promover únicamente las personas en cuyo beneficio lo establece la ley, porque el interés afectado no es público sino privado.
c. La acción de anulabilidad prescribe a los dos años y comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho.

Nuestro Código Civil en el Capítulo Tercero del Título Noveno de la sección segunda desarrolla como último tema del decaimiento del testamento, el de la nulidad el cual comprende los casos de nulidad y los de anulabilidad, y son tratados lamentablemente con poco orden y sin un criterio coherente como vamos a comprobar.

7. CASOS DE NULIDAD ABSOLUTA DEL TESTAMENTO

Casos genéricos

Se incluyen los diversos casos de nulidad absoluta señalados taxativamente por el Art. 219 del Código Civil:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el Art. 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del Art. V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Casos específicos

Se encuentran precisados en la primera parte del artículo 808 y artículos 810, 811, 813, 814 y 722 del Código Civil.

Conviene destacar, sin embargo, que en este precepto legal que analizamos, el artículo 808, hay algunos errores que deben ser subsanados para evitar la subsistencia de contradicciones que encontramos entre las incapacidades absolutas y relativas del sujeto que señala el Código Civil en la parte relativa al acto jurídico, artículos 43 y 44 y artículos 687 y 808 del Código Civil, relativas a la capacidad para otorgar testamento.

En tales casos prevalecerán las normas relativas al acto jurídico porque son normas especiales sobre la materia. Las nulidades del testamento podrían ser ampliadas a otros casos diferentes pero nunca contrario a las normas especiales porque resultaría ilógico y por tanto inadmisible.

Por tanto consideramos que el testamento será nulo cuando se incurra en las causales de nulidad previstas en el Libro de Acto Jurídico y, asimismo, en las señaladas específicamente en el Libro de Sucesiones, siempre que no resulten contradictorias con las primeras.

a. **Primer caso:** Cuando el testamento es otorgado por incapaces menores de edad.

   Tiene su fuente directa en el Art. 591 del Código Civil Italiano y guarda

concordancia con los Arts. 43 y 46 de nuestro Código Civil, por eso es que tiene sentido la expresión del numeral analizado cuando señala «incapaces menores de edad» (18 años) porque hay casos excepcionales de «capaces menores de edad», como señala el Art. 46 respecto de personas mayores de 16 años que contraen matrimonio u obtienen título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. En ambos casos, la capacidad adquirida no se pierde por la terminación del matrimonio.
El caso de nulidad se justifica porque el testamento otorgado, carece de agente capaz que es un elemento esencial para su validez. (Art. 140 del Código Civil).
Reproduce el texto del Art. 149 del Anteproyecto.

b. **Segundo caso:** Cuando el testamento ha sido otorgado por mayores enfermos mentales cuya interdicción civil ha sido judicialmente declarada, Art. 808 primera parte del Código Civil.
Se justifica también este caso de nulidad porque, conforme al Art. 219 inciso 2° del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando ha sido practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el Art. 1358 del Código Civil. Su fuente directa como el caso anterior es la misma, Art. 591, punto 2 del Código Civil Italiano.
Reproduce el texto del Art. 149 del Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones.
El presente caso se refiere a la persona que siendo mayor de edad adolece de una enfermedad mental, y que además ha sido sometida a un proceso judicial no contencioso de interdicción civil que ha concluido con la resolución que la declara interdicto civil. Su efecto es la privación del ejercicio de sus derechos civiles, entre los cuales está el de testar por no ser agente capaz y por eso es que se le nombra un curador con las atribuciones más amplias respecto de su persona y de sus bienes.
En ese proceso judicial previo a la resolución final es examinado por facultativos especializados y por el propio juzgador para comprobar la existencia de su insania mental.
Resulta interesante el caso que se podría plantear cuando, con posterioridad al otorgamiento de testamento, el testador es sometido por insania mental a un procedimiento judicial de interdicción y la resolución judicial ampara la solicitud. ¿Valdrá el testamento que otorgó con anterioridad?
La respuesta nos la da el Art. 582 del Código Civil, cuando señala que los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en que se realizaron.

c. **Tercer caso:** Los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento. De acuerdo con el Art. 43 inciso 2°, estas personas adolecen de incapacidad absoluta y en consecuencia los actos en que intervengan serán irremisiblemente nulos y no anulables, como erróneamente señala la segunda parte del Art. 808, al referirse a los casos de los incisos 2° y 3° del referido Art. 43.

d. **Cuarto caso:** Los sordomudos, los ciego sordos y los ciego mudos, que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, son considerados también por el mismo Art. 43 como personas con incapacidad absoluta, siendo por tanto nulos y no anulables los actos en que intervengan. En este caso el fundamento se encuentra en defectos físicos que impiden a la persona manifestar indubitablemente su voluntad.
Hay pues incongruencia cuando el Art. 808, 2° parte, considera anulables los actos de otorgamiento de testamento de estas personas. Hay error en esta calificación, porque si la incapacidad absoluta del agente produce la nulidad del acto jurídico, lo mismo tiene que ocurrir cuando se trata de un testamento porque, como afirma A. Ferrero, las causales de nulidad del testamento pueden ser más numerosas, pero no restrictivas de las establecidas en el acto jurídico. El Art. 808, 2° parte, transcribe el Art. 149 del Anteproyecto. Su fuente originaria es el Art. 591 del Código Civil Italiano.

e. **Quinto caso:** Cuando el testamento ha sido otorgado expresando como causa la muerte del heredero instituido en uno anterior, valdrá éste y se tendrá por no otorgado aquél, si resulta falsa la noticia de la muerte. Su fundamento radica en una falsa causa que movió al causante a otorgar un segundo testamento.
Este caso se encuentra previsto en el Art. 810 del Código Civil y transcribe el Art. 151 del Anteproyecto. Sus fuentes se encuentran en el Art. 849 del Código Civil de 1852 y Art. 754 del Código Civil de 1936.
Art. 849 del Código Civil de 1852:

> Cuando por suponerse muerto al heredero instituido en un testamento anterior, se ha otorgado otro después, dando expresamente por causa esa suposición, valdrá el primer testamento, y se refutará el segundo como no otorgado, si se descubre ser falsa la muerte del heredero.

Art. 754 del Código Civil de 1936:

> Cuando se ha otorgado un testamento dando por causa la muerte del heredero instituido en uno anterior, valdrá éste y se tendrá por no otorgado aquél si resulta falsa la noticia de la muerte.

Otras legislaciones extranjeras tienen una norma similar.
Art. 3832 del Código Civil Argentino:

> Toda disposición fundada en una falsa causa o en una causa que no tiene efecto, queda sin valor alguna.

Art. 767 del Código Civil Español:

> La expresión de una falsa causa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.
> La expresión de una causa contraria o derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita.

Art. 2098 del Código Civil Alemán:

> Si los herederos están instituidos como herederos sustitutos recíprocamente o para uno de ellos los demás, en la duda ha de entenderse que están instituidos como herederos sustitutos en proporción a sus porciones hereditarias.

García Goyena, al comentar el Art. 721 del Antiguo Código Civil Español, expresa que «en el Derecho Romano la falsedad de la causa no viciaba la disposición, a no ser que el heredero probase que el testador no lo habría hecho sabiendo que la causa era falsa, párrafo 31, título 20, Libro 2, Instituciones y la ley 72 párrafo 6, título 1, Libro 33 del Digesto; tampoco la viciaba según las leyes 20 y 21, título 9, Partida 6»[7].
¿Por qué resulta nulo el testamento posterior?

Porque cuando es falsa la causa que determina el otorgamiento de otro heredero sustituto, falta la voluntad. La razón o motivo o causa del nuevo testamento es un elemento básico para la validez del acto jurídico sin el cual resulta nulo. La falsedad de la causa afecta la validez del consentimiento cuando se expresa como única razón del acto. La causa implica el móvil determinante de la voluntad del testador.
Fernando Vidal[8], ilustre maestro, afirma:

---

7 GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil Español*. T. II. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, 1852, p. 152.

8. Cuzco S.A., 1989, pp. 123-125.

> [...] que la causa está vinculada con la finalidad del acto que consiste en la orientación que se da a la manifestación de voluntad esto es, que se dirija directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, vale decir, a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Concluye afirmando que habría una identificación de la finalidad del acto jurídico con los efectos buscados mediante la manifestación de voluntad. El testamento posterior al faltarle un elemento indispensable para su validez resulta nulo. Hay ausencia del fin o motivo y porque además implica que el nuevo heredero instituido tiene el carácter de sustituto frente al heredero del testamento anterior que no ha muerto. El sustituto sólo puede reemplazar al instituido cuando éste no quiere o no puede recibir la herencia. Y si el instituido es heredero forzoso, no procede la sustitución. No es pues un caso de anulabilidad sino de nulidad.

Para que el heredero instituido en el testamento anterior pueda hacer prevalecer su derecho frente al último designado en el posterior, consideramos que debe demandar judicialmente la nulidad del segundo testamento, porque de lo contrario no habría camino para el ejercicio de sus derechos hereditarios. Supongamos que los dos testamentos han sido otorgados por escritura pública; ambos han sido inscritos en el Registro de Testamentos y en ambos se deja el mismo inmueble a uno y otro heredero. El Registrador de oficio, ¿invalidará el segundo de ellos y procederá a inscribir al heredero originario del primer testamento que es de fecha anterior?

Creemos que no. Implica necesariamente el ejercicio de la función jurisdiccional, no obstante que el juez, comprobada la ausencia de fin, se limitará a declarar la nulidad.

f. **Sexto caso: Cuando el testamento adolece de defectos de forma.** Art. 811. Se trata de defectos de forma que vulneran lo dispuesto en el Art. 695 del Código Civil, o, en su caso de los Arts. 696, 699 y 707, salvo lo previsto en el Art. 697 del Código Civil. El Art. 811 guarda estrictamente concordancia con lo establecido en el Art. 144 de nuestro Código Civil.

Este caso recoge el texto del Art. 152 del Anteproyecto. Está previsto en el Art. 811. La forma solemne que exige la ley no es fruto del capricho del legislador. Es requisito esencial por razón de su naturaleza y trascendencia. Responde a la necesidad de asegurar la plena libertad del testador, así como la autenticidad del contenido del testamento, cuyo conocimiento e interpretación se van a dar sólo después de su muerte o sea cuando ya no haya posibilidad de preguntarle si actuó con libertad, si esas fueron real-

mente sus disposiciones de última voluntad, así como el cabal sentido de las mismas. Recordemos que una de las características del testamento es el de ser autárquico.

Como señala el maestro Lanatta en la exposición de motivos de su Anteproyecto al analizar el Art. 152 del mismo, no hay en el Código Civil de 1936 disposición expresa que sancione con la nulidad, esta clase de infracciones existiendo en la parte genérica relativa al acto jurídico, el Art. 1123 inciso 3°, que establece la nulidad cuando el acto jurídico no reviste la forma prescrita por la ley, salvo que ésta disponga una sanción diversa.

Su fuente de inspiración es el Art. 606 del Código Civil Italiano. El precepto legal sanciona con la nulidad o anulabilidad según la clase del defecto de forma que se hubiese infringido. Lanatta, en el Art. 153 de su Anteproyecto, contempló también esta eventualidad y la reprodujo en el Art. 812 del Código Civil.

Esta disposición contiene un contrasentido porque regula el caso del testamento anulable por defecto de forma, cuando, como sabemos, cualquier testamento ordinario o especial tiene sus propias formalidades, los cuales todos son esenciales; consecuentemente, cualquier omisión produciría la nulidad absoluta. El criterio de distinción excepcional lo encontramos en los Arts. 811 y 813 del Código Civil.

El Art. 811 se refiere a la nulidad absoluta de los testamentos ordinarios que infringen requisitos de forma, porque las referencias a los Arts. 695, 696, 699 y 707, con la excepción del Art. 697 del Código Civil, así lo corroboran. Por tanto, tratándose de los testamentos ordinarios sólo procedería, en principio, la nulidad absoluta; nunca la nulidad relativa por defecto de forma.

El Art. 813 se refiere a la nulidad absoluta de los testamentos especiales cuando falta la forma escrita, la firma del testador o de la persona autorizada para recibirlos, es decir, que en esta clase de testamentos estos requisitos son considerados esenciales. Sin embargo, advertimos que conforme a los Arts. 713 (primer y segundo párrafos) y 717 (primer y segundo párrafos) se inserta otro requisito formal: que sea otorgado en presencia de dos testigos. La ausencia de este requisito, según el precitado Art. 813 tratándose de los testamentos especiales, no sería considerado como causal de nulidad sino de anulabilidad.

Es también de caso destacar que no hay en el Código Civil de 1936 disposición específica que distinga los casos de nulidad absoluta y de nulidad relativa.

g. Séptimo caso: Cuando a los testamentos especiales les falta la forma escrita, la firma del testador o de la persona autorizada para recibirlos

Así lo establece el Art. 813, cuando sanciona con nulidad esta clase de testamentos especiales por falta de alguno de los tres requisitos que señala. Pero aquí hay una omisión cuando no expresa que también es nulo cuando falta la firma de los dos testigos intervinientes. ¿Será esencial para su validez?

El Art. 811, cuando se refiere a los testamentos ordinarios, sanciona con nulidad absoluta los defectos de forma si son infractorios de lo dispuesto en el Art. 695 del Código Civil o, en su caso, de los Arts. 696, 699 y 707, salvo lo previsto en el Art. 697 del Código Civil. Los Arts. 713 (2° párrafo) y 717 (2° párrafo) se ocupan de las formalidades de los testamentos, especiales, pero no señala, como en el caso de los otros testamentos, que sean formalidades esenciales. En consecuencia, debemos considerar, de acuerdo con el Art. 813, que la falta de firmas de los 2 testigos no es causal de nulidad sino de anulabilidad.

h. Octavo caso: Testamento mancomunado

El Art. 814 lo señala también como caso de nulidad absoluta.

Reproduce literalmente el Art. 155 del Anteproyecto. Asimismo, conserva la misma disposición del Art. 757 del Código Civil de 1936.

El Art. 669 del Código Civil Español señala:

> No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

El Art. 589 del Código Civil Italiano dice:

> No se puede hacer testamento por dos o más personas en el mismo acto, ni en beneficio de un tercero ni con disposición recíproca.

El fundamento de la nulidad estriba en que el testamento es esencialmente unipersonal; es decir, que el instrumento debe contener la declaración de voluntad de una sola persona, porque de esta manera se garantiza la libertad y espontaneidad del testador con ausencia de toda interferencia que pueda afectar la plena libertad para otorgarlo así como plena libertad para revocarlo). Esta es la razón de su unilateralidad (el testamento es además autárquico). Esta nulidad preserva la unidad instrumental. Podría muy bien darse el caso que dos o más personas coincidieran en el conteni-

do de lo manifestado en cada uno de los testamentos otorgados sucesivamente ante el mismo notario o ante diferentes notarios; tal situación coincidente no es en cambio, causal de nulidad, porque lo que se sanciona es la interferencia de voluntades con lo que resulta afectada la autonomía.

i. Noveno caso: El testamento verbal

El Art. 722 del Código Civil sanciona también con nulidad esta clase de testamento. El Código Civil de 1936 no lo incluyó. El Art. 664 del Código de 1852 lo reguló de la siguiente manera:

> No podrá hacerse testamento verbal, sino en caso de extrema necesidad.

Asimismo, el Art. 666 de dicho Código:

> Se reputará testamento verbal, y se sujetará a las reglas de éste, el que se hiciera por escritura pública o privada, si no tiene el número de firmas que este Código exige.

Bien hizo el legislador del Código Civil de 1936 en suprimir el testamento verbal, porque carece de la autenticidad exigida en toda disposición de última voluntad. No puede quedar sujeta la autenticidad a la memoria de los cinco testigos que la ley requería para su validez; además, la memoria es frágil, más en unos que en otros; puede suceder también que los testigos hagan una mala interpretación de lo dispuesto oralmente por el testador o puede haber también mala fe. Todas estas circunstancias hicieron aconsejable su supresión, más, si la extrema necesidad en que debía encontrarse el testador tenía un valor de difícil apreciación.

j. Décimo caso: El testamento otorgado asumiendo formalidades incompatibles con la ley peruana

El Art. 722 del Código Civil de 1984 sanciona también con la nulidad absoluta cualquier otra forma de testamento otorgado 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, cuando resulta incompatible con la ley peruana. El fundamento radica en que las normas legales que regulan las formalidades de los testamentos son de orden público interno. Sólo serán admitidos otros testamentos otorgados en el extranjero conforme a formalidades legales diferentes siempre que no sean incompatibles con la moral, orden público, buenas costumbres ni derechos humanos que la Constitución establece.

8. CASOS DE NULIDAD RELATIVA DEL TESTAMENTO. (ART. 802, 2° PARTE)

Casos específicos

a. Es preciso reiterar que algunos de los casos comprendidos en el Art. 687, son más bien de nulidad absoluta como en los incisos 2° y 3° del Art. 43, referidos en el segundo apartado del numeral 687.
b. Es anulable el testamento obtenido por la violencia, la intimidación o el dolo, Art. 809 (vicios de la voluntad).
c. También son anulables las disposiciones testamentarias debidas a error esencial de hecho o de derecho del testador, cuando el error aparece en el testamento y es el único motivo que ha determinado al testador a disponer, Art. 809.
d. Es anulable también cuando el testamento especial carece de la firma de los dos testigos, Arts. 713 y 717 del Código Civil, concordados con los Arts. 812 y 813.

Examinemos los casos citados:

a. **Primer caso: Es anulable el testamento otorgado por las demás personas incapaces comprendidas en el Art. 687**

Así lo precisa el artículo 808, segunda parte; pero no todos los casos del artículo 687 son de nulidad relativa. Los comprendidos en los incisos 2° y 3° del artículo 43 del Código Civil que como ya dijimos, señala el segundo apartado de este numeral 687 son más bien de nulidad absoluta, porque se trata de personas privadas de discernimiento que han sido declaradas judicialmente interdictos o de personas con incapacidad para expresarse de manera indubitable por defectos físicos.

Si son casos de nulidad relativa los comprendidos en los incisos del Código Civil 2, 3, 6 y 7 del Art. 44 del Código Civil como expresa el segundo apartado del inciso 2 del Art. 687.

- Los retardados mentales, Art. 44, inc. 2°.
- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, Art. 44, inc. 3°.
- Los ebrios habituales, Art. 44, inc. 6°.
- Los toxicómanos, Art. 44, inc. 7°.
- 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.

Es preciso señalar que el Art. 808, segunda parte, transcribe el Art. 149 del Anteproyecto y cuyo modelo ha sido el Art. 591 del Código Civil Italiano:

> Pueden disponer por testamento todos aquellos que no son declarados incapaces por la ley.
> Son incapaces de testar:
> 1. Aquellos que no han cumplido la edad de 18 años;
> 2. Los que sufren interdicción por enfermedad mental;
> 3. Aquellos que si bien no sufren interdicción, se prueba que han sido, por cualquier causa, aunque sea transitoria, incapaces de entender o de querer en el momento en que hicieron testamento.
> En los casos de incapacidad previstos por el presente artículo, el testamento puede ser impugnado por quienquiera que tenga interés en ello. La acción prescribe en el término de cinco años a contar del día en que se haya dado ejecución a las disposiciones testamentarias.

b. Segundo caso: Es anulable el testamento obtenido por la violencia, la intimidación o el dolo

El Art. 809 en su primera parte señala a estos tres vicios de la voluntad como causas determinantes de la anulabilidad del testamento. Los Arts. 221 inciso 2°; 210, 212 y 214 de nuestro Código Civil, se ocupan del dolo causante, de la omisión dolosa, de la violencia y la intimidación como factores que hacen anulable el acto jurídico.

Captación sugestión y dolo

Conforme al Art. 210 del código Civil:

> El dolo es causa de anulación del acto cuando el engaño usado por una de las partes ha sido tal, que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto. Cuando el engaño es empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.

En ningún caso se invalida cuando el dolo es usado por las dos partes, Art. 213.

