PRESENTACIÓN

El trabajo que hoy ponemos en consideración del público en general y especialmente de los señores abogados y alumnos de derecho, tiene el propósito de despertar el interés por esta asignatura, porque tiene una real y trascendente importancia en el ámbito familiar y económico, dado que la muerte es un hecho jurídico inevitable y con ella se origina una serie de graves problemas que se podrían evitar con una correcta aplicación de la normatividad legal.

La muerte trae consigo la transmisión del patrimonio a sus sucesores. Entonces, es preciso saber quiénes son, desde cuándo, cuál es la ley aplicable, qué es menester para la consolidación de los derechos hereditarios, cómo y cuándo se pierden estos derechos, en qué consiste la representación sucesoria, cuáles son las clases de sucesiones, qué es un testamento y cuáles son sus clases, qué es un codicilo, qué son los legados, qué es la legítima, cuándo decae un testamento, qué es la colación y cómo se hace la partición de una herencia.

Nuestra finalidad es, por tanto, introducir a los lectores en la tarea de conocer la naturaleza, fundamentos y contenido de las diferentes instituciones de esta importante materia desde diferentes puntos de vista: histórico, de la legislación nacional y comparada, así como de la doctrina y jurisprudencia.

Uno de los graves problemas es el relacionado con la interpretación de las leyes cuando tratamos de resolver casos concretos que se dan en nuestro trabajo, bien como jueces o como profesores, porque para aplicarlas resulta importante conocerlas; es decir, saber interpretarlas.

La interpretación de la ley ha evolucionado a través del tiempo. En el modelo clásico ideado por Locke y Montesquieu, el juez es un aplicador ciego de la ley; no es más que la «boca de la ley». En este modelo, es el legislador quien tiene un papel preponderante porque, se afirma, «encarnaba» la racionalidad del sistema

y así concentraba el poder. Se genera, en este estado de derecho, el sometimiento de los hombres al derecho y el derecho eran las leyes.

La materia sobre la cual operaba el intérprete jurídico era exclusivamente la ley, porque era la fuente de las fuentes del derecho; de modo que, si llegaba a reconocer alguna otra, lo era como subordinada a la que ostentaba la máxima jerarquía. La posibilidad de reunir a la costumbre ante el vacío legal estaba prohibida y el apelar en esos casos a los principios generales del derecho era remota porque, solo en casos de lagunas de la ley, era posible.

Por tanto, el trabajo del juez y del jurista consistía en la búsqueda de respuestas en la propia ley bajo la amenaza de incurrirse en prevaricato. Por eso, Savigny afirma que la reconstrucción del pensamiento del legislador se encontraba siempre ínsito en la propia ley.

Así, la correcta interpretación debía provenir solo del texto legal a aplicar porque, de esta manera, se daba seguridad jurídica y se evitaba la arbitrariedad. No correspondía al juez modificar las leyes en su aplicación, porque no era su función. No era un legislador.

Esta tesis se encuentra actualmente superada. El juez no es un espejo que refleje pasivamente la imagen de la ley; sino, como se ha llegado a afirmar, es como el artista que pinta un cuadro con sus propias manos. El juez debe tener cierto poder creativo al discernir justicia. Debe comprender que ese poder viene de la propia ley, porque la Constitución Política contiene normas de desarrollo constitucional, ya que autoriza la creación judicial para casos concretos.

Ahora, la Constitución es considerada como una plena fuente del derecho, la más importante. Es la ley fundamental verdaderamente. La ley formula su derecho por medio de normas, mientras que la Constitución lo hace a través de principios, valores y derechos humanos. El derecho se ha constitucionalizado; por eso, ningún jurista puede desconocer el derecho constitucional y su importante complemento: los tratados internacionales de derechos humanos.

El estado de derecho moderno es el constitucional, donde el juez cobra un papel descollante porque interviene en el proceso de producción de las normas al resolver los casos concretos que se le presentan, interpretándolos con verdad, discrecionalidad, independencia y coraje, validándolas constitucionalmente para dictar soluciones justas por razonables.

Este poder del juez al interpretar la ley proviene pues de la propia ley, porque la Constitución contiene una ineludible obligación: interpretar las leyes de acuerdo a la Constitución y, por lo tanto, de crear normas de desarrollo constitucional.

El control de validez jurídico tiene una dimensión moral. No pocas veces, la falta de certeza en las leyes genera incertidumbre; en todos estos casos, corresponde a los jueces dar solución jurídica.

No hay obra humana perfecta, ni códigos perfectos. Basta con revisar la historia. Revisemos los comentarios de los juristas sobre sus apreciaciones al respecto. En tales casos, corresponde aplicar los principios del derecho, como establece el artículo VIII del título preliminar de nuestro Código Civil.

La solución razonable y justa debe yacer en el equilibrio de los valores en conflicto. Además, debo afirmar que los derechos humanos, sustento de la justicia, no han sido creados por el derecho positivo. Su origen está ínsito en la propia naturaleza del hombre dotado de razón y libertad, de donde proviene su dignidad. El derecho positivo los reconoce como imperativo categórico y los formaliza a través de la ley.

La competencia interpretativa de la ley por el juez al discernir justicia tiene como ámbito limitado el contenido esencial de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución. Por tal motivo, la jurisprudencia es considerada como fuente del derecho. No es fuente de normas generales; sino, más bien, de normas individuales.

Esta tesis se refuerza si consideramos que el derecho positivo no resuelve todos los problemas que plantea la vida real. La realidad es mucho más rica que el mundo del derecho positivo. Además, el derecho es, como la vida, un proceso que se desarrolla continuamente; su motor es la necesidad humana. En la normatividad legal, la jurisprudencia está llamada a cubrir, como señala el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, esos vacíos legales que corresponden cubrir al juez de modo obligatorio, debiendo aplicar entonces los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Recordemos, en abono de nuestra tesis, que el recurso de casación que la ley procesal prevé procede para los casos en que se da una interpretación errónea por el juez o por aplicación indebida de la ley.

Esta posición del juez como intérprete de la ley con criterio de justicia y como garante de los derechos humanos que la Constitución consagra lo aparta del criterio mecánico aplicador de la ley.

Ninguna obra humana es perfecta porque ningún ser humano es infalible. Todo trabajo queda sujeto a imperfecciones u obscuridades. Además, como señalamos anteriormente, las leyes van surgiendo para salvar las diferentes necesidades de la comunidad; pero muchas veces las normas legales resultan superadas por los tiempos y nuevas costumbres. ¿Acaso existen códigos en el mundo que hayan logrado alcanzar la unanimidad en su aprobación o que estén libres de errores? La respuesta es obvia. En todas estas circunstancias corresponde al juez dar solución a los conflictos judiciales con sentido de auténtica justicia. La norma legal es solo un instrumento, un medio.

La obra que hoy presento recoge mi experiencia como magistrado por un período de cuarenta años al servicio de la función judicial, así como las experiencias adquiridas como profesor de varias universidades y particularmente de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de donde egresé en diciembre de 1953.

