MARIO CASTILLO FREYRE

Profesor principal en la
Pontificia Universidad Católica del Perú

# DERECHO DE SUCESIONES

El autor agradece la colaboración de:
Gisselle Moreno Cavallini
Gianella Lezama Coaguila

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎(01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

**DERECHO DE SUCESIONES**

© **Mario Castillo Freyre**
**© Gaceta Jurídica S.A.**

Primera edición: enero 2024
1270 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2024-00550
ISBN 978-612-333-070-5
Registro de proyecto editorial
31501222400041

Prohibida su reproducción total o parcial
D. Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Rosa Alarcón Romero
Corrección: Roberto Valencia Velarde

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Enero 2024
Publicado: enero 2024

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

*A los profesores César Fernández Arce*
*y Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena;*
*y a la memoria de los profesores*
*Augusto Ferrero Costa,*
*Luis Echecopar García,*
*Rómulo Lanatta Guilhem*
*y Emilio F. Valverde,*
*por su invaluable contribución al estudio*
*del Derecho Sucesorio*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# PALABRAS LIMINARES

No hay duda de que el Derecho de Sucesiones representa una de las áreas fundamentales del Derecho Civil. Y es tanta su importancia que muchas veces llama la atención el que no se le otorgue la que le corresponde. Es, sin duda, una de esas materias de las que nadie se escapa en esta vida o después de que ésta haya terminado.

Dentro del estudio que vengo realizando acerca del Derecho Civil y que me ha llevado ya a escribir y publicar obras relativas a otros Libros del Código Civil peruano de 1984, en esta oportunidad he abordado el estudio del Libro IV, Derecho de Sucesiones, artículos 660 a 880. La finalidad de esta obra es esencialmente didáctica y con ella espero contribuir a la difusión de la materia entre estudiantes de Derecho y abogados y, así, aligerar el día a día en el ejercicio de nuestra profesión.

Como habrá podido apreciar el lector, dedico esta obra a seis maestros de Derecho de Sucesiones; al doctor César Fernández Arce, quien fue mi profesor en la materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a quien estoy muy agradecido; y al doctor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, presidente de la Academia Peruana de Derecho y muy apreciado colega; quienes han contribuido, con sus obras escritas y con sus enseñanzas, a la afirmación de la doctrina en esta materia; así como a la memoria de los profesores Luis Echecopar García, Rómulo Lanatta Guilhem, Emilio F. Valverde y Augusto Ferrero Costa, figuras notables del Derecho peruano y grandes especialistas en Derecho Sucesorio.

Por último, debo agradecer a dos personas sin cuya colaboración en el acopio de doctrina y en la sistematización de la jurisprudencia, me hubiera sido imposible culminar esta obra: Gisselle Moreno Cavallini, abogada, amiga y compañera de trabajo en el Estudio, y a Gianella Lezama Coaguila, asistente legal en el mismo. Aprecio y valoro muchísimo el enorme talento y el esfuerzo desplegado por ambas.

FACULTAD DE DERECHO CASTILLO FREYRE

Someto esta obra a consideración de mis lectores.

Lima, enero del 2024

**Mario CASTILLO FREYRE**(*)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(*) Mario Castillo Freyre (Lima, 1964) es abogado en ejercicio (desde abril de 1993) y socio en el Estudio que lleva su nombre; magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Miembro de Número (desde abril del 2010) y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho (desde septiembre del 2020); profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú; director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje*, *Biblioteca de Arbitraje: serie digital*, y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa (2017-2018). Dictó muchos años en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (donde es profesor principal y está con licencia) y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

# LIBRO IV

# DERECHO DE SUCESIONES

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SECCIÓN PRIMERA

# SUCESIÓN EN GENERAL

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# TÍTULO I
# TRASMISIÓN SUCESORIA

### MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA TRASMISIÓN SUCESORIA

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

---

Todo el Derecho gira en torno a las personas, sean naturales o jurídicas. Pero no cabe duda de que la persona natural es el centro del Derecho. Sin ella, nada habría, ni siquiera Derecho.

En lo que respecta al patrimonio, vemos cómo el Código Civil regula desde el artículo 1, los derechos patrimoniales de la persona, naturalmente, a condición de que nazca viva. Es claro, además, que toda persona tendrá un patrimonio, por más pequeño o insignificante o por más cuantioso o voluminoso que sea. Siendo el derecho de propiedad reconocido no sólo como un derecho humano, sino como un derecho civil y constitucional, es claro que mientras viva, la persona podrá hacer uso y disfrute de su patrimonio como mejor le parezca, siempre dentro de los límites que imponen el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Pero todo esto terminará, como en realidad termina todo, salvo lo relativo al terreno espiritual, cuando muera la persona. En ese momento habrá desaparecido de la faz de la Tierra ese centro de derechos en virtud del cual se ha construido y se construye todo el Derecho.

No obstante, lo que no desaparece es su patrimonio, sea cual fuere.

Es preciso dejar sentado, desde este momento, que el patrimonio consiste en el conjunto de bienes, derechos de crédito y deudas que tiene toda persona. Entonces, cuando muera esa persona, ella dejará de ser titular de ese patrimonio. Las personas vivas son dueñas de un patrimonio, las almas no pertenecen al terreno material.

ESTUDIO JURÍDICO CASTILLO FREYRE

A decir del maestro Luis Echecopar García, «El patrimonio está constituido por todos los bienes de la persona que ha fallecido y comprende sus deudas, responsabilidades y obligaciones, porque es evidente que las deudas del causante no pueden quedar impagas si deja un patrimonio que puede responder por las mismas.»[1]

Dentro de ese orden de ideas, el Derecho tiene que dar respuesta a la pregunta relativa a quién será ahora el titular de ese patrimonio; en otras palabras, quién pasará a ser propietario de los bienes de esa persona; acreedor de sus créditos; y deudor de sus deudas.

Para ser precisos, conviene remitirnos al concepto de herencia que ha sido desarrollado mediante Casación n.º 2823-98-Huánuco, de fecha 15 de abril de 1999, «*Segundo*. La herencia es el contenido y objeto de la sucesión por causa de la muerte, por ello es una unidad transitoriamente mantenida en conjunto desde la muerte del titular hasta la partición, es decir, que se concibe a la herencia como unidad objetiva que es materia de transmisión integral "*mortis causa*", supone un "*universum itus*" que no consiste en la suma o agregado de bienes, derechos, obligaciones singulares, sino en la unidad patrimonial abstracta que ellos conforman y que abraza tanto el activo como el pasivo del causante.»[2]

Para ello, precisamente, es que existe el Derecho Sucesorio o Derecho de Sucesiones, denominación, esta última, que emplea nuestro Código Civil en la materia, regulada entre los artículos 660 y 880.

La primera de las normas citadas se encarga de establecer que, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores.

Cuando la norma se refiere a la muerte de la persona, y más allá de consideraciones de orden médico, estamos hablando de aquella muerte reconocida por el Derecho, la misma que estará acreditada por un certificado de defunción o por una sentencia firme de declaración de muerte presunta. En ambos casos, resultará muy importante el momento en que se haya establecido que la persona murió, pues, desde el punto de vista del Derecho Sucesorio, será desde ese mismo momento en que su patrimonio habrá dejado de pertenecerle y, de manera automática, sin trámite alguno de por medio, se entenderá que tal patrimonio habrá pasado a la esfera patrimonial de sus sucesores.

(1) Echecopar García, Luis. *Derecho de Sucesiones*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 12.
(2) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Toda la jurisprudencia civil vinculante, relevante y actual en un solo volumen*. 3ª edición. Nomos & Thesis, Lima, 2021, p. 579 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2022, p. 367.

Debemos precisar que dentro del término «sucesores», la ley comprende tanto a aquellas personas que tienen la calidad de herederos, dentro de los cuales se hallan quienes hayan heredado todo el patrimonio de la persona fallecida (heredero universal), como quienes hayan heredado alícuotas del mismo, en caso hubiere pluralidad de herederos, sean ellos declarados por declaratoria de herederos, en caso se tratare de una sucesión intestada, o por testamento (sucesión testamentaria). Pero el término «sucesores» también comprende a los legatarios, que son personas a quienes se les ha dejado uno o varios bienes en particular.

Al respecto, Benjamín Aguilar explica que, «Nuestro Código Civil considera como tales a los herederos y legatarios, a los primeros, como sucesores a título universal; y a los segundos, como sucesores a título particular. Los herederos (forzosos, voluntarios o legales) reciben los bienes, derechos y obligaciones del causante, es decir, son los que se convierten por la sucesión en nuevos titulares del patrimonio que deja el causante; y en lo que se refiere a los legatarios, llamados sucesores a título particular, son aquellos llamados por el causante vía testamento a recibir un bien, o una parte de un bien determinado; por lo tanto, salvo que el testador lo disponga, no asumen pasivo como los herederos, de allí que es cuestionable la calidad de sucesores que el Código les otorga, por lo que su calidad se identifica más como la de un acreedor de la masa hereditaria.»[3]

Además, en materia de Derecho Sucesorio, a la persona que ha fallecido se le denomina «causante» y su muerte, precisamente, es lo que da lugar a la apertura de la sucesión.

En toda sucesión es claro que, de seguro, se van a realizar trámites para determinar quiénes son los sucesores del causante, sea que se trate de una sucesión intestada (es decir, aquella sin testamento de por medio) o testamentaria, que es la que se determina a partir de lo dispuesto por el causante en su testamento. En el primer caso, se tendrá que seguir un trámite de naturaleza judicial o notarial, denominado declaratoria de herederos, en tanto que en el segundo se tendrá que proceder a la apertura del testamento.

Todo esto determinará, seguramente, que al momento de la muerte del causante no se conozca con exactitud quiénes son sus sucesores, pero este hecho será irrelevante, en la medida en que luego se conocerá quiénes son. No

(3) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones*. Instituto Pacífico, Lima, 2014, p. 45.

obstante, ese conocimiento o declaración formal no surtirá efectos a partir de ese momento, sino desde aquel de la muerte del causante. Eso es lo que dice el artículo 660 del Código Civil; de tal manera que no existirá un solo instante en el cual el patrimonio que pertenecía en vida al causante deje de pertenecer a alguien. En el régimen sucesorio peruano y, realmente, del Derecho contemporáneo, no existe la figura de la herencia yacente[4], es decir, aquella herencia que, por un tiempo, no pertenece a nadie.

Queda claro, como ya fue señalado por nosotros con anterioridad, que el patrimonio se compone de bienes, créditos y deudas y, una vez fallecido el causante, ese patrimonio constituye una masa de carácter indivisible, cuyas características iremos conociendo a lo largo del presente estudio.

Adicionalmente, resulta importante mencionar que, sobre la finalidad del presente artículo se ha pronunciado la Casación n.º 1285-209-Lima, de fecha 15 de septiembre de 2009, señalando que, «[...] el artículo 660 del Código Civil no sólo tiene el objetivo de establecer el momento en que se apertura *(sic)* la sucesión, sino tiene como finalidad esencial el poder situar en el tiempo cómo se han ido produciendo las diversas sucesiones; de manera que, éstas deberán irse declarando en función a cómo se han ido produciendo en el tiempo.»[5]

Por otra parte, es necesario recordar, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[6] que la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso una modificación para el artículo 660, con el texto siguiente:

(4) Sobre la construcción de una teoría de la herencia yacente, Castro Sáenz señala, refiriéndose a la legislación española, «Nuestro Código, lamentablemente, huye de toda esta imprescindible perspectiva de creación jurídica, ocupándose tan sólo de las situaciones de hecho, lo que empobrece su tratamiento de las sucesiones, que quedan huecas en un aspecto sobresaliente de su propia estructura interna; la referencia en el artículo 989 a la fuerza retroactiva de la aceptación supone una aplicación –desde luego empobrecida– de la vieja teoría romana de la retroactividad, pero la preocupación única del codificador se centra en exclusiva sobre las cuestiones concretas, perdiéndose así la posibilidad de construir jurídicamente, con apoyo en la tradición romana, una teoría general sobre la yacencia [*sic*] en nuestro derecho.» Castro Saénz, Alfonso. «Un acercamiento civilístico [*sic*] a la herencia yacente». [PDF] Recuperado de: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2084/AD-4-38.pdf?sequence=1&isAllowed=y

(5) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 581.

(6) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano.* Biblioteca de Arbitraje. Estudio Mario Castillo FreyraLima, 2020, volumen 75, p. 176.

> **Artículo 660.-** Trasmisión sucesoria de pleno derecho.
>
> Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores de acuerdo a las reglas del presente Libro.

El grupo de trabajo señaló como exposición de motivos lo siguiente:

> «El artículo 660 actual establece el sistema de transmisión sucesorial [*sic*] de pleno derecho, a favor tanto de los herederos como de los legatarios, de ser el caso. De este modo, sobre la base del modelo francés, se reconoce a la muerte como el evento que determina la trasmisión hereditaria a favor de los sucesores, sin perjuicio de que sea la aceptación de la herencia la que confirme su adquisición a favor de aquellos.
>
> La propuesta normativa, manteniendo la lógica existente para la determinación de la transmisión hereditaria, busca precisar que los bienes, derechos, obligaciones, y en general las situaciones jurídicas respectivas [*sic*], que constituyen la herencia no se transmiten directamente a los sucesores, sino que dicha transmisión se realiza a la luz de las reglas establecidas en el Libro de Sucesiones.
>
> La precisión resulta importante ya que ella permite coordinar la regulación existente con lo establecido en el art. 661 del Código Civil que regula un régimen de la responsabilidad *intra vires hereditatis*, lo que implica que el sucesor no asume directamente con su propio patrimonio, las obligaciones de su causante, sino que aquello que recibirá el sucesor será el resultante de la masa hereditaria luego de descontar los pasivos de los activos de la misma.»[7]

En aquella oportunidad señalamos que no estábamos de acuerdo en torno a la precisión relativa a que la transmisión sucesoria se producirá de acuerdo con las reglas del Libro de Sucesiones. Eso es tan obvio, como que se diga que la transmisión de los créditos se realizará de acuerdo con las reglas del Libro de Derecho de Obligaciones o que los derechos de la persona se regirán de acuerdo a lo regulado en el Libro de Derecho de Personas.

(7) Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2019, pp. 151-152. Disponible en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Anteproyecto-de-Reforma-al-C%C3%B3digo-Civil-Peruano-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR35kM_4DKRclgil0kf123aZWXvH461cvMOZsFG1q3O2PdXTlnrSm1q_xF0

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## RESPONSABILIDAD *INTRA VIRES HEREDITATIS*

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

En épocas pretéritas, concretamente, en la Roma antigua, la herencia determinaba que el o los herederos del causante debían responder por todas las deudas de este último, a pesar de que tales deudas superaran en monto a los créditos y bienes de los cuales se componía el patrimonio hereditario. Se trataba del principio *ultra vires hereditatis*. Esto significaba que, si las deudas eran mayores que los créditos y bienes recibidos, el heredero debía responder con su propio patrimonio; y si el propio patrimonio no alcanzaba para cubrir el pago de esas deudas, el heredero podría incluso terminar en prisión o como esclavo de su acreedor. No olvidemos que en Roma sí había prisión por deudas y esclavitud.(8)

El Código Civil peruano de 1984 ha establecido, como correspondía, el principio *intra vires hereditatis*, lo que significa que los herederos sólo responden hasta el límite de lo recibido en herencia. Sobre este particular, el artículo 661 establece que corresponde al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial. Ello nos parece correcto, en la medida en que nadie mejor que el heredero para encontrarse en la posibilidad de probar ese exceso. Es claro, también, que el inventario judicial del patrimonio hereditario recibido releva al heredero de cualquier prueba, pues para tal efecto está, precisamente, el inventario.

Nótese que aquello que se tiene que probar es solamente que el patrimonio hereditario recibido del causante no alcanza para satisfacer las deudas por cubrir. Ello no significa que no se tenga que pagar, si es que tal patrimonio sí alcanzase para cubrir parte de dichas deudas. En este caso, se deberá hacer el pago parcial hasta donde alcance el patrimonio. Es evidente que para cubrir esas deudas seguramente se tendrá que liquidar los bienes de la sucesión y cobrar los créditos. Y no hay que olvidar que también se deberá cumplir con asignar los bienes a los legatarios, de acuerdo con lo establecido en el testamento del

(8) Ver: GARCÍA MAC GAW, Carlos. «La deuda y las clases sociales en la primitiva república romana». En: *XI Jornadas Interescuelas / Departamentos de Historia*. Departamento de Historia. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 2007.

causante, si fuera el caso. Ésa será labor de los herederos o del albacea testamentario, si lo hubiera.

En esa línea se ha pronunciado la Casación n.º 608-04-Lima, de fecha 8 de junio de 2005, «*Quinto.* Toda masa hereditaria se compone de un pasivo y de un activo, esto es, por un lado, existen deudas y cargas que cubrir y, de otro, haberes y créditos que la benefician. Las deudas son, propiamente, obligaciones que fueron contraídas por el causante en vida, y que no pudo honrarlas oportunamente por sobrevenir su fallecimiento, quedando las mismas impagas. Siempre que se encuentren acreditadas o reconocidas, estas deudas se transmiten a los herederos con efecto *intra vires hereditatis*, es decir, sólo hasta donde alcance el valor de los bienes dejados como herencia, salvo la excepción prevista en el artículo 662 del Código Civil.»[9]

Ahora bien, uno se podría preguntar si esto hubiera podido ser evitado por el heredero.