El dolo incidental no lo invalida cuando no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios. El dolo en el testamento se da cuando con engaños se consigna que el testador otorga un testamento que quiere hacer.

Violencia

- La violencia absoluta implica el ejercicio de medios físicos contra una persona para obligarle a hacer o no hacer algo contra su voluntad. Puede ser ejercida por cualquiera, heredero o terceros. Comprobada la acción invalida el acto jurídico, Art. 214 del Código Civil.

Intimidación

- La intimidación ocurre en los casos en que se atemoriza a la víctima con sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad en los bienes de unos u otros.

  Tratándose de otras personas o bienes corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias, Art. 215 del Código Civil.

  La calificación de la violencia o intimidación se hace en consideración a la edad, sexo, condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad, Art. 216 del Código Civil.

  Conviene tener presente que la amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto, Art. 217 del Código Civil.

Y finalmente, resulta nula la renuncia anticipada a la acción en que se funde en error, dolo, violencia o intimidación, Art. 218 del Código Civil.

La fuente de inspiración de estas causales de nulidad relativa se encuentra en el Art. 624 del Código Civil Italiano:

> La disposición testamentaria puede ser impugnada por quienquiera que tenga interés cuando es efecto de error, de violencia o de dolo [...].

c. Tercer caso: El caso del error

También son anulables las disposiciones testamentarias debidas a error esencial de hecho o de derecho del testador, cuando el error aparece en el testamento y es el único motivo que ha determinado al testador a disponer.

La última parte del Art. 809 prevé la invalidación no del testamento, sino sólo de las disposiciones testamentarias viciadas con un error de hecho o de derecho del testador cuando el error aparece del mismo testamento y constituye el único motivo que ha movido al testador para disponer. O sea que debe haber concurrencia de tres requisitos:

c.1. Existencia de un error de hecho o de derecho por parte del testador;

c.2. Que dicho error aparezca establecido en el propio testamento; y

c.3. Que haya sido el único motivo determinante de la disposición testamentaria.

Error de hecho

El error de hecho para invalidar la disposición testamentaria debe ser esencial, como cuando la institución de heredero recae sobre persona que considera su hijo, o su padre o su madre o cónyuge, no siéndolos; o cuando la designación sobre determinado beneficiario ha sido efectuada por las calidades personales que nunca las ha tenido.

Error de derecho

El error de derecho se da cuando considera que la ley no lo obliga a reservar parte de la herencia a sus hijos y dispone a favor de otras personas.

Error de cálculos

El error de cálculo y en cantidad no dan lugar a la anulación del acto sino solamente a la rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad. Art. 204 del Código Civil.

Error en la declaración y en el motivo

El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado, Art. 209 del Código Civil.

Finalmente, hay que agregar que el error en el motivo, sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como única razón determinante de la disposición testamentaria tal como precisa el Art. 624 segundo párrafo del Código Civil Italiano, que como ya hemos señalado, ha sido principal fuente de inspiración de esta materia y particularmente en este tema. El error en el motivo no implica la revocación de la institución de heredero hecha en un testamento anterior porque de serlo sería causal de nulidad, como lo señala el Art. 810 del Código Civil.

d. Cuarto caso: Cuando el testamento especial carece de la firma de uno o de ambos testigos

Este es el único caso de anulabilidad de testamento por defecto de forma. Los Arts. 713 y 717 del Código Civil están referidos únicamente a los

casos de testamento militar y marítimo; porque respecto del aéreo su única fuente, la Ley General de Aeronáutica Civil N° 24882, Art. 55, carece de esta disposición específica. Los precitados artículos, 713 y 717, señalan entre sus requisitos formales la firma de los dos testigos intervinientes y el Art. 813 no lo incluye entre las formalidades esenciales para su validez. Debe entenderse entonces que esta omisión formal prevista por la ley constituye un vicio que si bien no hace nulo de pleno derecho el testamento, sin embargo resulta anulable.

La acción judicial correspondiente para que sea declarado anulado el testamento, según el Art. 812, no puede ser ejercitado por quienes voluntariamente ejecutan dicho testamento y caduca a los dos años contados desde la fecha en que el heredero tuvo conocimiento del mismo, lo cual presupone la muerte del testador porque sin la muerte no hay causante ni herederos, ni herencia ni podrá tampoco darse ejecución al testamento.

Esta causal de anulabilidad recoge el texto de los Arts. 153 y 154 del Anteproyecto y tiene su fuente más importante en los Arts. 606 y 619 del Código Civil Italiano.

CASOS JURISPRUDENCIALES

MATERIA CIVIL:

CADUCIDAD DE TESTAMENTO

NULIDAD DE TESTAMENTO

MATERIA REGISTRAL:

SUCESIÓN INTESTADA POR DECLARACIÓN JUDICIAL DE CADUCIDAD DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO HECHA POR TESTAMENTO

CALIFICACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES: CADUCIDAD DE TESTAMENTO

MATERIA CIVIL: CADUCIDAD DE TESTAMENTO

CASO N° 28

CAS. N° 204-96 HUÁNUCO

Sumilla del autor:

El testamento caduca en cuanto afecta la legítima que corresponde a los herederos forzosos preteridos.

El marido que no se crea padre del hijo de su esposa debe ejercitar judicialmente dentro de un proceso contencioso, la acción contestatoria y dentro de un plazo legal como prescribe el Art. 364 del Código Civil. La negación de paternidad realizada por el padre mediante testamento carece de eficacia legal de por sí (Art. 363 del Código Civil).

La segunda esposa del bígamo sólo tiene derecho a heredarlo en su condición de tal, cuando el matrimonio hubiera sido contraído por ella de buena fe y siempre que el primer cónyuge del bígamo no le haya sobrevivido (Art. 827).

Declarada judicialmente la caducidad del testamento en cuanto a la institución de herederos forzosos por preterición, corresponde a los preteridos solicitar judicialmente la declaración de herederos.

Concordancias:

Arts. 359 y 753 del Código Civil de 1936; Arts. 363, 805, 815, 816, 817 y 827 del C.C. vigente.

Antecedentes:

El 29 de mayo de 1973 ante Notario Público, don Luis Antonio Reyes Custodio otorgó testamento mediante el cual desconoció la paternidad de su hijo extramatrimonial Luis Antonio Reyes Barthe, así como la condición de esposa de doña Josefina Calderón viuda de Reyes.

En el presente proceso son ambos, la cónyuge supérstite y el hijo, quienes interponen demanda de caducidad de testamento contra Pedro Reyes Delgado, también hijo del causante.

La sentencia de primera instancia deja establecido que, con posterioridad al testamento, el 14 de abril de 1976, el fallecido causante, contrajo matrimo-

nio civil con la demandante Josefina Calderón Landavén. Entonces, la cónyuge tiene derecho a concurrir a la herencia con los hijos del causante.

Se declaró que caducó el testamento en cuanto ha dañado los derechos del heredero preterido y considera que está acreditado que el demandante Luis Antonio Reyes Barthe es hijo reconocido del causante; que su condición jurídica de hijo no fue modificada por el causante, quien, no ejerció acción judicial alguna de negación de paternidad.

La sentencia de primera instancia se pronuncia declarando caduco el testamento aludido y en consecuencia nula la inscripción del mismo en el Registro de Testamentos de Huánuco. Se dispuso que los herederos del causante sigan el procedimiento de sucesión intestada.

La sentencia de segunda instancia confirmó la apelada y dejó sentado que, de acuerdo con el Art. 363 del Código Civil, existen presupuestos por los que un padre puede seguir el procedimiento judicial de negación de paternidad. En el presente caso, el causante no negó su paternidad de acuerdo con el procedimiento previsto.

Interpuesto recurso de casación por el demandado, éste fue declarado improcedente por no haberse cumplido los dos requisitos de fondo establecidos en el Art. 388 del C.P.C.

SENTENCIA N° 107-95

VISTOS; resulta de lo actuado, que a fojas trece don Luis Antonio Reyes Barthe y doña Josefina Calderón viuda de Reyes, interponen demanda contra don Pedro Reyes Delgado, sobre Caducidad de Testamento, otorgado por don Luis A. Reyes Custodio, con fecha veintinueve de mayo de mil novecientos sesentitrés ante el Notario Público de Huánuco, don Guido R. Ronquillo Cornelio; los hechos en que se funda la demanda son: en que don Luis Antonio Reyes Barthe es hijo legítimo del extinto, reconocido expresamente al inscribir su nacimiento en el Registro Civil de Huánuco; que la segunda de las recurrentes o sea doña Josefina Calderón Viuda de Reyes, es esposa del hoy extinto, por haber contraído matrimonio bajo el amparo del Código Civil de mil novecientos treintiséis: que don Luis A. Reyes Custodio ha otorgado su testamento en donde en forma ilegal, desconoce la paternidad del recurrente y la condición de esposa de la segunda de las demandantes. Admitida la demanda se corrió traslado al demandado, quien mediante su escrito de fojas sesentitrés contesta la demanda negándola y contradiciéndola en

todos sus extremos por no ajustarse a la verdad de los hechos, por cuanto el demandante no es heredero de don Luis A. Reyes Custodio, más bien viene usurpando un apellido que no le corresponde. Como fundamento de hecho, manifiesta que el demandante don Luis Antonio Reyes Barthe no tiene legítimo interés económico y moral para interponer la presente acción, por no ser hijo de don Luis A. Reyes Custodio como lo declara testamentariamente; que doña Josefina Barthé Cajas de Reyes declaró en su testamento que con su esposo no procrearon ningún hijo, pero hace presente que adoptaron como hijo a don Luis Antonio Reyes Barthé; que el demandante a la postre no es ni siquiera hijo adoptivo como lo denominó su supuesta madre; que el actor tuvo conocimiento que no era hijo del matrimonio Reyes Barthé el año mil novecientos setentiuno, al tomar conocimiento del testamento de su pseuda madre doña Josefina Barthé Cajas de Reyes, no obstante haber transcurrido más de veinte años; a la fecha ha continuado usurpando ilegalmente el apellido de su extinto padre. Interpone tacha contra la partida de nacimiento del demandante, por ser nula al contener hechos falsos. En lo que se refiere a los hechos del cónyuge supérstite de doña Josefina Calderón Vda. de Reyes, si se prueba con instrumento público, y conviene en reconocerle todos sus derechos que por ley le pudiera corresponder. Interpone reconvención contra don Luis Antonio Reyes Barthé a fin de que se declare nulo y sin valor alguno el acto jurídico de inscripción de su partida de nacimiento, porque se han usurpado apellidos que no le corresponden como el de Reyes Barthé, siendo su verdadero nombre Luis Antonio Valencia. Por resolución de fojas ochentitrés se corrió traslado de la reconvención al demandante, quien a fojas ciento veinte, solicita se declare infundada o improcedente, porque es falso que exista usurpación de apellido, que no es cierto que su nombre verdadero sea Luis Antonio Valencia; que doña Josefina Barthe de Reyes no ha negado su paternidad. Señalada fecha para la audiencia conciliatoria por resolución de fojas ciento cuarentiuno, dicha audiencia se llevó a cabo a fojas ciento cincuenticinco, y la audiencia de pruebas a fojas ciento sesenticuatro, habiendo llegado la causa al estado de pronunciar sentencia:

Y CONSIDERANDO: PRIMERO: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172, inciso primero del Código Civil de mil novecientos treintiséis, aplicable al caso de autos, caduca la institución de heredero si deja el testador herederos forzosos cuando otorgó testamento; **SEGUNDO**: Que, en el caso de autos don Luis A. Reyes Custodio otorgó testamento por escritura pública el veintinueve de mayo de mil novecientos setentitrés por ante el Notario Público don Guido E. Ronquillo Cornelio, conforme es de verse del testimonio que corre a fojas una de estos autos: **TERCERO**: Que, posterior-

mente y con fecha catorce de abril de mil novecientos setentiséis, don Luis A. Reyes Custodio, contrajo matrimonio con doña Josefina Calderón Landaver, por ante el Concejo Distrital de Santa María del Valle, por lo que dicho testamento ha caducado, pues la cónyuge, concurre a la herencia juntamente con los hijos del causante; **CUARTO**: Que, el artículo 753 del Código Civil de mil novecientos treintiséis, cuando el testador ha preterido en todo o en parte al heredero forzoso y éste sobrevive al testador y no es indigno, caduca el testamento en cuanto daña los derechos del preterido; **QUINTO**: Que, como aparece del instrumento público de fojas seis don Luis A. Reyes Custodio reconoció expresamente como a su hijo al hoy demandante don Luis Antonio Reyes Barthé, habido con doña Josefina Barthé de Reyes, **SEXTO**: Que dicha partida de nacimiento de don Luis Antonio Reyes Barthé acredita que, cuando don Luis A. Reyes Custodio otorgó su testamento, tenía la condición de heredero forzoso y no podía el testador preterirlo, por lo que igualmente el referido testamento se encuentra caduco; **SÉTIMO**: Qué, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 359 del Código Civil de mil novecientos treintiséis, el reconocimiento es irrevocable y no admite modalidades; **OCTAVO**: Que, siendo este el texto expreso de la ley, don Luis A. Reyes Barthé tiene la condición de hijo reconocido de don Luis A. Reyes Custodio, y que esta situación no puede ser modificada bajo ningún punto de vista legal, teniendo en cuenta además, que el testador no ejercitó acción judicial alguna para dejar sin efecto dicho reconocimiento; **NOVENO**: Que, la declaración de parte de doña Josefina Calderón Viuda de Reyes actuada a fojas ciento sesentisiete, conforme al interrogatorio de fojas ciento sesentidós, no se pueden tener en cuenta por ser negativas las respuestas vertidas al referido interrogatorio; **DÉCIMO**: Que, en cuanto a la reconvención interpuesta por don Pedro Reyes Delgado a fojas ochenta sobre nulidad de acto jurídico que contiene la partida de nacimiento de don Luis Antonio Reyes Barthé debe declararse infundada, por cuanto no se han dado las circunstancias contenidas en el artículo 1123 del Código Civil de mil novecientos treintiséis, pues no se ha demostrado que se haya practicado por persona absolutamente incapaz, que su objeto fuese ilícito o imposible o que no revista la forma prescrita por ley; **UNDÉCIMO:** Que, don Pedro Reyes Delgado ha actuado como prueba para probar los fundamentos de su reconvención, el testamento otorgado por doña Josefina Barthé Cajas de Reyes, de fojas cincuentiocho de donde aparece que sus únicos herederos forzosos son su esposo y su hijo adoptivo don Luis Antonio Reyes Barthé, no acreditándose que la partida de nacimiento del demandante, estuviese viciada de nulidad; que don Luis Antonio Reyes Barthé ha actuado como prueba la declaración de parte de don Pedro Reyes Delgado

de fojas ciento sesenticinco, conforme al interrogatorio de fojas ciento cincuentinueve, la misma que ha resultado negativa, motivo por el cual no otorga prueba en su contra; **DUODÉCIMO:** Que, la tacha interpuesta por don Pedro Reyes Delgado a fojas sesentiocho no ha sido admitido por el Juzgado como es de verse de fojas ochentitrés. Por estos fundamentos y de conformidad con las disposiciones legales anotadas: **FALLO**: Declarando **FUNDADA** la demanda de fojas trece interpuesta por don Luis Antonio Reyes Barthé y doña Josefina Calderón Viuda de Reyes, contra don Pedro Reyes Delgado, sobre caducidad de testamento; en consecuencia: **DECLARO CADUCO** el testamento otorgado por don Luis A. Reyes Custodio, el veintinueve de mayo de mil novecientos setentitrés, por ante el Notario Público don Guido E. Ronquillo Cornelio; y **NULA** su inscripción efectuada en el Registro de Testamento, con fecha treinta de mayo de mil novecientos setentitrés, en el folio trescientos treintinueve, del tomo dos, bajo números ciento cuarentisiete de orden y uno de asiento; y se **DISPONE** que los herederos de don Luis A. Reyes Custodio, procedan a seguir el procedimiento sobre Sucesión Intestada con arreglo a ley, y posteriormente procederse a la división y partición de los bienes dejados por el referido causante en concurrencia con las legatarias doña Isabel Reyes Custodio y doña Nícida Reyes Custodio; y declárase **INFUNDADA** la reconvención interpuesta por don Pedro Reyes Delgado, a fojas ochenta, sobre nulidad de acto jurídico que contiene la partida de nacimiento de don Luis Antonio Reyes Barthé; sin costas ni costos. Así lo pronuncio, ordeno, mando y firmo, en Huánuco a veinte de julio de mil novecientos noventicinco.-

RES. N°

Huánuco, catorce de diciembre de
mil novecientos noventicinco

VISTOS; en audiencia pública y habiendo quedado al voto, por los propios fundamentos *de* la recurrida, en aplicación del artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y **CONSIDERANDO: PRIMERO**: Que la negación de la paternidad puede hacerla el marido que no se crea padre del hijo de su mujer y solamente procede, a través de un proceso judicial y en el plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto si estuvo presente en el lugar, o al día siguiente de su regreso si estuvo ausente y solamente procede cuando se dan los presupuestos señalados en los numerales del artículo trescientos sesentitrés del Código Civil;

que en el caso de autos don Luis Antonio Reyes Custodio reconoció expresamente a don Luis Antonio Reyes Barthé tal como se advierte de la partida de nacimiento de fojas seis y el haber negado la paternidad en el testamento de fojas uno a fojas tres no tienen relevancia jurídica. **SEGUNDO**: Que está acreditado en autos que el causante contrajo matrimonio con doña Josefina Calderón Viuda de Reyes conforme a la instrumental de fojas siete, por lo que en su condición de esposa, concurre con don Luis Antonio Reyes Barthé en la herencia por tener la condición de hijo reconocido, conjuntamente con los hijos que pudiera haber tenido el testador. **TERCERO**: Que ha quedado acreditado que los demandantes tienen la condición de herederos forzosos del testador, por lo que la petición de éstos, resulta amparable por haber caducado el testamento en aplicación del artículo setecientos cincuentitrés del Código acotado; por estos fundamentos **CONFIRMARON** la sentencia de fojas doscientos trece a doscientos Dieciocho su fecha veinte de julio del presente año, que declara **CADUCADO** el testamento otorgado por don Luis Antonio Reyes Custodio, el veintinueve de mayo de mil novecientos setentitrés, por ante el Notario Público don Guido Edmundo Ronquillo Cornelio y **NULA** su inscripción efectuada en los Registro de Testamento con fecha treinta de mayo de mil novecientos setentitrés, en el folio trescientos treintinueve del Tomo dos, bajo número ciento cuarentisiete de orden y uno de asiento y **DISPONE** que los herederos de don Luis Antonio Reyes Custodio procedan a seguir el procedimiento de Sucesión Intestada con arreglo a ley y posteriormente procederse a la división y partición de los bienes dejados por el causante; la Confirmaron en lo demás que contiene y los devolvieron, con citación.- Vocal Ponente señora Namoc de Aguilar.

Srs. Cruzado O.-Namoc de A.-Saldívar C.