Creo que mi satisfacción se verá cumplida si la lectura de esta obra logra su objetivo principal: incentivar la investigación en el ámbito del derecho, que es como la vida —dinámica y cambiante—; así como encontrar, en las líneas de este trabajo, información que permita conocer de modo sistemático y coherente todas las instituciones que cubren el ámbito de esta materia.

El saber es inagotable. Siempre se aprende. No se puede perder nunca la disposición de estudiar para aprender y servir. El Código Civil en todas sus áreas cumple un rol fundamental en la vida humana porque forma parte de ella desde el momento de su existencia biológica, con la concepción y nacimiento, hasta la muerte.

La materia relativa al derecho de sucesiones se encuentra en el Libro Cuarto de los diez que comprende el vigente Código Civil de 1984. Su actual ubicación guarda un sentido lógico porque viene después de los correspondientes a personas, acto jurídico y familia. El derecho de personas se encuentra desarrollado en el Primer Libro porque, como señala el jurista alemán Enneccerus, «la persona constituye la condición previa a todos los derechos y deberes» (Enneccerus, Kip & Wolf, 1951, I, p. 125); ya que es sujeto de derechos. Sin persona no hay derechos.

Como afirman ilustres representantes de la Escuela Formalista, como Mazeaud, Bevilacqua, Kelsen y Lehman, «un centro de imputación de normas, es una manera de designar la unidad de una pluralidad de normas que estatuye derechos y deberes» (Borda, 1966, p. 142).

Los sujetos de derecho pueden ser personas jurídicas regular o irregularmente constituidas o personas naturales nacidas o concebidas y ser pasibles de derechos patrimoniales a condición de que nazcan vivas. Esta condición es de carácter suspensivo; ya que, si el concebido nace muerto, pierde su derecho a heredar. La efectividad de sus derechos queda supeditada al nacimiento vivo, con retroactividad.

El Libro Segundo abarca las normas legales relativas al acto jurídico, que regula, modifica o da lugar a la extinción de las relaciones jurídicas originadas por la manifestación de voluntad por parte de agentes capaces; lo cual presupone, como resulta obvio, la preexistencia de personas naturales o jurídicas. Por el acto jurídico, las personas capaces mediante el ejercicio de la voluntad crean, modifican o extinguen las relaciones que tienen connotación en el mundo del derecho.

El Libro Tercero desarrolla la materia relacionada con la familia, la cual constituye un fenómeno natural, reconocido, regulado y protegido por el Estado a través del ordenamiento jurídico. La persona nace, crece y se desarrolla en dicho ámbito. Esta es una disposición connatural al ser humano y tiene rango constitucional.

El Libro Cuarto desarrolla la materia relacionada con el derecho de sucesiones, cuyo ponente en la comisión reformadora fue el ilustre maestro Rómulo Lanatta Guilhem. Él fue el ponente en dicha Comisión del Anteproyecto de Reforma de esta importante materia, que fue publicado en Lima por la editorial Desarrollo en 1981. Esta publicación contiene el texto completo de los 221 artículos, los cuales

se encuentran fundamentados y en su mayoría fueron acogidos por la Comisión Revisora que integré como vicepresidente.

El derecho de sucesiones regula la trasmisión patrimonial de una persona que tiene lugar cuando muere —es decir, cuando deja de existir—, dando lugar a que determinadas personas, a quienes se les denomina causahabientes, reciban su herencia previa aceptación de ellas. Estas personas recipiendarias deben tener determinados requisitos que las hacen idóneas para recibirlo. Ese patrimonio que el causante trasmite con su muerte real o presunta comprende solo lo que no le es inherente a su persona y se llama «herencia». Lo que le es inherente, se extingue con el causante.

Esta trasmisión opera con la muerte del titular de los bienes, derechos y obligaciones porque con el deceso dejó de ser sujeto de derecho, dando lugar a que, por imperio de la ley, sean transmitidos a determinadas personas que le sobreviven.

La muerte es un fenómeno natural e inexorable de toda persona y constituye un hecho jurídico porque conlleva consecuencias en el mundo del derecho. No depende de la voluntad de la persona; ya que es un fenómeno natural.

En cuanto a su estructura, no hay variaciones con relación al Código anterior. El Libro Cuarto comprende cuatro secciones; cada una de ellas contiene títulos y alguno de estos, capítulos.

En la metodología empleada en el desarrollo de este trabajo, han sido utilizados los métodos inductivo y deductivo, partiendo el estudio desde una perspectiva dogmática al acceder a los trabajos de la doctrina y estudios del derecho sucesorio existente. Para ello hemos utilizado abundante bibliografía; además, hemos aprovechado los datos suministrados por la legislación comparada, como las de España, Francia, Italia, Argentina, Chile, entre otras. Hay también una importante selección de jurisprudencia.

Antes de continuar, debo expresar mi agradecimiento a mis amigos, los señores abogados Verónica Zambrano Copello de Novack, César Aliaga Castillo y Fernando Gamarra Rubio, por la asistencia que me han prestado en la selección de material bibliográfico, por el diálogo que permanentemente hemos mantenido para clarificar y ordenar las ideas, así como por el auxilio prestado a este trabajo. Mi agradecimiento lo hago extensivo a la señora Paula Calderón de Mallma, por su generosa colaboración en la corrección del texto de esta obra.

Como sabemos, nuestro Código Civil entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984. A partir de esa fecha, se han hecho algunas modificaciones mediante diferentes leyes.

Este Código Civil ha introducido innovaciones importantes, como veremos a continuación.

1. RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA DE LOS HEREDEROS (ARTÍCULO 661)

El enunciado es más completo que el contenido en el artículo 658 del Código Civil de 1936 porque, si bien estableció la misma limitación respecto a las obligaciones insolutas del causante, en el actual se precisa que corresponde al heredero la prueba del exceso de las obligaciones en relación a la herencia transmitida, a no ser que exista inventario judicial, lo cual resulta obvio y encuadra con la disposición contenida en el artículo 196 del Código Procesal Civil (CPC) cuando establece que la carga de la prueba recae en la persona que afirma hechos que configuran su pretensión. Es la consagración del principio procesal *onus probandi*.

La responsabilidad relativa de los herederos tiene su origen, al parecer, en el antiguo derecho germano, en donde la concepción de la sucesión por parte de los herederos es en los bienes y no en la persona del causante, como fue considerada en el derecho romano; concepción esta que, a diferencia de las anteriores, traía como consecuencia la responsabilidad absoluta de todos ellos. No hay sucesión en la persona de un muerto. Esta afirmación constituye la negación del derecho que descansa en realidades y no en ficciones. No puede haber sucesión en la persona del causante porque con la muerte dejó de existir.

2. RESPONSABILIDAD ABSOLUTA POR EXCEPCIÓN (ARTÍCULO 662)

Este artículo completa la declaración anterior y llena un vacío legal del Código Civil de 1936. Además, constituye una sanción para el heredero que actúa dolosamente en detrimento de los acreedores del causante a quienes la ley protege, como resulta de los artículos 871, 872, 873, 875, 876 y 879 del CC.