Por supuesto que sí, ya que habría sido suficiente con que no acepte la herencia, pero ésa será materia de posterior análisis.

Sobre las deudas, el profesor Augusto Ferrero precisa que, «Como ya hemos señalado, las deudas a que se refiere este artículo son únicamente las trasmisibles, pues las personalísimas no son objeto de trasmisión. Las deudas difieren de las cargas en que estas son obligaciones nacidas después de la muerte, como los gastos del funeral o de incineración, de habitación y alimentación de sus dependientes y el caso que erróneamente califica el Código como tales: los gastos de la última enfermedad del causante (artículo 869).»[10]

Las deudas personalísimas son aquellas derivadas de obligaciones *intuitu personae*, como sería el caso de un pintor (causante) que se había obligado a realizar un retrato del acreedor y muere sin haberlo hecho, pero sin haber sido constituido en mora.

En cambio, no sería una deuda de esa naturaleza aquella consistente en los daños y perjuicios que ese pintor ya debía a su acreedor por no haber elaborado el cuadro, de haber incurrido en mora.

(9) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 583 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 370.

(10) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado.* Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV, p. 14.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre las acreencias del causante, en la Casación n.° 16826-2013-Huaura, de fecha 23 de octubre de 2014, «*Décimo tercero.* Se puede concluir que las herederas sí tienen legitimidad para demandar el pago de los intereses legales que correspondieron a su padre causante; toda vez, que, a partir de la muerte, se transmitieron a su favor los bienes, derechos y obligaciones que fueron inherentes a su causante; tal es así, que el artículo 661 del Código Civil, señala que: "El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta"; si resulta factible que las deudas se transmitan a los herederos y se cobren como carga de la herencia (*efecto intra vires hereditatis*); es también coherente que las acreencias del causante puedan ser reclamadas por los herederos del mismo, como en el presente caso.»[11]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(11) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 583.

## RESPONSABILIDAD *ULTRA VIRES HEREDITATIS*

**Artículo 662.-** Pierde el beneficio otorgado en el artículo 661 el heredero que:

1.- Oculta dolosamente bienes hereditarios.

2.- Simula deudas o dispone de los bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión.

Como hemos señalado al analizar el artículo 661, la regla en materia de responsabilidad hereditaria es el principio *intra vires hereditatis*. Pero el Código Civil de 1984 contempla algunos supuestos de excepción en los que el heredero deberá responder con todo su patrimonio, es decir, *ultra vires hereditatis*.

Para ser más precisos, somos de la opinión de que este artículo también los incluye a los legatarios.

En esa línea, Juan Olavarría señala, «Consideramos que dentro del vocablo acreedores y conforme lo expresado al comentar el numeral 660, se incluyen también bajo la protección del castigo contenido en la norma bajo análisis a los legatarios, pues estos son también acreedores de la herencia en la medida en que tienen que esperar a que la masa hereditaria bruta (activos y pasivos) se depure y se convierta en masa hereditaria neta a fin de poder cobrar sus legados. Y eso es tan cierto que las hipótesis de ocultamiento de bienes y simulación de deudas se reflejan finalmente en una menor porción de libre disposición –no en porcentajes sino en cantidades– y siendo que los legados son con cargo a ella, trae consigo la eventual reducción de los legados y el evidente perjuicio de los derechos de los legatarios, que podrían por estas conductas ilícitas ver reducidos y por ende afectados sus legados.»[12]

Veamos:

a) El heredero que oculta dolosamente bienes hereditarios (inciso 1)

El ocultamiento doloso de bienes hereditarios implica la realización de actos abiertamente contrarios a la buena fe, que constituye principio que

(12) OLAVARRÍA VIVIAN, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones*. Editora Escolani, Lima, 2010, pp. 15-16.

informa no sólo el Derecho Civil, sino todo el Derecho. En particular, en materia sucesoria, la buena fe implica que, una vez fallecido el causante, todos los herederos revelen la existencia de los bienes que conozcan que forman parte de la sucesión, a pesar de que tales bienes pudieran estar en su poder, no visibles para los demás, o, incluso si se tratara de bienes registrados a nombre de terceros, es decir, de personas que, formando o no parte de la sucesión, figuren como propietarios de tales bienes, a pesar de no serlo.

Ello dependerá de cuál hubiera sido el proceder en vida del causante. Recordamos un caso arbitral en el que fuimos abogados defensores, en el cual, al momento de su muerte, el causante (quien siempre fue reconocido como millonario), prácticamente, no tenía bienes a su nombre, sino a través de empresas que formalmente eran de propiedad de terceros, lo que ocasionó una sucesión muy complicada y un ulterior arbitraje hereditario que se prolongó por alrededor de ocho años.

Para Guillermo Lohmann, «Por la conexión entre este artículo y el precedente debe entenderse que la ocultación puede producirse tanto cuando se trata de formación de inventario, como cuando el heredero alega responsabilidad limitada sosteniendo que el pasivo excede del activo. En uno y otro caso el heredero pierde la responsabilidad *intra vires* que podría corresponderle, aunque llegue a demostrarse que el activo es superior. Quiero decir, no se producirá el efecto de distinción patrimonial entre los bienes del heredero y los del causante, y el acreedor podrá válidamente hacer efectivo su cobro contra los bienes del primero. Con mayor razón, si la herencia es deficitaria los acreedores podrán cobrar sus créditos sobre el haber del heredero sin importar hasta dónde alcancen los bienes y derechos relictos.»[13]

Como se aprecia del contenido del inciso 1 del artículo 662, la ley peruana sanciona estas conductas extendiendo la responsabilidad del heredero a su propio patrimonio.

b) <u>El heredero que simula deudas, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión (inciso 2)</u>

La simulación de deudas, sea como acreedor o haciendo que terceros figuren como acreedores del causante, implica, sin duda, una maniobra dolosa

(13) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Gaceta Jurídica, Lima, 2023, tomo I, p. 93.

destinada a beneficiarse ilícitamente del patrimonio hereditario, aumentando, indirectamente (a través de esas deudas ficticias) la participación de ese heredero en la masa hereditaria, naturalmente, en perjuicio de los demás herederos. Este supuesto, regulado en el inciso 2 del artículo 662, bajo comentario, también sanciona al heredero que incurra en él, a efectos de que responda con su propio patrimonio para el pago de las deudas del causante, siempre y cuando el patrimonio causado no alcanzase para el pago de las mismas.

c) El heredero que dispone de los bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión (inciso 2)

No cabe duda de que el heredero que dispone de los bienes del causante, para que se encuentre en el supuesto bajo comentario, deberá haberlo hecho sin autorización de los demás herederos. Ahora bien, cabe la posibilidad de que esa disposición haya sido a título gratuito o a título oneroso; y, en este último caso, incluso sería posible que el dinero obtenido a cambio de tales bienes se hubiese incorporado a la masa hereditaria. No obstante, ello no restaría gravedad a la situación, en la medida en que se habría tratado de un proceder irregular de ese heredero. De ahí la sanción legal destinada a hacerlo responder con su propio patrimonio para el pago de las deudas del causante que no alcanzare a pagarse con la masa hereditaria.

Sobre las sanciones estipuladas en este artículo, Augusto Ferrero comenta, «Consideramos sumamente drástica la sanción que establece el artículo 662. Conceptuamos que constituyendo delitos estos hechos, su sanción se encuentra dentro del campo del Derecho Penal; y en todo caso, implican actos que civilmente pueden ser, algunas veces, declarados ineficaces mediante la acción pauliana; o el acreedor, subrogándose en el heredero, puede plantear la acción oblicua.»[14]

(14) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 16.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## JUEZ COMPETENTE EN MATERIA SUCESORIA

**Artículo 663**.- Corresponde al juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el país, conocer de los procedimientos no contenciosos y de los juicios relativos a la sucesión.

El artículo 663 regula el supuesto del juez competente en materia sucesoria. Se tratará de aquél del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el Perú. Nótese que el legislador de 1984 pudo haber determinado competencia para el juez donde se halle la mayor parte de bienes del causante, pero éste hubiese sido un criterio de difícil aplicación en algunos casos, al desconocerse tal situación al momento de la muerte del causante. Y, peor aún, si los bienes no se encontrasen ubicados en una misma localidad.

Señala el artículo bajo comentario que el juez será competente para conocer los procedimientos no contenciosos (declaratoria de herederos, por citar el ejemplo más usual) y de los juicios relativos a la sucesión. Esto último se producirá, naturalmente, si es que existieran desavenencias entre los herederos y legatarios sobre algún aspecto de la herencia dejada por el causante.

Este artículo está en consonancia con lo establecido por el artículo 19 del Código Procesal Civil de 1993:

> **Artículo 19**.- Materia sucesoria
>
> En materia sucesoria, es competente el juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país. Esta competencia es improrrogable.

Asimismo, la jurisprudencia en la Casación n.º 2506-2006-Lima, de fecha 2 de abril de 2007, se ha encargado también de diferenciar que el lugar del deceso no equivale al lugar del último domicilio del causante, al indicar que, «...La partida de defunción acredita el lugar del óbito y no el domicilio...»[15]

(15) División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 371.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[16] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la creación de un artículo 663-A, con el texto siguiente:

> **Artículo 663 A.-** Protocolo de familia.
>
> 1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1405, son válidos los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones en personas jurídicas de cualquier tipo, para la conservación de la integridad patrimonial o de la unidad familiar de la gestión empresarial, la prevención o solución de conflictos u otro objeto de interés familiar.
> 2. Excepcionalmente, el protocolo familiar puede incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios de terceros y deberá establecer compensaciones en beneficio de los legitimarios no intervinientes.
> 3. Son nulos los pactos a los que se refiere este artículo que afecten la legítima sin mediar compensación, los derechos patrimoniales del cónyuge, conviviente o terceros.

Resultaba interesante la propuesta de regular el protocolo familiar. No obstante, se trata de un tema que ameritaría profundo debate, sobre todo en cuanto a sus alcances temporales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(16) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 176-177.

# TÍTULO II
# PETICIÓN DE HERENCIA

## ACCIÓN PETITORIA DE HERENCIA

**Artículo 664.-** El derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él.

A la pretensión a que se refiere el párrafo anterior, puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos.

Las pretensiones a que se refiere este artículo son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento.

*Este artículo fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.*

*El texto del artículo original era el siguiente:*

***Artículo 664**.- La acción de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que le pertenecen, contra quien los posea en todo o en parte a título de heredero, para excluirlo o para concurrir con él.*

*Esta acción es imprescriptible.*

---

El artículo 664 regula lo relativo a la acción petitoria de herencia. Se trata de la acción que tiene el heredero contra quien posee bienes que le pertenecen, a título sucesorio, sea para excluirlo o para concurrir con él en la herencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La acción de petición de herencia tiene una naturaleza muy controvertida en doctrina, pues mientras unos señalan que la acción es real[17] (pues con ella se tiende a recuperar la posesión), otros la califican como personal[18] (pues el objeto de la acción es el reconocimiento de la condición de heredero) y, en último caso, como mixta (tesis que acepta la concurrencia de las dos teorías).

Al respecto, César Fernández Arce comenta que, «La mayoría de autores extranjeros y casi la totalidad de los nacionales consideramos que su naturaleza jurídica es real porque lo que se protege no es la vocación hereditaria, la cual es solo el presupuesto de la acción, sino la restitución, la entrega de la posesión de los bienes materia de la herencia que se encuentran en posesión de los sucesores demandados que pueden ser uno o varios.»[19]

Nos permitimos disentir del parecer mayoritario.

En lo personal creemos que la acción petitoria de herencia tiene naturaleza personal, pues ella no está destinada a la entrega de bienes hereditarios, sino al reconocimiento de la calidad de heredero, situación muy diferente. El hecho de que se reconozca a alguien la calidad de heredero va a implicar, indirectamente, que sea titular de los bienes que forman parte de la masa hereditaria, pero no sólo lo será de los bienes, sino también de los créditos y deudas que la integren. Por esta razón, decimos que la acción petitoria de herencia tiene carácter de acción personal y no real. El efecto real es no sólo indirecto, sino parcial. Su objeto central es el que se reconozca al peticionante la calidad de heredero universal o coheredero. No otro.

Ahora nos corresponde comentar los supuestos del artículo bajo análisis.

De manera previa, debemos señalar que, en un ámbito procesal, la acción de petición de herencia es meramente declarativa, tal y como lo señala la Casación n.° 143-2001-Junin, de fecha 1 de octubre de 2001, «La acción de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que le pertenezcan [,] dirigiéndose la misma contra quien los posea en todo o en parte a título sucesorio, teniendo como finalidad excluir a este poseedor o concurrirá con

(17) León Barandiarán, José. *La sucesión hereditaria en la jurisprudencia suprema*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, p. 21.

(18) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.* p. 116.

(19) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 100.

él, desprendiéndose así que dicha acción es de contenido meramente declarativo [...]»[20]

Podría ser el caso de un hermano que demande a sus otros hermanos porque cuando éstos tramitaron la declaratoria de herederos del padre común, no lo incluyeron a él como heredero; entonces, aquí, sus hermanos poseen una masa hereditaria que, a pesar de que les corresponde poseer, también deberían compartirla con el otro hermano.

Distinto sería el caso de aquel hijo del causante que demanda la petición de herencia contra su único hijo, quien se hizo, indebidamente, declarar heredero universal del abuelo fallecido, cuando en realidad, quien debería haber sido declarado heredero es el hijo reclamante.

En cualquier caso, la jurisprudencia en la Casación n.º 428-2006-Puno, de fecha 2 de abril de 2007, ha determinado que, «[...] Conforme al texto, expreso y claro, del artículo seiscientos sesenticuatro *(sic)* del Código sustantivo, el objeto de la acción de petición de herencia es la recuperación de todos o parte de los bienes, que a título sucesorio, el demandado ha hecho suyo, cuando también lo son, excluyente o conjuntamente, de la parte actora; [...] de donde se puede concluir que la norma pretende reconstituir el universo sucesorio, a fin de restablecer los derechos de quien corresponda; [...] por ende, la interpretación de la norma invocada debe ser en el sentido que el actor, dentro de este proceso, procura la reconstitución del universo sucesorio que posee o ha poseído la parte actora, como consecuencia de su título sucesorio.»[21]

Volviendo a nuestros ejemplos, diremos que, en el primero de ellos, la acción petitoria de herencia se dirigiría a obtener que los demás herederos compartan la herencia con el demandante; en tanto en el segundo, la finalidad de la misma sería el que quienes fueron declarados herederos sean preteridos en beneficio del demandante, cuyo derecho hereditario excluye al de los demás.

El segundo párrafo del artículo 664, bajo comentario, establece que, a la acción petitoria de herencia, puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos.

Esto es importante y, en verdad, el texto original del precepto no impedía acumular esta pretensión procesal. Lo que ocurre es que puede ocurrir que los

(20) División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 371.
(21) *Ibidem*, p. 372.

ESTUDIO JAVIER CASTRO-TREYRA

demandados posean los bienes que pertenecían al causante, previa declaratoria de herederos o sin ella, es decir, de *facto*. En el primer caso, sería necesario que el demandante también pretenda ser declarado heredero junto o excluyendo a los demás. En el segundo supuesto, no sería necesario solicitar ser declarado heredero en el proceso, pues ella debería tramitarse como un proceso no contencioso, sea en la vía judicial, sea en la vía notarial.

Resulta muy importante lo señalado en el tercer y último párrafo del artículo 664, bajo comentario, en el sentido de que las pretensiones a que se refiere el precepto son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento.

En ese sentido, Benjamín Aguilar señala que, «La vigente norma que contempla la imprescriptibilidad de la acción, lo hace en función de considerar que si la acción se da entre herederos (en este caso sería para concurrir a la herencia), quienes están en la condición legal de condóminos, situación esta que no permite entre ellos la posibilidad de la *usucapione* (el artículo 985 del Código Civil alude a que ninguno de los copropietarios ni sus sucesores, pueden adquirir por prescripción los bienes comunes), entonces resulta siendo congruente la imprescriptibilidad, e incluso ociosa la norma por obvia.»[22]

Se trata, pues, de una de las poquísimas acciones (pretensiones) que el Código Civil de 1984 ha considerado deben ser imprescriptibles. Ello, dada la trascendencia de la acción petitoria de herencia y el hecho de no ser preterido en una sucesión. El trámite de las pretensiones en la vía del proceso de conocimiento, permite que se otorgue las mayores garantías para la discusión del derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(22) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 117.

## Acción reivindicatoria de bienes hereditarios

**Artículo 665.-** La acción reivindicatoria procede contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos.

Si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al heredero aparente y la trasmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos. En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título.

El artículo 665 trata acerca de la acción reivindicatoria de bienes hereditarios. En primer lugar, debemos decir que la norma protege a los terceros que hayan adquirido bienes de la sucesión de buena fe y a título oneroso. Ésta, por lo demás, es la regla del Código de 1984 en la materia.

En cambio, no estarán protegidos los terceros adquirentes de buena fe, pero a título gratuito, caso en el cual, precisamente por no haber detrimento patrimonial, la ley sigue prefiriendo al legítimo propietario sobre el adquirente; y los terceros de mala fe que hubieren adquirido el bien de la herencia, sea a título oneroso o a título gratuito.