CAS. N° 204-96 HUÁNUCO

Lima, dos de julio de mil
novecientos noventiséis

VISTOS; siendo admisible el recurso de casación por reunir los requisitos de forma que contiene el artículo trescientos ochentisiete del Código Procesal Civil, es necesario Examinar los requisitos de fondo para pronunciarse sobre la procedencia del recurso: y, **ATENDIENDO**: **PRIMERO:** Que, conforme al artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil, son requisitos de fondo del recurso de casación los que a continuación se señalan:

a) Que, el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera Instancia, cuando ésta fuera confirmada por la resolución objeto del recurso; b) Que, se apoye en las causales descritas en el artículo trescientos ochentiséis según sea el caso; c) Que, se expresen con claridad y precisión los fundamentos o razones en las cuales el impugnante apoya la causal o causales que invoca en el recurso; d) Que, cuando las causales invocadas son señaladas en los incisos uno y dos del precitado artículo trescientos ochentiséis, debe precisarse cómo debe ser la debida aplicación o cual la interpretación correcta de la norma de derecho material en el primer supuesto o cuál debe ser la norma de derecho aplicable al caso en el segundo supuesto; e) Que, cuando la causal invocada es la establecida en el inciso tres del mismo numeral trescientos ochentiséis, debe expresarse en qué ha consistido la afectación al derecho al debido proceso o cuál ha sido la formalidad procesal incumplida; **SEGUNDO:** Que, el recurso de casación se sustenta en el inciso primero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, afirmando que al expedirse la resolución de vista se ha aplicado indebidamente la norma de derecho material contenida en el articulo setecientos cincuentitrés del Código Civil de mil novecientos treintiséis, pues la partida de nacimiento del accionante que obra en autos adolece de nulidad, y continua su argumentación manifestando que en autos ha quedado fehacientemente establecido que el demandante Luis Reyes Barthé no tiene la condición de hijo legítimo, extramatrimonial y/o adoptivo; **TERCERO:** Que para una debida fundamentación del recurso de casación es necesario que exista una precisa relación de causalidad entre el vicio denunciado como agravio y el contenido de la resolución impugnada, lo que no ha ocurrido en el presente caso; **CUARTO:** Que, de lo antes expuesto se desprende que el recurrente no ha cumplido con los requisitos de fondo establecidos en el artículo trescientos ochentiocho inciso segundo acápite dos punto uno del Código Adjetivo; **QUINTO:** Por estas consideraciones y en uso de la facultad conferida por el artículo trescientos noventidós del aludido cuerpo legal: declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Pedro Reyes Delgado en los seguidos por Luis Antonio Reyes Barthé y otra sobre caducidad de testamento; **CONDENARON** al recurrente al pago de una multa de tres Unidades de Referencia Procesal; y al pago de costas y costos originados en la tramitación del recurso; **MANDARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial *El Peruano*: y los devolvieron.-

SS:

RONCALLA-ROMÁN-REYES-VÁSQUEZ-ECHEVARRÍA

MATERIA CIVIL: NULIDAD DE TESTAMENTO

CASO N° 29

CAS. N° 1051-98 CUSCO

Sumilla del autor:

El testamento ológrafo otorgado según el régimen anterior al Código Civil de 1984, se rige por las normas legales vigentes en su oportunidad en cuanto a la forma de su otorgamiento y de su protocolización.

Los derechos de los herederos de quien haya muerto antes de la vigencia de este Código Civil de 1984, se rigen por las leyes anteriores. La sucesión abierta desde que rige este Código se regula por las normas que contiene; pero se cumplirán las disposiciones testamentarias en cuanto éste lo permita. El Art. 2117 del Código Civil que lo establece contiene, como es de advertir dos partes bien delimitadas. La primera se refiere a las sucesiones abiertas antes de la vigencia del Código Civil de 1984; en tal situación resultan aplicables las disposiciones legales del Código Civil de 1936. La segunda, a las sucesiones abiertas durante la vigencia del Código Civil actual. Sin embargo, las disposiciones contenidas en un testamento otorgado con anterioridad al 14 de noviembre de 1984 (fecha de la entrada en vigencia del Código actual) se cumplirán salvo que resulten incompatibles con el régimen legal sucesorio actual. No se refieren a las formas del testamento empleado, las cuales deben haberse cumplido conforme con las normas legales vigentes en esa ocasión, sino más bien a su contenido.

En un proceso puede haber más de una pretensión, que acumulativamente son incompatibles entre sí pero resultan válidas si se plantean alternativamente. Por eso, no hay óbice legal para que en una misma demanda se solicite la caducidad o la nulidad de un testamento ológrafo. Este es un caso de acumulación objetiva.

La acumulación objetiva exige la conjunción de tres requisitos: a) Que las pretensiones sean de competencia del mismo juez; b) no sean contrarias entre si, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa; y c) sean tramitables en un mismo procedimiento (Art. 85 Código Procesal Civil).

El Art. 694 del Código Civil de 1936 contiene un plazo de caducidad al establecer que, para que valga el testamento ológrafo, deberá pedirse su protocolización en el plazo de dos años contados desde el día del fallecimiento

del testador. El enunciado legal exige una explicación. El testamento ológrafo para su validez requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas en la primera parte del precitado numeral (Art. 694) o sea que debe ser escrito, firmado y fechado por la mano del testador. Cumplidos estos requisitos ya tiene existencia jurídica desde el momento de su otorgamiento. Ya tiene validez. Pero es un instrumento privado y para «su ejecución», muerto el testador, debe ser objeto de un proceso judicial no contencioso que de acuerdo al Código de Procedimientos Civiles, requiere de la comprobación judicial para el efecto de su autenticación y subsecuente protocolización notarial. La comprobación judicial se hace mediante la prueba de cotejo de instrumentos con intervención de peritos grafotécnicos, quienes basándose en la comparación con otros escritos indubitados del testador se determinará la autenticidad del testamento. La eficacia del testamento ológrafo válidamente otorgado depende exclusivamente de la diligencia de los interesados en solicitar la comprobación judicial dentro del plazo de caducidad señalado.

La caducidad opera de oficio por imperio de la ley y extingue el derecho y la acción, mientras que la prescripción sólo opera a petición de parte, es irrenunciable y extingue sólo la acción (Arts. 1989, 2003 y 2006 del Código Civil).

Cuando en un proceso se declara fundada una de las pretensiones alternativas, carece de objeto el pronunciamiento sobre las demás.

La admisión del recurso de casación sólo procede en los casos taxativos, señalados por el Art. 386 del Código Procesal Civil y deben reunir los requisitos de forma y fondo puntualizados por los Arts. 387 y 388 del mismo cuerpo legal,

Concordancias:

Código Civil de 1936: Art. 694.
Código Civil de 1984: Art. 708.

Antecedentes:

Doña Nelly Rojas y otro, interponen demanda sobre caducidad o nulidad de testamento ológrafo y del documento que lo contiene, contra doña Alicia Margot Velarde porque la protocolización del testamento ológrafo se hizo vencido el plazo legal de dos años después de la muerte de la testadora y porque indebidamente intervino un notario público cuando no correspondía. La parte demandada absuelve el trámite negándola.

La sentencia de Primera instancia y la de vista, declaran fundada la demanda de caducidad.

El recurso de casación fue declarado improcedente por no reunir los requisitos de fondo que exige el Art. 388 del Código Procesal Civil.

Proceso N° 1449-96

Demandantes : Nelly Arenas Rojas y otro
Demando : Alicia Román Velarde
Pretensión : Caducidad de testamento u otra

Doce de diciembre de
mil novecientos noventisiete.-

VISTOS; resulta de autos que por demanda de fojas nueve Nelly Rojas y César Manuel Román Arenas interponen demanda sobre Caducidad de Testamento o Nulidad de testamento y del documento que lo contiene contra Alicia Margot Velarde fundándose en: Que, la señora Asunción María Velarde Alegría de Román fue dueña del inmueble dos guión A de la calle Baltazar Zegarra de la urbanización Villa el distrito de Santiago por haberlo adquirido a título de herencia de quien fue su hermano Velarde Alegría. A su fallecimiento el treinta de noviembre de mil novecientos ochentisiete tenía a sus hijos Manuel César, Juan, Carlos y Alicia Margot Román Velarde. El [...] mayo de mil novecientos ochentidós había realizado su testamento ológrafo, luego ante el notario Mateo Corimanya Huamán de Urcos en noviembre de mil novecientos noventidós, testamento en el que instituye como su única heredera a Alicia Margot Velarde pretiriendo a sus demás herederos forzosos sus hijos y su cónyuge Juan José ... que dicho testamento deviene en caduco. Alternativamente plantea la nulidad del testamento pues el testamento debe ser escrito, firmado y fechado por la mano del testador sin intervención de ninguna otra persona extraña y para su validez, debe pedirse su [...] dentro del plazo de dos años contados desde el día del fallecimiento del causante no, obstante aparece del certificado de defunción de Asunción María Velarde Alegría [...] que ésta ha fallecido en la ciudad del Cusco el treinta de noviembre de mil novecientos ochentisiete y su testamento se protocolizó el dieciséis de noviembre de mil novecientos noventidós, o sea a los cinco años del fallecimiento de la testadora. Asimismo [...] contexto del mismo testamento que se ha hecho en presencia de un notario [...] quien dice la testadora se ha reunido en su casa ubicada en el agrupamiento [...]. A doscientos con el fin de expresar su última voluntad, entonces por el solo [...] intervenido un notario público en la facción del testamento ológrafo lo invalida, [...] acuerdo con nuestra sistemática jurídica civil, el testamento ológrafo debe ser [...] y fechado por la mano del

testador, sin intervención de terceras personas y ante un notario público. Igualmente la testadora no ha cumplido con todas las formalidades para su otorgamiento ni para la apertura del mismo ni su protocolización [...] a trámite por auto de fojas veintiséis a fojas cincuentitrés corre la contestación de la demanda la misma que es en forma negativa y pide al Juzgado se declare infundada la demanda. A fojas ochentiséis se declara la existencia de relación jurídica procesal válida a fojas [...] veintitrés corre el acta de la audiencia de Conciliación y no habiendo las partes [...] se fija puntos controvertidos y admite medios probatorios los mismos que se actúan [...] acta de fojas ciento noventiséis estando los autos en mesa para expedir sentencia, y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Que el instrumento de fojas ciento sesentidós se acredita que doña Asunción María Velarde Alegría declaró su última voluntad en fecha treintiuno de mayo de mil novecientos ochentidós a través de testamento ológrafo protocolizado a instancia de la demandada Alicia Margot Román Velarde ante el notario público de la provincia de Quispicanchis Mateo Ccorimanya Huamán en fecha dieciséis de noviembre de mil novecientos ochentidós según se aprecia de fojas seis y ciento sesenticuatro.

SEGUNDO.- Que no obstante para que el testamento ológrafo tuviese validez el artículo 694 del Código Civil de mil novecientos treintiséis bajo cuya vigencia se otorgó dicho acto jurídico, debía pedirse su protocolización en el plazo de dos años contados desde el día del fallecimiento del testador y como se aprecia del certificado de partida de defunción de fojas [...] la testadora falleció el treinta de noviembre de mil novecientos ochentisiete, habiéndose realizado su protocolización recién a después de cinco años.

TERCERO.- Que, no habiéndose presentado oportunamente el testamento de quien fue Asunción María Velarde Alegría para su correspondiente protocolización, dicho testamento ha devenido en ineficaz por causal de caducidad prevista por el artículo 694 del Código Civil de mil novecientos treintiséis.

CUARTO.- Que la presencia de un tercero en el acto de su redacción es causal de nulidad de este acto jurídico siempre que dicho tercero haya influido de algún modo en la voluntad del testador no habiéndose acreditado haya habido dicha influencia no obstante haber hecho mención la testadora de la presencia de notario público.

QUINTO.- Que, si bien en la demanda de autos se invoca la nulidad del testamento con el fundamento de no haber sido protocolizado oportunamente, ésta constituye una causal de caducidad y no de nulidad, invocación que, sin embargo, es susceptible de corrección conforme principio de la *Iura Novit Curia* contenida en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Civil.

Por estas consideraciones **FALLO**: Declarando **INFUNDADA** la demanda de fojas nueve interpuesta por Nelly Arenas Rojas y César Manuel Román Arenas contra Alicia Margot Velarde sobre Nulidad de Testamento y del Documento que lo contiene, **FUNDADA** la misma demanda sobre Caducidad de Testamento, en consecuencia, declaro que el testamento ológrafo efectuado por Asunción María Velarde de Román en fecha treintiuno de mayo de mil novecientos ochentidós, carece de eficacia legal. Líbrese mandamientos a los Registros Públicos para su inscripción correspondiente, consentida sea esta sentencia T R y [...].

CAUSA N° 28-98

Cusco, treintiuno de Marzo de
mil novecientos noventiocho

RES. N° 39

VISTOS; Por los fundamentos de la sentencia apelada; Y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la demanda de fojas nueve, postula alternativamente la nulidad o caducidad de testamento ológrafo. **SEGUNDO**: Que, la causante María Asunción Velarde Alegría falleció el treinta de noviembre de mil novecientos ochentisiete, como lo acredita la partida de fojas siete, que la protocolización del testamento ológrafo de fojas ciento sesentidós, peticiona el seis de julio de mil novecientos noventidós como lo acredita la petición de fojas ciento sesenticuatro, que, el testamento es de fecha treintiuno de mayo de mil novecientos ochentidós. **TERCERO**: Que, el testamento para que tenga validez debía pedirse su protocolización en un plazo de dos años contados desde el día de fallecimiento del testador, conforme a lo previsto por el artículo seiscientos ochenticuatro del Código Civil derogado o en el [...] de treinta días conforme a lo establecido en el artículo setecientos ocho del Código Civil vigente. Por éstos fundamentos: **CONFIRMARON** la sentencia de fojas ciento ochentiocho, su fecha de diciembre del año próximo pasado, por la [...] el *A-quo* **DECLARA INFUNDADA**, la demanda de [...] nueve, interpuesta por César Manuel Román [...] contra Alicia Margot Román Velarde sobre [...] de Testamento y del documento que lo contiene. **FUNDADA** la misma demanda sobre caducidad de Testamento, y declara que el Testamento ológrafo, efectuado por Asunción María Velarde de Román, en fecha treintiuno de mayo de mil novecientos ochentidós, carece de eficacia legal. Con lo demás que contiene. Sin Costas ni costos, y los devolvieron. Por encontrarse [...] pedido el Señor Vocal Titular Doctor Carlos Quispe Álvarez, **COMPLETARON** la sala con la Señora Vocal Provisional Doctora Gretta Rhoddo Martínez. S.S.-VARES SOLÍS – [...] OPORTO-RHODDO MARTÍNEZ

CAS. Nº 1051-98 CUSCO

Lima, doce de junio de mil
novecientos noventiocho

VISTOS; a que de lo actuado aparece que doña Alicia Margot Román Velarde ha cumplido con los requisitos formales para la admisión del recurso de casación; y **ATENDIENDO:** 1° Que en el escrito de fojas doscientos treintisiete la recurrente denuncia: a) la interpretación errónea del artículo seiscientos noventicuatro del Código Civil de mil novecientos treintiséis, alegando que la interpretación correcta es la que literalmente prescribe la norma, que los mudos, sordomudos y quienes se encuentran imposibilitados de hablar por cualquier otra causa, pueden otorgar sólo testamento cerrado u ológrafo; y al amparo de esta norma, la causante realizó su memoria testamentaria con todas las formalidades de ley, consecuentemente el testamento ológrafo, cerrado e imperfecto tiene plena eficacia y que la causal de caducidad no está prevista en la acotada norma; b) la contravención de normas que garantizan el derecho al debido proceso y la infracción de formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, ya que ha aplicado e interpretado erróneamente normas de derecho sustancial; asimismo, expone mediante diversos fundamentos, los hechos que estima probados, así como expresando su disconformidad sobre las concusiones fácticas y probatorias de la sentencia apelada y la recurrida; 2° Que respecto al primer cargo, éste carece de base real ya que la norma citada del Código Civil derogado si contiene un plazo de caducidad, por lo que la propuesta interpretativa hecha por la impugnante no tiene conexión lógica con lo resuelto por la recurrida; 3° Que respecto a la segunda denuncia, ésta es imprecisa porque no se cumple con indicar en que consiste el error *in procedendo*, ya que la aplicación indebida o la interpretación errónea son causales que corresponden alegarse cuando se infrinjan normas de derecho material; las demás alegaciones hechas por la impugnante son extrañas a la naturaleza y fines del recurso de casación; 4° Que en consecuencia, no se satisfacen los requisitos exigidos en los numerales dos punto uno y dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil por estas razones y en aplicación del artículo trescientos noventidós del precitado Código: declararon **IMPROCEDENTE** el recur-

so de casación interpuesto por doña Alicia Margot Román Velarde, en los seguidos con don Manuel César Román Arenas y otro, sobre caducidad de testamento, **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.
IBERICO-SANCHEZ PALACIOS-CASTILLO L.R.S.-BELTRÁN-CELIS.

CASO N° 30

CAS. N° 1047-96 ICA

Sumilla del autor:

Mediante la legítima del cónyuge, se cumple una función económica de protección familiar, la cual no puede confundirse con el derecho que le corresponde por concepto de gananciales proveniente de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio.

Un testamento incurre en causal de nulidad del acto jurídico, por ilicitud cuando no se respeta el régimen legal de los herederos en igual proporción, dejando a salvo los derechos que le corresponden al cónyuge supérstite en calidad de gananciales más su legítima.

Los hijos tienen derecho sucesorio respecto de sus padres, independientemente de que sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales o adoptivos, en iguales cuotas hereditarias.

El cónyuge supérstite concurre con los hijos del causante, heredando una parte igual a la de un hijo, sin perjuicio de su derecho sobre los gananciales en su calidad de cónyuge.

Concordancias:

Código Civil: Arts. 723, 724, 729, 730, 219 inc. 4, 806, 818, 822, 43 inc. 2, 564, 565, 566, 696, 750
Código Procesal Civil: Arts. 386, 388, 392, 400.

Antecedentes:

Luis Eduardo Meléndez Cazorla, por derecho propio y presentándose como curador de su señora madre doña Teresa Cazorla López, demanda la nulidad del testamento otorgado por su fallecido padre don Luis Alejandro Meléndez Jiménez, así como la división y partición de bienes inmuebles urbanos declarados por el testador en el testamento. Dirige la demanda contra sus hermanos y contra el legatario instituido en el testamento.

Indicó que su padre falleció el 2 de diciembre de 1994, dejando un testamento otorgado el 17 de septiembre de 1993 ante notario, en la ciudad de Coracora, habiendo instituido como herederos solamente a sus hijos extramatrimoniales, por lo que el testamento adolece de nulidad absoluta al preterir los derechos hereditarios de los herederos forzosos (el suyo y su madre).

Por sentencia del 28 de febrero de 1996, el juez de primera instancia declara improcedente la demanda al estimar que, de las instrumentales acompañadas por el actor, éste no ha acreditado la personería jurídica como curador de su madre al considerar que no se ha acreditado el cumplimiento del requisito previo para el nombramiento de curador, esto es, que se declare judicialmente la interdicción civil de la incapaz absoluta doña Teresa Cazorla López, de acuerdo a lo que disponen los Arts. 564, 565 y 566 del Código Civil.

La sentencia de segunda instancia del 17 de junio de 1996 revoca la apelada y reformándola, declara fundada la demanda, nulo el testamento de fecha 17 de septiembre de 1993 declarado por Luis Alejandro Meléndez Jiménez, ordenando que en ejecución de sentencia y previa operación pericial de los bienes que integran la masa hereditaria, se adjudiquen a cada uno de los herederos en partes iguales y equitativamente, más los gananciales que corresponde al cónyuge supérstite. Estableciendo como hechos acreditados que el actor es heredero forzoso del causante y además curador de su madre, con legítimo interés para obrar por derecho propio y en representación de su señora madre. Y declarando el derecho sucesorio de los hijos, ya sean éstos matrimoniales, o extramatrimoniales, en iguales cuotas hereditarias concurriendo con el cónyuge supérstite; reconociéndose los derechos del cónyuge sobre los gananciales.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema por resolución del 11 de noviembre de 1996 declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por uno de los demandantes al estimar que no se han cumplido con los requisitos de fondo previstos en el inc. 2 del Art. 386 del Código Procesal Civil, en cuanto a que cada causal debe fundamentarse con claridad y precisión expresando en cuál de las causales descritas en el Art. 386 del acotado se sustenta.

Debe destacarse que, en nuestra opinión, la sentencia de vista resulta deficiente, porque no habiéndose demandado declaración de herederos en cuanto se refiere al demandante y a su madre, habiendo siendo declarado nulo el testamento en cuanto a la institución de herederos, corresponde que la parte demandante solicite la declaratoria de herederos en cuanto a su derecho preterido en la vía correspondiente, ya que no es procedente la declaración de oficio de los herederos preteridos. Además, el hecho de que el testamento sea nulo en cuanto afecta la institución de herederos, tal declaración no puede invalidar el derecho del legatario establecido en ese testamento, en aplicación de lo prescrito por el artículo 806 del Código Civil. Pues, en estas circunstancias la partición de bienes dispuesta por la Sala de vista resulta prematura mientras no se consideren a los demandantes como herederos forzosos cuya petición no aparece claramente señalada en la demanda.