La acción dolosa consiste en ocultar bienes hereditarios, simular deudas o disponer indebidamente en cualquier forma de dichos bienes. La sanción consiste en perder el derecho opcional de rechazar la herencia, así como el beneficio que concede el artículo 661; o sea que su responsabilidad, llegado el caso que la herencia no cubra el valor de las obligaciones del causante, podría extenderse a su patrimonio personal.

3. COMPETENCIA JUDICIAL (ARTÍCULO 663)

Este es realmente un problema de jurisdicción y no de competencia, como expresa el artículo 663 de nuestro Código Civil.

Tiene naturaleza procesal y es de orden público, lo cual no contenía el Código Civil anterior, lamentablemente. Esta norma legal establece un criterio de unidad jurisdiccional cuando señala que, en estos casos de sucesión hereditaria, es competente el juez del último domicilio del causante. Establece por primera vez en la legislación nacional un fuero de atracción que resultaba necesario e imprescindible.

Este criterio es el mismo que rige en las legislaciones de Italia, Francia y Argentina, entre otras.

4. ACCIONES SUCESORIAS (ARTÍCULOS 664, 665 Y 666)

Los artículos mencionados son, como el caso anterior, de naturaleza procesal y tienen mejor desarrollo que en el Código Civil de 1936, que carecía de título sobre petición de herencia y empleó genéricamente el nombre «reivindicación» para casos de petición de herencia, lo cual no resultaba preciso. El actual es más didáctico y completo porque precisa cuáles son sus elementos constitutivos y sus consecuencias jurídicas en cada caso.

El Decreto Legislativo 768 de 1992 ha modificado parcialmente el texto del artículo 664 al disponer que el demandado puede ser un heredero o un legatario y permite la acumulación con la solicitud de declaratoria de heredero cuando el demandante no ha logrado aún su reconocimiento judicial como tal.

5. EXCLUSIÓN DE LA HERENCIA POR INDIGNIDAD (ARTÍCULOS 667 AL 671)

No es un caso de incapacidad, como erróneamente señalaba el artículo 665 del Código Civil de 1936, porque solo los que tienen capacidad para heredar —o sea los causahabientes que sobreviven al causante— pueden ser pasibles de ser privados de la herencia por causales taxativamente establecidas por ley.

La capacidad es un presupuesto lógico de la personalidad y la indignidad es un caso de incompatibilidad moral que la ley sanciona con la privación de la herencia.

Como afirma Lanatta (1981), la capacidad de suceder es receptiva, es capacidad de goce, y constituye un derecho inherente a toda persona desde el momento de su concepción, bajo la condición de que nazca vivo.

La capacidad sucesoria difiere de la capacidad civil plena que se adquiere por la mayoría de edad (artículo 42) y, excepcionalmente, en los casos que prevé el artículo 46. La capacidad civil plena implica el derecho de goce y ejercicio de todos los derechos que la ley reconoce.

6. DELACIÓN DE LA HERENCIA, ACEPTACIÓN Y RENUNCIA (ARTÍCULOS 672 AL 680)

«*N'est heritier quine veut*», es decir que a nadie se le impone la obligación de aceptar o renunciar una herencia determinada contra su voluntad; es un derecho alternativo y personal del causahabiente que la ley le otorga.

Con la muerte del causante se abre su sucesión en el mismo instante del deceso y, con este acontecimiento, opera *ipso jure* la trasmisión de la herencia a sus causahabientes que le sobreviven y que tienen derecho; pero esa trasmisión

de derecho tiene un carácter provisional, no definitivo. Además, está sometida a una *conditio juris*. Para serlo, es menester que el «llamado» (*vocatio hereditatis*), dentro del término legal, manifieste su voluntad de aceptar o renunciar a la herencia para la que ha sido llamado y cuyos efectos se retrotraerán al mismo momento de la apertura de la sucesión. Con la aceptación queda consolidada de modo definitivo e irreversible dicha transmisión.

La herencia no se impone a nadie salvo los casos de excepción previstos en los artículos 662 y 830. Su redacción en el Código Civil actual tiene un mejor y más completo desarrollo.

7. LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA (ARTÍCULOS 681 AL 685)

En la doctrina se admiten dos modos de sucesión:

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

Esta distinción es inadecuada por errónea, porque en ambos casos se hereda por derecho propio.

En la representación sucesoria el derecho de los representantes no deriva del derecho del representado porque este lo perdió por alguna de las siguientes causas: premoriencia, renuncia, indignidad o desheredación.

Si el representado perdió ese derecho para heredar al causante, quiere decir que en tal caso nada de lo que tuvo puede transmitirlo a sus mal llamados representantes. Sucede que en tales situaciones la ley concede este «derecho como propio» a los representantes para que puedan heredar al causante de modo mediato e indirecto. No es pues un caso de subrogación porque el representado, al perder su derecho hereditario, no lo puede transmitir a sus representantes.

Más apropiado resulta clasificar estos modos como: sucesión por cabezas y sucesión por estirpe (en estas situaciones, las modalidades se establecen por razón de sus efectos), sucesión de modo directo e inmediato (en el caso de los hijos que heredan a sus padres) y sucesión de modo indirecto y mediato (en el caso de los nietos que heredan al abuelo por impedimento de los padres de aquellos).

Es pues un caso de naturaleza *sui generis* en que por excepción se llama a la herencia a los sucesores mediatos del causante, rompiendo así el principio del mejor derecho que constituye uno de los requisitos esenciales para heredar. Lo importante, sin embargo, radica en que la función de la representación sucesoria mantiene el «*quantum hereditario*», que «pudo» corresponder al representado. De este modo, permite mantener la igualdad de cuotas entre todos los herederos que concurren a una misma herencia, sean provenientes del mismo tronco o de troncos diferentes.

Así, se logra dos fines esenciales, como afirma el jurista español y profesor titular de derecho civil de la Universidad de Valladolid, Carlos Vattier Fuenzalida, en su obra *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*: el derecho hereditario de los representantes, porque el representado lo perdió, con la misma cuota de este, o sea por stirpe; así como el derecho de los otros sucesores que heredan por cabezas, manteniéndose así un justo equilibrio de intereses. Según este autor, «el origen de la sucesión indirecta se remonta al derecho romano antiguo incluso anterior a la Ley de las Doce Tablas y que las fuentes clásicas la denominaron “*successio in locum*”» (1986, p. 120). Afirma que el estudio del derecho romano nos muestra que la estructura esencial de la sucesión indirecta radica en la técnica de la *successio in locum* (sucesión en el lugar) y ha servido para resaltar no solo la persistencia de la figura en ordenamientos distintos y bajo condiciones diversas; sino, ante todo, la función sociológica que en la práctica cumple. Sin embargo, los perfiles definitivos los ha fijado el *Juristenrecht* de la época del derecho común (1986, p. 136).