Para Augusto Ferrero, «Esta acción es *res singula*; por ello es más correcto denominarla de esta forma específica en lugar de referirla genéricamente a la herencia. Es un caso particular de la acción reivindicatoria en general, la cual es legislada en el artículo 923, que reconoce entre los derechos inherentes a la propiedad el de reivindicarla, y en el artículo 979, que señala que todo copropietario puede reivindicar el bien común.»[23]

Para la jurisprudencia, esta acción es de naturaleza real, en concordancia con lo señalado en la Casación n.º 4945-2006-Cajamarca, de fecha 16 de marzo de 2007, «*Sexto*. La acción reivindicatoria de herencia se encuentra

(23) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones*. Cultural Cuzco Editores, Lima, 1998, p. 97.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

regulada en el artículo 665 del Código Civil, que establece que procede contra un tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso, celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos; teniendo esta acción un carácter diferente porque se trata de una acción eminentemente real que procede contra el tercer adquirente que posee sin título sucesorio.»[24]

Así también lo ha reiterado la Casación n.º 1734-2007-Loreto, de fecha 7 de abril de 2008, «*Octavo*. La acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ya que protege el derecho real más completo y perfecto que es el dominio; por ella se reclama no sólo la propiedad, sino también la posesión, la que puede ejercitar el propietario no poseedor de un bien determinado para que el poseedor no propietario se lo restituya; lo que debe probarse en la acción *rei vindicatio* son tres elementos: 1. La propiedad del inmueble que se reclama; 2. La posesión o detentación del bien por el demandado (esto supone probar que éste carece de derecho a poseer); 3. La identificación o identidad corporal de la cosa.»[25]

Todos estos contratos deberían haber sido celebrados por el tercero en cuestión y el heredero aparente que entró en posesión de tales bienes.

En ese sentido, el profesor César Fernández Arce comenta que, «La acción reivindicatoria es el derecho que tiene el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario para obtener su correspondiente restitución. En el caso de la acción reivindicatoria de bienes hereditarios, el demandante es un heredero que se presente atribuyéndose la propiedad de un bien que considera integra la herencia que le corresponde. Esta acción procede contra un tercero cuyo derecho aduce no proviene de la herencia transmitida por el causante al demandante, sino más bien de otra fuente contractual o extracontractual: la usucapión, por ejemplo.»[26]

El segundo párrafo del artículo 665, bajo comentario, precisa que, si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al heredero aparente y la trasmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos. Debemos puntualizar que se trata de una

(24) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 587.
(25) *Ibidem*, pp. 587-588.
(26) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 107.

presunción *iuris tantum*, en la medida en que resulta claro que quien ejerza la acción reivindicatoria podrá probar la mala fe (conocimiento de la realidad) con que hubiere actuado el adquirente.

En éste y en todos los demás casos en que no exista buena fe del adquirente, el verdadero heredero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título. El tema no requiere de mayor explicación.

Para Benjamín Aguilar, «Es de observar que se protege al tercero que actúa de tal forma, y ello en estricta aplicación del artículo 2014 del Código Civil, que regula la buena fe registral, numeral que señala que el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos. Tratándose de actos gratuitos (liberalidades) o sin título alguno (precariedad), la acción reivindicatoria siempre prospera; en el primer caso, porque no ha habido contraprestación alguna y no cuenta tampoco la buena fe, porque más pesa el empobrecimiento del heredero; y en el caso del precario, al carecer de título, este tercero no tiene cómo ampararse para defender su supuesto derecho.»[27]

Finalmente, puede observarse que la norma guarda silencio sobre los bienes no registrados. En ese sentido un sector de la doctrina ha entendido que la frase "En los demás casos [...]" haría referencia a este supuesto.

Al respecto, Guillermo Lohmann comenta, «¿Qué significa, entonces, esto de "demás casos"? Creo ha habido, como en otros lugares del Código, una errata no advertida y que lo que figura como última frase del segundo párrafo en algún momento estaba destinado a ser tercer párrafo, independiente del segundo. No hay otra explicación razonable, porque no es verosímil que el legislador haya regulado con tanta prolijidad el régimen tocante a los bienes registrados y haya omitido toda regulación de los no registrados. Además, repárese en que en su Exposición de Motivos el Dr. Lanatta señala que "en la última parte del artículo en referencia se establece que en los demás casos el heredero tiene el derecho de reivindicar el bien que le pertenece del tercero que lo haya adquirido, aunque lo fuera a título oneroso".»[28]

(27) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 120.
(28) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 119.

EDITORIAL RODRIGO CASTILLO CHEYRE

## Retribución y resarcimiento por enajenación de bienes hereditarios

**Artículo 666.-** El poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario está obligado a restituir su precio al heredero y si se le adeudara, se trasmitirá a este último el derecho de cobrarlo. En todos los casos, el poseedor de mala fe está obligado a resarcir al heredero el valor del bien y de sus frutos y a indemnizarle el perjuicio que le hubiera ocasionado.

El artículo 666 regula la responsabilidad del poseedor que transfiere un bien hereditario, sin tener título para hacerlo. Veamos:

a) Si lo hubiese enajenado de buena fe

La norma bajo análisis es muy clara al respecto cuando indica que el poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario está obligado a restituir su precio al heredero; y, si se le adeudara, se trasmitirá a este último el derecho de cobrarlo.

Ahora, si el bien hubiese sido enajenado de buena fe y a título gratuito, queda claro que no habrá precio que reembolsar ni derecho de crédito que hacer efectivo por parte del verdadero propietario; no obstante, éste tendrá derecho a reivindicar el bien, tal como hemos podido apreciar de la lectura del artículo 665.

b) Si lo hubiese enajenado de mala fe

El artículo 666 señala que, en todos los casos, es decir, cuando hubiese enajenado el bien a título oneroso o gratuito, el poseedor de mala fe está obligado a resarcir al heredero el valor del bien y de sus frutos y a indemnizarle el perjuicio que le hubiera ocasionado. No obstante, debemos recordar que, si lo hubiese enajenado a título gratuito, el verdadero propietario del bien mantendrá vigente la acción reivindicatoria.

Al respecto, Aguilar Llanos precisa lo siguiente: «Obsérvese que el presente artículo 666 del Código Civil, al regular la buena o mala fe, no lo hace respecto del tercero adquirente que, como ya sabemos, si actuó de buena fe no procederá la reivindicación, y en el caso contrario, la reivindicación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

está expedita. Se trata de la buena o mala fe del heredero aparente, quien dispone del bien de la sucesión; en consecuencia, el citado artículo debe entenderse con el supuesto de que la acción reivindicatoria no procede, por haberse transferido el bien a un tercero a título oneroso, quien lo ha adquirido de buena fe, pues si no fuera así, y tal como ya ha quedado señalado, sí procedería la reivindicación y por lo tanto la recuperación del bien. Entonces debemos concluir que solo cuando el bien no es recuperable, se justifica regular legalmente no la restitución del bien, sino la compensación del precio recibido por él, o en su caso, su valor.»[29]

Finalmente, la Casación n.º 3369-2007-Cusco, de fecha 18 de septiembre de 2007, señala lo siguiente: «*Tercero.* El artículo 666 del Código Civil recoge el supuesto de hecho relativo a la enajenación que realiza el poseedor respecto de un bien hereditario, dándole consecuencias distintas en caso el poseedor tenga buena o mala fe. En ese sentido, si se trata de buena fe el poseedor enajenante deberá restituir el precio al heredero, en cambio, si se trata de mala fe el enajenante deberá resarcir al heredero el valor del bien y los frutos, y sumarle una indemnización.»[30]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(29) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 122.
(30) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 589.

# TÍTULO III
# INDIGNIDAD

## EXCLUSIÓN DE LA SUCESIÓN POR INDIGNIDAD

**Artículo 667**.- Son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios:

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

2.- Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior.

3.- Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de libertad.

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

5.- Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado.

6.- Los que hubieran sido sancionados con sentencia firme en un proceso de violencia familiar en agravio del causante.

*Este inciso es fruto de la modificatoria efectuada por la segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley n.° 30490, publicada el 21 de julio de 2016. Anteriormente, este inciso había sido incorporado por la cuarta disposición complementaria modificatoria de la Ley n.° 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015, cuyo texto era el siguiente:*

*6.- Los que hubieran sido sancionados con sentencia firme en más de una oportunidad en un proceso de violencia familiar en agravio del causante.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

7.- Es indigno de suceder al hijo, el progenitor que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la minoría de *edad* o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a sus posibilidades económicas, aun cuando haya alcanzado la mayoría de edad, si estuviera imposibilitado de procurarse sus propios recursos económicos. También es indigno de suceder al causante el pariente con vocación hereditaria o el cónyuge que no le haya prestado asistencia y alimentos cuando por ley estuviera obligado a hacerlo y se hubiera planteado como tal en la vía judicial.

*Este inciso también fue incorporado por la cuarta disposición complementaria modificatoria de la Ley n.º 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015.*

*Antes de ingresar al estudio del tema de la indignidad para suceder, debemos señalar que, como se ha podido apreciar, el texto del artículo no corresponde al original del Código de 1984. Él es fruto de las modificatorias efectuadas por la Ley n.º 30364 y la Ley n.º 30490, antes mencionadas.*

*El texto original del precepto era el siguiente:*

***Artículo 667.-*** *Son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios:*

1.- *Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.*

2.- *Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior.*

3.- *Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad.*

4.- *Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.*

5.- *Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La exclusión por indignidad de la herencia o del legado es un caso extremo y que obedece siempre a razones de suma gravedad.

De manera previa, conviene señalar que la Casación n.º 2811-2007-Piura, de fecha 4 de abril de 2008, ha definido qué es la indignidad sucesoria, «*Tercero.* La indignidad sucesoria viene a ser la sanción civil que en materia hereditaria corresponde a aquel heredero o legatario que es excluido de la sucesión por actos o hechos cometidos en agravio del causante; por lo que tal criterio se encuentra vinculado jurídicamente a la figura de la representación sucesoria, principalmente por razón de parentesco con el causante.»(31)

Para Augusto Ferrero, «Se trata de una incompatibilidad moral. Para que se dé la indignidad, el acto del heredero o legatario debe ser delictuoso o vituperable y con respecto al causante o los herederos de éste. La ley específica los casos en que el sucesor puede ser excluido de la herencia, por demandarlo así alguno de los sucesores y mediante la sentencia judicial correspondiente.»(32)

Las causales de indignidad sucesoria se hallan reguladas en el artículo 667, que vamos a comentar seguidamente:

a) <u>Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge (inciso 1)</u>

No cabe duda de que, si un heredero o un legatario hubiese cometido alguno de estos actos contra el causante, sus parientes en línea recta o su cónyuge, el mismo podrá ser pasible de desheredación. Debemos tener en cuenta que la causal de desheredación opera de manera automática y, obviamente, no será necesario que la víctima (si ella hubiese sobrevivido al atentado contra su vida) realice declaración alguna. Pero esto no significa que la indignidad surta efectos apenas se hubiese configurado la causal, pues resulta necesario un proceso judicial a tal efecto, conforme a lo detallado en el artículo 668 del propio Código, precepto que analizaremos más adelante.

En segundo término, la condena por la comisión del delito o tentativa deberá ser firme, vale decir que deberá constar en sentencia que tenga esta condición.

En tercer lugar, el propio artículo 667, inciso 1, señala que esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.

(31) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 589-590 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 385.

(32) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 102.

El indulto o la prescripción de la pena tendrán que ver con la materia penal o penitenciaria del condenado, pero el heredero o legatario ya habría sido excluido de la sucesión por indignidad.

Como se aprecia, la indignidad hace referencia al hecho de que aquel a quien correspondía recibir una herencia o legado no merece recibirlo; precisamente no es digno de ello en virtud de los actos cometidos. En ese sentido, la indignidad opera de pleno derecho a partir del hecho cometido; en el caso del inciso 1, desde que exista sentencia firme condenatoria. Pero entendemos que esta sentencia debería considerarse con efectos retroactivos al momento de cometido el hecho; siendo claro que, sin sentencia firme condenatoria, no se podrá configurar la causal.

Al respecto, agrega Benjamín Aguilar que, «Ahora bien, el homicidio debe haber sido cometido con intención, lo cual como es natural está demostrado no solo por la animadversión del sucesor hacia su causante, sino también por el odio contra este o sus más cercanos familiares; y en lo que atañe a la tentativa, esta consiste en un hecho penal en sí, que si bien no constituye el comienzo de ejecución y no llega a realizar el tipo legal perseguido, sin embargo, basta que el sucesor intente privar de la vida al de cujus, a sus ascendientes, descendientes o cónyuge, sea cualquiera la modalidad de la tentativa como puede ser la acabada, inacabada, el delito frustrado o imposible, para que se incurra en indignidad.»[33]

b) Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior (inciso 2)

En el caso del inciso 2, la norma ya no comprende a los cómplices, sino solamente a los autores de delito doloso cometido en agravio del causante, sus ascendientes, descendientes o cónyuge.

Independientemente de la naturaleza del delito cometido, la ley estima que, cualquiera que éste hubiera sido, merecerá que su autor sea excluido de la sucesión por indignidad.

Sobre la gravedad del delito, Guillermo Lohmann señala que, «[...] si la conducta es más o menos grave penalmente es cuestión que, a mi parecer, resulta ser cosa de segundo orden; lo que interesa es una presunción de gravedad que el acto delictivo origina en el estado anímico del causante

(33) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 82.

en el cual la ley se sustituye para establecer la indignidad, y aparejar la consecuencia de exclusión sucesoria.»[34]

En lo personal, hubiésemos preferido el empleo en este inciso de la misma nomenclatura del inciso 1, vale decir, "autores y cómplices", pues creemos que la gravedad del hecho se configura, igualmente, en uno u otro caso.

c) Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de libertad (inciso 3)

En realidad, este supuesto estaría comprendido en el del inciso 2, con la precisión de que se trata de un delito de denuncia calumniosa[35] y de que el mismo debe estar sancionado por ley con pena privativa de la libertad. En este caso, al igual que en el inciso 2, el supuesto sólo sanciona al autor del delito; no a sus cómplices.

Al respecto, Juan Olavarría señala, «[...] suponemos que los demás delitos contra el honor como son la difamación y la injuria caen dentro de la amplitud del inciso segundo de la norma en cuestión. Aunque esto último también resulta discutible en la medida en que se trata de normas sancionadoras que restringen derechos, por lo que sería de perfecta aplicación el numeral IV del Título Preliminar del Código Civil. Vale decir, que la interpretación de este inciso no debe ser extensiva ni lata.»[36]

A pesar de revestir plena lógica la idea expresada por el profesor Olavarría, ella, como lo admite el propio autor, presentaría el problema relativo a que las normas que restringen derechos (en este caso, aquellas que constituyen supuestos de indignidad para suceder) no pueden interpretarse por analogía.

(34) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 133.

(35) Artículo 402.- Denuncia calumniosa
El que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas de que no se ha cometido o que ha sido cometido por persona distinta a la denunciada, o el que simula o adultera pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.
Cuando la simulación o adulteración directa o indirecta de pruebas o indicios sea efectuada por miembros de la Policía Nacional u otro funcionario o servidor público encargado de la prevención del delito, y que puedan servir de sustento para un proceso penal por tráfico ilícito de drogas, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(36) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 27.

FONDO MARCOS MARTINEZ RIVERA

d) Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado (inciso 4)

No cabe duda de que cualquiera de los supuestos regulados en el inciso 4 constituyen comportamientos atentatorios contra el respeto al futuro causante; además, probablemente, de conductas interesadas, en el sentido de favorecerse dolosamente de esas alteraciones en el testamento del causante, sea para que lo otorgue, sea para que revoque total o parcialmente el otorgado. Además, el inciso 4, bajo comentario, contempla la alternativa de que el causante de estos actos hubiese empleado violencia para conseguir su resultado. Eso sería aún peor. Para terminar, debemos decir que consideramos que aquí también debe entenderse comprendida la intimidación.(37)

Sobre el particular, César Fernández Arce señala que, «La coacción empleada puede ser física o moral y ejercitada de modo directo o indirecto, en forma tal que el testador resulte afectado en su libertad de testar. El autor de la coacción debe ser el sucesor. ¿Será una causal de resultado o basta con el empleo de la coacción contra el testador, aunque no llegue a vulnerar su voluntad? Autores como Maffia consideran que se tipifica esta causal en función del resultado, porque lo que la ley sanciona es haber impedido de modo cierto y verdadero que la voluntad del testador se expresara libremente. Concordamos con este criterio porque lo que se sanciona civilmente no es la tentativa ni el delito frustrado, sino el hecho consumado. Así, esta figura solo tiene connotación cuando se consuma.»(38)

e) Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado (inciso 5)

El hecho de destruir, falsificar o alterar el testamento de una persona o haber empleado dolosamente un testamento falsificado en relación a esa persona, determina que quien lleva adelante esas conductas merezca ser excluido de la sucesión de esta última, sea como heredero o legatario. Nótese que la indignidad es condenada por la ley civil como una reprobación a ese tipo de conductas que sólo buscan lograr el provecho personal

(37) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998, tomo I, pp. 492 y 493.