Finalmente, dicha sentencia resulta nula porque al declarar indebidamente la nulidad de la totalidad del testamento, se afecta injustificadamente al legatario, quien no fue citado con la demanda ni comprendido en el proceso así como que tampoco existe fundamento legal para invalidar esta parte del testamento. Debe entenderse que la nulidad de un testamento por preterición de algún heredero forzoso invalida la institución de herederos en cuanto resulte afectada la legítima que corresponde al preterido.

EXP. N° 19-95

Sec. Dr. Juan G. Aquije Hurtado
Demandante : Luis Eduardo Meléndez Cazorla
Demandados : Yanina Clotilde Meléndez Flores y otros
Materia : Nulidad de Testamento

RES. N° 11

SENTENCIA

Coracora, veintiocho de febrero de mil
novecientos noventitrés

VISTOS: a fojas treinta don Luis Eduardo Meléndez Cazorla, por derecho propio y presentándose como curador de su señora madre doña Teresa Cazorla López, interpone demanda sobre Nulidad de Testamento, otorgado por su fallecido padre don Luis Alejandro Meléndez Jiménez

por instrumento público ante la notaría del Doctor Dante Yuri Velasco Ortega y como acción acumulativa, subjetiva, originaria y accesoria la división y partición de bienes inmuebles urbanos declarados por el testador en el testamento. Demanda que es dirigida contra sus hermanos Janina Clotilde, Clotilde Hilda y Luis Jesús Meléndez Flores y al legatario don Pablo Efraín Melendez Narazas, expresando que el testamento adolece de Nulidad Absoluta por contrariar disposiciones legales y preferir derechos hereditarios de su señora madre, además que por su edad senil el testador padecía de lagunas mentales por haber perdido la capacidad de discernimiento, aduciendo que la falta de discernimiento del testador, lo acreditan sus lagunas mentales al confundir la fecha de nacimiento del demandante declarando unilateralmente la nulidad del matrimonio con su señora madre, no participando en la educación del demandante ni en la adquisición de los bienes y que su madre enferma mentalmente como consecuencia del maltrato de su finado padre y que el de cujus se hizo nombrar legalmente curador de los bienes de su esposa con fecha dieciséis de diciembre de mil novecientos cincuentiséis, según la sentencia del Juez de primera Instancia Doctor Angel Morales Martínez, enajenando indebidamente los bienes de su esposa como es la tienda comercial que actualmente lo ocupan los herederos de Jesús Ludeña y que la falta de discernimiento del Testador hizo que caduque la nulidad del matrimonio por que han transcurrido cuarentiuno años de su enfermedad mental venciéndose en el plazo de un año; su finado padre abandonó en el Hospital Larco Herrera a su señora madre para disfrutar los bienes propios de su madre y que los bienes que le niega indebidamente el testador a su cónyuge son todos aquellos muebles urbanos que declara en las cláusulas séptima y décima segunda, distribuyendo entre sus hijos extramatrimoniales. En resumen, el testamento es nulo absolutamente por falta de discernimiento del testador, de conformidad con el numeral dos del artículo cuarentitrés del Código Civil; finalmente pide que la acción acumulativa de división y partición proceda si acaso se admite la nulidad del testamento. Este despacho admite la demanda por autos de fojas treintinueve, exclusivamente sobre nulidad de testamento mas no así acumulativamente sobre división y partición, corrido el traslado a la parte demandada, la niegan y contradicen, y piden que se declare improcedente, desmintiendo que hayan ejercido presión o coacción sobre el testador para que dicte su testamento objeto de nulidad, aclarando que la cónyuge enferma mental no contribuyó en la adquisición del patrimonio ya que los bienes inmuebles los adquirió el testador por herencia de su padre don Silvestre Melendez Garibay, y posterior a la enfermedad mental de su cónyuge invocando el artículo trescientos once del Código Civil; refiere que respecto a la calificación de los bienes se presume

que todos los bienes son sociales salvo prueba en contrario; niega que el testador nunca perdió la cognición, siempre estuvo lúcido y por último la causa de su muerte fue un paro cardíaco. Es puesta en tela de juicio las funciones del notario público ante quien se dictó su testamento y que la única forma de probar la demencia senil, la incapacidad por falta de discernimiento, es la declaración judicial de interdicción civil. Hecho que no ocurrió, y que no resulta serio afirmar, que la confusión de la fecha de nacimiento del actor constituya una prueba de su falta de discernimiento, y que con relación al derecho hereditario de la cónyuge insana, es materia de dilucidación judicial oportuna, desmintiendo que la enfermedad mental sea como consecuencia del maltrato físico del causante, que la demanda es contradictoria cuando pide la nulidad absoluta por falta de discernimiento del causante, y a su vez señala que es válida en algunas cláusulas; niegan la existencia y disposición que pudo efectuar el *de cujus* sobre los bienes propios de su cónyuge y que el inmueble urbano de Jirón Los Andes número trescientos tres del cercado referido en el testamento fue objeto de venta simulada siendo verdadero propósito, que el causante le entregó en vida su herencia para que no participe en el inmueble del Jirón Bolívar número quinientos catorce y que no obstante ello en el testamento le deja un ambiente del primer y segundo piso del inmueble del Jirón Bolívar número quinientos catorce el que es contiguo al inmueble del Jirón Los Andes número trescientos tres, peticionando la validez absoluta del testamento; finalmente, niega la división y partición porque en el testamento ya está dividido. Hechas las citas legales por resolución de fojas sesentitrés se absuelve el traslado de la demanda a fojas ochenticuatro y ochenticinco, se adhiere a la contestación a la demanda don Pablo Efraín Melendez Narazas y por resolución de fojas ochentisiete es admitida la adhesión; por resolución de fojas noventiocho se declara saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida, a fojas ciento dos y ciento tres corre el acto de audiencia conciliatoria, el mismo que no trascendió porque las partes se mantienen en sus pretensiones de fojas ciento ocho a ciento veinte corre la diligencia de Audiencia de Pruebas con participación de las partes. Transcurrido las estaciones procesales ha llegado la oportunidad de resolver y **CONSIDERANDO: PRIMERO**: Queda establecido que por resolución admisoria número uno de fojas trentinueve de autos que la acción incoada por don Luis Eduardo Melendez Cazorla contra sus hermanos Jannina Clotilde, Clotilde Hilda y Luis Jesús Meléndez Flores, y el legatario Pablo Efraín Meléndez Narazas, versa única y exclusivamente sobre nulidad de testamento otorgado por el extinto don Luis Alejandro Meléndez Jiménez por Escritura Pública dictada ante el Notario Doctor Dante Yuri Velazo Ortega en la ciudad de Coracora, al que-

dar consentida la resolución admisoria no se admitió la pretensión acumulativa subjetiva de división y partición.- **SEGUNDO**: Conforme al tenor de la demanda formulada por don Luis Eduardo Meléndez Cazorla por derecho propio y como curador de su señora madre insana, al peticionar la nulidad absoluta del testamento en lo que a su derecho respecta, al testador no le deshereda en el testamento instituido como uno de sus herederos (sic) y deja dispuesto los bienes y muebles urbanos que le corresponde y que en autos no está demostrado como medio de prueba idóneo lo contrario, cuando el accionante actúa como curador de su madre, en autos no tiene acreditada la personería jurídica como curador, tampoco existe mandato judicial expreso que le permita incoar la presente acción en representación de su señora madre, los medios de prueba presentados por el actor, de fojas dieciséis a fojas diecinueve vuelta de autos, merituados debidamente, no surten efecto ni eficacia jurídica porque se trata de copias simples de actuados judiciales por el que le nombran curador de su señora madre, en realidad debió ofrecer como prueba el expediente concluido físicamente por mandato imperativo de la ley, por tratarse de copias simples que no producen convicción de veracidad absoluta en el juzgador máxime que es requisito inexorable para el nombramiento de curador de una persona insana que previamente se declare judicialmente la interdicción civil de la incapaz absoluta doña Teresa Cazorla López; al respecto existe mandato imperativo de normas sustantivas así como jurisprudencia uniforme; en consecuencia cuando el actor en la presente causa, pretende ser curador de su señora madre es contra derecho y carece absolutamente de personería jurídica, esta afirmación de parte formulada por el actor en la audiencia de pruebas de fojas ciento trece y ciento catorce al contestar la décima primera pregunta, la primera repregunta y la segunda repregunta cuando refiere que seguramente su padre tramitó la interdicción civil y que él desconoce, por haber sido menor de edad quedando demostrado que para iniciar la presente acción las pruebas de curatela que escolta son de procedencia dudosa y que verídicamente queda probado que el actor personalmente no tramitó la interdicción civil de su señora madre como lo dispone el artículo quinientos sesenticuatro, quinientos sesenticinco y quinientos sesentiséis del Código Civil vigente.- **TERCERO**: Lo medular de la demanda radica en que el actor aspira a que se declare la nulidad del testamento porque sostiene que el testador fue incapaz absoluto por falta de discernimiento, e invoca el numeral dos del artículo cuarentitrés del Código Civil vigente. El concepto jurídico abordado por el actor concierne al incapaz enfermo mental absoluto de ejercitar sus derechos por si mismo, lo que constituye la falta de discernimiento habitual sin admitir los estados temporales de lucidez, lo absoluto supone la permanencia de la

enfermedad mental que priva al sujeto del discernimiento, este extremo sostenido por el actor es absolutamente írrito y en autos no existe medio probatorio alguno que acredite y corrobore la afirmación falaz del actor.- **CUARTO**: Cuando el actor emplaza con la demanda a la parte demandada sobre la nulidad del testamento del causante con los argumentos expuestos es de considerar incoherente, impertinente, ineficaz e incompleto en tanto que la parte demandante no existe la vivencia de su participación en el acto del dictado del testamento, valga la verdad, si se cuestiona la validez o invalidez del testamento necesaria e ineludiblemente, debió haber emplazado en primer orden al señor Notario Doctor Dante Yuri Velazco Ortega, a los testigos testamentarios don Vicente Coronado Rosas y don José María Díaz Palacios, en razón de que como se tiene referido el accionante sostiene la incapacidad absoluta por falta de discernimiento del testador, por consiguiente el señor Notario en su condición de funcionario y magistrado de la fe pública, necesariamente examinó al testador, respecto de sus facultades mentales previo al testamento valga la redundancia a este aspecto fundamental el actor ni siquiera hace una mínima referencia, es indubitable que el testamento materia de litis fue accionado respetando las formalidades esenciales del testamento por escritura pública previsto por el artículo seiscientos noventiséis del Código Civil.- **QUINTO:** El acta de audiencia de pruebas de fojas ciento ocho al ciento veinte, de autos con excepción de lo antes merituado no surte mayor efecto ni trascendencia jurídica para resolver el presente caso por cuanto el accionante ha debido con todo derecho contradecir la desheredación en forma oportuna, contado desde la muerte del testador, conforme a lo prescrito en el artículo setecientos cincuenta del Código Civil, dejando de lado el Principio de la Oportunidad del presente caso. En consecuencia administrando justicia a nombre de la Nación, con el criterio de conciencia que confiere la ley **FALLO**: declarando **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta por don Luis Eduardo Meléndez Cazorla contra don Luis Eduardo Meléndez Flores, Jannina Clotilde, Clotilde Hilda Meléndez Flores respectivamente y el Legatario Pablo Efraín Meléndez Narazas, sobre nulidad de testamento, dejado por el extinto padre Luis Alejandro Meléndez Jiménez de fecha diecisiete de septiembre de mil novecientos noventitrés, consentida y ejecutoriada que sea archívese definitivamente el proceso.

EXP. N° 1042-96

Luis Melendez Cazorla
Yanina Meléndez Flores y otros
Nulidad de Testamento
Parinacochas.- Dr. Aney Castañeda

RES. N°19

Ica, diecisiete de junio de mil
novecientos noventiséis

VISTOS: Observándose las formalidades previstas en el artículo ciento treintiuno de la Ley Orgánica del Poder Judicial; interviene como ponente el señor Vocal doctor Tambini Vásquez; oído el informe oral y su réplica; **CONSIDERANDO;** además: **PRIMERO:** Que, con el documento de fojas cinco se ha acreditado en forma fehaciente que el testador don Luis Alejandro Meléndez Jiménez, ha fallecido el dos de diciembre de mil novecientos noventicuatro, dejando el testamento de fecha diecisiete de setiembre de mil novecientos noventitrés, por ante el notario doctor Yuri Velazco Ortega, en la ciudad de Coracora, que en autos corre a fojas seis y siguientes, que es materia de Nulidad; **SEGUNDO:** Que, conforme lo establece el artículo seiscientos veintidós del Código Civil y las instrumentales de fojas once, doce, trece, dieciséis y diecinueve don Luis Eduardo Meléndez Cazorla es heredero forzoso y curador de doña Teresa Cazorla López Vda. de Meléndez, y que tiene interés legítimo para obrar por derecho propio y en representación de ésta, su señora Madre; **TERCERO:** Que, el artículo doscientos diecinueve del Código acotado establece las causales de nulidad del acto jurídico, que es de aplicación para el caso *sub-júdice* en lo referente a la licitud o ilicitud del testamento; que es deber asegurar el régimen legal de los herederos en igual proporción, dejando a salvo de la masa hereditaria, el activo común cuya mitad le corresponde al cónyuge en calidad de gananciales más su legítima, en este caso a la persona objeto de la Curaduría, doña Teresa Cazorla López Vda. de Meléndez; cumpliéndose en el caso materia de litis, con la función económica de protección familiar que se da con la sucesión que el obliga en lo preceptuado en el artículo setecientos treinta del Código Civil; **CUARTO:** Asimismo todos los hijos tienen derecho sucesorio respecto de sus padres, independientemente sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales, en iguales cuotas hereditarias y que la cónyuge concurre con los hijos del causante heredando una parte igual a la de un hijo, sin perjuicio de sus gananciales como cónyuge

conforme lo informa el artículo ochocientos dieciocho y ochocientos veintidós del Código acotado; **QUINTO:** Que, en el presente caso existen reiteradas Ejecutorias al respecto, que declaran Nulo el Testamento, cuando hay disposiciones testamentarias que perjudican el derecho de herederos forzosos, o cuando el testador declara que algunos de sus bienes fueron adquiridos con dinero de su conviviente y excluye de la herencia al cónyuge sin prueba alguna y que en el presente caso *sub-júdice* es deber observar lo resuelto en el expediente número setecientos noventiocho-noventiséis y tomar en consideración el criterio razonado y uniforme de esta Sala cuando emite la resolución número diecisiete de fecha dieciséis de mayo de mil novecientos noventiséis, en tal virtud; **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas ciento veintiuno a ciento veinticinco, resolución número once, de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos noventiséis, que declara Improcedente la demanda de fojas treinta a treintiocho promovida por don Luis Eduardo Meléndez Cazorla contra doña Yanina Clotilde, Clotilde Hilda y don Luis Jesús Meléndez Flores, asimismo contra don Pablo Efraín Meléndez Narazas sobre Nulidad de Testamento, dejado por el extinto padre don Luis Alejandro Meléndez Jiménez, reformándola en todos sus extremos la recurrida; **DECLARARON FUNDADA** la citada demanda, sobre nulidad de testamento y acumulativamente de división y partición, por consiguiente; **NULO** y sin efecto legal el testamento de fojas seis y siguiente, de fecha diecisiete de setiembre de mil novecientos noventitrés, declarado por don Luis Alejandro Meléndez Jiménez; **ORDENÁNDOSE** que en Ejecución de sentencia y mediante operación pericial de los bienes que conforma la masa hereditaria, debidamente discriminada deben de adjudicarse a cada uno de los herederos en partes iguales y equitativamente, más los gananciales que corresponde al cónyuge supérstite, sin costas; y los devolvieron.

S.S.

FERREYRA GONZÁLES-TAMBINI VÁSQUEZ-LOAYZA AZURÍN

CAS.Nº 1047-96 ICA

Lima, once de noviembre de
mil novecientos noventiséis

VISTOS; A que, conforme aparece de lo actuado se han cumplido con todos los requisitos formales para el concesorio del Recurso de Casación y por tanto para la admisión del mismo; Y, **CONSIDERANDO: 1°** Que, en cuanto a los requisitos de fondo el inciso segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil establece que el Recurso de Casación debe fundamentarse con claridad y precisión expresando en cuál de las causales descritas en el artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil se sustenta y, según sea el caso: a) Si se invocan las causales señaladas en los incisos primero y segundo del artículo trescientos ochentiséis del acotado Código Procesal Civil debe precisarse cómo debe ser la debida aplicación o cuál la interpretación correcta de una norma de derecho material en el primer supuesto o cuál debe ser la norma de derecho material aplicable al caso, en el segundo supuesto; b) Si se invoca la causal prevista en el inciso tercero del mencionado artículo trescientos ochentiséis debe precisarse en qué ha consistido la afectación del derecho al debido proceso o cuál ha sido la formalidad procesal incumplida; 2° Que, el recurrente sustenta su Recurso de Casación interpuesto a fojas ciento sesentidós en las causales de Contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso y en la interpretación errónea de una norma de derecho material o de la Doctrina Jurisprudencial; 3° Que, con relación a la primera causal invocada, expresa que la Sala Civil contraviene la garantía constitucional prevista en el inciso segundo del artículo ciento treintinueve, por cuanto la resolución impugnada no solo revoca la apelada, sino que reformándola en todos sus extremos, declara fundada la demanda de nulidad de testamento y la acumulada de división y partición, no obstante que únicamente fue admitida sobre nulidad de testamento; 4° Que, si bien por resolución de fojas treintinueve la demanda fue admitida por la pretensión principal relativa a la nulidad del testamento, lo es también que el impugnante por escrito de fojas sesenticinco contestó la demanda sobre la base de la pretensión principal y a la pretensión acumulada de división y partición, declarándose saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida conforme a la resolución firme de fojas noventiocho, pretensiones que además fueron materia de la fórmula conciliatoria presentada por el Juez según el acta de fojas ciento dos; 5° Que, resulta de lo expuesto, que la causal propuesta no se halla dentro de

lo establecido en el ítem dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil, no resultando viable su control casatorio; 6° Que, respecto a la segunda causal, no se ha precisado cuál es la norma de derecho material erróneamente interpretada, y en su caso tampoco ha precisado cómo debe ser la correcta interpretación como lo señala el ítem dos punto uno del inciso segundo del citado artículo trescientos ochentiocho del acotado; 7° Que, en cuanto a la doctrina jurisprudencial que invoca como fundamento de su recurso, aún no se ha producido con las formalidades a que se refiere el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil, por lo que no puede ser motivo de casación; que por estas razones y en uso del artículo trescientos noventidós del mencionado cuerpo legal: declararon **IMPROCEDENTE** el Recurso de Casación interpuesto por don Luis Jesús Meléndez Flores a fojas ciento sesentidós; en los seguidos con dos Luis Eduardo Meléndez Cazorla sobre Nulidad de Testamento; **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso, asimismo al pago de una multa de tres Unidades de Referencia Procesal; **DISPUSIERON** que la presente resolución se publique en el Diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; y los devolvieron.
SS:
RONCALLA-ROMÁN-REYES-VÁSQUEZ-ECHEVARRÍA

CASO N° 31

CAS. Nº 7-97 HUANCAVELICA

Sumilla del autor:

Cuando se otorga testamento ante un Juez de Paz, éste tiene la obligación de cumplir con las formalidades previstas en el Art. 696 del Código Civil, que es norma imperativa, entre ellas la obligación de escribir el testamento de su puño y letra. Al no observarse dicha formalidad, el testamento deviene en nulo por defecto de forma. El testamento es un acto jurídico solemne (Arts. 144 y 811 del Código Civil).