La representación sucesoria no es una ficción legal por la que se adelanta el grado del representante al que corresponde al representado, cuyo lugar está por hipótesis vacante, como afirma Pottier. No se trata tampoco de un caso de sustitución o subrogación del pariente próximo por su stirpe, porque el representado no es quien trasmite su derecho al representante; sino que la ley dispone la trasmisión del derecho del causante a los representantes. Es más bien un caso de naturaleza jurídica sui géneris. Si no hay sucesión del representado al representante, no puede entonces haber subrogación. Por la representación sucesoria, la ley equipara a los representantes y a los coherederos inmediatos del causante y, asimismo, evita el perjuicio que sufrirían los representantes si no fueran llamados a heredar de modo indirecto y mediato, conjuntamente con los herederos más próximos en grado al causante. De esta forma se mantiene el equilibrio entre unos y otros. Los representantes heredan al causante por stirpe, o sea que la cuota del representado será repartida en tantas partes como sea el número de representantes; mientras que a los más próximos en grado corresponderá repartirse la herencia restante por cabezas.

Los artículos 681, 682 y 684 regulan esta importante institución comenzando por señalar su concepto como un derecho establecido por la ley, en virtud del cual los descendientes ulteriores del heredero originalmente llamado pueden recoger la cuota hereditaria del causante que a este habría correspondido de no estar incurrido en las causales de premoriencia, renuncia, indignidad o desheredación.

Constituye esta institución uno de los dos casos de excepción que rompe el principio del mejor derecho para heredar. El otro es el caso del cónyuge supérstite que concurre con otros descendientes o ascendientes, previsto en el artículo 816 del Código Civil.

La excepcionalidad de este derecho no solo contradice el principio del mejor derecho, sino también el derecho de acrecer, como resulta de los artículos 681, 683 y 774 del Código Civil.

En esta apretada síntesis debemos señalar que es impropio denominarla «representación sucesoria», porque los llamados representantes heredan «indirectamente» al causante y también por «derecho propio», al igual que los herederos por sucesión directa e inmediata. En la representación, en cambio, el representante actúa en nombre, por cuenta y en beneficio del representado (este no es el caso de la representación sucesoria).

8. SUCESIÓN TESTAMENTARIA (ARTÍCULOS 686 AL 690)

En nuestro ordenamiento legal existen dos fuentes del derecho sucesorio: la llamada sucesión testamentaria y la sucesión legal o intestada. ¿Quién designa a los sucesores?

La primera tiene como autor a la persona del propio causante quien, a través de un instrumento solemne, dispone de todo o parte de sus bienes para ser distribuidos después de su muerte y asimismo instituye a sus sucesores —herederos y legatarios—, con dos limitaciones: una de fondo y otra de forma. Pero este derecho que la ley concede a toda persona capaz tiene dos limitaciones.

En cuanto a la forma, solo puede emplearse las clases de testamento que la ley establece; así, por ejemplo, no puede utilizar el testamento verbal ni el mancomunado. Y en cuanto a las clases de testamento que la ley señala, si opta por uno de ellos, deberá respetar rigurosamente todos sus requisitos (*ad solemnitatem*) bajo sanción de nulidad porque la forma, en todos los testamentos, constituye un requisito esencial de validez, como lo precisa el artículo 811.

En cuanto al fondo, si el testador tiene herederos forzosos, está obligado no solo a instituirlos como tales, sino a concederles el derecho a la legítima que constituye la parte intangible de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente, como señalan los artículos 723, 724, 725, 726, 729, 730 y 733.

Las disposiciones de este tema se encuentran divididas en cinco subtemas.

El primer subtema destaca el carácter voluntario del testamento como acto jurídico, así como su carácter esencialmente formal; además, la autonomía de la voluntad del testador no es irrestricta. Mantiene una fórmula análoga a la de muchas legislaciones, como las de Portugal, Italia, Francia, España y Argentina.

El segundo determina quiénes están incapacitados de modo absoluto o relativo para otorgar testamento. Este tema es importante y hay que analizarlo con mucho cuidado, porque hay deficiencias en nuestra legislación que pueden inducir al error. Así, encontramos que el artículo 687, inciso 2, se refiere únicamente a los incapaces que no pueden testar, los cuales se encuentran comprendidos en los incisos 2 y 3 del artículo 43 e incisos 2, 3, 6 y 7 del artículo 44. Sin embargo, hay error al considerar

el artículo 808, segunda parte, como «casos de anulabilidad» los comprendidos en los incisos 2 y 3 del artículo 43, porque se trata de personas absolutamente incapaces y en consecuencia, si estas personas otorgasen testamento, este adolecería de nulidad absoluta. Todos los restantes casos contemplados en el artículo 687 sí son de anulabilidad, como los comprendidos en los incisos 2, 3, 6 y 7 del artículo 44, así como los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de lucidez mental o de la libertad necesaria para el otorgamiento del testamento.

El tercer subtema (artículo 688) sanciona con nulidad las cláusulas testamentarias hechas en favor del notario público interviniente o cuando la persona favorecida tiene vínculos familiares estrechos con aquel, o de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como en favor de los testigos testamentarios. Estas normas mantienen estrecha concordancia con los artículos V del título preliminar del CC y artículos 704 y 721 del mismo código, y con el artículo 17 de la Ley 26002. Su fundamento es de orden moral. El notario público es fedatario; debe mantener siempre una impecable imparcialidad y que no medie interés extraño a su función que le pueda perturbar esta calidad. Respecto de sus familiares y de los testigos testamentarios que se vieren favorecidos, existe también la misma razón.

El penúltimo subtema (artículo 689) se refiere a las normas generales que regulan el acto jurídico, las cuales se aplicarían a los testamentos salvo cuando sean contrarias a las normas imperativas de la ley, o sea cuando se trata de herederos forzosos respecto de los cuales no procede la imposición de gravámenes ni modalidades ni sustitución alguna. Tal disposición resulta coherente con lo dispuesto por el artículo 733 porque no se encuentra el testador en libertad de poder sustituir a las personas que tienen una calidad especial, que la ley califica como «herederos forzosos». Carece de esta libertad para soslayarlas, salvo casos de indignidad o desheredación, y menos derecho aún para imponerles modalidades. Las normas reguladoras de los herederos forzosos son de orden público y por tanto de obligatorio cumplimiento. En consecuencia, las modalidades que en un testamento sean impuestas a un heredero forzoso instituido se tendrán por no puestas y no invalidan la disposición testamentaria sobre la cual incidan. Muchas legislaciones contienen esta línea restrictiva, como las de Alemania, Francia, Italia y España, prevaleciendo en la legislación comparada; además, mantiene concordancia con los artículos 171 al 189 del CC.

El quinto y último subtema (artículo 690) destaca el carácter personal y voluntario del acto testamentario; es personalísimo y no procede su delegación por poder ni que se deje al arbitrio de un tercero la elaboración de sus disposiciones porque debe ser siempre la expresión directa y voluntaria del testador. El Código Civil de 1936 careció al respecto de norma específica, guarda concordancia con los artículos 140, 787 (inciso 9) y 814.

La segunda fuente del derecho sucesorio es la legal o *ab intestato*, que puede tener dos funciones alternativas: supletoria o complementaria.

9. CLASES DE TESTAMENTOS (ARTÍCULOS 691 AL 695)

Se refiere a las formalidades comunes del testamento y sus clases.