(38) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 120.

en detrimento del causante o futuro causante y de los demás actuales o futuros herederos o legatarios.

f) Los que hubieran sido sancionados con sentencia firme en un proceso de violencia familiar en agravio del causante (inciso 6)

Es natural y de mucha justicia que, si el causante hubiera sufrido violencia familiar por parte de alguno de sus herederos o legatarios y estos actos hubiesen merecido sentencia firme, entonces esta persona merecerá ser excluida de la sucesión por indignidad.

g) Es indigno de suceder al hijo, el progenitor que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la minoría de edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a sus posibilidades económicas, aun cuando haya alcanzado la mayoría de edad, si estuviera imposibilitado de procurarse sus propios recursos económicos. También es indigno de suceder al causante el pariente con vocación hereditaria o el cónyuge que no le haya prestado asistencia y alimentos cuando por ley estuviera obligado a hacerlo y se hubiera planteado como tal en la vía judicial (inciso 7).

Este precepto tiene un alto contenido moral y sanciona la ingratitud, sea que se trate del supuesto en que no se ha reconocido al causante como hijo durante su minoría de edad y de manera voluntaria; así como el haberle negado alimentos al pariente con vocación hereditaria (futuro causante) y este último hubiese tenido que recurrir a la vía judicial para lograrlo.

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[39] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la creación de un artículo 667, con el texto siguiente:

> **Artículo 667.-** Causales de exclusión de la sucesión por indignidad
>
> 1. Son excluidos de la sucesión, por indignidad, como herederos o legatarios:
>
> a) Los autores, cómplices o instigadores de delito doloso, o de su tentativa en agravio del causante o de quienes tengan vocación sucesoria para heredarlo. La causal no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.

(39) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 177-179.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir que el causante otorgue testamento, para obligarle a hacerlo, o para revocar, total o parcialmente, el otorgado.

c) Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren, total o parcialmente, el testamento o el protocolo familiar acordado con el sucesor. Igual sanción se extenderá a quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento o protocolo familiar falsificado o alterado.

2. El plazo de prescripción en el supuesto del literal a) se rige por la ley penal. El plazo de prescripción para hacer valer las demás causales de exclusión es de un año desde que el indigno entró en posesión de la herencia o del legado.

Como hemos estudiado, el inciso 1 del artículo 667 en vigencia señala que son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios: «Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge».

El inciso 1 que proponía la comisión presentaba como primera modificación el agregar a los instigadores de este delito doloso. Además, se planteaba sustituir la mención a determinados parientes del causante, por la expresión «de quienes tengan vocación sucesoria». Esta expresión no era tan clara, pues la vocación sucesoria en potencia no es sino una mera especulación de proyecciones infinitas. Resulta preferible el texto en vigencia. Además, lo importante es la cercanía con tales personas, no –precisamente– su vocación sucesoria.

El inciso 2 vigente señala que son excluidos de la sucesión, por indignidad, como herederos o legatarios: «Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior».

No conocemos la razón por la cual la comisión proponía derogar este inciso. La comisión no la explicitaba. Pero debemos suponer que es porque el literal 1 a) ya comprendería al actual inciso 2, pues se eliminaba la expresión «homicidio doloso» por la más amplia de «delito doloso».

El actual inciso 3 establece que son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios: «Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este inciso planeaba ser derogado por la comisión, la misma que no exponía las razones que la llevaban a proceder en ese sentido.

Como hemos visto, el actual inciso 4 del artículo 667 señala que son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios: «Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado».

Esta norma constituye la base del literal 1 b) que se propone. El literal que planteaba el grupo de trabajo era básicamente la norma en vigencia, con pequeños cambios accesorios.

Como ha sido estudiado, el artículo 667, inciso 5 del Código en vigencia establece que son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios: «Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado».

La norma propuesta por la comisión (inciso 1, literal c) agregaba que esa afectación podía ser total o parcial (precisión innecesaria). También agregaba el protocolo familiar, ajeno al Código Civil de 1984, pero incluido por el anteproyecto del 2019.

El inciso 2 que se proponía hacía mal en señalar que el plazo de prescripción en el supuesto del literal a) se rige por la ley penal. Eso no es correcto, pues de lo que se trata es de que el indigno tendría tal condición desde que exista una sentencia condenatoria en su contra.

En ese sentido, el plazo de prescripción de un año que se señala (creemos que debería ser un plazo bastante mayor) debería regir para todos los supuestos; y, en lo que respecta al inciso 1, debería computarse desde la fecha en que fue notificada la sentencia firme o la fecha en la cual el futuro causante tomó conocimiento de la misma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Exclusión del indigno por sentencia

**Artículo 668.-** La exclusión por indignidad del heredero o legatario debe ser declarada por sentencia, en juicio que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. La acción prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado.

La exclusión por indignidad de un heredero o legatario no se produce apenas configurada la causal. Para ello será necesario seguir un proceso judicial, que concluya con una sentencia firme. Ello es natural, en la medida en que aquél que es acusado de indignidad deberá tener el derecho de defenderse, a efectos de demostrar, si así fuera, que no se ha configurado la causal invocada.

Tienen legitimidad para interponer la demanda los llamados a suceder a falta o en concurrencia con el supuesto indigno. El sujeto pasivo de la demanda será, obviamente, este último.

Para nosotros resulta evidente que la única posibilidad que tendría el supuesto indigno de vencer en ese proceso judicial sería si demostrase que no se ha configurado la causal de indignidad. Por lo demás, en estos casos, y como ya lo hemos señalado, habida cuenta de que se trata de normas restrictivas de derechos (privar de la condición de heredero o legatario a una persona), entonces, tales supuestos no podrán ser interpretados de manera extensiva o por analogía. Además, es una de las garantías constitucionales de la administración de justicia el no aplicar la ley penal por analogía. Y en este caso nos encontramos en presencia de una ley sancionatoria.

Finalmente, el artículo 668, bajo comentario, señala que la acción prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado. Esto es muy importante, porque el tema es complicado.

Qué pasaría si el futuro heredero mata al causante dolosamente (inciso 1); el heredero toma posesión de los bienes del causante, sin que se haya descubierto que lo mató; recién varios años después se descubre este hecho; se le empieza a juzgar y tenemos una sentencia firme recién diez años después. ¿Acaso habría prescrito el plazo para demandar la declaración de indignidad? Pensamos que no; que eso sería imposible.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Creemos que no se podría empezar a contar el plazo de prescripción de un año, sino desde el momento en que exista sentencia condenatoria firme y posesión de los bienes del causante. De lo contrario, esto beneficiaría tremendamente al indigno, quien no podría ser excluido de la sucesión.[40]

Adicionalmente, al tratarse de un plazo de prescripción, el mismo no podrá ser declarado de oficio, tal como lo precisa la Casación n.° 73-2002-Jaén, de fecha 2 de abril de 2003, «Exclusión por indignidad del heredero: el plazo de la acción es prescriptorio, mas no de caducidad por lo que el juez no puede declararla de oficio. *Quinto.* Respecto a la inaplicación del artículo 668 del Código Civil resulta impertinente para resolver la presente controversia en atención a que dicha norma establece clara e indubitablemente un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de exclusión de la herencia por indignidad y no regula ningún plazo de caducidad. Por lo que, no habiendo la parte demandada ejercitado ningún medio de defensa tendiente a solicitar la conclusión del presente proceso por prescripción extintiva, esta no puede ser declarada de oficio tal como lo señala el artículo 1992 del Código Civil. No obstante que dicha norma (artículo 668 del Código Civil) podría haberse aplicado en el presente litigio si la demandada hubiera deducido la excepción aludida, ahora en vía de casación resulta inaplicable, si, como se ha indicado, la excepción de prescripción sólo es viable a instancia de parte y por declaración de oficio del juez.»[41]

Estimamos que la norma debería ser interpretada en este sentido para que no haya lugar a dudas ni aprovechamientos dolosos del tema.

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[42] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la creación de un artículo 668, con el texto siguiente:

> **Artículo 668**.- Exclusión por indignidad.
>
> 1. La exclusión por indignidad del heredero o legatario se produce de pleno derecho:

(40) Ver: Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 493.

(41) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 590-591.

(42) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 179-180.

ESTUDIO GACETA CONSTITUCIONAL

a) En mérito de la sentencia penal firme que hubiese determinado la comisión de la causal contenida en el literal a) del artículo 667.

b) En mérito de la sentencia civil firme, en proceso que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él, por la comisión de alguna de las causales contenida *(sic)* en los literales b) y c) del artículo 667.

El proyectado artículo 668 establecía que la exclusión por indignidad del heredero o legatario se produce de pleno derecho en dos supuestos.

El primero, en mérito de la sentencia penal firme que hubiese determinado la comisión de la causal contenida en el propuesto literal a) del artículo 667.

Esta norma, si bien hubiese representado un avance en lo que respecta a la rapidez con la que se va a producir la firmeza de la exclusión, no consideraba un aspecto tradicional en este tema, consistente en la capacidad de perdonar la causal, por parte del futuro causante. Pero este elemento está incluido en el artículo 668-A, que comentaremos seguidamente.

El segundo caso sí requiere de una sentencia civil firme, en los supuestos de los proyectados literales a) y b) del artículo 668 del Código Civil.

Esto significa que en estos dos supuestos resultaba ineludible el demandar judicialmente al indigno. Obviamente en estos dos casos, al igual que en el regulado en el inciso 1, literal a), cabría el perdón del futuro causante.

Para concluir, diremos que no tenía sentido lo que hacía la comisión al establecer un inciso 1 dividido en dos literales; ello, cuando no existía un inciso 2. Lo que correspondía, en todo caso, era dividir la norma en dos incisos (en lugar de los dos literales) y que aquello que se colocaba como inciso fuese el precepto general.

Por otra parte, la comisión también proponía la creación de un artículo 668-A, de texto siguiente:

**Artículo 668-A.-** Perdón del indigno

1. La exclusión por indignidad del heredero o legatario a que se refiere el artículo 668 queda sin efecto por perdón del causante.
2. El testamento en que se beneficia al indigno, posterior a los hechos de indignidad, comporta el perdón, excepto que se pruebe el desconocimiento de tales hechos por el testador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta norma proponía regular el perdón en los casos de indignidad. Como decíamos al comentar el artículo precedente, el futuro causante y agraviado con los actos del indigno siempre tendrá la facultad de perdonarlo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## DESHEREDACIÓN POR INDIGNIDAD Y PERDÓN DEL INDIGNO

**Artículo 669.-** El causante puede desheredar por indignidad a su heredero forzoso conforme a las normas de la desheredación y puede también perdonar al indigno de acuerdo con dichas normas.

Si la causal de indignidad no hubiera llegado a producir la muerte del causante o lo hubiera inhabilitado física o mentalmente, resulta claro que el causante podrá, él mismo, desheredar al indigno. Para ello, debemos señalar que el Código de 1984 brinda un completo tratamiento del tema en el Título V del presente Libro de Derecho de Sucesiones, entre los artículos 742 y 755. En virtud de la primera de las normas citadas, se señala que por la desheredación el testador puede privar de la legítima al heredero forzoso que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley.

A su vez, el artículo 743 indica que la causal de 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.

Ahora bien, en torno a las causales de desheredación por indignidad, éstas son las que hemos estudiado con ocasión del análisis del artículo 667. Las causales de desheredación son distintas y ellas serán objeto de estudio en su momento. Ahora estamos viendo la indignidad para suceder. Lo que ocurre es que la remisión que hace el artículo 669 podría llevar a confusión.

Así como se puede desheredar por indignidad, también se puede perdonar esa indignidad. Estamos hablando de actos cuya legitimidad se circunscribe al causante. Ellos podrían producirse luego de que él mismo lograra declararlo indigno ante los tribunales de justicia. El perdón es un acto divino, pero también humano. Es claro que, si el causante perdonara al indigno, será como si nunca se hubiese producido la causal y la declaración judicial de indignidad.

Sobre el perdón, Augusto Ferrero señala, «Creemos que el perdón, expreso o tácito, rehabilita íntegramente al sucesor. El perdón tiene que entenderse en relación a la totalidad de los derechos del sucesor. Asimismo, si bien es un acto unilateral, no es revocable. Otorgado el perdón, la indignidad desaparece para siempre, en armonía con lo dispuesto en el artículo 754, que determina que revocada la desheredación no puede ser renovada sino por hechos posteriores.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En propiedad, el Código debería decir por nuevas causales en lugar de por hechos posteriores, ya que pueden existir hechos anteriores que son desconocidos y que por su gravedad pueden constituir causales de indignidad.»[43]

Finalmente, Benjamín Aguilar precisa que, «El perdón al reponer al indigno en todos sus derechos de sucesor, implica que los sucesores al abrirse la sucesión ya no podrán iniciar acción alguna respecto a la indignidad.»[44]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(43) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 111.
(44) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 91.

## Carácter personal de la indignidad

**Artículo 670.-** La indignidad es personal. Los derechos sucesorios que pierde el heredero indigno pasan a sus descendientes, quienes los heredan por representación. El indigno no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes menores de edad.

No tenemos duda de que el artículo 670 es de aquellos preceptos del Código Civil cuya lógica no siempre es bien entendida. No olvidemos que los actos reprobables cometidos por la persona que incurrió en alguna de las causales de indignidad fueron cometidos por esa persona y no por otros miembros de la familia, en especial, sus hijos o nietos. De esta forma, la sanción que merecerá esta persona por haber cometido tales actos también será personal (incluso si ellos constituyeran delito). Y, por supuesto que la sentencia judicial que lo declare indigno también tendrá carácter personalísimo, lo que equivale a decir que nadie más debería sufrir sus consecuencias.

De esto, precisamente, trata el artículo 670, bajo comentario, cuando establece que la indignidad es personal. Los derechos sucesorios que pierde el heredero indigno pasan a sus descendientes, quienes los heredan por representación.

Esta norma es justa, en la medida en que los hijos o nietos del indigno no tendrían por qué verse empobrecidos dentro de una familia, en comparación con sus tíos o primos, también descendientes del causante. Los derechos sucesorios que pierde el indigno pasarán a sus descendientes en línea recta. Entonces, si un hijo del causante fuera indigno, él no heredará de su padre, pero los hijos del indigno, sí (nos referimos a los nietos del causante).

El mismo escenario se contempla para los hijos extramatrimoniales. Así lo señala la Casación n.º 2811-2007-Piura, de fecha 4 de marzo de 2008, «Los hijos extramatrimoniales del indigno no pueden representarlo en la sucesión de su cónyuge. *Sexto.* Se puede establecer que, para los efectos de la representación sucesoria, la calidad del heredero por representación debe provenir de la vinculación del sucesor con el causante, por parentesco consanguíneo o por matrimonio; mientras que, en el caso de autos, el demandado pretende que los derechos sucesorios que normalmente le hubieran correspondido en su calidad de cónyuge de la causante, pasen a los hijos extramatrimoniales de este, con los cuales no existe vínculo de descendencia parental respecto de la causante

EXPEDIENTE CASTILLO FREYRE

(ni en línea recta ni colateral); en cambio, tal vínculo parental sí ocurre con el hijo habido dentro del matrimonio de la causante y el demandado, y por tanto, este menor es el único que sí tiene representación sucesoria en línea recta descendiente. Por consiguiente, la denuncia por el supuesto error *in judicando* debe desestimarse por infundada.»[45]

En ese sentido, también resulta muy conveniente lo señalado en la parte final del artículo bajo comentario, en el sentido de que el indigno no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes menores de edad. Resulta evidente que lo que quiso el legislador de 1984 es que de manera alguna el indigno se beneficie del patrimonio sucesorio.

Resulta interesante mencionar lo advertido por Guillermo Lohmann, quien señala que, «Llama la atención, asimismo, que la regla solo alude a los descendientes, quienes heredan (los derechos sucesorios a que hubiera tenido derecho el indigno) por representación. Que la representación legal opere desde el ascendiente al descendiente no ofrece mayor discusión. Pero eso no es lo que me pregunto, sino por qué en materia de indignidad, que es caso *sui generis,* los derechos que el indigno pierde deben pasar solo a sus descendientes excluyendo al cónyuge y ascendientes. Supóngase, por ejemplo, que el indigno es hijo y por tanto heredero forzoso. Por efecto de la indignidad pierde sus derechos, pero ocurre que está casado y no tiene hijos. ¿Es atendible que su cónyuge quede excluido de la herencia del suegro, pese a que este cónyuge es tan heredero forzoso del indigno como lo serían sus descendientes, si los tuviera?»[46]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[47] señalamos que el texto de la norma podría ser el siguiente: «La indignidad es personal. Los derechos sucesorios que hubieran correspondido al indigno pasan a quienes deban recibirlos. El indigno no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes menores de edad ni a la administración de los que reciban sus descendientes incapaces mayores de edad».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(45) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 591-592.
(46) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 154.
(47) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 494.