El acto jurídico de otorgamiento de testamento que se encuentre afectado por un vicio de nulidad absoluta, al no haberse cumplido con todas las formalidades exigidas por el Art. 696 del Código Civil, determina que deba cancelarse el asiento registral correspondiente, pues conforme a nuestro orde-

namiento legal, la inscripción registral es meramente declarativa y no tiene carácter constitutivo de derechos. Además si el testamento es declarado nulo, carece de sentido la subsistencia de su inscripción registral.

Si el testador otorga testamento instituyendo como único heredero a un hijo, desconociendo los derechos de los descendientes de otro hijo suyo que ha pre-muerto, corresponde a éstos, heredar al causante por representación sucesoria de su padre premuerto, por mandato imperativo de la ley (Arts. 681 y 819 del Código Civil).

Cuando se interpone recurso de casación, además de los requisitos de forma previstos para su admisibilidad, se debe cumplir con indicar, según sea el caso, cómo debe ser la debida aplicación, o cuál es la interpretación correcta de la norma de derecho material, o cuál debe ser la norma de derecho material aplicable al caso. Y cuando se alegue doctrina jurisprudencial, ésta debe haber sido aprobada de acuerdo al proceso previsto en el Art. 400 del Código Procesal Civil.

Concordancias:

Código Civil: arts II, V, VI y VI del T. P.
Arts. 220; 295, 696, 699, 707, 809, 811, 923, 943 y 2001, inciso 1°, C. Civil
Código Procesal Civil: Art. VII T. P. 172, 196, 197,386,387,388, 392, 400, 424, 425 y 475.

Antecedentes:

Carmen Antonieta Rojas Anyaipoma y Edgardo Julio Rojas Anyaipoma interponen demanda de nulidad de testamento y el acto jurídico que lo contiene, dirigiéndola contra Glicerio Anyaipoma Villar.

Alegan los demandantes ser sobrinos carnales del demandado, ya que su fallecida madre, Olimpia Anyaipoma Villar, fue hermana del demandado. Que su abuela doña Alejandra Villar Villanueva otorgó un testamento imperfecto a favor del demandado, pretiriendo los derechos de los recurrentes.

El cuestionado testamento fue otorgado por la causante Alejandra Villar Villanueva el 20 de febrero de 1986 ante el Segundo Juzgado de Nominación de la Provincia de Angaraes - Lircay, en donde se faccionó el testamento a falta de notario público; el mismo que fue protocolizado por el Juzgado Mixto de la Provincia de Angaraes - Lircay, cuya escritura pública fue inscrita en el Registro de Testamentos de los Registros Públicos de Huancavelica el 9 de octubre de 1995.

Por sentencia de primera instancia, el 31 de julio de 1996 se declara fundada la demanda de nulidad de testamento y acto jurídico que lo contiene,

basándose en que en el aludido testamento han sido preteridos los derechos patrimoniales de los demandantes, en la parte que se refiere a su causante doña Olimpia Anyaipoma Villar, determinándose que el testamento fue faccionado bajo la influencia del demandado, dado que la testadora sabía firmar pero en el documento sólo estampó su huella digital.

La sentencia de segunda instancia expedida el 20 de noviembre de 1996, confirma la apelada e integrándola, declara nula la inscripción registral del testamento declarado nulo, ordenando su cancelación respectiva. La Sala Superior añade a los fundamentos de la apelada que, el testamento fue faccionado en contravención de lo dispuesto en el artículo 696 inc. 3 del Código Civil, ya que el Juez de Paz tenía la obligación de escribir el testamento de su puño y letra, que al haberse otorgado con el uso de una máquina de escribir, se había incurrido en nulidad de pleno derecho por defecto de forma.

El demandado interpuso recurso de casación, el cual por resolución del 7 de julio de 1997 fue declarado improcedente al no haberse fundamentado con claridad y precisión las causales en las que se amparaba el recurso y, asimismo, porque al aducir la aplicación de una antigua ejecutoria para el presente caso, no se tuvo en cuenta que la única jurisprudencia valedera para el recurso casatorio es aquella aprobada de acuerdo al procedimiento prescrito en el Art. 400 del Código Procesal Civil.

SENTENCIA

VISTOS; resulta de autos, que a fojas veinte doña Carmen Antonieta Rojas Anyaipoma y Edgardo Julio Rojas Anyaipoma, interponen demanda en proceso de conocimiento, contra Glicero Anyaipoma Villar, sobre nulidad de Testamento y su correspondiente «Acto Jurídico»; con el fundamento siguiente; que los recurrentes vienen a ser sobrinos del demandado, por cuanto su madre, la que en vida fue doña Olimpia Anyaipoma Villar, fue hermana del demandado, y ambos hijos de la testadora, también la que en vida fue doña Alejandra Villar Villanueva; pero resulta que el demandado en su afán de codicia como se puede entender había faccionado el testamento imperfecto materia de su reclamo, a la fecha de su suscripción la citada abuela materna presumiblemente habría otorgado dicho documento a favor del demandado Glicero Anyaipoma Villar, pretiriendo el derecho de los recurrentes en la condición de sobrinos carnales del demandado, quien viene a ser tío de los actores; los extremos del testamento cuya copia simple acompañan a la

presente demanda, margina a los recurrentes por cuanto la herencia de su abuela antes indicada los deja, por que se dice que el demandado como hijo único varón de su causante los había ayudado económicamente tanto al cónyuge de la otorgante del testamento de su abuela como también a ésta porque se encontraba enferma; extremos del contenido del aludido documento que en nada les reconoce el derecho previo de su madre hermana del demandado, por lo que siendo así que han preterido los derechos de los recurrentes resulta nulo de pleno, de las circunstancias que alegan los recurrente han tenido que oponerse a la acción de protocolización que el demandado hizo o pidió en el año de mil novecientos noventidós; de lo cual presumimos que a la fecha el demandado, hizo protocolizar dicho documento que cuestionan, por lo mismo ésta está en la obligación de exhibir dicho documento protocolizado en el acto de la audiencia: los bienes dejados por su abuela y madre respectivamente han tenido que hacer la facción de Inventarios la que tienen asegurado a la fecha; conforme acreditan con el documento elevado a Escritura pública a la presente pretensión que postulan su relación familiar tanto con el demandado como también [...] está debidamente acreditadas de donde emerge como vuelven a fundar sus derechos; disponiendo la nulidad de dicho documento aludido; con el fin de que Judicialmente se declare sus derechos; el demandado como vuelven a manifestar a su Despacho es codicioso, sin embargo, de que usufructa otros bienes dejados por su abuela apoyados en la costumbre del mayorazgo, desconocen el derecho de su hermana tanto mencionada llamada Olimpia Anyaipoma Villar, que fue su madre; todo esto pueden aceptar porque realmente sea como afirman de que fue un hermano mayor, y que cumplió con sus obligaciones de tal frente a sus padres; pero los recurrentes son ya sobrinos y están cumpliendo también la historia que les tocó vivir, pero éste no le da derecho a desconocer los derechos de su hermana y que con fraude puede marginar sus derechos de la herencia en relación a sus padres; corroborados con las versiones que les sabe decir de que él en sus convicciones, las mismas que denotan su actitud belicosa frente a su propia familia. Sustentando su demanda en los artículos II, V, VI y VII del Título Preliminar artículo ochocientos nueve, novecientos veintitrés y novecientos cuarentitrés del Código Civil, y artículo cuatrocientos setenticinco y siguientes del Código Procesal Civil; que admitida la demanda, por resolución de fojas veintisiete, se ha corrido traslado de la demanda al demandado don Glicerio Anyaipoma Villar, por el término de ley; el demandado absuelve a fojas cuarentiocho, aduciendo su señora madre doña Alejandra Villar Villanueva, con fecha del veinte de febrero de mil novecientos ochentiséis, por ante el Segundo Juzgado de Nominación de la Provincia de Angaraes-Lircay, faccionó su testamento, a falta de Notario Público, por lo mismo constituye documento imperfecto, por cuya razón con

fecha primero de julio de mil novecientos noventidós, solicitó ante el Juzgado Mixto de la Provincia de Angaráes-Lircay, la **PROTOCOLIZACIÓN** del mencionado documento, como en efecto fue así, habiéndoseles notificado a los demandantes Carmen Antonieta y Edgardo Julio Rojas Anyaipoma, con fecha del diez de julio de mil novecientos noventidós, tal como consta del expediente, los mismos que interpusieron **OPOSICIÓN**, a dicha Protocolización, pero [...], habiéndose inclusive inscrito en los Registros Públicos de Huancavelica, con la ficha número cero ciento doce, título número cero uno mil cero cincuentitrés, tomo veintinueve, cuya inscripción se realizó el nueve de octubre de mil novecientos noventicinco; como podrá apreciar, la escritura pública tiene toda su validez legal, se ha cumplido con las disposiciones del artículo seiscientos noventiséis del Código Civil vigente, es decir con todas las formalidades de ley, mi madre se ha reunido con el Juez de Paz, con los testigos, en el testamento ha expresado su voluntad por si misma, dándole personalmente las disposiciones que debe contener el testamento, fue leído claramente, y fue firmado por la testadora, los testigos, y el Juez, por lo que no adolece de ningún vicio, o alguna causal para su nulidad o anulabilidad; por resolución de fojas cincuentiséis, se ha señalado fecha para la audiencia de saneamiento; dicha diligencia de saneamiento se ha realizado a fojas cincuentiocho; por resolución de fojas sesenta, se ha señalado fecha para la audiencia de conciliación de ley; llevándose dicha diligencia a fojas sesentidós y en la misma diligencia se ha fijado fecha para la diligencia de actuación de medios probatorios; habiéndose llevado la diligencia de actuación de medios probatorios a fojas sesentinueve, la causa se halla expedita para pronunciar sentencia respectiva; **Y CONSIDERANDO: PRIMERO:** Fluye de los fundamentos de la demanda interpuesta por doña Carmen Antonieta Rojas Anyaipoma y don Edgardo Julio Rojas Anyaipoma, sobre nulidad de Testamento y su correspondiente acto jurídico; quienes han cumplido con recaudar los requisitos de la misma; así como sus Anexos, dando estricto cumplimiento a la postulación en la sección cuarta postulación del proceso Título Primero, demanda y emplazamiento, según artículos cuatrocientos veinticuatro y cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Civil (sic); **SEGUNDO:** Que, los demandantes vienen a ser sobrinos del demandado, por ser nietos de la que en vida fue doña Alejandra Villar Villanueva, como se aprecia del documento judicial de la sucesión Intestada que corre a fojas cuatro; madre de la que en vida fue doña Olimpia Anyaipoma Villar.- **TERCERO:** Igualmente los actores han acreditado ser los herederos forzosos y universales de la que en vida fue doña Olimpia Anyaipoma Villar con el documento [...] Alejandro Villar Villanueva, abuela de los demandantes con la facción de Inventarios que corren a fojas diez a fojas diecinueve de los bienes dejados al demandado, docu-

mento elevado a Escritura Pública; y la relación familiar existente entre los demandantes con el demandado se encuentra fehacientemente probado con los documentos Judiciales de la Sucesión Intestada.- **QUINTA**: Que, el demandado se ha quedado con mayor cantidad de bienes inmuebles dejados por su señora madre la que en vida fue doña Alejandra Villar Villanueva, sin tener en cuenta también, que los demandantes tienen el derecho de merecer en igual proporción la herencia de su señora madre la que en vida fue doña Olimpia Anyaipoma Villar, hermana del demandado, conforme se aprecia de la Facción de Inventarios que son varios bienes inmuebles urbanos fuera de los inmuebles rústicos.- **SEXTA:** Que, en la diligencia de la audiencia de conciliación de partes de fojas sesentidós el demandado ofrece incrementar a favor de los actores la propiedad ubicada en el Jirón Buenos Aires número ciento diez y por negativa de la demandante, quién no ha admitido la invocación de parte del demandado del ofrecimiento; bajo el fundamento de que es minúsculo y que el bien inmueble que ocupa el demandado a la fecha resulta ser precisamente propiedad de su causante de los actores aunque no poseen el TÍTULO que los acredite tal circunstancia, que ha sido maximizado en la diligencia de «audiencia de pruebas», al absolver el demandado la primera pregunta del pliego interrogatorio de fojas sesenticinco de autos, circunstancia de no haber comunicado a los actores la celebración del testamento conforme también está establecido en la audiencia de pruebas de fojas setentiuno de autos, las mismas que también deben tenerse presente.- **SÉTIMO**: Del documento protocolizado de fojas treintitrés de autos, se advierte en la parte pertinente de la cláusula sexta que la testadora doña Alejandra Villar Villanueva deja dos cuartos para sus sobrinos, vale decir para los actores, expresión totalmente equivocada, ya que los posibles beneficiarios no vienen a ser el parentesco de sobrinos sino Nietos, y al suscribir dicho documento no puede haber expuesto en tal sentido, la que corrobora que el demandado don Glicerio Anyaipoma Villar ha tenido que intervenir, se ha realmente preterido los derechos patrimoniales de los demandantes, en la parte que concierne a su causante doña Olimpia Anyaipoma Villar.- **OCTAVO**: De las consideraciones anotadas y precitadas, el cuestionamiento hecho valer por los actores en su calidad de tales, responde realmente a que el testamento de fojas treintitrés y siguientes de autos resultó un fraude, porque ha sido faccionado bajo influencia del beneficiario aludido, corroborados que la Testadora sabía firmar y en el documento solamente estampó su huella digital, consideraciones que deben tenerse presente para el momento de resolver la controversia, porque es menester que los beneficiarios merezcan la herencia en partes iguales conforme lo han establecido los fallos judiciales en reiteradas decisiones, Ejecutorias Supremas de fecha dieciséis de agosto de mil novecientos sesentiséis, *Revista del Foro* de

fecha treinta de septiembre de mil novecientos sesentiséis, página treintidós.- De las consideraciones expuestas, procede amparar la pretención que postulan los actores doña Carmen Antonieta Rojas Anyaipoma y don Edgardo Julio Rojas Anyaipoma y valorando las pruebas en conjunto y Administrando justicia a nombre de la Nación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos ciento noventiséis y ciento noventisiete del Código Procesal Civil; **FALLO**: Declarando fundada la demanda de fojas veinte y siguiente, seguidos por doña Carmen Antonieta Rojas Anyaipoma y otro, con Glicerio Anyaipoma Villar; sobre Nulidad de Testamento y otro, **DECLARO**; Nulo; el documento de fojas treintitrés y siguientes y sin valor alguno el aludido documento. Sin costas. Así pronuncio mando y firmo en la Sala de mi Despacho en la ciudad de Lircay, a treintiuno días del mes de julio de mil novecientos noventiséis.-

Huancavelica, a veinte de noviembre de
mil novecientos noventiséis.

VISTOS; oído el informe oral, por los fundamentos de la apelada; y, **CONSIDERANDO** además: Que al faccionarse el testamento por escritura imperfecta, otorgada por la causante Alejandra Villar Villanueva viuda de Anyaipoma, con fecha veinte de febrero de mil novecientos ochentiséis, se ha faccionado con contravención de las disposiciones del artículo seiscientos noventiséis inciso tercero del Código Civil de mil novecientos ochenticuatro, vigente para entonces, que prescribe como forrmalidad esencial, que el Notario escriba el testamento de su puño y letra, en su Registro de Escritura pública, y para el caso de faccionarse, ante un Juez de Paz, este funcionario, necesariamente tenía la obligación de cumplir con dicha formalidad, pero, no fue así, puesto que dicha declaración de última voluntad de la testadora, se ha otorgado con el uso de una máquina de escribir, tal como se advierte de la copia fotostática de fojas ocho y fojas nueve del referido testamento, inobservancia de la norma acotada que conlleva a nulidad de pleno derecho del mencionado testamento, por defecto de forma, que es infractorio de lo dispuesto en el artículo seiscientos noventicinco o en su caso, de los artículos seiscientos noventiséis, seiscientos noventinueve y setecientos siete, tal como prescribe el artículo ochocientos once del Código Civil mencionado, [...], nulidad que no puede subsanarse por la confirmación y puede ser alegada por quienes tengan interés, y aún puede ser declarada de oficio por el Juez cuando resulte manifiesta, a tenor del artículo doscientos veinte del citado cuerpo de leyes, acción de nulidad que no ha prescrito, por no haber transcurrido el plazo de diez años según el artículo dos mil uno inciso primero del acotado, de la que nace la nulidad del acto jurídico; en razón de que la demanda que motiva el presen-

te proceso de conocimiento ha sido interpuesta por los interesados: Carmen Antonieta Rojas Anyaipoma y Edgardo Julio Rojas Anyaipoma, herederos de la testadora, en representación de la hija premuerta Olimpia Anyaipoma Villar, y con la capacidad procesal derivada de la sentencia de declaratoria de herederos del que fue Alejandro Villar Villanueva, de fecha diez de diciembre de mil novecientos noventiuno, expedido por el Juez de Primera Instancia Mixta Provisional de Angaraes doctor Amadir Huamán Muñiz, que en copia certificada corre a fojas cuatro y cinco de autos; el testamento en escritura imperfecta fue objeto de protocolización tal como aparece de las copias de actuados judiciales que en fotocopia corre de fojas treintaitrés a fojas cuarenticinco, luego inscrito en el Registro de Testamento con ficha número cero ciento doce del registro de Testamento-Título número cero mil cincuentitrés del Tomo veintinueve del Diario con fecha nueve de octubre de mil novecientos noventicinco, [...] si el acto jurídico, consistente en la última declaración de voluntad se encuentra afectada de nulidad insalvable, la suerte de su inscripción registral, corre la misma suerte de nulidad debiendo cancelarse el referido asiento de inscripción registral; hecho que debe ser declarado en aplicación del artículo VII del TÍTULO Preliminar del Código Procesal Civil que consagra el principio de que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, y en aplicación, además del artículo ciento setentidós que regula los principios entre otros el de integración, el Juez Superior puede integrar la resolución recurrida cuando el juez de la causa ha omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio; en consecuencia: **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas setenticinco, su fecha treintiuno de junio de mil novecientos noventiséis, por la que el señor Juez Mixto Provisional de la Provincia de Angaraes doctor Víctor Vidalón Rojas, declara fundada la demanda de fojas veinte, sobre nulidad de testamento y el acto jurídico que lo contiene, **NULA** la protocolización del mismo corriente a fojas treintitrés a fojas cuarenticinco; e integrando la apelada: **DECLARARON** Nula la inscripción registral del testamento protocolizado de fojas cuarenticinco, ordenándose su cancelación, y oficiándose con dicho objeto al Director de la Oficina Registral de la provincia de Huancavelica, a fin de que proceda conforme a lo dispuesto en esta resolución remitiéndose [...] sentencia recurrida; en los autos seguidos por Camen Antonieta Rojas Anyaipoma y Edgardo Julio Rojas Anyaipoma, con Glicerio Anyaipoma Villar, sobre nulidad de testamento y del acto jurídico que contiene; y los **DEVOLVIERON**.- Vocal ponente doctor Galván García.

SS:

GALVÁN GARCÍA-ALVARADO ROMERO-CHUNGA PURIZACA

CAS. N° 7-97 HUANCAVELICA

Lima, siete de julio de
mil novecientos noventisiete.-

VISTOS; y **CONSIDERANDO**: **PRIMERO**.- que, el recurso de casación reúne los requisitos de forma para su admisibilidad, señalados por el artículo trescientos ochentisiete del Código Procesal Civil; **SEGUNDO**.- que, si bien el indicado recurso cita los incisos primero, segundo y tercero del artículo trescientos ochentiséis del acotado, no es claro y preciso en su fundamentación, con la rigurosidad que exige el inciso segundo del artículo trescientos ochentiocho del Código Adjetivo, al no indicar con orden, qué artículos han sido interpretados erróneamente o cuáles no aplicados, o cuál artículo que garantiza el derecho a un debido proceso ha sido violado; **TERCERO.-** que, tampoco se ha indicado cómo debe ser la debida aplicación o cuál la interpretación correcta de la norma de derecho material, o cuál debe ser la norma de derecho material aplicable al caso, y que al referirse a una antigua ejecutoria que considera que no es requisito esencial de un testamento otorgado por escritura pública el hecho de haber sido extendido en máquina de escribir en criterio contrapuesto con el inciso tercero del artículo seiscientos noventiséis del Código Civil que estima que es obligación esencial del Notario escribirlo de puño y letra, siendo así que la jurisprudencia valedera para el recurso de casación tiene que tener la connotación señalada por el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil; **CUARTO.-** que, en estricta aplicación del artículo trescientos noventidós de la Norma Adjetiva: **Declararon IMPROCEDENTE** el recurso de Casación interpuesto a fojas ciento quince, contra la sentencia de vista de fojas ciento seis, su fecha veinte de noviembre de mil novecientos noventiséis; **CONDENARON** al recurrente al pago de las 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 doña Carmen Antonieta Rojas Anyaipoma y otro con don Glicerio Anyaipoma Villar, sobre Nulidad de Testamento y su correspondiente acto jurídico; y los devolvieron.-

S.S:

URRELLO A.- BUENDÍA G.- ORTIZ B.- SÁNCHEZ PALACIOS P.- ECHEVARRÍA A.