En cuanto a las clases de testamento, existe una novedad: incluye el testamento militar que el Código Civil de 1936 no lo reguló. En el actual Código no se contempla la existencia del testamento aéreo, el cual ha sido posteriormente legislado mediante la Ley de Aeronáutica Civil 27261, artículo 74.2, literal g.

Hay dos clases de testamentos: comunes u ordinarios, que comprende el testamento por escritura pública o nuncupativo, el cerrado o místico y el mal denominado ológrafo (cuando lo propio es denominarlo «autógrafo», o sea el hecho por sí mismo de puño y letra); y los especiales, o sea el militar, el marítimo y el aéreo.

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

Asimismo, el artículo 695 del código actual es más completo que el artículo 685 del código anterior, porque señala como formalidades comunes a toda clase de testamento, la forma escrita, fecha de otorgamiento, nombre del testador y su firma, salvo lo dispuesto en el artículo 697. Las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a las de otros. El artículo 685 del código anterior es escueto y deficiente porque los testamentos especiales tienen requisitos formales particulares que debían haberse precisado por la naturaleza solemne de sus formalidades. Su trasgresión acarrea la nulidad del acto jurídico.

Los testamentos, desde el punto de vista formal, son solemnes y deben acatar los requisitos comunes a toda clase de testamentos y los requisitos especiales propios de la naturaleza de cada uno de ellos.

Los requisitos especiales propios del testamento por escritura pública se encuentran señalados en el artículo 696, el cual los enumera con mucha precisión y tiene su fuente en el artículo 657 del Código Civil de 1852.

En el artículo 696, inciso 2, del código vigente hay una variante cuando establece que el testador puede expresar su voluntad en forma alterna, bien haciéndolo por sí mismo ante el notario público interviniente o dándole personalmente por escrito las disposiciones que el testamento debe contener (este escrito no constituye minuta).

De igual forma, se enfatiza que el notario escribe el testamento de su puño y letra en su registro de escrituras públicas. Esta exigencia resulta muy importante dada la trascendencia del acto. Se asegura la expresión de una auténtica voluntad

del testador y más aún cuando los incisos 4 al 8 dan mayor garantía (este requisito no existió en el Código Civil anterior). Es indudable que habrá más confiabilidad cuando el propio notario público interviene escribiendo la memoria que alguno de sus empleados.

El artículo 697 también trae otra novedad cuando dispone una formalidad especial para el caso que el testador sea ciego, sordo o analfabeto. Por ejemplo, si no sabe firmar o no puede, lo hará a su ruego el testigo testamentario que el propio impedido designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento por el notario público interviniente, situación en la que el referido testigo firmará dos veces. Aquí se han producido variantes importantes por virtud de la reciente ley 29973 del 24 de diciembre de 2012, que en su oportunidad analizaremos.

Los anteriores Códigos Civiles no contemplaron estas disposiciones.

En cuanto a las formalidades esenciales del testamento cerrado, los artículos 699 al 703 lo desarrollan con mucha claridad y precisión.

El artículo 699, en sus cuatro incisos, presenta interesantes innovaciones. El testador debe firmar cada una de sus páginas, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo. Se reduce a dos el número de testigos que contiene el testamento. El Notario asienta, en el reverso del sobre recepcionado, un acta de entrega del testamento que hace personalmente el testador en presencia de sus dos testigos quedando como constancia del acto formal la firma de todos los intervinientes, la cual será transcrita íntegramente en el registro público del notario que será suscrito, igualmente, por todos los intervinientes. El cumplimiento de todas estas formalidades, desde el momento que interviene el notario hasta el momento de la suscripción, se hace en un mismo acto.

Seguidamente, remite el notario a los Registros Públicos una copia diminuta del testamento para su correspondiente inscripción registral. Se establece finalmente la obligación del notario de dar al testador copia certificada del acta.

El artículo 700 también es nuevo, pues dispone que este testamento quede bajo custodia del notario. Empero, en cualquier oportunidad el testador podría retirarlo; en cuyo caso, el notario asentará una nueva acta de devolución con la firma del testador, de dos testigos y del propio notario dando fe de su devolución, situación en la que dicho testamento quedará revocado, pudiendo valer en el futuro solo como testamento ológrafo si reúne los requisitos propios de esta clase de testamentos, como señala el artículo 707. Esta disposición es nueva en nuestra legislación.

El artículo 702 señala que, muerto el testador, el testamento cerrado acompañado de la correspondiente partida de defunción deberá ser presentado por el notario público al juez que corresponda para el efecto de la comprobación de su autenticidad y correspondiente protocolización, requisitos indispensables para su ejecución.

Cabe señalar que, mientras el juez no expida sentencia, el instrumento no puede ser ejecutado porque, en tanto no haya sentencia firme, el testamento es privado.

Una vez ejecutoriado, el notario remitirá los partes completos al Registro Público de Testamentos.

En cuanto a las formalidades esenciales del testamento ológrafo (artículos 707 al 711), el artículo 707, que regula este tema, contiene un equívoco lamentable en su segunda parte cuando expresa: «Para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador». El segundo párrafo del artículo 694 del Código Civil de 1936 es correcto: «Para que valga, deberá pedirse su correspondiente comprobación y protocolización en el plazo de dos años contados desde el día del fallecimiento del testador».

El equívoco radica en que debía decir que dentro del plazo de dos años desde la muerte del testador «debe solicitarse» la comprobación para la posterior protocolización del testamento. Esto es lo correcto, porque la solicitud de protocolización previa comprobación judicial del testamento depende del peticionario, pero la protocolización previo proceso judicial no contencioso depende de la diligencia del juez. Lo que en realidad se quiere y se debe sancionar con la «caducidad» es la «negligencia» de la parte interesada en la demora de la presentación de tal solicitud.

Por eso hemos propuesto la corrección de este artículo en su segundo párrafo de la forma que sigue: «Para que produzca efectos debe solicitarse la comprobación y protocolización dentro del plazo de un año a partir de la muerte del testador». La protocolización es el paso final de la solicitud de comprobación judicial de la autenticidad del testamento ológrafo.

10. TESTAMENTOS ESPECIALES (ARTÍCULOS 712 AL 720 Y 74, INCISO 2, LITERAL G, DE LA LEY 27261)

El artículo 699 presenta innovaciones en sus cuatro incisos. Los artículos 712 al 715, que regulan el testamento militar, son nuevos. El Código Civil de 1936 no lo reguló y posiblemente se debió a que en 1936 estuvo vigente el Código de Justicia Militar, que sí lo regulaba. Cabe señalar que, en cambio, en muchos Códigos Civiles como los de Italia, Francia, Portugal, Argentina, Chile y Brasil, se encuentra desarrollado.

Se le llama también «testamento especial», al igual que el marítimo y el aéreo, porque es otorgado en situaciones circunstanciales de tránsito del testador. Así, el testamento militar es otorgado cuando el causante militar o civil se encuentra acantonado por situaciones de guerra o conflictos armados en lugares donde no pueden salir del lugar y no hay notario que pueda intervenir en el otorgamiento de un testamento público o cerrado, cuando se encuentra en mares o ríos donde no hay notario o cuando se encuentra viajando vía aérea.