En esa oportunidad señalamos que compartíamos los fundamentos esgrimidos por el profesor Augusto Ferrero en la propuesta de modificación de algunos artículos de Derecho de Sucesiones,[48] cuando señalaba lo siguiente:

> «El Código declara en su artículo 670 que la indignidad es personal, principio que reitera el título de representación al reconocer ésta cuando hay indignidad. Agrega que los derechos sucesorios que pierde el heredero indigno pasan a sus descendientes, quienes los heredan por representación; indicando, además, que el indigno no tendrá derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes menores de edad. Igualmente, el artículo 436, inciso 3, exceptúa del usufructo legal a la herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres o por haber sido éstos desheredados. Y es que estos bienes forman parte del peculio adventicio extraordinario, compuesto por aquellos bienes del hijo sobre los cuales el padre carece del derecho de usufructo. Este principio aparece expresado en el artículo 465 del Código italiano y en la Ley 17.711 de Argentina, extendiéndose como lo hizo nuestro Código al caso del heredero desheredado. Su bondad estriba en impedir que los padres reciban indirectamente bienes de los cuales la ley ha querido privarlos, como nos hacen ver Garrido y Andorno. El Código hace referencia a los descendientes menores de edad en relación al usufructo y a la administración de los bienes, debiendo remitirse también a los descendientes incapaces mayores de edad respecto de la administración.
>
> Asimismo, discrepamos con la redacción de la primera parte del artículo 670 citado, que creemos es necesario aclarar: Es cierto que la indignidad es personal. Pero no siempre los derechos sucesorios del indigno deben pasar a sus descendientes. Interpretando literalmente el artículo del Código, si el heredero indigno es un primo hermano, heredero del último orden, terminarían heredando sus hijos que, conforme al Código, no son herederos.»

(48) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos.* Presentada a la Comisión Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil. Lima, 2 de abril de 1997, pp. 7 y 8.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Efectos de la declaración de indignidad

**Artículo 671.-** Declarada la exclusión del indigno, éste queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes hereditarios, la validez de los derechos del adquirente se regirá por el artículo 665 y el resarcimiento a que está obligado por la segunda parte del artículo 666.

El artículo 671 trata acerca de los efectos de la declaración de indignidad.

Es claro que si el supuesto de indignidad se produjera en vida del futuro causante (lo que siempre es así) y la indignidad fuese declarada judicialmente antes de la muerte del futuro causante, el indigno ya estará excluido de la sucesión, sea como heredero, sea como legatario, lo que significa que él ya no podrá tomar posesión de los bienes o del patrimonio del causante, como sí le hubiese correspondido en caso no fuere indigno.

En esa línea, Guillermo Lohmann menciona que, «El precepto parte de la premisa de que el indigno ya esté en posesión de la herencia o del legado, pero dicha premisa no necesariamente se cumple siempre, porque nada impide la declaración de indignidad aunque el sucesor no haya accedido a posesión alguna.»[49]

Por su parte, Juan Olavarría precisa que, «Se refiere la norma a la exclusión producida por una sentencia firme que pasó en autoridad de cosa juzgada, producto de una demanda de exclusión instaurada para dicho efecto por quienes se encuentran legitimados para ello. La referida pretensión deberá tramitarse por el proceso de conocimiento, dada la naturaleza de la pretensión de índole moral o extrapatrimonial y por lo complejo del tema, sin que ello importe el desconocer las consecuencias o secuelas de orden económico que trae consigo la exclusión por indignidad, pues la cuota sucesoria perdida definitivamente favorece a otro u otros.»[50]

Pero el artículo 671 no versa acerca de este supuesto, en la medida en que parte del entendido de que el indigno había tomado bienes de la masa hereditaria

(49) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 157.
(50) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 35.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

e, incluso, que ha percibido frutos. Señala la norma que, declarada la exclusión del indigno, éste queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Esto reviste plena lógica en tanto no le correspondía poseer tales bienes y, por consiguiente, tampoco percibir los frutos. Se puede decir que era un poseedor ilegítimo de tales bienes y que, por tanto, debía reembolsar los frutos y, diríamos nosotros, incluso los daños y perjuicios que hubiere podido causar a los demás herederos o legatarios el haber poseído tales bienes.

Si hubiera enajenado los bienes hereditarios, la validez de los derechos del adquirente se regirá por el artículo 665 (norma referida a la acción reivindicatoria de los bienes hereditarios) y el resarcimiento a que está obligado por la segunda parte del artículo 666 (precepto que regula la retribución y resarcimiento por enajenación de bienes hereditarios). Por lo demás, remitimos al lector a nuestros comentarios sobre los dos últimos preceptos mencionados.

Al respecto, Jorge Maffia señala que, «En la misma nota, el codificador (se refiere al codificador argentino de 1871, don Dalmacio Vélez Sarsfield), repitiendo las enseñanzas de Chabot, expresa que el Derecho considera al indigno como un poseedor de mala fe, aun antes de la demanda que contra él se deduzca. No obstante la categórica afirmación de Vélez, la cuestión ha suscitado controversia en nuestra doctrina. Y así, mientras algunos sostienen la equiparación absoluta, otros entienden que la situación del indigno es similar a la del poseedor de mala fe, pero no idéntica.»[51]

Adicionalmente, Luis Echecopar señala que, «No pierde tampoco el indigno el derecho de intervenir por representación de su causante en otra herencia. Debe notarse que el artículo 667 solo dice que el indigno es incapaz de suceder "a determinada persona" y, por consiguiente, no lo excluye de otra herencia con respecto a la cual no es indigno.»[52]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[53] señalamos que el texto de la norma podría ser el siguiente: «El indigno o quien de mala fe llegara a adquirir de aquél algún bien, estará obligado a devolverlo a la masa hereditaria con los frutos que hubiera generado o podido generar, y de no ser esto posible deberá restituir su valor y, en todo caso, indemnizar los daños y perjuicios causados».

(51) Maffia, Jorge. *Manual de Derecho Sucesorio*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2022, tomo I, p. 92.
(52) Echecopar García, Luis. *Derecho de Sucesiones*. *Op. cit.*, p. 67.
(53) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. *Op. cit.*, tomo I, pp. 495 y 496.

En aquella ocasión recordábamos las expresiones de Guillermo Lohmann, en el sentido de que la premisa del texto vigente del artículo 671 es que el indigno ya se encuentre en posesión de los bienes materia de herencia o legado, pero dicha premisa no necesariamente se presentará, pues nada impide que se produzca la declaración de indignidad, a pesar de que el sucesor todavía no haya accedido a posesión alguna.

En virtud de lo anotado por el citador profesor, puede decirse que la segunda parte del artículo 671 adolece de una deficiente redacción, pues luego de referirse a la enajenación (lo que necesariamente implica la existencia de un adquirente), remite al artículo 666, precepto referido al poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario, hipótesis en la que no se requiere de adquisición.

En virtud de estas consideraciones es que jugábamos a variar la redacción del artículo 671 del Código Civil.

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[54] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la creación de un artículo 671, con el texto siguiente:

> **Artículo 671.-** Efectos de la exclusión por indignidad.
>
> Producida la exclusión por indignidad conforme al artículo 668, el indigno queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes o derechos que recibió pertenecientes a la masa sucesoria, la validez de los derechos del adquirente se regirá por el artículo 665 y el resarcimiento a que está obligado por la segunda parte del artículo 666.

La norma propuesta por la comisión no sólo se refería al reintegro de los bienes. También comprendía el supuesto en que no sólo hubiese enajenado bienes, sino también derechos que hubiera recibido pertenecientes a la masa sucesoria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(54) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 180.

# TÍTULO IV
# ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA

## FORMAS DE ACEPTAR LA HERENCIA

**Artículo 672.-** La aceptación expresa puede constar en instrumento público o privado. Hay aceptación tácita si el heredero entra en posesión de la herencia o practica otros actos que demuestren de manera indubitable su voluntad de aceptar.

---

Como sabemos, no es obligación de la persona que tenga vocación hereditaria (es decir, de aquél que por ley o testamento tiene la condición de heredero) el aceptar la herencia. Lo que sí resulta necesario señalar es que todo lo que venimos expresando es con relación al momento posterior a la muerte del causante. Ello, en la medida en que el artículo 1405 del propio Código Civil establece que es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora. Por lo demás, remitimos al lector a lo expresado sobre el particular en un estudio precedente.(55)

Al respecto, Augusto Ferrero precisa que, «Con la apertura de la sucesión se produce la delación de la herencia, o sea, la puesta de la herencia a disposición de los llamados; personas que deben existir, no ser indignas, no estar incursas en las incompatibilidades que señala la ley y tener el mejor derecho para suceder. Estos tienen claramente una opción en sentido estricto: elegir entre recibir la herencia o negarla. Para completar el proceso sucesoral, es necesaria la aceptación. Con ésta, el llamado se convierte propiamente en sucesor.»(56)

(55) CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Palestra Editores, Lima, 2000, tomo I, p. 362.

(56) FERRERO COSTA, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones*. *Op. cit.*, p. 127.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sobre la aceptación, César Fernández Arce señala que, «Es un acto jurídico unilateral en virtud del cual el llamado a heredar manifiesta su voluntad de asumir los derechos y obligaciones que derivan de la calidad de sucesor (heredero o legatario). Nace desde que la asignación es deferida, pero con efectos retroactivos al tiempo de la apertura de la sucesión.»[57]

El artículo 672 establece que la aceptación expresa puede constar en instrumento público o privado. Por instrumento público debe entenderse a la escritura pública, en tanto que por documento privado a cualquier otro documento en el que conste la aceptación de la herencia. Lo que no señala la norma es lo referido a quién debe dirigirse el documento de la aceptación. ¿Será a los demás herederos? ¿Y si se trata de un heredero universal? ¿Será al juez que conoce de la sucesión? ¿Será al notario que protocolizó el testamento? La norma no se pronuncia al respecto, pero en verdad no consideramos que ello sea un problema, dado el plazo reducido para aceptar y la presunción de aceptación de la herencia de que trata el artículo 673, del cual nos ocuparemos posteriormente.

Pero también podríamos encontrarnos frente a supuestos de aceptación tácita, cuando el heredero entra en posesión de la herencia o practica otros actos que demuestren de manera indubitable su voluntad de aceptar. Creemos que, en la práctica, éste es el supuesto de mayor incidencia, ya que no se estila aceptar de manera expresa la herencia, sobre todo si la propia ley no indica ante quién se debería formular dicha aceptación.

Sobre ello, Juan Olavarría señala que, «[...] para la aceptación de la herencia y del legado la forma puede ser expresa o tácita, esta última se conoce como los *facta concludentia*, es decir, los hechos inequívocos y concluyentes que denotan de manera indubitable el sentido de una voluntad.»[58]

A manera de ejemplo sobre la aceptación tácita, la Corte Suprema determinó lo siguiente en la Casación n. º 2652-2005-Lima Norte, de fecha 29 de mayo de 2006: «No existe ocupación precaria: el origen del título del demandado está basado en vínculo de parentesco. Aceptación de la herencia es tácita cuando el heredero entra en posesión de la herencia.»[59]

Para el maestro Rómulo Lanatta, «La aceptación se produce de manera tácita por practicar el heredero ciertos actos, o presuntamente por dejar transcurrir el plazo que la ley señala para renunciar. La aceptación funciona en la

(57) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 134.
(58) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 36.
(59) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 592.

realidad como la asunción de *facto* que el heredero hace de los derechos y obligaciones que le corresponden como tal. Además, la herencia aceptada, de una manera u otra, no se puede renunciar. Por eso se dice que la aceptación es la renuncia del derecho de renunciar.»[60]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(60) LANATTA GUILHEM, Rómulo E. *Derecho de Sucesiones*. Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1969, tomo I, p. 372.

## Presunción de aceptación de herencia

**Artículo 673**.- La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa.

Señalábamos en nuestros comentarios al artículo precedente que el artículo 673 regula la presunción de aceptación de herencia, al señalar que la herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. El legislador de 1984 ha estimado que se trata de plazos lo suficientemente largos como para que una persona interesada en renunciar a una herencia hubiese formulado la renuncia respectiva. Además, no se quiere que transcurra un lapso considerable de tiempo sin que se conozca con claridad quién es el titular o quiénes son los titulares de ese patrimonio. No olvidemos que los acreedores de la masa hereditaria deberán tener a alguien con quien entenderse para hacer efectivos sus créditos.

Por lo demás, la distinción que se hace entre la situación del heredero que se halla dentro o fuera del territorio de la República del Perú, nos parece razonable.

Para Guillermo Lohmann, «El fundamento semioficial del precepto es sumamente elemental: "la aceptación de la herencia no es obligatoria para el heredero –dice–, pero constituye un derecho de este para cuyo ejercicio es necesario señalar un límite en el tiempo". Si esto es así, el razonamiento lógico debería haber llevado, me parece, a conclusión diferente. En otras palabras, que si no hay obligatoriedad y se trata de un derecho, debe prescribir como todos los derechos (pero, en general, el asunto de prescripción de acciones sucesorias está muy defectuosamente tratado en nuestro Código), u optar por otra alternativa, como por ejemplo haber establecido un plazo para aceptar o rechazar luego de ser requerido para ello por otro sucesor, o un acreedor.»[61]

Finalmente, si bien es cierto que el artículo bajo comentario no establece si los plazos de que trata son de prescripción o de caducidad, nos inclinamos a

(61) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 181.

pensar que son de caducidad; ello, por dos razones. La primera, porque generalmente los plazos generales de prescripción están expresamente señalados en el Código sustantivo, y aquí el plazo se establece de manera específica en un artículo. Y, en segundo lugar, porque ello es ratificado cuando se señala que estos plazos no se interrumpen por ninguna causa, característica propia de los plazos de caducidad, conforme a lo establecido por el artículo 2005, en el sentido de que la caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo el caso previsto en el artículo 1994, inciso 8, el cual también sería aplicable al supuesto bajo análisis, pues se refiere a cuando no sea posible durante ese lapso reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

En el mismo sentido, Juan Olavarría señala, «La norma establece plazos de tres y seis meses que son de caducidad –pues no admiten interrupción alguna– para poder ejercer el derecho de renunciar a la herencia o el legado y de no darse la renuncia en forma expresa se entiende dada la aceptación.»(62)

Ahora bien, conforme a la Casación n.º 3224-2011-Junín, de fecha 17 de agosto de 2012, «Se presume *iure et de iure* la aceptación de la herencia si ha transcurrido el plazo de tres meses sin que el heredero hubiera formulado renuncia a la misma. *Décimo primero.* La liquidación previa de los bienes hereditarios que establece la Sala Superior como requisito para la interposición de la demanda no solo porque no existe norma alguna que obligue al acreedor a incoar su trámite previamente a obtener el amparo judicial para el pago de su crédito sino porque además: 1) El artículo 1219 del Código Civil autoriza al acreedor a ejercer una serie de medidas y acciones legales (incluido sustituirse en la posición del deudor) para facilitar el cobro de su crédito debiendo ser entendida ésta como facultad o potestad pero nunca como obligación; 2) No existe necesidad alguna de determinar previamente la aceptación de la herencia por parte de quien ha sido declarado heredero como consigna la Sala Superior pues se presume iure et de iure la aceptación de la herencia si ha transcurrido el plazo de tres meses sin que el heredero hubiera formulado renuncia a la misma tal como lo establece el artículo 673 del Código Civil.»(63)

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,(64) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso la creación de un artículo 673, con el texto siguiente:

(62) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 37.
(63) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 593.
(64) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 180-181.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**Artículo 673**.- Plazo de aceptación.

1. La herencia se presume aceptada si, a falta de aceptación expresa, el llamado a heredar no la ha renunciado dentro de los siguientes plazos, lo que ocurra primero:
   a) Seis meses de inscritos *(sic)* en el Registro Público el testamento o la resolución firme de declaración de sucesión legal;
   b) Tres años de la muerte del causante.
2. Los plazos a que se refiere el inciso 1 son de prescripción.

Según la normativa que se proponía, el esquema para la aceptación de la herencia se sigue rigiendo en base a la no renuncia de la herencia, sólo que se establece reglas distintas.

En el inciso 1 se señalaba que la herencia se presume aceptada si, a falta de aceptación expresa, el llamado a heredar no la ha renunciado dentro de los siguientes plazos, lo que ocurra primero: a) Seis meses de inscritos *(sic, debería ser en singular, porque viene una disyunción)* en el Registro Público el testamento o la resolución firme de declaración de sucesión legal; b) Tres años de la muerte del causante.

Estos plazos son muy largos, sobre todo si se considera el segundo supuesto, que regirá en defecto de inscripción registral.

La herencia no debe permanecer en la incertidumbre respecto de quién o quiénes son sus titulares; no sólo por el hecho de que se requiere de alguien que se ocupe de la masa hereditaria, sino también por el hecho de que los terceros, acreedores o deudores de la masa hereditaria requerirán de interlocutores válidos para hacer efectivos sus derechos.

Y, aún más, el artículo 673 que proponía la comisión planteaba, en su inciso 2, que los plazos a que se refiere el inciso 1 sean de prescripción, con lo cual cabría sobre ellos interrupción y suspensión. Es preferible, claramente, que los plazos sigan siendo de caducidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Renuncia a herencia y legado

**Artículo 674.-** Pueden renunciar herencias y legados quienes tienen la libre disposición de sus bienes.

Se puede renunciar a una herencia o a un legado por varias razones. La primera sería, en el caso de las herencias, porque aquello que se vaya a recibir esté compuesto por un volumen mayor de deudas que de créditos y bienes. No cabe duda de que en este caso el heredero se haría de un problema si la aceptara, pues la herencia sólo le servirá para pagar las deudas del causante. También podría renunciarse a la herencia o al legado, porque no haya habido una buena relación personal entre el causante y el heredero o legatario, razón por la cual, tal vez por un tema de orgullo u otro motivo, el llamado a heredar o a recibir el legado no acepte la herencia o el legado. En verdad, las razones pueden ser muchas.