CASO N° 32

CAS. Nº 87-96 TACNA

Sumilla del autor:

No resulta de aplicación el Art. 846 del Código Civil en lo que concierne a la facultad del testador para establecer la indivisión de un bien o bienes hereditarios en común sino cuando se trata de empresas y hasta un plazo de 4 años, pero tratándose de un bien inmueble destinado a casa habitación no obliga legalmente a los herederos.

Asimismo, la trasmisión de los bienes hereditarios a los herederos opera *ipso jure* en el momento de la muerte del causante, correspondiéndoles a los herederos su propiedad, la cual está regulada por las normas relativas a la copropiedad siendo implicantes las disposiciones testamentarias que prohíben su transferencia total o parcial o su división y que sólo pueden usufructuar del mismo consolidando la propiedad al último de los 3 herederos que sobreviva.

La condición impropia que sujeta la trasmisión de propiedad a la muerte previa de dos personas en beneficio de una tercera repugna al orden público y carece de toda validez y eficacia. La finalidad de la disposición testamentaria es ilícita siendo de aplicación los incisos 4 y 8 del Art. 219 y 224 del Código Civil en concordancia con los Arts. 846, 847 y 854 del mismo cuerpo legal.

Concordancias:

Código Civil: Arts. 660 y 846

Antecedentes:

María del Carmen Murias Contreras en representación de Wilma Villanueva Anaya, demanda la nulidad de la parte final del numeral primero de la cláusula sexta del testamento otorgado mediante escritura pública de fecha 9 de enero de 1991, por Aída Eufemia Anaya Morales y dirige la acción contra Orlando Juan Anaya Morales y otros. Señala que son inaceptables las limitaciones al derecho de propiedad impuestos por la testadora a los 3 sobrinos, a quienes ha instituido herederos voluntarios porque no podrá ser subdividida, ni podrá ser vendida por ninguno de sus herederos en su acción y derecho y que al fallecimiento de cualquiera de ellos, asumirán los dos sobrevivientes y por fa-

llecimiento del penúltimo, el último que sobreviva asumirá definitivamente la propiedad del inmueble destinado a casa habitación para que lo posea libremente como único propietario.

Las resoluciones de Primera Instancia como la de vista han amparado la demanda en este extremo señalando que es una disposición ilegal que contraviene lo dispuesto por el Art. 844 del Código Civil, que establece que si hay varios herederos cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia en proporción a la cuota que tengan derecho a heredar; contraviene también el Art. 923 porque desnaturaliza el derecho de propiedad, así como el numeral 660 del acotado.

Las resoluciones de Primera instancia como la de Vista han amparado la demanda al considerar que el numeral primero de la cláusula sexta del testamento, es una disposición ilegal que contraviene lo dispuesto por el Art. 844 del Código Civil, que establece que si hay varios herederos cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia en proporción a la cuota que tengan derecho a heredar; contraviene también el Art. 923, ya que desnaturaliza el derecho de propiedad, así como el numeral 660 del acotado.

Interpuesto recurso de casación, éste es desestimado al considerar que la impugnada disposición testamentaria tiene una finalidad ilícita, que repugna el orden público y que carece de toda validez y eficacia.

Demandante: María del Carmen Murias Contreras
por Wilma Villanueva Anaya
Demandado : Juan y Eufemia Anaya Morales
Materia : Nulidad de Cláusula de Testamento
Secretaria : Dra. Grushenkee Gutiérrez (i)

SENTENCIA

RES. N° 23

Tacna, tres de enero de mil
novecientos noventicinco.-

VISTOS: Que de autos aparece que a fojas diecisiete, María del Carmen Murias Contreras en representación de Wilma Villanueva Anaya, solicitan la nulidad de la parte final del numeral primero de la cláusula sexta del testamento otorgado por escritura pública de fecha nueve de enero de mil novecientos noventiuno, otorgado por doña Aída Eufemia Anaya Morales, acción que dirige contra de Orlando Juan Anaya Morales y los herederos de

quien fuera Félix Óscar Anaya Morales: Miguel Gálvez Ortíz, Liliana Ortíz de Díaz, Fresia Ponce Viuda de Ortíz; haciendo presente que además de los referidos han sido instituidos como herederos del referido Félix Óscar Anaya Morales, su representada Wilma Villanueva Anaya y el co-demandado, Orlando Juan Anaya Delgado; que doña Aida Eufemia Anaya Morales falleció el veintiocho de agosto de mil novecientos noventidós, en la ciudad de Lima, con anterioridad a su fallecimiento había otorgado testamento abierto por ante Notario público, doctor Jorge Berrios Velarde, con fecha nueve de enero de mil novecientos noventiuno, encontrándose [...] Registro de Testamento de la Oficina de Registros Públicos de Tacna; que entre otros bienes dispuso del inmueble de su propiedad ubicado en la calle Blondel número ciento cuarentidós guión ciento cuarenta, instituyendo como herederos del mismo a Wilma Betsabe Villanueva Anaya, Orlando Juan Anaya Delgado y Félix Óscar Anaya Morales; que para efectos del dominio que han adquirido los referidos herederos, el causante ha establecido limitaciones: la propiedad no podrá ser subdividida, no podrá ser vendida por ninguno de sus herederos en su acción y derecho, la poseerán conjuntamente y en armonía. Por fallecimiento de cualquiera de sus herederos asumirán los dos sobrevivientes y por fallecimiento de cualquiera de ellos asumirá definitivamente la propiedad en su totalidad el último sobreviviente, para que la posea libremente como propietario único; en este sentido, se ha pretendido establecer una restricción al derecho real de propiedad consagrado por Ley; igualmente se pretende restringir el derecho que les asiste a solicitar la división y partición, se pretende establecer una prelación hereditaria, razones por las cuales interponen la presente acción; que admitida a trámite la demanda y corrido el traslado de la misma, a fojas treintisiete, se allana a la demanda Fresia Ponce viuda de Ortíz; a fojas cincuentidós, absuelve el traslado de la demanda interpuesta en su contra Orlando Juan Anaya Delgado, quien sostiene: Que resulta insustancial y carente de rigor jurídico la afirmación de que se pretenda establecer una prelación hereditaria, que pueda decidir que los copropietarios se deseen la muerte, que tampoco existe restricción a un derecho de propiedad aún incierto; que a fojas noventidós corre en autos una Resolución de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos noventitrés, que dispone la rebeldía de Marcia Ortiz y Liliana Ortiz, que a [...] corre en autos una Resolución de fecha veintiocho de abril de mil novecientos noventicuatro, que declara saneado el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida; a fojas ciento sesentitrés corre en autos el Acta de Audiencia Conciliatoria; y, por economía procesal, se prescinde de Audiencia de Pruebas; cumplida con la tramitación correspondiente a la naturaleza de la causa, debe expedirse sentencia; y, **CONSIDE-**

RANDO: PRIMERO: Que a fojas seis corre el testimonio del testamento por escritura pública, otorgado por Aída Eufemia Anaya Morales con fecha nueve de enero de mil novecientos noventiuno por ante la Notaría Pública del doctor Jorge Berrios Velarde, debidamente inscrito en el registro de testamentos en la ficha número ciento treinticinco, respecto a su propiedad ubicada en la calle Blondell número ciento cuarentidós-ciento cuarenta, y en la cláusula sexta punto primero, establece que respecto a esta propiedad es su voluntad dejarles en herencia para que posean mancomunadamente sus sobrinos Orlando Juan Anaya Delgado, Wilma Betsabé Moraida Villanueva Anaya y su hermano Félix Óscar Anaya Morales con las limitaciones que la propiedad no podrá ser dividida, ni vendida por los herederos en sus acciones y derechos y la poseerán conjuntamente y en armonía; por fallecimiento de cualquiera de sus herederos asumirán los dos sobrevivientes y por fallecimiento de cualquiera de ellos asumirá definitivamente la propiedad en su totalidad el último sobreviviente, para que lo posea libremente como propietario único; **SEGUNDO**: Que el artículo seiscientos sesenta del Código Civil establece que desde el momento de la muerte de una persona los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia, se transmiten a sus sucesores, por lo que en el caso de autos teniendo en cuenta el testamento otorgado por Aída Eufemia Morales que corre a fojas seis, es de establecerse que [...] Blondell número ciento cuarentidós-ciento cuarenta los derechos y obligaciones han pasado ser herencia a sus herederos instituidos, sus sobrinos Orlando Juan Anaya Delgado, Wilma Betsabe Moraina Villanueva, el hermano Félix Óscar Anaya Morales; **TERCERO:** Que en cuanto a las limitaciones establecidas en la cláusula sexta, punto primero, del Testamento otorgado por Aída Eufemia Anaya Morales, respecto al inmueble ubicado en la calle Blondell número ciento cuarentidós-ciento cuarenta, sobre la indivisión del bien, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo ochocientos cuarentiséis del Código Procesal Civil, se encuentra arreglada a ley, entendiéndose esto, mientras sobrevivan los tres herederos designados; **CUARTO**: Que en cuanto a las limitaciones establecidas en la cláusula sexta, punto primero, del testamento otorgado por Aída Eufemia Anaya Morales, respecto al inmueble ubicado en la calle Blondell número ciento cuarentidós-ciento cuarenta, respecto a la disposición para que al fallecimiento de cualquiera de sus herederos asumirán los dos sobrevivientes y por fallecimiento de cualquiera de ellos, asumirá definitivamente la propiedad el último sobreviviente, para que la posea libremente como propietario único; que esta disposición de la testadora, si bien se puede considerar una condición suspensiva, resulta ilegal al estar en contraposición a lo dispuesto por el artículo ochocientos cuarenticuatro del Código Civil, que establece que si hay va-

rios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar, asimismo está en contraposición con lo establecido por el artículo novecientos veintitrés del Código Civil, que establece que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien y que debe ejercerse en armonía con el está en [...] establecidas por el artículo seiscientos del Código Civil, que establece que el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores, por lo que en aplicación del artículo doscientos diecinueve inciso cuarto del Código Civil, dicha limitación establecida por la testadora, al resultar contraria a ley, deviene nula, ya que el testador no puede establecer limitaciones en cuanto a las acciones y derechos de los herederos para que pueda vender y transmitir también por herencia; **QUINTO**: Por estas consideraciones procede ampararse en parte la demanda, de conformidad con lo establecido por el artículo doscientos diecinueve inciso cuarto del Código Civil y artículo cuatrocientos setenticinco y siguientes del Código Procesal Civil, juzgando con criterio legal y de conciencia y administrando justicia a nombre de la Nación, **FALLO:** declarando fundada en parte la demanda de fojas diecisiete interpuesta por María del Carmen Murias Contreras en representación de Wilma Villanueva Anaya, en contra de Orlando Anaya Morales y los herederos de quien en vida fuera Félix Óscar Anaya Morales, señores Miguel Gálvez Ortiz, Liliana Ortíz de Díaz y Fresia Ponce viuda de Ortiz, sobre nulidad de cláusula testamentaria; en consecuencia se declara nula y sin valor legal, en parte la cláusula sexta punto primero del testamento en Escritura Pública número setecientos once, otorgada por Aída Eufemia Anaya Morales, por ante la Notaría Pública del doctor Jorge Berrios Velarde, con fecha nueve de enero de mil novecientos noventiuno, en cuanto señala que la propiedad no podrá ser vendida por ninguno de sus herederos en su acción y derecho y también en cuanto señala que por fallecimiento de cualquiera de sus herederos asumirán los dos sobrevivientes y por fallecimiento de cualquiera de ellos asumirá definitivamente la propiedad en su totalidad, el último sobreviviente, para que la posea libremente como propietario único; en cuanto a las demás disposiciones que contiene la cláusula sexta punto primero del Testamento referido, se declara infundada la demanda en este otro extremo. Dispongo que consentida o ejecutoriada queda la presente se oficie a la Notaría Pública respectiva para los fines de Ley, así como se cursen los partes correspondientes a los Registros Públicos. TR. Y HS

Tacna, trece de octubre de
mil novecientos noventicinco

VISTOS: Interviniendo como Vocal Ponente el señor Romero; con los acompañados; oído el informe oral; por sus fundamentos pertinentes; y **CONSIDERANDO: PRIMERO**.- Que el apartado primero de la cláusula sexta del testamento de fojas siete tiene contenido patrimonial *mortis causa*, sujeto a condición suspensiva, que limita los derechos de los condóminos. **SEGUNDO**.- Que dicho apartado como acto jurídico unilateral admite modalidades, como la condición anotada, pero éstos deben ser lícitos para la tutela jurídica. **TERCERO**.- Que si bien el artículo ochocientos cuarentiséis del Código Civil permite al testador disponer la indivisión de un bien, empero dicha limitación no puede exceder de cuatro años, computados desde el fallecimiento del testador; que en tal sentido la nulidad propuesta en este extremo deviene improcedente. **CUARTO**.- Que las demás limitaciones vulneran la institución de la sucesión normada por el artículo seiscientos sesenta del Código Civil y atenta los derechos legítimos de los condóminos, como disponer sus derechos y acciones previstos por el artículo novecientos setentisiete del acotado; que la sucesión entendida como trasmisión de derechos y obligaciones desde la muerte de una persona a sus sucesores, no concibe que un inmueble no tenga propietario, un titular de dominio, por la prelación hereditaria por razón de muerte; que siendo esto así, con aplicación del artículo mil cuatrocientos cuatro del acotado, la ilicitud de la condición suspensiva es manifiesta; en armonía con el artículo cuarenta del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **CONFIRMARON** en parte la sentencia apelada, resolución número veintitrés de fojas doscientos quince a doscientos veinte, su fecha tres de enero del presente año en el extremo que declara fundada la demanda de fojas diecisiete, sobre nulidad del numeral primero de la sexta cláusula testamentaria, en cuanto dispone que la propiedad no podrá ser vendida por ninguno de sus herederos en su acción y derecho, y por fallecimiento de cualquiera de sus herederos asumirán los dos sobrevivientes y por fallecimiento de cualquiera de ellos asumirá definitivamente la propiedad en su totalidad, el último sobreviviente, para lo que posee libremente como propietario único; y la **REVOCARON** en cuanto declara infundada las demás disposiciones que contiene el citado numeral de la referida cláusula testamentaria; la que reformándola declararon improcedente; y la confirmaron en lo demás que contiene; y los devolvieron en los seguidos por María del Carmen Murias Contreras en representación de Wilma Villanueva Anaya en contra de Juan y Eufemia Anaya Morales y otros, sobre Nulidad de Cláusula Testamentaria.
S.S:
CASAS D.-ROMERO P.-LOZA A.

EXP. Nº 87-96

SALA CIVIL
NULIDAD DE CLÁUSULA TESTAMENTARIA
TACNA

DICTAMEN Nº 263-96-MP-FN-FSC

Señor Presidente:
Viene para Opinión Fiscal el Recurso de Casación interpuesto a fs. 331 a 337, por don ORLANDO JUAN ANAYA DELGADO contra la sentencia de Vista de fs. 295-296, que **CONFIRMA** en parte la sentencia Apelada de fs. 215 a 220, en el extremo que declara **FUNDADA** la Demanda de fs. 17, sobre **NULIDAD** del numeral Primero de la Sexta Cláusula Testamentaria, en cuanto dispone que la propiedad no podrá ser vendida por ninguno de sus herederos en su acción y derecho, y por fallecimiento de cualquiera de sus herederos asumirán los dos sobrevivientes y por fallecimiento de cualquiera de ellos, asumirá definitivamente la propiedad en su totalidad, el último sobreviviente, para lo que posee libremente como propietario único y la **REVOCARON** en cuanto declara Infundada las demás disposiciones que contiene el citado numeral de la referida cláusula testamentaria, la que reformándola declararon **IMPROCEDENTE**, en los seguidos por doña MARÍA DEL CARMEN MURIAS CONTRERAS, en representación de doña WILMA VILLANUEVA ANAYA contra ORLANDO JUAN ANAYA MORALES, sobre Nulidad de cláusula testamentaria.

El recurrente sustenta el recurso de casación en las causales establecidas por los Incisos 1) y 2) del artículo 386° del Código Procesal Civil.

Respecto a la Causal del Inciso 1) Don Orlando Juan Anaya Delgado sostiene que se ha aplicado indebidamente el artículo 846° del Código Civil; en el que se establece la indivisión testamentaria de una empresa, la que sí esta limitada a cuatro años, empero afirma, el inmueble objeto de la herencia, no es una empresa y por lo tanto, no se rige por dicha limitación.

En relación con la Segunda Causal invocada, se sostiene que en el caso de autos, no se ha aplicado la norma de derecho material contenida en el artículo 171° del Código Civil.

Finalmente, se señala que resultan aplicables —entre otras—, el Artículo V del Título Preliminar y los artículos 140°, 219° Incisos 3) y 8), 680°, 689°, 808° al 814° y 984 del Código Civil, razones por las cuales, por ambas causales

se declaró **PROCEDENTE** el Recurso de Casación interpuesto por don Orlando Juan Anaya Delgado.

Del estudio de Autos resulta lo siguiente:

1. De la escritura de testamento de fs. 7 a 9, otorgado por doña AIDA EUFEMIA ANAYA MORALES, quien al no tener herederos forzosos, el 09 de enero de 1991, otorgó en herencia el inmueble ubicado en la Calle Blondell N° 142-140, para que lo posean mancomunadamente sus sobrinos carnales Orlando Juan Anaya Delgado y Wilma Betsabé Villanueva Anaya, y su hermano Félix Óscar Anaya Morales, con las siguientes limitaciones: La propiedad no puede ser dividida ni vendida por ninguno de sus herederos, en su acción y derecho, debiendo ser poseída conjuntamente y en armonía, y por el fallecimiento de cualquiera de sus herederos, asumirán los dos sobrevivientes y por fallecimiento de cualquiera de ellos asumirá definitivamente la propiedad como propietario único, limitaciones señaladas en el Primer Numeral de la Sexta Cláusula Testamentaria.
2. Ahora bien, el inmueble materia de las referidas limitaciones, tiene la condición de casa-habitación, para uso de vivienda, y en consecuencia, al no tratarse de una empresa, la aplicación que realiza la Sala Civil Superior en la Sentencia de fs. 295, del artículo 846° del Código Civil, que se refiere al plazo de 4 años y a las utilidades por distribuir, resulta indebida, razón por la cual resulta **FUNDADO** el Recurso de Casación, por la causal del Inciso 1) del artículo 386° del Código Procesal Civil.
   En consecuencia, en este caso, se ha aplicado indebidamente una norma de derecho material, el artículo 846° del Código Civil.
3. Del análisis del numeral Primero de la Sexta Cláusula Testamentaria, se desprende que la voluntad de la testadora, Aída Eufemia Anaya Morales, es que sus herederos instituidos posean conjuntamente y en armonía, la propiedad heredada, de la cual los herederos son copropietarios, propiedad que sólo se consolidará en uno de ellos, de fallecer los otros dos.
4. Resulta claro que las limitaciones establecidas en el Primer Numeral de la Sexta Cláusula Testamentaria constituye una condición suspensiva, ya que del fallecimiento de dos copropietarios depende la eficacia total del acto traslativo de dominio (artículo 171° del Código Civil).
5. El Artículo 686° del Código Civil establece que 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.