Todos estos testamentos tienen una particularidad: caducan dentro del término de tres meses desde que el testador dejó de estar en campaña o de haber desembarcado definitivamente (cfr. artículos 715, 720 y 815, inciso 1, del CC). Su justificación la expondremos en la oportunidad que desarrollemos esta materia.

11. TESTAMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO (ARTÍCULOS 721 Y 722)

Los artículos mencionados son disposiciones nuevas y guardan concordancia con el artículo 2094, que es norma del derecho internacional privado.

El artículo 721 se refiere a los testamentos ordinarios y establece que los peruanos que residan en el extranjero pueden otorgar testamento por escritura pública o cerrado ante el agente consular del Perú, quien cumple también, para estos casos, la función de notario público. La segunda parte de este artículo resulta innecesaria porque la naturaleza y forma del testamento ológrafo no requiere la intervención de un agente consular ni de notario alguno.

El artículo 722 señala que son válidos en el Perú, en «cuanto a su forma», los testamentos otorgados en otros países ante los funcionarios respectivos y de acuerdo a las formalidades establecidas por sus autoridades. Empero, carecen de validez los testamentos mancomunados y verbales, así como las modalidades testamentarias incompatibles con la ley peruana. La parte final de este artículo se justifica porque las normas legales que lo prohíben son de orden público interno; es decir, son imperativas e ineludiblemente obligatorias, que precisan lo que debe hacerse no pudiendo ser modificadas por contrario imperio de personas particulares bajo sanción de nulidad (cfr. artículo 811).

Estos preceptos legales se aplican cuando la sucesión ha sido abierta en el Perú (artículo 663), o sea si el Perú fue el lugar del último domicilio del testador o cuando corresponda el lugar de apertura a alguno de los países con los que el Perú ha participado en el Tratado de Derecho Internacional de la Habana de 1928, ratificado por Resolución Legislativa 6442 del 8 de enero de 1928. De no ser así, prevalecerá la legislación del país extranjero, según el artículo 2100 del Código Civil, que también es norma de orden público interno.

12. LA LEGÍTIMA Y LA PORCIÓN DISPONIBLE (ARTÍCULOS 723 AL 733)

Los artículos 723 al 733 delimitan los alcances de la legítima que es *pars hereditatis*, la cual es impuesta por la ley al testador y no corresponde a la libre determinación del causante. Es aquella parte de la herencia líquida de la que el causante no puede disponer libremente cuando tiene herederos forzosos; tienen un valor imperativo y solo los herederos forzosos tienen acceso a este derecho. Es una parte intangible de la herencia no solo cuantitativa, sino cualitativamente.

Constituye materia importante por su trascendencia histórica y legal la dación de la Ley 30007, del 17 de abril de 2013, que establece el derecho del conviviente a heredar al otro cuando el difunto murió sin estar casado.

La referida ley tiene por objeto reconocer derechos sucesorios a las uniones de hecho entre un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial que conforman una unión de hecho. La ley establece sus requisitos al señalar que para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios es requisito que reúna las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros. El artículo 3 señala la necesidad de estar inscritas estas uniones de hecho en un registro personal, de conformidad a lo establecido en el artículo 49 de la Ley 26662 de competencia notarial en asuntos no contenciosos o reconocidos por vía judicial.

Añade que el integrante sobreviviente, en caso de no estar aún en dicho registro personal, podrá solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no se hubiera efectuado tal inscripción registral.

Como comprobamos, esta disposición legal, que modifica una serie de disposiciones de nuestro Código Civil (como los artículos 326, 724, 816 y 2030 —inciso 10— del CC; los artículos 425 y 831 del CPC; y los artículos 35, 38 —inciso 4— y 39 de la Ley 26662 de Competencia Notarial), resulta importantísima y viene a ser una respuesta justa y apropiada a una necesidad social sentida que afectaba especialmente a muchas mujeres desprovistas de toda protección legal, expuestas al abandono y a la miseria. Cabe añadir que, conforme a los datos estadísticos del INEI, cada día son más numerosos los casos de uniones de hecho frente a uniones matrimoniales.

En el Código Civil de 1936 no fue regulada con precisión la legítima, antes bien se advierte la existencia de una contradicción entre los artículos 700, 704 y 705 porque, no obstante reconocer el derecho legitimario del cónyuge sobreviviente, el artículo 704 resulta defectuoso por contradictorio ya que condiciona la legítima cuando establece que la perderá si sus ganancias llegan o exceden el monto de aquella cuota y asimismo esta será reducida hasta lo que sea preciso si los ganancias fuesen menores.

Como resulta lógico, este precepto legal ha sido suprimido en el Código Civil vigente por su incongruencia dada la diferente naturaleza jurídica de la legítima y de los gananciales.

La cuota de libre disposición es la parte restante de la herencia neta líquida.

En el desarrollo de este tema veremos cómo se determina el valor de la legítima y el de la cuota de libre disposición después de deducir de la masa hereditaria —herencia bruta— el valor de las cargas y deudas insolutas del causante.

En el Código Civil actual ha desaparecido, por innecesaria, la institución de las mejoras; la cual estuvo regulada por los artículos 707 al 712 del Código Civil de

1936. Según el artículo 702 de ese código, constituía un derecho que la ley concedía al testador para disponer hasta de uno de los dos tercios de sus bienes (de la herencia neta) destinados a la legítima para mejorar a sus descendientes; pero, en tales casos, la cuota del hijo mejorado no podía exceder el doble del haber del otro de la misma clase que no hubiese sido mejorado, guardándose la proporción del artículo 762 si el mejorado era hijo ilegítimo.

13. INDEPENDENCIA DE LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE, EN RELACIÓN CON SU DERECHO DE GANANCIALES (ARTÍCULO 730)

Sustituye al artículo 704 del Código Civil de 1936 porque resultaba contradictorio con la naturaleza de la legítima, que es intangible.

En el artículo 730 se precisa que la legítima de la cónyuge es independiente del derecho que corresponde al cónyuge sobreviviente por concepto de gananciales proveniente de la liquidación de la sociedad de bienes vigente durante el matrimonio, porque los derechos hereditarios que corresponden al cónyuge viudo derivan del patrimonio dejado por el causante con motivo de su muerte, mientras que los relativos a los gananciales del viudo le son propios porque «no derivan del causante».

14. DERECHO DE HABITACIÓN (ARTÍCULOS 731 Y 732)

Esta es una institución importantísima en el nuevo Código Civil, que por primera vez ha sido regulada en nuestro actual código.

Se le conoce con el nombre de «derecho real de habitación», vitalicio, gratuito, inmobiliario y personalísimo, que la ley concede a favor del cónyuge viudo. Es *pars hereditatis* porque este beneficio es otorgado en razón de la calidad de heredero que debe detentar.

En el derecho moderno, es una figura nueva y muy importante. Cumple una necesaria función económica y social de protección familiar; ya que su aceptación por el viudo suspende el derecho de los coherederos a pedir la división y partición del bien afectado con este derecho hasta que se extinga, en los casos que prevé el artículo 732 *in fine*.

15. INSTITUCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE HEREDEROS Y LEGATARIOS (ARTÍCULOS 734 AL 741)

En el Código Civil de 1936 solo existió el artículo 686 respecto a la institución de heredero y, sobre la sustitución, el artículo 706. Por ello, era menester un desarrollo sistemático, como lo hace el Código vigente al regular el tema en ocho disposiciones que responden a las siguientes situaciones:

- a) Cómo se instituye los herederos y legatarios (artículo 734).
- c) Diferencias entre herederos y legatarios (artículo 735).
- d) Forma de institución de herederos forzosos (artículo 736).
- e) Forma de institución de heredero voluntario (artículo 737).
- f) Caudal disponible para el legatario y la posibilidad de imponerle gravámenes y modalidades (artículo 738).
- g) Remanente a favor de herederos legales (artículo 739).
- h) Sustitución de herederos voluntarios y legatarios (artículo 740).
- i) Igualdad de condiciones y cargas para los sustitutos (artículo 741).

16. DESHEREDACIÓN (ARTÍCULOS 742 AL 755)

Implica una sanción por faltas morales. Nuestro ordenamiento legal contempla dos modos de exclusión de la herencia por faltas taxativas señaladas por la ley en agravio del causante, sus ascendientes, descendientes o su cónyuge: por indignidad y por desheredación.

Es un derecho que la ley concede al causante y en algunos casos, como en los de indignidad, se concede a los herederos del causante llamados a suceder a falta o en concurrencia con el presunto indigno.

La tesis de nuestro sistema dual es seguida en otras legislaciones, como España, Alemania, Suiza y Argentina. En cambio, las de Francia e Italia tienen un solo modo de exclusión por considerarlo redundante e injustificado.

En el código actual se advierte una mejor sistematización, como cuando se señala los casos de desheredación de los descendientes (artículo 741), de los ascendientes (artículo 745) y del cónyuge (artículo 746); regula sus efectos (artículos 747 y 755); señala el medio formal para la validez de la desheredación (artículo 743); indica las personas exentas de desheredación y de exclusión por indignidad (artículo 748); precisa los derechos impugnatorios que tiene el desheredado y señala que la carga de la prueba en estos casos corresponde a la parte demandada (artículo 752).

Finalmente, el artículo 753 establece algo importante al disponer que quedará sin efecto la sentencia ejecutoriada que declaró fundada la demanda de desheredación si el testador revoca su declaración. Como vemos, este título es novedoso.

17. LEGADOS (ARTÍCULOS 756 AL 773)

Está desarrollado en dieciocho normas legales, mientras que el Código Civil de 1936 lo hizo en diez. Pero lo importante no radica en su mayor latitud, sino porque lo hace con mayor técnica y regula los casos de caducidad, que el anterior no hizo.

El artículo 756 es importante porque comienza señalando su concepto al expresar que constituye un acto de liberalidad dispuesto por el causante a título de legado por testamento con la cuota de libre disposición, de uno o más bienes o de una parte de ellos. Adviértase que solo procede su otorgamiento por testamento y no puede afectar nunca la cuota legitimaria cuando concurren a la herencia herederos forzosos.

Además, resulta importante esclarecer que el legado puede otorgarse respecto de uno o más bienes concretos determinados o de una parte que se encuentre comprendida dentro de esta cuota de libre disposición; pero no puede afectar la totalidad de la herencia en caso de no existir herederos forzosos porque, en tal caso, sería considerado heredero y no legatario (cfr. artículos 735 y 756).

Recordemos que la institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de una herencia o una cuota de la misma; en cambio, la institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756. Este criterio obedece a la naturaleza de la disposición. Por eso es que la parte final del artículo 735 expresa que: «El error del testador en la denominación de uno u otro, no modifica la naturaleza de la disposición».

El criterio del Código Civil de 1936 fue distinto. El artículo 719, bajo la influencia del Código Civil francés, admitió el legado de toda la herencia o de una parte de ella. Se explica porque en el Código Civil francés no existen herederos testamentarios, solo admite legatarios a título universal y a título particular. «Solo Dios hace a los herederos». Este es el principio que fundamenta tal disposición legal.

El artículo 737 del código vigente podría inducir en el error de creer que sí cabe el legado de la totalidad de la herencia a una persona si no se analiza debidamente. La primera parte de este precepto legal expresa que, cuando el testador carece de herederos forzosos, puede instituir herederos voluntarios hasta con la totalidad de sus bienes y señalar los que asigna a cada uno de ellos; lo cual significa que en esta eventualidad concurren los siguientes requisitos:

- a) No hay herederos forzosos y, por tanto, la totalidad de la herencia es de plena disponibilidad por parte del testador.
- b) La asignación de esa totalidad se da en partes iguales o desiguales.
- c) Pluralidad de herederos voluntarios.

El artículo 738 señala que el testador puede instituir legatarios con la parte disponible si tiene herederos forzosos y no teniéndolos, hasta con la totalidad de sus bienes. En este caso, debe haber pluralidad de legatarios porque, si toda la herencia es otorgada a uno solo, entonces lo asumirá realmente como heredero y no como legatario (cfr. artículo 735).

La correcta denominación de heredero o de legatario en un caso concreto importa mucho por sus efectos jurídicos:

- a) El heredero goza del derecho de acrecer como regla; mientras que el legatario, solo en el caso de excepción que señala el artículo 775.
- b) El heredero goza del derecho de colación; el legatario, nunca.
- c) El heredero goza del derecho de representación sucesoria; el legatario, nunca.
- d) El heredero es titular de toda la herencia; el legatario, solo de un derecho particular.
- e) El heredero responde por las obligaciones de la herencia; el legatario no, salvo disposición contraria del testador.

18. DERECHO DE ACRECER (ARTÍCULOS 774 AL 777)

Este derecho es nuevo en nuestro ordenamiento legal. Sus antecedentes se encuentran en el derecho romano antiguo y fue establecido para evitar, en casos específicos, la caducidad del testamento, porque no admitieron la sucesión mixta. Además, es un atributo exclusivo y excluyente del heredero y proviene precisamente de la naturaleza jurídica de este.

El heredero goza del derecho potencial a tener una cuota hereditaria mayor a la asignada por el testador cuando hay concurrencia plural de estos y alguno de ellos no puede recibirla por diferentes causas: premoriencia, renuncia, declaración de indignidad o desheredación. La razón está en que el heredero es instituido siempre a título universal (artículo 735), del cual deriva ese poder expansivo que le permite aumentar su cuota hereditaria en los casos que puntualiza el precepto legal señalado (artículo 774).

El ámbito de aplicación se extiende tanto para los casos de sucesión testamentaria, como intestada; no obstante su ubicación en sucesión testamentaria.

19. ALBACEAZGO (ARTÍCULOS 778 AL 797)

Los albaceas son los ejecutores testamentarios nombrados por el testador y tienen fundamentalmente tres funciones:

- a) Cumplir la voluntad del testador.
- b) Desempeñar funciones como administrador.
- c) Defender, en caso de duda, la validez del testamento.