Javier Armaza señala, a este respecto, que «La renuncia de la herencia es el acto jurídico mediante el cual el llamado expresamente la rechaza. Entre varios llamados, algunos pueden renunciar a su calidad de herederos, aceptándola los demás; de ser válida la renuncia, las participaciones hereditarias acrecen en su favor (o en contra) de aquellos llamados que decidieron aceptar la titularidad del acervo hereditario, salvo, claro está, que los renunciantes, siendo legitimarios descendientes, no hayan dejado a su vez descendencia, pues de tenerla adviene la representación sin que se incrementen las participaciones hereditarias de sus coherederos.»[65]

Para Guillermo Lohmann, «Es abdicación sin contraprestación alguna del derecho a suceder con carácter impersonal, lo que a diferencia de la renuncia traslativa en favor de otros sujetos determinados, que presupone, implícitamente, una previa aceptación y adquisición del derecho sucesorio. Para los efectos prácticos y jurídicos, el renunciante abdicativo no es tenido como sucesor porque no declina el llamamiento en favor de nadie especial. Es renuncia sin más.» [66]

(65) Armaza Galdós, Javier. *Derecho Civil. Sucesiones*. Adrus, Arequipa, 2004, p. 357.
(66) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 189.

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA ECHEVARRÍA

En el caso de los legados, podría renunciarse a ellos, por ejemplo, si el o los bienes legados no fueran del gusto o utilidad del eventual legatario. Aquí también las razones podrían ser de lo más variadas.

Finalmente, cabe destacar que, como señala Rómulo Lanatta, «La renuncia es también un acto jurídico al que son aplicables las normas generales sobre los actos jurídicos y las inherentes a su propia naturaleza, pero a diferencia de la aceptación, la renuncia es siempre acto expreso y solemne, según el art. 676 C. C. La renuncia es además un acto de disposición, por el cual el renunciante se despoja de un derecho. Por eso la ley exige, en el dispositivo comentado, que quienes renuncian herencias o legados tengan la libre disposición de sus bienes.»[67]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(67) Lanatta Guilhem, Rómulo E. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 379.

## Formalidad de la renuncia

**Artículo 675.-** La renuncia debe ser hecha en escritura pública o en acta otorgada ante el juez al que corresponda conocer de la sucesión, bajo sanción de nulidad. El acta será obligatoriamente protocolizada.

Debemos señalar que no es usual que quienes tengan vocación hereditaria renuncien a la herencia. Lo común es que ella se acepte. Pero, si se quisiese renunciar a la herencia, se deberá seguir la formalidad establecida por el artículo 675, en el sentido de que ella debe ser hecha por escritura pública o por acta otorgada ante el juez al que corresponda conocer de la sucesión, bajo sanción de nulidad. El acta será obligatoriamente protocolizada. Como se puede apreciar, estamos en presencia de un acto con forma solemne, o con formalidad *ad solemnitatem*. Ello significa que, si no se cumple la formalidad requerida por la ley, el acto será nulo. Al tratarse de un acto tan importante e inusual como la renuncia a la herencia o legado, el legislador de 1984 ha buscado que el mismo conste de manera indubitable.

Al respecto, Rómulo Lanatta recuerda que, «Conviene indicar en el presente comentario, que como las formas de renuncia preceptuadas por el art. 676 C.C. constituyen un requisito *ad solemnitatem*, no es válida la renuncia de la herencia efectuada en cualquier otra forma, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1123 inc. 39 C.C. que dice: "El acto jurídico es nulo: .... 3º Cuando no revistiese la forma prescrita por la ley, salvo que ésta establezca una sanción diversa."»[68]

Para finalizar, consideramos pertinente traer a colación lo que Juan Olavarría precisa sobre la escritura pública: «La escritura pública será una de declaración unilateral de voluntad, es decir, con un solo otorgante, y el acta judicial se extenderá dentro de un proceso cualquiera que sea relativo a la sucesión del *de cujus* y que ya se haya instaurado, vale decir, que esté en trámite, por lo que ante la ausencia de procedimiento judicial no queda otra solución que acudir al notario público o a quien haga sus veces (cónsul peruano en el extranjero o juez de paz en los lugares apartados del territorio en donde no haya notario) para que se otorgue la escritura pública correspondiente.»[69]

(68) Lanatta Guilhem, Rómulo E. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 387.
(69) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 39.

## Impugnación de la renuncia por el acreedor

**Artículo 676.-** Si la renuncia causa perjuicio a los acreedores del renunciante, éstos pueden impugnarla dentro de los tres meses de tener conocimiento de ella, para que sea declarada sin efecto en la parte en que perjudica sus derechos. La resolución que declare fundada la demanda dispondrá, según la naturaleza de los bienes, su administración judicial o su venta en pública subasta, para el pago de las deudas del renunciante. El remanente, si lo hubiera, se trasmite a los herederos a quienes favorezca la renuncia.

La demanda de impugnación se tramita como proceso sumarísimo.

*El segundo párrafo de este artículo fue agregado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.*

El artículo 676 se encarga de regular la impugnación de la renuncia de herencia por parte de los acreedores. El tema no es simple. Pasaremos a explicarlo.

En principio, lo que hay que dejar aclarado es que nadie puede evitar que alguien renuncie a una herencia o a un legado. La renuncia es un acto personalísimo. Lo que pasa, y de eso trata el artículo bajo comentario, es que puede ocurrir que la renuncia a la herencia o al legado produzca perjuicio en los acreedores del renunciante.

Por ejemplo, puede darse el caso de que una persona, llámese A, se encuentre endeudada por un valor que excede su patrimonio personal, y por desafortunada coincidencia, su progenitor, que es una persona acaudalada, fallece. Desde el momento en que el progenitor fallece, A tendrá derecho a recibir parte del patrimonio de su progenitor como herencia. En ese escenario, A no podría renunciar a la herencia que le corresponde pues, si sus bienes no alcanzan para pagar sus deudas y con los bienes que recibirá como herencia sí alcanza a pagar a sus deudores (aunque sea de manera parcial), la renuncia en este caso constituiría un caso de claro perjuicio hacia éstos.

Es en este caso en que el o los acreedores que se sientan perjudicados pueden demandar la ineficacia del acto de renuncia a la herencia o legado a la persona que se negó a ser heredero o legatario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta ineficacia se extenderá a la porción de los bienes o créditos que resulte necesaria para satisfacer el o los créditos que el renunciante tiene con esos acreedores demandantes. En otras palabras, la ineficacia sólo se declarará en la parte que perjudique los derechos de esos acreedores. Nótese que no se trata de una pretensión de nulidad, en la medida de que no existiría causal alguna que diera lugar a ello.

Era necesario regular el caso en específico, porque no se trata, en estricto, de un supuesto de fraude pauliano, el mismo que da lugar a la acción revocatoria del mismo nombre, regulada en extenso en el artículo 195 del Código Civil. Decimos esto, en la medida en que en el caso del fraude pauliano es el deudor el que se deshace de sus bienes para que su patrimonio no pueda responder frente a sus acreedores. En el caso regulado por el artículo 676 el deudor no se desprende de bienes que se hallan dentro de su patrimonio, sino evita que ingresen a ese patrimonio determinados bienes y derechos que, precisamente, le hubieran permitido cumplir con las obligaciones que tiene con sus acreedores. Es parecido, pero no igual.

Así también, Juan Olavarría señala que, «[...] es pertinente discernir si la acción de impugnación de la renuncia es una acción típica de las del fraude en perjuicio del acreedor, vale decir, si la acción de impugnación contra el sucesor renunciante es en puridad una auténtica acción revocatoria o pauliana, o es que estamos frente a una acción distinta, especial o sui generis. En nuestra opinión se trata de una acción *sui generis,* porque la renuncia hecha por el heredero puede estar legítimamente basada en otros móviles no necesariamente dirigidos a causarle perjuicio a los acreedores del renunciante, además, la solución normativa determina que quede sin efecto la renuncia en la parte que perjudica los derechos de los acreedores, mientras que en la acción revocatoria o pauliana el acto de disposición o enajenación queda sin efecto en su integridad; de otro lado, la llamada preordenación dolosa puede no estar presente en una renuncia a la herencia como si lo está ineludiblemente en el acto fraudulento, y por último, el plazo del ejercicio de la acción para impugnar la renuncia es mucho menor que el que se tiene para ejercitar la acción por fraude en perjuicio del acreedor. Todo ello nos hace colegir que la impugnación de la renuncia a la herencia trátase de una acción distinta, especial o *sui generis*, y no una de verdadero fraude en perjuicio del acreedor.»[70]

Para el caso concreto, además, se ha establecido un plazo especial, muy breve. Recordemos que el plazo de prescripción de la acción revocatoria o

(70) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 41.

pauliana es de dos años, conforme a lo establecido por el artículo 2001 del Código Civil. En el caso de la pretensión regulada en el artículo 676, bajo comentario, el plazo es de tres meses y el mismo, por su brevedad, no es un plazo de prescripción, sino uno de caducidad, que se computa desde que el acreedor tenga conocimiento de la renuncia de la herencia. No obstante, el hecho de que el plazo se compute desde el momento en que el acreedor tome conocimiento de la renuncia a la herencia o al legado por parte de su deudor, podría prolongar el plazo de una manera verdaderamente grande. Creemos que hubiera sido mejor colocar un plazo doble; por un lado, los tres meses desde que el acreedor haya tomado conocimiento de la renuncia a la herencia o legado; y, por otro, un plazo de dos años desde el momento en que se haya renunciado a tal herencia o legado; lo que ocurra primero.

Esta pretensión siempre estará referida a la parte que perjudica los derechos del acreedor, lo que significa, en buena cuenta, que el acto de renuncia podría ser declarado ineficaz en todo o en parte. La ineficacia tendrá como consecuencia el que los bienes sobre los cuales ella ha recaído ingresarán al patrimonio del deudor, tal como si éste no hubiera renunciado a la herencia o al legado en el extremo relativo a tales bienes o derechos.

El artículo 676, bajo análisis, señala también que la resolución que declare fundada la demanda dispondrá, según la naturaleza de los bienes, su administración judicial o su venta en pública subasta, para el pago de las deudas del renunciante. Esta disposición tiene por objeto buscar que tales bienes sean realizados lo antes posible para el cobro de las deudas del heredero o legatario; de ahí que, a pesar de ser de su propiedad, no se permita que se comporte con respecto a ellos como propietario. Se administrarán judicialmente o se venderán en pública subasta. Eso es todo lo que busca la ley. Nada más. Al fin y al cabo, el heredero o legatario nunca quiso que tales bienes formaran parte de su patrimonio.

Asimismo, se establece que el remanente, si lo hubiera, se trasmite a los herederos a quienes favorezca la renuncia. Esto es lógico, dado que el renunciante de la herencia o legado no va a recibir tales bienes o derechos. Pero en el caso de la renuncia a la herencia, ella no afecta a quienes sean herederos forzosos del renunciante, quienes heredarán por representación. La de los legados sí acrece a los herederos.

La norma concluye señalando que la demanda de impugnación se tramita como proceso sumarísimo. Se trata, en buena cuenta, del proceso más breve de los establecidos por nuestra legislación procesal civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sobre la norma bajo análisis, Augusto Ferrero comenta que, «El ordenamiento jurídico está dictado para impedir que la recuperación de los créditos sea burlada. Hemos visto que los acreedores tienen un derecho preferente sobre la herencia en relación a los sucesores. Igualmente, a fin de impedir que los herederos ejecuten actos en perjuicio de sus acreedores, el legislador faculta a éstos para que reclamen la parte de sus créditos cuando aquéllos renuncien a la herencia. Obviamente, se refiere a aquellas acreencias contraídas antes de la apertura de la sucesión. A diferencia del Código derogado, el vigente es más explícito al normar este instituto, estableciendo en su artículo 676 un adecuado procedimiento para el pago de las deudas del renunciante, que ha tomado del artículo 1001 del Código español. Reza así: "Si la renuncia causa perjuicio a los acreedores del renunciante, éstos pueden impugnarla dentro de los tres meses de tener conocimiento de ella, para que sea declarada sin efecto en la parte en que perjudica sus derechos. La resolución que declare fundada la demanda dispondrá, según la naturaleza de los bienes, su administración judicial o su venta en pública subasta, para el pago de las deudas del renunciante. El remanente, si lo hubiera, se transmite a los herederos a quienes favorezca la renuncia".»[71]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[72] señalamos que el texto de la norma podría ser derogado. En realidad, hoy no pensamos así. Las consideraciones nuestras consistían en que en lo que respecta a los derechos que asisten a los acreedores del renunciante de una herencia o legado, el tema encuentra regulación en los artículos 195 a 200, relativos al fraude del acto jurídico.

Además, podría tratarse no de un caso de fraude que daría lugar a la acción revocatoria o pauliana, sino de un supuesto que encuadre dentro del tema comprendido en el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil, relativo a la acción subrogatoria u oblicua, precepto que establece que es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a las personas o cuando lo prohíba la ley; norma que agrega que el acreedor para el ejercicio de estos derechos no necesita recabar previamente autorización judicial pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Por lo demás, el plazo establecido por el texto vigente del artículo 676 resulta muy breve (tres meses desde la fecha en que los acreedores tomen conocimiento de la renuncia).

(71) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 146.
(72) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 499 y 500.

EDITORIAL GRIJLEY

En 1998 pensábamos que, derogando la norma, si se tratase de un caso de acción revocatoria o pauliana, regiría el plazo de dos años contados a partir del momento de la renuncia, de acuerdo con lo establecido por el inciso 4 del artículo 2001; en tanto que, si se tratase de la acción subrogatoria u oblicua, al ser ésta una acción personal, prescribiría en un plazo de diez años, de acuerdo con lo establecido por el inciso 1 del citado artículo 2001.

Por lo demás, considerábamos inadecuada la redacción del segundo y tercer párrafo del artículo 676, compartiendo en este sentido las expresiones del profesor Guillermo Lohmann, cuando señala que los dos últimos párrafos del citado artículo merecen ser criticados. Se dispone que la resolución que declare fundada la demanda determinará, según la naturaleza de los bienes, que éstos se pongan en administración judicial o se vendan en pública subasta. La naturaleza de los bienes nada tiene que ver con la forma de solucionar el perjuicio del acreedor, pues sólo le interesa cobrar su acreencia o afectar bienes para que garanticen el pago de su crédito.

Es inconveniente, por otro lado, disponer la administración judicial de los bienes cuando pueden ser administrados por un albacea o por quien haga sus veces.

Sobre la aplicación del remanente, la norma no debió referirse al destino del mismo a favor de los herederos. Siguiendo a Lohmann, creemos que la renuncia de un heredero beneficia a sus representantes, si los tuviera, los que heredan junto con los otros herederos forzosos del causante. Entonces, en este caso, no les corresponde algún remanente sino lo que le hubiera correspondido al renunciante como heredero. Si el renunciante hubiera sido legatario y el legado sea –en conjunto– de varias personas, la renuncia no beneficiará a algún heredero sino a los legatarios. Lo mismo sucederá cuando el legatario renunciante tenga un sustituto designado al amparo del artículo 74 del Código Civil.

Así, la tramitación de la renuncia es de carácter estrictamente procesal, por lo que resulta impropio considerarla dentro de este ordenamiento sustantivo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Carácter de la aceptación y renuncia

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

El artículo 677 del Código Civil se encarga de establecer que la aceptación y la renuncia de una herencia deben ser actos puros y simples, es decir que no deben estar sujetos a condición, plazo o modo (cargo). Tampoco pueden ser parciales (lo que equivaldría a aceptar o renunciar solamente a una parte de la herencia o del legado).

No obstante, la norma no señala la consecuencia de su contravención. Por nuestra parte, estimamos que ello implica que, si hubiesen sido efectuadas bajo alguna de estas modalidades, la consecuencia será que esas modalidades deberán tenerse por no puestas. No obstante, queda margen para la discusión, en el sentido de que se pueda argumentar que se requeriría de un proceso judicial para que se declare la referida consecuencia, la misma que equivaldría a la de una nulidad. Nos inclinamos por la segunda posición, en la medida en que seguir la primera implicaría que las nulidades se declaran con la sola lectura de las normas del Código Civil y no con una resolución judicial firme.

Al respecto, Benjamín Aguilar señala que, «Quien acepta o renuncia a una herencia, no puede sujetar a condición tal aceptación o renuncia, más bien lo que sí es posible, tratándose de los herederos voluntarios o legatarios, es que el causante condicione estos llamamientos, y en el caso de los legatarios, también lo puede sujetar a términos, por lo tanto, la aceptación o renuncia tiene que ser pura y simple. Un comentario obligado nos suscita la Ley de Sociedades que, en sus artículos 240 y 290, impone al heredero de acciones y participaciones la obligación de transferir esas acciones a los accionistas, norma con la que guardamos distancia, si consideramos que el heredero, al suceder al causante e ingresar en la posición jurídica de este, termina reemplazándolo en todas las situaciones jurídicas de las que este fue titular, situación esta que, por más motivos societarios que existan, termina enervando este concepto clásico de la sucesión.»[73]

(73) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 102.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 677 finaliza señalando que tanto la aceptación como la renuncia de herencia (entendemos que también del legado, pues no habría razón para distinguir en este caso) son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión. No olvidemos lo que señalamos al estudiar el artículo 660 del Código Civil, cuando decíamos que no hay lugar a la herencia yacente o vacante, es decir a un período, después de la muerte del causante, en el que a nadie pertenece su patrimonio. El artículo 677 va, pues, en estricta concordancia con esta línea interpretativa.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[74] señalamos que el artículo 677 podría mejorar su redacción, de esta manera: «La aceptación y la renuncia de la herencia o del legado no pueden ser parciales, ni estar sujetas a modalidad alguna. De contravenirse esta disposición se entenderá que la aceptación o la renuncia son totales o simples. Ambas son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión».