El artículo 689° del Código Civil señala que el testamento, como acto jurídico, admite modalidades.

6. Se concluye que la testadora Aída Eufemia Anaya Morales ha tenido facultad legal y libertad para establecer condiciones suspensivas en su testamento, como las señaladas en el Primer Numeral de la Sexta Cláusula Testamentaria, las que constituyen su última voluntad, mediante la cual instituyó como sus herederos a sus sobrinos y a su hermano, condiciones suspensivas que no resultan contrarias a la ley ni a las buenas costumbres.

Por tanto, la Fiscalía Suprema en lo Civil es de Opinión que debe declararse **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por don Orlando Juan Anaya Delgado, y de conformidad con el Inciso 1) del Artículo 396 del Código Procesal Civil, solicito que la Sala de su Presidencia, Case la Sentencia de Vista de fs. 295-296 y actuando como órgano de resolución declare **INFUNDADA** la Demanda de fs. 17 a 20, interpuesta por doña MARÍA DEL CARMEN MURIAS CONTRERAS, en representación de doña WILMA VILLANUEVA ANAYA.

Lima 28 de octubre de 1996

CAS. N° 87-96 TACNA

Lima, veintidós de julio de mil
novecientos noventisiete

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la causa vista en audiencia pública el catorce de mayo del año en curso, emite la siguiente sentencia; con los acompañados:

1. **MATERIA DEL RECURSO**

Se trata del recurso de casación interpuesto por don Orlando Juan Anaya Delgado contra la sentencia de fojas doscientos noventicinco, su fecha trece de octubre de mil novecientos noventicinco, que confirmando en una parte y revocando en otra la sentencia apelada de fojas doscientos quince, su fecha tres de enero del mismo, declara fundada la demanda de fojas diecisiete sobre nulidad del número primero de la sexta cláusula testamentaria, en cuanto dispone que la propiedad no podría ser vendida por ninguno de sus herederos en su acción y derecho y por fallecimiento de sus herederos asumirán los dos sobrevivientes y por fallecimiento de cualquiera de ellos asumirá definitivamente la propiedad en su totalidad,

el último sobreviviente, para que lo posea libremente como propietario único, declara improcedente en cuanto a las demás disposiciones que contiene el citado numeral de la referida cláusula testamentaria; y la confirma en lo demás que contiene la apelada.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La Corte mediante resolución de fecha doce de junio de mil novecientos noventiséis ha estimado procedente el recurso sólo por las causales relativas a la aplicación indebida del artículo ochocientos cuarentiséis del Código Civil, por no ser de aplicación el plazo máximo contenido en esa norma para la indivisión fijada por vía testamentaria respecto de bienes distintos a las empresas y a la inaplicación del artículo ciento setentiuno del mismo Código relativa a las condiciones del acto jurídico.

3. CONSIDERANDO

PRIMERO: Que en la presente *litis* se discute la validez de una disposición testamentaria por la que la testadora establece un régimen de indivisión respecto al inmueble a ser poseído por tres personas, y en el que el que sobreviva a la muerte de las otras dos adquiere la propiedad del mismo, que la Corte Superior ha calificado como de condición suspensiva.

SEGUNDO: Que el hecho de calificar la disposición como conteniendo una condición implica que el juzgador ha tenido en cuenta las normas que las regulan por lo que la denuncia por inaplicación carece de fundamento.

TERCERO: Que, sin embargo, debe señalarse que esta condición impropia que sujeta la transmisión de propiedad a la muerte previa de dos personas en beneficio de una tercera repugna al orden público y carece de toda validez y eficacia.

CUARTO: Que nuestro ordenamiento legal no puede tolerar la existencia de una disposición semejante que propenda a generar expectativas patrimoniales derivadas de que una persona muera con anterioridad a otra.

QUINTO: Que en ese sentido la finalidad perseguida con dicha disposición testamentaria es ilícita siendo de aplicación lo dispuesto en los incisos cuatro y ocho del artículo doscientos diecinueve y doscientos veinticuatro del Código Civil.

SEXTO: Que la disposición testamentaria que establece la indivisión en supuestos diferentes al del artículo ochocientos cuarenticinco del Código Civil, es decir, sobre empresas o negocios no es nula, sin embargo, los condóminos no están obligados a respetarla.

SÉTIMO: Que aún cuando nuestro Código Civil no contiene una norma similar a la que regulaba el artículo setecientos ochentisiete del Código Civil, de mil novecientos treintiséis, que hubiera convertido en innece-

saria esta discusión, dicho principio se desprende de concordar lo dispuesto en los artículos ochocientos cuarentiséis, ochocientos cuarentisiete y ochocientos cincuenticuatro del Código Civil.

OCTAVO: Que si bien desde ese punto de vista ha habido una aplicación indebida del artículo ochocientos cuarenticinco del Código Civil, este error no es suficiente para casar la sentencia conforme al artículo trescientos noventisiete de la ley procesal.

4. SENTENCIA

Estando a las conclusiones a las que se arriba, con lo expuesto en el dictamen del Señor Fiscal Supremo, se declara **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Orlando Juan Anaya Delgado, en consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de fojas doscientos noventicinco, su fecha trece de octubre de mil novecientos noventicinco, **CONDENARON** al recurrente al pago de la multa de dos 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.

S.S.:

IBERICO-RONCALLA-SEMINARIO-TINEO-ALMEYDA

CASO N° 33

CAS. N° 788-95 LIMA

Sumilla del autor:

Cuando se presenta la incapacidad del otorgante en un testamento debe distinguirse: que resulta nulo el testamento cuando ha sido otorgado por incapaces menores de edad así como por los mayores enfermos mentales cuya interdicción haya sido declarada judicialmente; siendo anulable aquel testamento celebrado por personas incapaces para otorgar testamento y que se encuentran señaladas en el artículo 687 del Código Civil.

Deviene inadmisible el recurso de casación cuando se incumple con el requisito de forma previsto en el artículo 387 del Código Procesal Civil, esto es, el pago de recibo por concepto de tasa judicial por cada uno de los recurrentes.

Concordancias:

Código Civil: Arts. 687, 787, inc. 10, 790, 808-814, 812.
D. Ley 25935 Ley General de Arbitraje: Arts. 3, 7, 9.
Código Procesal Civil: Arts. 387, 391, 446 inc. 13, 448 segundo parágrafo, 449, 450, 451 inc. 5.

Antecedentes:

Del caso aparece que la causante doña Carmen Jesús Olaechea Álvarez Calderón otorgó testamento por Escritura Pública, disponiendo de todos sus bienes en legados a favor de sucesores no forzosos, instituyendo un albacea y consignando una cláusula en la que aparece un convenio arbitral.

En el incidente de excepciones en el proceso seguido por Soledad Olaechea Pardo y otros contra María Olaechea Álvarez de Rivera y otros sobre nulidad de testamento, se declaran infundadas todas las excepciones propuestas por los demandados por resolución del 22 de diciembre de 1994. Así, se desestima la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes al señalarse que al albacea le corresponde sostener la validez del testamento sin perjuicio de apersonamiento de los herederos (Art. 787 inc. 10 del Código Civil); sobre la excepción de caducidad se indica que de acuerdo al Art. 812 del mismo Código sustantivo, el plazo para la anulabilidad del testamento es de 2 años; y, por último, sobre la excepción de Convenio arbitral se considera que la nulidad de testamento es una acción que por su naturaleza importa al orden público y que la misma no es materia arbitrable de acuerdo con el Art. 7 de la Ley General de Arbitraje, D. Ley 25935.

La resolución de vista del 4 de julio de 1995 revoca la apelada en cuanto declara infundada la excepción de convenio arbitral, la que reformándola fue declarada fundada, al considerar que aun cuando la acción propuesta en la demanda es una de anulabilidad de testamento, se entiende que la materia dispuesta en el aludido testamento si es materia arbitrable de acuerdo a los artículos 7 y 9 de la Ley General de Arbitraje, y que la cláusula décima primera del testamento surte efectos como convenio arbitral.

Interpuesto recurso de casación, por resolución de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de fecha 27 de diciembre de 1995 se declaró nulo el concesorio e inadmisible el recurso de casación por haberse acompañado el recibo de pago de una sola tasa judicial y habiendo sido dos los recurrentes, el pago de la tasa resultó diminuto.

RES. N° 6

Lima, veintidós de diciembre de
mil novecientos noventicuatro

AUTOS Y VISTOS; y atendiendo: **PRIMERO**: que, de acuerdo a una interpretación sistemática del Código Civil referida a la excepción de Falta de Legitimidad para obrar de los demandantes, debe, en primer término, señalarse que al momento de testar la *de cujus*, tenía la facultad de disponer la universalidad de su patrimonio; **SEGUNDO**; que, el inciso décimo del artículo setecientos ochentisiete del Código Civil contempla las obligaciones del albacea y entre ellas está la de sostener la validez del testamento en el proceso en que se lo impugne y agregando: «[...] sin perjuicio del apersonamiento que en tal caso corresponde a los herederos» lo que indica que tal participación por parte de los herederos es complementaria; **TERCERO**: que lo anterior debe ser concordado con el artículo setecientos noventa del referido Código Civil, ya que la *de cujus* dejó su patrimonio distribuido entre legados y siendo esto así corresponde al albacea la tenencia de los bienes; **CUARTO**: que en lo que toca a la excepción de Caducidad es necesario distinguir claramente de un lado la nulidad de un testamento y de otro la aceptación del mismo, sobre todo si el mismo Código Civil los registra en títulos distintos como son el Primero y el Noveno de la Sección Primera del Libro de Derecho de Sucesiones; **QUINTO**: que por tanto es de tenerse presente que si bien es cierto que el plazo que opera para la aceptación de la herencia es de tres meses para quienes viven en el país, sin embargo, respecto de la acción de nulidad de testamento los preceptos contenidos en los artículos ochocientos ocho a ochocientos catorce de la normativa sustantiva sólo registran como plazo para anulabilidad de testamento el de dos años (artículo ochocientos doce del citado código) y no existe en el articulado referido otro plazo que el anteriormente precisado; **SEXTO**: que la nulidad de testamento es una acción que por su naturaleza importa al orden público, sobre todo si se argumenta que tal disposición de última voluntad fue conferida sin las condiciones de salud indispensables para ello; **SÉTIMO:** que la nulidad de testamento no está contemplada en los supuestos del artículo séptimo de la Ley General de Arbitraje - Decreto Ley número veinticinco mil novecientos treinticinco; **OCTAVO:** por estas consideraciones, de conformidad con las disposiciones legales glosadas y estando a lo dispuesto en los artículos cuatrocientos cuarentinueve y cuatrocientos cincuenta del Código Procesal Civil, **SE DECLARA**: infundada la excepción de Falta de legitimidad para obrar de los demandantes, la excepción de Convenio Arbitral y la excepción de Caducidad, todas ellas propuestas por

la parte demandada y en consecuencia **SANEADO** el proceso; señalándose fecha para la audiencia de conciliación para el día veinte de enero a horas diez de la mañana en el local del juzgado.

EXP: 9211-95

Lima, cuatro de julio de
mil novecientos noventicinco

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como Vocal Ponente el señor Tineo Cabrera; y **ATENDIENDO**: **PRIMERO**: Que el *A-quo*, según los términos de la resolución copiada a fojas ciento setentisiete de este cuaderno, ha declarado infundada la excepción de convenio arbitral por que, a su juicio, la nulidad de testamento es una acción que por su naturaleza importa al orden público y por que la nulidad de testamento no esta contemplada en los supuestos del artículo séptimo de la Ley General de Arbitraje Decreto Ley veinticinco mil novecientos treinticinco, esto es, no es arbitrable; **SEGUNDO**: Que independiente de que la acción propuesta en la demanda copiada a fojas uno y siguientes, pese a la denominación que allí se le asigna, es una de anulabilidad del testamento, conforme a lo claramente dispuesto por el artículo ochocientos ocho y su referido artículo seiscientos ochentisiete del Código Civil, el artículo noveno de la Ley General de Arbitraje, de modo expreso y categórico admite que es arbitrable incluso la nulidad absoluta; **TERCERO:** Que tal como lo admite el Juez y aparece claramente del testimonio de la escritura de testamento otorgada por quien fuera doña Carmen Jesús Olaechea Alvarez Calderón, obrante en copia a fojas sesentiséis y siguientes de este cuaderno, la *de cujus* dispuso de todos sus bienes en legados, a favor de sus sucesores no forzosos, por tanto la Cláusula Décima Primera del aludido testamento surte efecto como convenio arbitral, desde que sus estipulaciones se hallan contenidas en los alcances del artículo séptimo de la referida Ley General de Arbitraje; **CUARTO**: Por lo que estando además a lo prescrito por el artículo tercero de la citada ley y artículos cuatrocientos cuarentiséis, inciso décimo tercero, artículo cuatrocientos cuarentiocho, segundo parágrafo y cuatrocientos cincuentiuno inciso quinto del Código Procesal Civil; **REVOCARON** la resolución apelada copiada a fojas ciento setentisiete, su fecha veintidós de Diciembre de mil novecientos noventicuatro, en cuanto declara infundada la excepción de convenio arbitral, la que **DECLARA FUNDADA** y, en consecuencia téngase por anulado todo lo actuado y por concluido el proceso; en los seguidos por Soledad Olaechea Pardo y otros contra María Olaechea Alvarez

de Rivera y otros, sobre Nulidad de Testamento; **MANDARON** que por Secretaría se dé cumplimiento a lo dispuesto en el segundo parágrafo del artículo trescientos ochentitrés del Código Procesal Civil.- interviniendo el Doctor Braithwaite Gonzáles en aplicación del artículo ciento cuarentinueve de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
SS. URRUTIA CARRILLO-TINEO CABRERA-BRAITHWAITE GONZÁLES

CASO Nº 788-95

Lima, veintisiete de diciembre de
mil novecientos noventicinco

VISTOS; y **ATENDIENDO**: 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 doscientos ochenta, ha sido interpuesto por don Daniel Olaechea Pardo por derecho propio y en representación de doña María Albina y doña Soledad Olaechea Pardo, acompañando el recibo de fojas doscientos cuarentisiete expedido a favor del primero de los nombrados, por la suma de cuatrocientos nuevos soles, cantidad que debían pagar cada uno de ellos, de donde resulta que el pago es diminuto; 3) Que, en consecuencia, no se ha cumplido con el requisito contemplado por el inciso segundo del artículo trescientos ochentisiete citado; y, aplicando el artículo trescientos noventiuno del mismo cuerpo legal: declararon **NULO** el concesorio de fojas doscientos noventiuno, su fecha veintinueve de agosto del presente año, e **INADMISIBLE** el recurso de casación: **CONDENARON** a los recurrentes al pago de una multa de tres Unidades de Referencia Procesal y de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; en los seguidos por doña Soledad Olaechea Pardo y otros con María Olaechea Álvarez Calderón de Rivera y otros sobre nulidad de testamento; y los devolvieron.-
SS. RONCALLA/ROMÁN/REYES/ECHEVARRÍA/FERNÁNDEZ

MATERIA REGISTRAL: SUCESIÓN INTESTADA POR DECLARACIÓN JUDICIAL DE CADUCIDAD DE INSTITUCIÓN DE HEREDERA HECHA POR TESTAMENTO

CASO Nº 34

RESOLUCIÓN N° 351-98-0RLC/TR

Sumilla del autor:

Cuando la institución de herederos contenida en un testamento hubiera caducado por preterición de un heredero forzoso, la resolución judicial que invalida la institución no importa colocar automáticamente en su reemplazo al preterido, sino que hay que tramitar la sucesión intestada en todo o en parte, porque en defecto de nombramiento testamentario no se es heredero sino se es declarado como tal.

Antecedentes:

Según testamento por escritura pública de 04 de febrero de 1970 Orestes Aguirre instituyó como única y universal heredera a su cónyuge Lucía Falcón Silva.

Producido el deceso del testador el 03 de septiembre de 1970 y con posterioridad a la inscripción de dicha disposición testamentaria, Segundo Aguirre Palomino y María Concepción Villar Heredia, padres del testador, demandaron la nulidad de esta institución testamentaria alegando que, de conformidad con el Art. 760 del Código Civil de 1936, les correspondía derechos hereditarios conjuntamente con la cónyuge supérstite del testador y que al haber sido preteridos por este, la institución de herederos hecha por el testador había caducado, de acuerdo al Art. 753 del citado Código.

Según sentencia ejecutoriada del 26 de noviembre de 1979 se declaró caduco el aludido testamento en cuanto dañaba los derechos hereditarios de los demandantes y nulo la cláusula 4ta. del testamento en la parte que instituye como única y universal heredera a doña Lucía Falcón Silva. Subsistiendo en todo lo demás. Quedó inscrita en el Registro de Testamentos y Registro de la Propiedad e Inmueble de Lima. Esta sentencia carece de pronunciamiento que declare herederas a dichos demandantes, porque en todo caso la vocación sucesoria que tienen debe formalizarse mediante la sucesión legal, según Arts.

758 y 760 del Código Civil de 1936. El Registrador Público formula observación a la solicitud de inscripción de sucesión intestada en mérito de las partes judiciales. Tampoco es procedente la traslación de la sentencia al rubro de dominio.

La Primera Sala del Tribunal Registral, por los mismos fundamentos, confirmó la observación formulada por el Registrador Público del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima.

Comentario del autor:

La resolución judicial que declara caduca la institución de heredero por preterición de un heredero forzoso exige que aquella declare herederos legales a quienes corresponda.

La declaración de caducidad de institución de heredero no coloca de por si automáticamente en su reemplazo al preterido.

La caducidad de la institución de heredero no invalida necesariamente la integridad del testamento. Aquella afecta sólo en la medida que deja de lado a otro o a otros herederos a quienes corresponde igual derecho.

El Código Civil de 1936 es aplicable en el presente caso, porque el testador falleció el 03 de septiembre de 1970, resultando por eso de aplicación el Art. 2117 del Código Civil del 1984.

Según el Art. 760 del Código Civil de 1936, el cónyuge hereda conjuntamente con los padres del causante y le corresponde una cuota igual a uno de ellos, Art. 767 del mismo Código.

Conforme a los Arts. 758 y 760 del Código Civil de 1936, la vocación sucesoria no puede ser determinada directamente por el Registrador en vía de interpretación extensiva de una resolución judicial en la cual la pretensión y la decisión jurisdiccional sobre el fondo se orientó a un propósito diferente.

Con este mismo criterio, el Art. 1226 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 estableció que cuando la institución de herederos contenida en el testamento hubiera caducado, correspondía iniciar el procedimiento de declaratoria de herederos a fin de nombrar como tales a quienes hubieran acreditado su derecho.

La vocación sucesoria no se determina por acto de conciliación sino fundamentalmente consecuencia de la comprobación plena de la existencia de vínculos consanguíneos, o conyugales, o de parentesco civil con el causante, porque los derechos hereditarios de éstos se establecen de acuerdo a normas legales de orden público (Arts. 816, 817 y 818 del Código Civil).

No procede inscribir alguna en el Registro Público de la Propiedad Inmueble mientras no se determine la titularidad de los derechos hereditarios, a

través del correspondiente proceso judicial o notarial de conformidad con la Ley N° 26662 como supuesto previo.

Son aplicables además al caso submateria, el Art. 2011 del Código Civil y Arts. 150, 151 y el numeral IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos.

RES. N° 351-98-0RLC/TR*

Lima, 07 de octubre de 1998

VISTO, el recurso de Apelación interpuesto por RAFAEL JOSÉ RAMOS HEREDIA mediante Hoja de Trámite Documentario N° 20159 del 13 de Agosto de 1998, contra la observación formulada por el Registrador Público del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, Dr. Marco Becerra Sosaya, a la solicitud de inscripción de Sucesión intestada en mérito de partes judiciales. El título se presentó el 23 de junio de 1998 bajo el N° 104100. El Registrador denegó la inscripción por cuanto: «Reingresado no procede la anotación de sucesión de María Concepción Villar Heredia Vda. de Aguirre respecto a los inmuebles inscritos en la ficha N° 29026 y ficha de continuación N° 1116881 por cuanto no tiene dominio inscrito.