El artículo 792 del Código Civil resulta impropio al considerar como albacea al nombrado por los coherederos o por el juez. En estos dos casos, son mandatarios de los otros herederos o administradores judiciales respectivamente, pero no albaceas. El albaceazgo es una institución netamente testamentaria (cfr. artículos 778 y 779).

20. DECAIMIENTO DEL TESTAMENTO (ARTÍCULOS 798 AL 814)

Pierde efecto en tres situaciones: por revocación, caducidad o nulidad.

Corresponde a los tres últimos capítulos de la Segunda Sección del Libro Cuarto desarrollar con propiedad esta materia de modo ordenado y sucesivo, aunque con algunos defectos en el tema de la nulidad, que en su oportunidad señalaremos.

La revocación constituye un derecho legal irrenunciable del testador porque, como sabemos, el testamento tiene como fundamento la libertad de disposición y constituye un acto de última voluntad. Por eso, toda declaración que en contrario haga el testador carece de valor. Es importante destacar que la revocación de un testamento anterior puede hacerse a través de otro testamento, cualquiera fuere su forma; porque todo testamento, desde el punto de vista intrínseco, tiene el mismo valor.

El artículo 800 trae una novedad al establecer la reviviscencia de un testamento anterior y descansa en una presunción *juris tantum* de la voluntad del testador: «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». La revocación de un testamento puede hacerse de modo expreso, tácito o presunto.

La caducidad es otra forma de extinción y determina su ineficacia cuando, después de otorgado un testamento, sobrevienen hechos a los cuales la ley les confiere ese efecto. Puede darse en el testamento, en el legado y en la institución de heredero.

En cuanto a la nulidad del testamento, como dejamos señalado anteriormente, es necesaria una revisión y reforma de su articulado porque hemos advertido algunos errores en la segunda parte del artículo 808 cuando señala que, en el testamento, es anulable en los casos de las demás personas incapaces comprendidas en el artículo 687». Pero no son realmente casos de anulabilidad, sino de nulidad, advirtiéndose contradicción en lo que establece la parte pertinente del libro sobre acto jurídico.

Las normas sobre nulidad contenidas en esta parte del Libro de Sucesiones no pueden ser más extensas que las establecidas en el acto jurídico, como afirma Augusto Ferrero. Si la incapacidad absoluta del agente produce la nulidad absoluta del acto jurídico, la misma regla debe aplicarse en el ámbito sucesorio. No puede haber contradicción.

21. SUCESIÓN INTESADA (ARTÍCULOS 815 AL 830)

La función de la sucesión intestada puede ser supletoria (artículo 815, incisos 1, 3 y 4 o complementaria incisos 2 y 5). En tales situaciones resulta necesario el título que permita al sucesor ejercitar sus derechos hereditarios al no haber testamento, el cual tiene valor prevalente. Es indispensable que en esta situación los que tienen

vocación hereditaria soliciten judicialmente o por vía notarial la correspondiente declaración, sin la cual no podrían ejercitar sus derechos correspondientes.

La naturaleza jurídica del artículo 815 es procesal. Conforme al artículo IX del CPC, las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Por lo tanto, es de ineludible cumplimiento.

22. SUCESIÓN DEL ESTADO (ARTÍCULO 830)

El artículo 830 mencionado es una nueva disposición. El Estado es considerado como heredero a falta de sucesores testamentarios o legales y lo declara el juez, a quien corresponda conocer de la sucesión. Ya no existe la herencia vacante.

El Estado, como heredero, no goza obviamente del derecho de delación porque no existe herencia vacante. Está obligado a aceptar la herencia.

23. LA COLACIÓN (ARTÍCULOS 841 AL 843)

Es el acto por el cual se agrega —para efectos meramente contables—, al valor de la herencia neta, el de las donaciones u otras liberalidades que el causante, durante su vida, hubiera otorgado a personas que al momento de su muerte tuvieran la calidad de herederos forzosos, a fin de deducir, de la cuota hereditaria que corresponde a los herederos que hubieren sido beneficiados con estos actos de donación, el valor de estas, con el propósito de nivelar las cuotas hereditarias de todos los herederos forzosos concurrentes a una misma herencia.

Su fin es restablecer el equilibrio de las cuotas hereditarias de todos los herederos forzosos concurrentes a una misma herencia. En los casos de dispensa de colación, no tiene lugar cuando concurren tres requisitos: a) dispensa expresa del testador hecha formalmente por testamento o escritura pública; b) que las donaciones que hubiera efectuado el causante en vida no excedan el valor de la cuota de libre disposición; y c) que sea en beneficio de alguno de sus herederos forzosos (artículo 832). Además, comprende tres operaciones: computación, imputación y compensación.

Esta materia contiene, en el Código Civil vigente, algunas innovaciones; por ejemplo, ha modificado los alcances del artículo 775 del Código Civil de 1936 respecto de las personas obligadas a colacionar. Antes correspondía solo a los hijos y demás descendientes, ahora es un derecho que corresponde a toda clase de herederos forzosos.

El valor de la colación se determina por el que tengan las donaciones efectuadas al momento de la apertura de la sucesión. En el Código Civil de 1936, el valor se determinaba por el que tuviera en el momento de la donación.

24. INDIVISIÓN (ARTÍCULOS 844 AL 851)

Trae tres innovaciones importantes:

- a) La indivisión surte efectos respecto de terceros solo desde que es inscrita en el registro público correspondiente.
- b) En los casos de indivisión, se paga la porción de los herederos que no la aceptan, situación que se da cuando el testador o los coherederos lo establecen.
- c) Se prevé la posibilidad de la partición total o parcial, pese a la indivisión establecida por disposición judicial, si sobrevienen circunstancias que la justifiquen, pero siempre a petición de parte.

25. PARTICIÓN (ARTÍCULOS 852 AL 868)

Implica una permuta, es decir, cesiones recíprocas que hacen entre sí los copropietarios respecto de sus derechos hereditarios. Esto modifica algunas disposiciones del Código Civil anterior (cfr. artículo 983).

Así, el artículo 788 del Código Civil de 1936 facultaba al causante a hacer la partición por testamento o por escritura pública; en cambio, el actual código admite solo la primera forma (artículo 852). Su fuente ha sido el artículo 734 del Código Civil italiano. Además, el actual permite la partición extrajudicial cuando todos los herederos concurrentes son personas capaces y están de acuerdo, porque los actos de disposición requieren de la unanimidad de votos, según el artículo 971, inciso 1.

El Código derogado carecía de disposición alguna sobre este tema.

La partición sucesoria no incluye los casos de rescisión por lesión.

26. OBLIGACIONES DE LA HERENCIA (ARTÍCULOS 869 AL 880)

Conserva la distinción que hace el Código de 1936, pero con un mejor desarrollo.

Son las cargas y las deudas. Las primeras son obligaciones sobrevinientes a la muerte del causante; las otras, en cambio, se originan por el propio causante por actos contractuales o extracontractuales realizados por él. El plazo del beneficio otorgado a las personas que hayan vivido en casa del causante o alimentado por cuenta de este ha sido ampliado de uno a tres meses, siguiendo la orientación del Código Civil alemán. Esta distinción tiene importancia práctica porque el pago de las primeras tiene preferencia respecto de las segundas.