Como se puede apreciar, en primer término, nos referíamos también al tema de una eventual aceptación o renuncia de legado.

En segundo término, empleábamos, tal como lo sugería el profesor Augusto Ferrero,[75] la expresión «ni estar sujetos a modalidad alguna», ya que el texto actual del artículo bajo comentario solamente se refiere a dos de las tres modalidades susceptibles de comprender un acto jurídico (la condición y el plazo), obviando al cargo.

Finalmente, procedíamos a aclarar las consecuencias que acarrearía el contravenir lo dispuesto por el artículo bajo comentario, pues no queda claro si la nulidad se refiere solamente al carácter de parcial o modal, teniéndose por válido el acto en su conjunto o si, por el contrario, todo el acto (la aceptación o la renuncia) será nulo. Como es obvio, hemos optado por la primera de las interpretaciones anotadas, en razón al principio de conservación de la validez y eficacia de los actos jurídicos, criterio adoptado reiteradamente por el Código Civil de 1984.

Pero hoy, un cuarto de siglo después, consideramos que las modificaciones sugeridas no resultan de necesidad alguna.

(74) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 500 y 501.

(75) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, p. 11.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## ACEPTACIÓN O RENUNCIA DE HERENCIA FUTURA

**Artículo 678.-** No hay aceptación ni renuncia de herencia futura.

El tema de los pactos sucesorios ha sido tratado por nosotros desde hace muchos años; podemos decir que, desde la elaboración de nuestra primera investigación en Derecho, la que fuera nuestra tesis de bachillerato, *Los contratos sobre bienes ajenos*.(76)

El tema llamó nuestra atención, en la medida en que, si alguien contrata sobre bienes que son de propiedad de otro, obviamente lo está haciendo sobre bienes ajenos, y la materia resultaba relevante para la citada investigación.

Y es que, como señala Fernández Arce, «Solo a partir de la muerte del causante, se puede ejercitar el derecho a delación. Antes no tiene efectividad jurídica. Hay un plazo legal que se cuenta a partir de ese momento. Estos plazos no admiten interrupción alguna porque son plazos de caducidad y no de prescripción. Antes de la muerte del causante, no hay sucesores y tampoco herencia. La delación es un derecho personal del sucesor.»(77)

Como es sabido, el Código Civil de 1984 ha seguido la línea trazada por nuestra legislación civil precedente y por la inmensa mayoría de cuerpos normativos civiles de la tradición jurídica romano germánica, en el sentido de prohibir los pactos sucesorios. El Código de 1984 lo hace en el artículo 678, bajo análisis y en el artículo 1405, que establece que «Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora».

Entonces, en el Perú son nulos los pactos de disposición de herencia futura, los pactos de constitución de heredero o legatario y la venta o disposición de herencia futura; así como cualquier otro pacto sucesorio.

En la tradición jurídica romano-germánica, por lo menos hasta antes de la promulgación del Código Civil de 1984, solamente dos Códigos permitían,

(76) CASTILLO FREYRE, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*. Fiessa, Lima, 1990. Obra publicada con el auspicio del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología - Concytec.

(77) FERNÁNDEZ ARCE, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 90.

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO FREYRE

aunque con una vasta regulación, el tema de los pactos sucesorios. Se trata del Código Civil alemán de 1900 y el Código Civil suizo de 1912.

La razón por la cual la mayoría de las legislaciones prohíben los pactos sucesorios se remonta a la elaboración del Código Napoléon, entre 1803 y 1804. Se puede leer claramente en las actas de la comisión que elaboró ese cuerpo normativo, el profundo rechazo que los juristas que elaboraron el Código Civil más famoso de la historia tenían hacia este tipo de pactos, porque consideraban que con ellos se podría estar especulando con la vida de una persona y hasta propiciando sentimientos destinados a poner fin a sus días.

Tal era el rechazo a todo pacto que especulara con la duración de la vida de una persona, que esa comisión francesa manifiesta su reprobación a la existencia del seguro de vida, surgido en Inglaterra y que, poco a poco, se fue extendiendo a todo el planeta.

Se trate de temores fundados o no, en general nuestra tradición jurídica no acepta los pactos sucesorios (salvo el seguro de vida, la renta vitalicia y algún otro contrato que tome como término final la muerte de una persona, claro está). Sobre si ello es correcto o no, en verdad podemos afirmar que el tema no ofrece problemas prácticos, de manera tal que no nos atreveríamos a proponer el considerar se instale en nuestra legislación la validez de los pactos sucesorios.

Adicionalmente, resulta interesante traer a colación lo señalado por Lohmann, en el sentido de que, «Ahora bien, además de la apertura de la sucesión –es decir, que haya muerto el causante de ella– ¿También es requisito de la aceptación o renuncia que exista derecho sucesorio –o sea, delación– en favor de quien acepta o rechaza? La respuesta es difícil. Por una parte, es lógico lo que expresa Gitrama en el sentido de que no puede renunciarse lo que no se tiene ni aceptarse lo que se puede tener. Pero, de otra parte, ¿por qué impedir la renuncia a la posibilidad de recibir una herencia ya causada, o aceptar anticipadamente si otro la renuncia? Creo, pues, que debe rechazarse la exigencia del requisito de derecho cierto y admitirse declaración sobre una eventualidad si se realiza bien; si no se realiza, la aceptación o renuncia que serían simplemente ineficaces.»[78]

Volviendo al texto del artículo 678, podemos decir que el mismo es tajante. Entonces, sólo cabe aceptar o renunciar a una herencia o un legado, luego de producida la muerte del causante.

(78) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 217.

**TRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO DE ACEPTAR O RENUNCIAR A LA HERENCIA**

**Artículo 679.-** El derecho de aceptar o renunciar la herencia, se trasmite a los herederos. En tal caso, el plazo del artículo 673 corre a partir de la fecha de la muerte del primer llamado.

El artículo 679 se encarga de regular el carácter trasmisible del derecho de aceptar o renunciar a la herencia. Por lo demás, la norma no se refiere a la trasmisión del derecho de aceptar un legado, en tanto en este caso tal derecho es *intuitu personae* del legatario.

Sobre el particular, César Fernández Arce señala, «Para suceder por transmisión, se requiere que el causante, en cuya sucesión se origina la asignación, haya muerto antes que su asignatario y que este fallezca luego, sin haber ejercido, respecto de la misma, su derecho de opción; el cual, encontrándose intacto, se trasmite así a su propio heredero. Se encuentra intacto porque el plazo que tenía para ejercitarlo aún no había vencido. Hay pues un causante, un transmitente y un transmitido.»[79]

El derecho de aceptar o renunciar a la herencia es trasmisible. Es evidente que si el eventual heredero no aceptó y tampoco rechazó la herencia y fallece después de vencidos los plazos establecidos por el artículo 673, se entenderá que la ha aceptado, por la sencilla razón de que, una vez vencidos los plazos, ella se considerará aceptada.

Pero qué pasa si el heredero muere luego del causante, pero antes de que hubiese vencido el plazo para aceptar o rechazar la herencia. Aquí lo lógico sería entender que el plazo debería seguirse computando, lo que equivaldría a decir que la muerte del primer llamado a heredar interrumpe en la práctica dicho plazo (contrario a lo que señala el propio artículo 673) y el mismo se empezará a contar de nuevo desde el momento de la muerte de ese primer llamado. Al mencionar solamente como relevante para el cómputo del plazo la muerte del primer llamado, ello equivale a que la muerte de los demás llamados carece de relevancia alguna, es decir que el plazo de caducidad seguirá corriendo en perjuicio de los herederos del segundo o tercer llamado.

(79) FERNÁNDEZ ARCE, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 136.

MARIO CASTILLO FREYRE

Sobre el particular, Juan Olavarría precisa que, «Por otro lado, debe también quedar en claro que el derecho de aceptar o renunciar la herencia que se le ha dejado al heredero difunto y respecto de la cual no se pronunció y por ende se transmitió dicha potestad a favor de los herederos del heredero difunto, éstos pueden ejercer en forma individual o independiente el referido derecho, con lo cual cabe la posibilidad de que unos acepten y otros renuncien lo que origina que la parte renunciada regrese a la masa hereditaria del primer causante y favorezca o acrezca a los verdaderos herederos de este primer causante y en ningún modo pueda favorecer o acrecer a los herederos del heredero difunto que sí aceptaron la herencia del causante de su causante.»[80]

Entendemos que la lógica de la norma se basa en el hecho de que se quiere otorgar el plazo completo al segundo llamado a heredar para que reflexione acerca de si le conviene o no aceptar o renunciar a la herencia. Al fin y al cabo, se trata de una opción legislativa. La solución contraria también hubiese sido razonable.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(80) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 46.

## Actos que no importan aceptación ni impiden renuncia

**Artículo 680.**- Los actos de administración provisional y de conservación de los bienes de la herencia practicados por el heredero mientras no haya vencido el plazo del artículo 673, no importan aceptación ni impiden la renuncia.

Cuando fallece el causante, seguro que dejará un determinado patrimonio, siendo claro que el mismo no deberá ser abandonado por los herederos. Por ejemplo, la casa no deberá quedarse sin cuidar, los autos, van a tener que recibir mantenimiento, las joyas deberán estar en custodia de un banco, etc. Pues bien, todos estos actos van a tener que ser realizados por los directamente interesados, vale decir por los herederos del causante; independientemente de si aceptarán o no la herencia. Incluso si un heredero que al final renuncie a la herencia no cuida los bienes del causante que se encontraba poseyendo a la muerte de éste, será responsable por los daños y perjuicios que se deriven del deterioro o pérdida de ese bien, producidos, precisamente, por haberlo dejado en abandono.

Entonces, lo que hace el artículo 680 es fomentar que los herederos preserven los bienes del patrimonio hereditario, incluidos los bienes que corresponderán a los legatarios. Nótese, de igual manera, que, a lo mejor a la muerte del causante, esas personas ni siquiera conocerán si tendrán la calidad de herederos o legatarios, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de una persona soltera, sin hijos ni padres vivos, que fallezca, habiendo dispuesto de su patrimonio en un testamento cuyo contenido recién se conocerá luego de su muerte, cuando sea leído por el notario ante quien se otorgó.

Así, Juan Olavarría precisa que, «Lo que la norma en cuestión dispone es que los actos de mera administración, así como también los actos de conservación de los bienes hereditarios en modo alguno impiden la renuncia de la herencia y mucho menos significan la aceptación tácita de la misma, es decir, que aun cuando un heredero los haya practicado éste conserva todavía incólume su derecho de renunciar a la herencia.»[81]

(81) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 47.

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[82] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la creación de un artículo 680, con el texto siguiente:

> **Artículo 680.-** Actos provisionales.
>
> 1. Sin perjuicio de los deberes del albacea, los que se consideren llamados como sucesores pueden realizar en interés de la sucesión:
>
>    a) Los actos de conservación temporal y administración provisional, incluyendo el cobro de créditos y cumplimiento de obligaciones indispensables, y ejercer acciones posesorias de los bienes hereditarios; *(sic)*
>
>    b) Vender los bienes de difícil o costosa conservación, o que estén expuestos a grave deterioro. En caso de desacuerdo, la solicitud se tramita como proceso sumarísimo. *(sic)*
>
>    c) El reparto de efectos estrictamente personales del causante que no tengan valor económico significativo.
>
> 2. Los actos realizados conforme al numeral precedente no significan aceptación ni impiden la renuncia. En caso de renuncia, el renunciante tendrá derecho a que con cargo a la herencia se le reembolsen los gastos en que hubiera incurrido.
>
> 3. Siendo varios los llamados, en caso de discrepancia se estará a lo que resuelva la mayoría, contada por cuotas.
>
> 4. Cesa la facultad de realizar los actos a que se refiere este artículo cuando se ha designado albacea dativo.

Siempre nos hemos manifestado contrarios a que el Código Civil contenga normas de corte reglamentario. Es el caso del artículo 680 que proponía el grupo de trabajo, con el que se pretendía sustituir una norma tan clara y precisa como el artículo 680 en vigencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(82) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 181.

# TÍTULO V
# REPRESENTACIÓN

## HEREDEROS POR REPRESENTACIÓN

**Artículo 681.-** Por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación.

El Título V trata acerca de la representación hereditaria. Es, sin duda, un tema complejo al cual ya nos hemos referido en el presente estudio.

El artículo 681 es de precisión matemática, al señalar que por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación.

Para César Fernández Arce, «Nace de un principio de razón: necesidad de proteger a la familia particularmente a los hijos y demás descendientes, que son herederos privilegiados por ley; los cuales, en determinadas circunstancias de la vida, pueden verse privados de la asistencia material de los padres, como en los casos de premoriencia, renuncia, indignidad o desheredación.»(83)

Como se puede apreciar, son tres los supuestos en que se aplica la representación sucesoria. El primero de ellos es cuando el ascendiente hubiere fallecido antes que el causante. Imaginemos un ejemplo. Muere el abuelo y, al morir, tenía dos hijos vivos, en tanto que su tercer hijo había fallecido antes que él. Este tercer hijo, a su vez, tiene cuatro hijos, todos ellos nietos del causante. En este caso, la herencia se debería dividir en tres partes iguales: una para cada uno de los hijos del causante, que están vivos y una tercera parte para el conjunto de los cuatro hijos del hijo del causante que había muerto antes que este último.

(83) FERNÁNDEZ ARCE, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 154.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La idea de la figura de la representación es que en materia hereditaria no se perjudiquen los descendientes, si su ascendiente no hereda por alguna causal. En el primero de los casos contemplados, por haber premuerto el hijo al causante. Así, de éste también heredarán sus hijos (nietos del causante). La idea es que los hijos de un hijo premuerto del causante estén en pie de igualdad con sus primos hermanos, es decir con los hijos de los hijos vivos del causante.

Resulta conveniente destacar lo mencionado por el maestro Luis Echecopar García, en el sentido de que «[...] la representación era una ficción que da a los hijos la porción que habría tenido su padre si estuviera vivo. Ellos no pueden pretender más que él, cualquiera que sea su número; no deben, pues, formar más que una cabeza en la sucesión; de otra manera, la ficción que los llama sería muy perjudicial a sus coherederos. Mas, así como la muerte de su padre no debe perjudicarles, tampoco es conveniente que les aproveche. Por esta razón es que la partición debe operarse por estirpe siempre que tenga lugar la representación.»(84)

Sobre este supuesto, la jurisprudencia se ha pronunciado en la Casación n.º 2645-2011-Lima, de fecha 19 de septiembre de 2013, al señalar que, «Los descendientes (herederos por representación) tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a este correspondería si viviese. Fallecimiento del *cujus* ante de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984. IV. Es necesario dilucidar si al nieto señor ESM le asiste el derecho a concurrir en la masa hereditaria de su abuela la señora JFF viuda de SM, motivo por el cual la sala revisora se pronuncia que le asiste el derecho de heredar y, por tanto, no procede la exclusión de la herencia, ello en virtud a que el sustento del derecho a heredar de ESM es su condición de hijo de LSM, quien a su vez es hijo de JFF viuda de SM, máxime aun cuando ya se ha declarado como herederos universales de la señora JFF viuda de SM a sus dos únicos hijos LDM y BSM, por consiguiente a la muerte de ellos le corresponde heredar a sus herederos en la porción que le corresponde a su causante de conformidad con el artículo 816 del Código Civil. Cabe señalar que efectivamente el artículo 2117 del Código Civil de 1984 prescribe "Los derechos de los herederos de quien haya muerto antes de la vigencia de este Código se rigen por las leyes anteriores", y habiendo fallecido JFF viuda de SM en el año 1973 le es aplicable las disposiciones del Código Civil de 1936 y no el de 1984; sin embargo, se debe tener en cuenta que el supuesto agravio se circunscribe a lo normado en el artículo 679 del Código Civil de 1936 que

(84) Echecopar García, Luis. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 70.

señala "En la herencia que corresponde a los descendientes los hijos representan a sus padres que han fallecido y gozan de los derechos que éstos tendrían si viviesen", supuesto normativo que establece la figura jurídica de los herederos por representación, el cual es tratado con las mismas características en el artículo 681 del Código Civil vigente, siendo ello así, se advierte que las consecuencias jurídicas, por consiguiente la aplicación de uno (*sic*) u otras normas en nada varía los derechos de las partes. Si bien es correcta la afirmación del recurrente, en el sentido que ESM el nieto debió haber sido declarado heredero de su padre LSM y, no de su abuela JFF viuda de SM, no obstante, ello no se le puede negar la actitud [*sic*; entendemos que la palabra correcta sería "aptitud"] de heredar sobre el patrimonio de JFF viuda de SM, pues tiene como sustento su condición de hijo de LSM de conformidad con lo establecido en el artículo 816 del Código Civil.»[85]

El segundo supuesto en que se aplica la representación es aquel en el cual uno de los herederos del causante renuncie a la herencia. Si seguimos con el ejemplo del supuesto anterior, y uno de los tres hermanos renunciara a la herencia, en tanto que los otros dos la aceptaran, esa renuncia no perjudicará a los hijos o demás descendientes del renunciante, quienes, en conjunto, heredarán un tercio de la herencia, al igual que sus tíos.