Consecuentemente, tampoco es procedente la traslación de la sentencia anotada en el rubro (d) al rubro de dominio por lo antes expuesto. Se deja constancia que se tuvo a la vista nuevamente el título archivado N° 5672 de fecha 13.01.98 y que de la revisión de la parte resolutiva de la sentencia que declara la caducidad parcial del testamento se ha efectuado una interpretación restrictiva (tratándose de transmisión de dominio y según consejo de la sana doctrina) de dicha resolución, la cual parece dejar a salvo el derecho de doña María Concepción Villar Heredia Vda. de Aguirre mas no se pronuncia expresamente por la inclusión de la misma cual heredera. En este sentido, subsisten las observaciones efectuadas con fecha 10.07.98. Se formula la presente observación de conformidad con los Arts. 150 y 151 del Registro General de los Registros Públicos; y Art. 2011 del Código Civil de Lima, 08.08.98», interviniendo como Vocal ponente el Dr. Jorge Luis Gonzales Loli; y,

---

* Tomado de: REGISTROS PÚBLICOS LIMA Y CALLAO. *Jurisprudencia Registral.* Vol. VII, julio a diciembre de 1998. Lima, 1999, pp. 207-210.

CONSIDERANDO

Que, mediante el título venido en grado, el recurrente solicita la inscripción de la Sucesión Intestada de doña María Concepción Villar Heredia Vda. de Aguirre, en la partida registral de los inmuebles registrados en las Fichas N°s.185196, 37979, 29025, 29026 así como los que son materia de las partidas registrales que se inician a fs. 88 del Tomo 758 y a fs. 175 del Tomo 915 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima;

Que, entre los inmuebles antes mencionados, se encuentra el Lote 4 de la Mz. A de la Urbanización San Luis del Distrito de Barranco; así como parte del Lote 66 de la parcelación del Fundo Santa Inés del distrito de Chaclacayo, unidades inmobiliarias que corren inscritas en la Ficha N° 29026 y a fojas 175 del Tomo 915 y su continuación en la Ficha N° 1116881 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, respectivamente;

Que, del estudio de las citadas partidas registrales así como del Título Archivado N° 522 del 06-07-80, se advierte que en el asiento 8 de fojas 179 del Tomo 915 y el asiento 4-c) de la Ficha N° 29026 constaba la titularidad dominial de doña Lucía Falcón Silva, quien adquirió el dominio exclusivo en virtud de haber sido instituida única y universal heredera de su cónyuge, Orestes Aguirre Villar, fallecido el 03 de septiembre de 1970, según testamento por Escritura Pública del 04 de febrero del mismo año, otorgada ante el Notario de Lima, Dr. Guillermo Ballón Torres;

Que, con posterioridad a la inscripción de dicha disposición testamentaria, don Segundo Aguirre Palomino y doña María Concepción Villar Heredia (padres del testador), incoaron demanda de Nulidad de Testamento contra la beneficiaria, Lucía Falcón Silva (anotada preventivamente en los asientos 9 de fs. 179 del Tomo 915 y 2 d) de la Ficha 29025), alegando que de conformidad con el Art. 760 del Código Civil de 1936, les correspondía también derechos hereditarios conjuntamente con la cónyuge supérstite y que al haber sido preteridos por el causante, el testamento a que se refiere el considerando precedente había caducado, de conformidad con el Art. 753 del citado Código;

Que, encontrándose vigente la anotación preventiva de dicha demanda de nulidad de testamento, la demandada Lucía Falcón Silva, transfirió el dominio de ambas unidades inmobiliarias según escrituras públicas de compraventa del 09 de diciembre de 1977 y del 12 de julio de 1978 extendidas ante los Notarios de Lima, Dr. Gastón Ballón Torres y Dr. Rafael Chepote Coquis, obrantes en los títulos archivados N° 12935 del 02-01-78 y N° 3713 del 21-07-78, respectivamente, corriendo inscritas en el asiento 5-c) de la Ficha N° 29026 y asiento 10 de fojas 179 del tomo 195 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima;

Que, sin embargo es de advertirse del asiento 11 de fojas 180 del Tomo 195, asiento 4-d) de la Ficha N° 29026 y de los títulos archivados N° 108568 del 11-10-88 y N° 8203 del 21-01-94, que los mencionados contratos de compraventa celebrados por Lucía Falcón Silva a favor de Manuel Contreras Bustamante y su cónyuge Lucila Cachuán Espinoza así como a favor de María Isabel Penagos Guevara fueron objeto de declaración judicial de nulidad, según sentencias de fecha 15 de mayo de 1987 y 20 de julio de 1987;

Que, importando la declaración de nulidad del título sustantivo en cuya virtud se extendió la inscripción un supuesto cancelatorio previsto en el Art. 94 inciso b) del Reglamento de las Inscripciones, esta instancia se ha pronunciado en la Resolución N° 2002-97-ORLC/TR del 05 de junio de junio de 1997, en el sentido que en tanto el acto declarado nulo no surta los efectos deseados por las partes, no da lugar a la situación jurídica pretendida por ellos, porque es aplicable el principio *quod nullum est, nullum producit effectum*, por lo que al declararse la nulidad del título en cuya virtud se extendió una inscripción, procede pedirse u ordenarse la cancelación de éste, por lo que la inscripción de las sentencias que declaran la nulidad de las transferencias dominiales efectuadas por Lucía Falcón Silva a favor de terceros importa la privación de los efectos de los asientos que la publicitan;

Que, en la acción judicial a que se contrae el cuarto considerando, seguida por los herederos presuntamente preteridos por el testador sobre nulidad de testamento, según sentencia ejecutoriada del 26 de noviembre de 1979, expedida por el Dr. Felipe Almenara Bryson, Juez del Vigésimo Juzgado en lo Civil de Lima, se declaró caduco el testamento otorgado por don Orestes Aguirre Villar de fecha 04 de febrero de 1970, en cuanto daña los derechos hereditarios de Segundo Aguirre Palomino y María Concepción Villar de Aguirre, y nula la cláusula cuarta de dicho testamento en la parte que se instituye como única y universal heredera a doña Lucía Falcón Silva, subsistiendo en todo lo demás, siendo que dicho pronunciamiento jurisdiccional fue inscrito en el asiento 4 de fojas 264 del Tomo 30 del Registro de testamento, así como en el asiento 5-d) de la ficha N° 29026 y asiento 1-d) de la Ficha N° 1116881 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima;

Que, del tenor de la mencionada Resolución, se advierte que el mandato judicial se limita a establecer la caducidad de la institución de herederos efectuada por el testador, manteniendo la vigencia de las demás disposiciones testamentarias, apreciándose además que no existe pronunciamiento alguno por medio del cual se declare expresamente como herederos a los demandantes, siendo que en todo caso la vocación sucesoria que les correspondería por sucesión legal, conforme a los artículos 758 y 760 del Código Civil de 1936, no

puede ser determinada directamente por el Registrador en vía de interpretación extensiva de una Resolución Judicial en la cual la pretensión y la decisión jurisdiccional sobre el fondo se orientó a un propósito diferente;

Que, en ese mismo sentido, el abrogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, es su artículo 1226, establecía que cuando la institución de herederos contenida en el testamento hubiera caducado, entonces correspondía iniciar el procedimiento de Declaratoria de Herederos a fin de declarar como tales a quienes hayan acreditado su derecho, estableciéndose del estudio de los antecedentes registrales y de la documentación venida en grado, que dicho pronunciamiento judicial no se habría producido hasta la fecha, lo cual ha sido corroborado con la búsqueda efectuada en el Registro de sucesiones Intestadas (antes Registro de Declaratoria de Herederos), donde no consta inscrita sucesión alguna del citado causante Orestes Aguirre Villar;

Que, adicionalmente, resulta conveniente tener en cuenta como criterio interpretativo de los efectos de la declaración de la caducidad de la institución hereditaria derivada de la preterición de uno de los herederos, lo expresado por Guillermo Lohmann Luca de Tenna[1], quien refiriéndose a lo establecido por el Art. 806 del Código Civil vigente (cuyo antecedente es el artículo 753 del Código Civil abrogado), indica que «declarada, pues la invalidez, la anulación surte efecto retroactivo y se tiene por no puesto (en todo o en parte) el nombramiento de un heredero que priva al preterido de su legítima». Sin embargo, esto trae un problema colateral, o mejor dicho, consecuente o derivado, porque la declaración judicial sólo puede invalidar la institución de otro heredero, pero eso no supone automáticamente colocar en su reemplazo al preterido. Y es que si el testador no lo ha considerado en su testamento, hay que tramitar la sucesión intestada en todo o en parte, porque en defecto de nombramiento testamentario no se es heredero si no se es declarado como tal en la sucesión intestada.

Que, consecuentemente, si bien se desprende de los actuados judiciales, que los padres del causante han acreditado el entroncamiento respecto de su descendiente, no es menos cierto que previamente, deberá iniciarse el procedimiento de sucesión intestada a efecto de que sean declarados herederos, por lo que no procede inscribir su dominio en las partidas subexámine mientras no se determine la titularidad de los derechos hereditarios a través del correspondiente proceso judicial o notarial, de conformidad con la Ley N° 26662, como supuesto previo, para la inscripción de la sucesión intestada de María Concepción Villar Heredia, que es materia de rogación, en observancia del principio de tracto sucesivo regulado por el Art. 2015 del Código Civil;

Que, en virtud de lo expuesto y de conformidad con el Art. 2011 del Código Civil, los Arts. 150, 151 y el numeral IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, el presente título no se adecua a los precedentes registrales ni a lo previsto por las normas jurídicas que le son aplicables: y;

Estando a lo acordado;

SE RESUELVE:

Confirmar la observación formulada por el Registro Público del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, al título referido en la parte expositiva por los fundamentos expuestos en la presente Resolución;

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.- (FDO.)

DRA. MARTHA SILVA DÍAZ, PRESIDENTA DE LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL REGISTRAL. –

DR. JORGE LUIS GONZALES LOLI, VOCAL (E) DEL TRIBUNAL REGISTRAL.–

DR. TULIO BELOGLIO BELOGLIO, VOCAL (E) DEL TRIBUNAL REGISTRAL.

MATERIA REGISTRAL: CALIFICACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES: CADUCIDAD DE TESTAMENTO

CASO Nº 35

RESOLUCIÓN N°137-99-ORLC/TR

Sumilla del autor:

No es facultad del registrador cuestionar los posibles vicios procesales que surjan al interior de un proceso judicial, siendo en todo caso responsabilidad del órgano jurisdiccional cuidar que este se realice de acuerdo a las normas que lo rigen, no correspondiendo al registrador verificar el fundamento o la adecuación a la ley en cuanto al contenido de la resolución.

Antecedentes:

Don Óscar José Gavidia Vera, con fecha 29 de mayo de 1980 otorgó testamento por escritura pública cuando carecía de herederos forzosos, y al parecer por este motivo, instituyó heredero voluntario. Posteriormente contrajo matrimonio civil con doña Rosario Esther Frías Alva. A la muerte de aquél le sobrevive su referida esposa, pero no obstante no modifica su testamento.

Dentro de un proceso judicial no contencioso sobre declaratoria de heredero de don Óscar José Gavidia Vera, se expidió resolución el 22 de octubre de 1998 que declaró heredera del referido causante a su mencionada esposa y posteriormente, dentro del mismo procedimiento judicial, con fecha 18 de diciembre de 1998, el Juez de Paz Letrado que conoció del asunto, declaró caduco ese testamento.

Después de concluido este proceso se remitieron partes judiciales, solicitando la inscripción de la caducidad en el Registro de Testamentos, habiéndolo observado la Registradora Pública doctora Marlene Calderón Casas por tres razones:

1. Porque conforme al Art. 749 del Código Procesal Civil y la Sexta Disposición Complementaria y Final del mismo cuerpo normativo, no procede la acumulación dentro de un proceso no contencioso declarativo de herederos, el de caducidad de testamento que corresponde a un proceso contencioso.

2. Porque según el Art. 475 del mismo Código Procesal, corresponde conocer de la caducidad de testamento a un juzgado civil y no a un juzgado de Paz Letrado.
3. Que conforme al principio de rogación contenido en el Art. 2011 del Código Civil, corresponde a los registradores calificar la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto.

Habiendo sido apelada la resolución denegatoria, la Segunda Sala del Tribunal Registral la revocó y ordenó su inscripción, por considerar que no es facultad del Registrador cuestionar los posibles vicios procesales que surjan en el interior de un proceso judicial, siendo en todo caso, responsabilidad del órgano jurisdiccional cuidar que este se realice de acuerdo a las normas que lo rigen, no correspondiendo al Registrador, verificar el fundamento o la adecuación a la ley en cuanto al contenido de la Resolución.

Finalmente, de conformidad con el primer párrafo del Art. 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda persona y autoridad está obligado a acatar y dar cumplimiento a las resoluciones judiciales o de índole administrativa emanada de la autoridad judicial competente, en sus propios términos sin poder calificar su contenido o sus fundamentos.

Comentario:

Coincidimos con la resolución de la Segunda Sala del Tribunal Registral. La segunda parte del Art. 2011 del Código Civil, al ocuparse del principio de rogación señala que «lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica, bajo responsabilidad del Registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción». Una resolución judicial debe ser acatada y ejecutada por la correspondiente autoridad bajo responsabilidad.

Que, finalmente, es del caso precisar:

1. Que, ni el Código Procesal civil ni el Código Civil, han establecido la vía procedimental correspondiente a la declaración de caducidad de la institución de heredero.
2. Que, cuando no está expresamente establecida una vía procedimental propia, corresponde a los jueces, de conformidad con los Arts. 475, 486 y 546 del Código Procesal Civil en lo que respecta a los procesos contenciosos; de igual manera en lo relativo a los procesos no contenciosos, se tramitan en esta vía, las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del

juez, carezcan de contención como lo establece el inciso 12 del Art. 749 del mismo cuerpo legal.

RESOLUCIÓN N° 137-99-ORLC/TR

Lima, 02 de junio de 1999

VISTO, el recurso de apelación interpuesto por ROSARIO ESTHER FRÍAS ALVA (Hoja de Trámite Documentario N° 8306 del 23 de Marzo de 1999), contra la observación formulada por la Registradora Pública (e) del Registro de Testamentos, Dra. Marlene Calderón Casas, a la solicitud de inscripción de Caducidad de Testamento, en mérito a partes judiciales. El título se presentó el 11 de Marzo de 1999, bajo el N° 40715. La Registradora denegó la inscripción en los siguientes términos: «La vía procedimental de la acción de Caducidad de Testamento le corresponde un Proceso Contencioso, sin embargo en el presente caso, se ha resuelto acumulándose en un proceso no contencioso, como lo es una sucesión intestada. Al respecto se debe indicar que tanto el Art. 749 del Código Procesal Civil, así como la Sexta Disposición Complementaria y Final del mismo cuerpo normativo, establecen las solicitudes o autorizaciones que se tramitan como proceso no contencioso, no encontrándose entre éstas, la de caducidad de testamento. Teniendo en cuenta el artículo 475 del Código Procesal Civil, corresponde resolver la caducidad de testamento al Juzgado Civil correspondiente y no a un Juzgado de Paz Letrado como en el presente caso.

Artículo 2011 del Código Civil», interviniendo como Vocal ponente el Dr. Walter Poma Morales; y,

CONSIDERANDO:

Que, con el presente título, se solicita la inscripción de la caducidad del testamento otorgado por don Óscar José Gavidia Vera, en mérito a partes judiciales que contienen las copias certificadas de las resoluciones judiciales de fechas 22 de octubre de 1998, 18 de diciembre del mismo año, 21 de enero y 05 de marzo de 1999, expedidas por el Juez de Paz Letrado del Módulo Corporativo Manual de la Molina y Cieneguilla;

Que, por resolución del 22 de octubre de 1998 se declaró como única y universal heredera de don Óscar José Gavidia Vera, a su cónyuge doña Rosario Esther Frías Alva; resolución que posteriormente fue aclarada por la de fecha 18 de diciembre de 1998, señalándose que «ha caducado el testamento otorgado por el causante con fecha 29 de mayo de 1980 [...] y que resulta

como heredera del mismo, su cónyuge sobreviviente, con quien contrajo matrimonio con posterioridad a la fecha de otorgamiento de dicho testamento...», disponiéndose cursar partes al Registro de Sucesión Intestada y al de Propiedad Inmueble mediante Resolución del 21 de enero de 1999, la misma que señaló que la resolución aclaratoria del 18 de diciembre de 1998 había quedado consentida; asimismo, mediante Resolución del 5 de marzo de 1999 se dispuso oficiar al Registro de Testamentos a fin de inscribir la sentencia principal y aclaratoria que declara la caducidad del testamento inscrito en la ficha N° 7896;

Que, consta inscrito en la ficha N° 7896 del Registro de Testamentos, el testamento por Escritura Pública otorgado por don Óscar José Gavidia Vera de fecha 29 de mayo de 1980 y en la partida electrónica N° 11049359 del Registro de Sucesiones Intestadas, la anotación de la solicitud de sucesión intestada del citado causante, realizada por disposición del Primer Juzgado de Paz Letrado de La Molina y Cieneguilla;

Que, respecto de 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 mandamiento 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 a la incompatibilidad entre la resolución judicial y los antecedentes regístrales, no pudiendo verificar 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;

Que, la sucesión intestada se tramita en proceso no contencioso y a la elección del interesado ante el Poder Judicial, siendo competente el Juez de Paz Letrado, o ante el notario, por aplicación de la ley 26662;

Que ni el Código Procesal Civil ni el Código Civil, han establecido la vía procedimental en que corresponde tramitarse la declaración de la caducidad de la institución de heredero;

Que, cuando no se encuentra expresamente establecida una vía procedimental propia, corresponde a los Jueces determinar la vía procedimental conforme a los artículos 475, 486 y 546 del Código Procesal Civil, en lo que respecta a los procesos contenciosos; asimismo, en lo atinente a los procesos no contenciosos, se tramitan en esta vía las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del Juez, carezcan de contención, conforme al inciso 12 del artículo 749 del Código Procesal Civil;

Que, el Registrador no puede cuestionar el fallo dado al interior de un proceso judicial que contiene un pronunciamiento adicional al petitorio del solicitante, pues en el caso bajo análisis, el Juez consideró que el testamento

habría caducado *ope legis* en cuanto a la institución de herederos, al estar prevista como causal en el inciso 1) del artículo 805 del Código Civil —si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento y que vivan—, en razón de no existir incertidumbre jurídica al haberse acreditado con la partida de matrimonio el vinculo conyugal del causante con doña Rosario Esther Frías Alva, siendo el citado documento público suficiente para el juzgado, de tal modo que según su consideración no requería ser declarado en vía de acción, más aun cuando el artículo 749 Inciso 12) del Código Procesal Civil deja abierta la posibilidad para tramitar en proceso no contencioso las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del Juez, carezcan de contención; es decir, en estos casos es el Juez quien va a decidir la vía procedimental en la cual va a seguirse el trámite, no estando el Registrador facultado para cuestionar su decisión;

Que, en consecuencia, no es facultad del Registrador cuestionar los posibles vicios procesales que surjan en el interior de un proceso judicial, siendo en todo caso responsabilidad del órgano jurisdiccional cuidar que éste se realice de acuerdo a las normas que lo rigen, no correspondiendo al Registrador verificar el fundamento o la adecuación a la ley en cuanto al contenido de la Resolución;

Que, asimismo, el primer párrafo del artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa emanada de la autoridad judicial competente, en sus propios términos sin poder calificar su contenido o sus fundamentos;

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil, numeral IV del Título Preliminar y artículos 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos, es procedente amparar la presente solicitud de inscripción; y,

Estando a lo acordado;

SE RESUELVE:

Revocar la observación formulada por la Registradora Pública del Registro de Testamentos, al título señalado en la parte expositiva y ordenar su inscripción 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.

ISBN 9972-42-612-2