El mismo criterio de representación hereditaria se aplicará cuando el heredero del causante hubiese perdido el derecho a heredar, sea por indignidad, sea por desheredación. No cabe duda de que este heredero seguramente habrá cometido algún o algunos actos execrables y condenados por el propio Derecho, además de que el mismo ha sido declarado indigno por sentencia judicial firme o ha sido desheredado en testamento por el causante; no obstante, el legislador de 1984 ha considerado que los hijos y demás descendientes de esta persona no tienen por qué verse perjudicados y excluidos del patrimonio hereditario.

Si tuviésemos que resumir nuestro parecer en torno al tema de la representación sucesoria, diríamos que se trata de una institución de absoluta justicia.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[86] señalamos que el artículo 681 hubiera podido tener una mejor redacción: «Por la representación sucesoria los descendientes son llamados a suceder en el mismo grado que le hubiera correspondido a su ascendiente, si éste viviese. Lo propio ocurre si su ascendiente

(85) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 595.
(86) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 502 y 503.

hubiera renunciado a la herencia o si hubiera sido excluido por indignidad o desheredación».

Estas ideas se basaban en las consideraciones formuladas por el profesor Guillermo Lohmann,[87] cuando sostenía que el artículo en análisis ensaya una definición «operativa» de la representación sucesoria que resulta imprecisa. Decía que era imprecisa porque, aunque alude a los descendientes, no se limita a los descendientes directos del causante, visto que el artículo 683 también reconoce representación en la línea colateral en algunos casos.

Además, el precepto establece que los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente a recibir la herencia. No se puede decir o, mejor dicho, no es del todo exacto decir que los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, pues no es un acto de voluntad de estos últimos tomar la posición jurídica de su ascendiente. La ley le atribuye automáticamente la vocación sucesoria respectiva; quieran o no, son colocados en la situación sucesoria de su directo antecesor y sólo en tal posición, tienen la potestad de aceptar o renunciar a la herencia.

En ese sentido, Javier Armaza comenta que, «Aunque representar, desde el punto de vista jurídico, significa actuar en nombre de otro, y esto no sucede en la representación sucesoria, en la que el representante "actúa" por derecho propio y en defensa de sus intereses personales, el término ha sido tomado por el legislador, siguiendo la tradición legislativa marcada por los Códigos civiles de 1936 y de 1852, adelantando que el derecho de representación no autoriza la actuación del heredero en representación del difunto, por cuanto nadie puede representar a alguien que ya no existe.»[88]

Debe quedar claro que por la representación no se recibe la herencia, sino que una persona queda situada en la posición jurídica que otra ha dejado vacante, sea por premoriencia, renuncia, desheredación o indignidad.

En ese sentido, es pertinente mencionar que la jurisprudencia, en la Casación n.º 1773-2006-Lambayeque-Jaén, de fecha 29 de junio de 2006, ha determinado lo siguiente sobre la representación, «*Cuarto.* La representación sucesoria permite entrar al descendiente, en el lugar y grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a este le correspondería, entre otras situaciones, cuando la hubiera perdido por indignidad, como dispone el artículo 681 del Código

(87) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, pp. 283 y ss.

(88) Armaza Galdós, Javier. *Derecho Civil. Sucesiones. Op. cit.*, p. 379.

Civil. Como se estableció en la Casación N. ° 2731-98, la representación es un caso de excepción al principio del mejor derecho.»[89]

De otro lado, en 1998, en *Tentaciones académicas*, procedíamos a modificar la segunda parte del artículo 681, inspirados en la sugerencia del profesor Augusto Ferrero,[90] cuando planteaba la sustitución del vocablo «perdido» por excluido, pues tanto en caso del indigno como del desheredado se considera que esa persona nunca tuvo el derecho sucesoral.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(89) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 594 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, pp. 386-387.

(90) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 14-15.

## Representación en línea recta descendente

**Artículo 682.-** En la línea recta descendente la representación es ilimitada en favor de los descendientes de los hijos, sin distinción alguna.

La solución legislativa del artículo 682 es lógica. No habría razón alguna para limitar la representación en línea recta descendente.

Conviene precisar que, como señala Borda, «En esta disposición, el Código no establece distinciones entre descendientes legítimos y los naturales. Es pues, indiscutible que también los descendientes extramatrimoniales gozan de este derecho.»(91)

En el mismo sentido, Guillermo Lohmann comenta, «La ausencia de distinción es útil para remarcar que todos los hijos y los hijos de los hijos tienen iguales derechos, lo que significa igualdad entre hijos matrimoniales, adoptivos y extramatrimoniales.»(92)

De otro lado, observamos que la jurisprudencia en la Casación n.º 904-2005-Cajamarca, de fecha 31 de mayo de 2006, desarrolló el supuesto en que no existieran hijos del causante, «La cónyuge supérstite puede participar de la masa hereditaria si el premuerto no tiene descendencia. Tercero. En el presente caso, el heredero premuerto no ha dejado descendencia por lo que debe facultarse a su cónyuge supérstite a participar de la masa hereditaria, como sucesora universal de aquel, tal como lo señala la Casación N.º 862-95. Cuarto. Para resolver el presente recurso de casación se debe tener en consideración que el punto central de la controversia consiste en determinar si corresponde que a la demandante cónyuge supérstite se le comprenda como heredera en representación de su esposo fallecido, en forma conjunta con los otros herederos de quien en vida fue su suegra, madre de su esposo premuerto; sin embargo, resulta indispensable que la Sala Superior valore si la actora ha tramitado otro proceso de sucesión intestada, a fin de determinar si ha sido declarada heredera de su cónyuge premuerto; por otro lado, la Sala de mérito deberá analizar la disposición contemplada por el artículo VIII del Título Preliminar

(91) Borda, Guillermo A. *Manual de Sucesiones*. 7ª edición. Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 288.
(92) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 240.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del Código Civil, concordando con los artículos 681, 982, 683, 684 y 685 del mismo cuerpo legal.»[93]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[94] señalamos que coincidíamos con la idea del profesor Augusto Ferrero,[95] en el sentido de que debe plantearse que existe representación incluso cuando hay una sola estirpe, pues la omisión de esta declaración significa –como debería interpretarse en el texto en vigencia– que «cuando existe una sola estirpe no hay representación y la sucesión es por derecho propio».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(93) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 596.

(94) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 504 y 505.

(95) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 15-17.

## Representación en línea colateral

**Artículo 683.-** En la línea colateral sólo hay representación para que al heredar a un hermano, concurran con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el artículo 681.

Como establece el artículo 683, en la representación en línea colateral para heredar a un hermano (se entiende, obviamente, que el llamado a heredar era un hermano premuerto), concurrirán con los demás hermanos del causante, los hijos de ese hermano premuerto. Como puede apreciarse, en línea colateral la representación sólo se extiende a los sobrinos, y ahí termina. No se extiende a los sobrinos-nietos. Si éste fuere el caso, es decir, el de un hermano del causante que hubiere premuerto, pero que no deja hijos sino nietos, estos nietos no heredarán del causante por representación. En otras palabras, aquello que hubiere correspondido heredar al abuelo de estos nietos, será prorrateado en herencia entre sus tíos y esos nietos no heredarán.

Para el maestro Rómulo Lanatta, «En la herencia de los colaterales, la figura de la representación sólo se presenta cuando concurren a la sucesión hermanos del causante con sobrinos de éste, hijos de un hermano premuerto. En efecto, si no hay parientes más próximos del causante, ni cónyuge y existieren solamente sobrinos, no hay lugar a la representación, sino a la sucesión legal [...].»[96]

Emilio F. Valverde, a su vez, señala que, «Los descendientes del premuerto en la línea colateral, como en análogo caso de la línea recta descendente, heredan por estirpe, pero con la diferencia de que en la línea colateral, conforme al propio texto escrito, tal representación se opera si hay hermanos que sobreviven al autor de los bienes hereditarios. Es decir, que si el causante deja únicamente sobrinos, la sucesión no se desplaza en la forma colectiva del grupo que hereda por estirpes, sino por la vía individual de la sucesión por cabezas.»[97]

(96) Lanatta Guilhem, Rómulo E. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 405.
(97) Valverde, Emilio. *El Derecho de Sucesiones en el Código Civil peruano.* Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1951, tomo I, p. 307.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así también, Juan Olavarría comenta, «Finalmente, el texto de la norma hace un condicionamiento para que funcione la representación sucesoria en la línea colateral: el que los hijos de los hermanos premuertos concurran con los sobrevivientes en la sucesión en la que se hereda a un hermano muerto. Dichos sobrevivientes no son otros que los hermanos del causante que sí lo están sucediendo, esto es, se hace necesario que cuando menos un hermano del causante lo sobreviva y además lo herede para que los demás sobrinos lo hagan también, pero por representación. Adviértase que el tenor de la norma utiliza la voz en plural: "concurran con los sobrevivientes...". No obstante, se tiene por aceptado que es suficiente con que un solo hermano herede por cabeza al causante para que funcione la representación sucesoria y en ese sentido los sobrinos de los hermanos impedidos o renunciantes lo hagan por representación.»[98]

En materia jurisprudencial, tenemos la Casación n.° 2731-98-Lima, de fecha 3 de mayo de 1999, «Los sobrinos tienen derecho de representación siempre y cuando concurran con los hermanos sobrevivientes del causante. Si no ocurre así, ejercen sus derechos como parientes colaterales en línea descendiente. Sétimo. Los sucesores de un hermano premuerto tienen derecho de representación siempre y cuando concurran con los hermanos sobrevivientes del causante. Así, al haber fallecido la causante sin dejar hermanos sobrevivientes, no resulta de aplicación la previsión establecida en el artículo 683 del Código Civil. Por tanto, los derechos a heredar de los demandados como hijos del hermano premuerto, no se basan en el derecho de representación sino en sus propios derechos hereditarios en razón de ser sobrinos de la causante, como parientes colaterales en línea descendiente, del quinto orden sucesorio.»[99]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[100] señalamos que el texto del artículo 683 podría ser redactado de la siguiente manera: «En línea colateral, los descendientes de los hermanos tienen derecho de entrar en su lugar y grado a recibir la herencia que a éstos correspondería si viviesen, o la que hubieran renunciado o sido excluidos por indignidad. Esta representación operará hasta los parientes del cuarto grado de consanguinidad».

(98) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 54.

(99) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 596-597 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 388.

(100) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 504 y 505.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ocurre que coincidíamos con la idea del profesor Augusto Ferrero,[101] cuando expresaba: «Pensamos que la representación en la línea colateral debería estar imbuida de la misma característica de la representación en la línea descendente, que es infinita. Claro está que en esta línea el parentesco es ilimitado, lo que no ocurre en la línea colateral en que está limitado al cuarto grado. Precisamente, en esta situación están los sobrinos nietos, a quienes debería extendérseles el derecho de representación.»

Sería más conveniente abandonar el sistema español (que limita la representación en la línea colateral al caso de los hijos de hermanos del causante cuando concurren con sus tíos), para afiliarse a la fórmula que rige en Francia, Italia, Argentina y Chile (en que el derecho de representación se extiende a los hijos de los hermanos y sobrinos del causante).

Como enseña Somarriva, para destacar la extensión de la representación en la vía colateral, «la importancia estriba en que, como consecuencia de esto, los sobrinos, sobrinos-nietos, etc., excluyen a todos los otros colaterales, aunque sean de grado más cercano».

En realidad, los sobrinos nietos, que son parientes del cuarto grado, excluirían así a los tíos, que son del tercero.

Y así como los sobrinos, que son del tercer grado, excluyen a los tíos que son del mismo grado, excluirían a los tíos abuelos, que son del mismo grado. Así, el cuarto orden sucesorio sería siempre para los parientes colaterales del segundo grado (hermanos) y sus descendientes del tercer grado (sobrinos) y cuarto grado (sobrinos nietos); el quinto orden, para los parientes colaterales del tercer grado (tíos); y el sexto orden, para los parientes del cuarto grado (tíos abuelos y primos hermanos).

Por otro lado, se proponía que «no se exija la concurrencia de un hermano, corrigiendo a la vez el error del actual artículo que se refiere a los hijos de los hermanos premuertos, extendiéndose claramente a los descendientes de los hermanos renunciantes e indignos».

(101) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 17-18.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Efectos de la representación sucesoria

**Artículo 684.-** Quienes concurran a la herencia por representación sucesoria, reciben por estirpes lo que habría correspondido al heredero a quien representan.

Lo que establece el artículo 684 es que la representación sucesoria funciona por estirpe. Esto significa que no interesará el número de descendientes del heredero premuerto. Lo importante es que todos ellos heredarán por estirpe. Entonces, la representación sucesoria implica que los herederos representantes del ascendiente que no pudo heredar (por la razón legal que fuera, de las señaladas en el artículo 681) ocupan el lugar de ese ascendiente, todos ellos en conjunto.

Esto equivale a decir que en el terreno patrimonial heredarán, todos juntos, la misma porción o porcentaje hereditario que hubiera heredado el ascendiente que murió antes que el causante, no importando el número de personas de que se trate. Heredar por estirpe en la representación limita o circunscribe, como es obvio, los derechos hereditarios de esas personas a lo que le hubiese correspondido a quien representan.

Y esto es lógico, dado que, si la representación sucesoria no estuviese restringida a la estirpe, los herederos del llamado a heredar premuerto, estarían en ventaja con respecto a los demás herederos vivos, pues, entre todos ellos (si fuesen de un número plural, naturalmente), heredarían en conjunto porcentajes mayores que los herederos que sí vivían al momento de la muerte del causante y que heredan por sí mismos y no por representación.

Al respecto, Javier Armaza comenta que, «En la sucesión por estirpes, a diferencia de lo que acontece con la sucesión por derecho propio o por cabezas *(in capita),* en la que cada coheredero se beneficia con una cuota igual a la de los demás, todos los descendientes de una persona premuerta, renunciante, indigna o desheredada, asumen la parte de la herencia que hubiera correspondido a su progenitor y que, dividida, es siempre inferior a la cuota de un heredero por derecho propio, salvo, claro, que el representado tuviera sólo un hijo [...].»[102]

(102) Armaza Galdós, Javier. *Derecho Civil. Sucesiones. Op. cit.*, p. 381.

Finalmente, resulta pertinente traer a colación el análisis de Augusto Ferrero, cuando enseña que, «Visto que uno de los efectos de la representación es que las liberalidades recibidas por el representado son colacionables –reputándose por tanto a cuenta de la herencia del representante–, es muy importante definir la disyuntiva de la exigencia o no de la pluralidad de estirpes para que opere la representación; pues, si la sucesión es por derecho propio, no se dará dicho efecto. La cuestión es relevante en relación a los anticipos de legítima otorgados por el causante al representado. Si existiese una sola estirpe, resulta propio preguntarse si los descendientes de esta heredan por representación o por derecho propio. Si lo hacen por representación, deberá colacionarse el anticipo al representado, aumentando la cuota de libre disposición del causante. Ejemplo: X tiene un solo hijo: A. A tiene un hijo: B. X tenía un patrimonio de 150. Había donado 40 a A, quien lo premuere, y deja así un acervo de 110. Si se colaciona el anticipo, la partición se hará sobre 150 y la cuota de libre disposición será una tercera parte: 50. Si X dispone de ella a favor de un tercero: C, B recibirá 60. Si suceden por derecho propio, el anticipo se considerará como una donación a un tercero. disminuyendo la porción de libre disposición del actor de la sucesión. En el ejemplo anterior, la cuota de libre disposición será 10, restándose de ella la donación hecha a A. Así: Adicionalmente, la solución por la que se opte será distinta en uno u otro caso respecto al derecho de acrecer. Así, en el caso del mismo número de nietos en dos ramas –caso en el cual la partición por cabezas resulta idéntica a la partición por estirpes–, si un nieto renuncia su parte acrecerá solo la de los coherederos del mismo tronco, si la sucesión es por representación, y la de todos los coherederos, si la sucesión es por derecho propio, sostienen Colin y Capitant.»[103]

(103) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 82.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**REPRESENTACIÓN EN SUCESIÓN LEGAL Y TESTAMENTARIA**

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

La sucesión legal está regulada en los artículos 816 y siguientes. La primera de las normas citadas señala que son herederos del primer orden los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.

Para Guillermo Lohmann, «Las razones del precepto son sencillas. La representación en la línea descendente actúa en ambas modalidades de delación hereditaria y sin poder ser modificada en la testamentaria, porque los descendientes son herederos legitimarios. En la línea colateral no hay sucesión forzosa, de modo que los hermanos y los hijos de estos son llamados a la herencia en defecto de testamento. Naturalmente, si los parientes colaterales no son herederos forzosos, el testador es libre de no disponer en favor de ellos, o de disponer prohibiendo la representación por sus sobrinos si es que su padre, hermano del causante y designado en su testamento, premuriera al testador o no quisiera o no pudiera recibir la herencia. Sin ascendientes, descendientes y cónyuge el testador puede disponer de sus bienes como le plazca y parezca, sin límite alguno, de modo que le está completamente permitido que instituya como heredero a su hermano, pero que prohíba el acceso de sus sobrinos a la herencia.»[104]

El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

Sobre la sucesión testamentaria, Benjamín Aguilar precisa que, «En lo que se refiere a la sucesión testamentaria, la ley ha establecido derechos hereditarios

(104) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 247.

a favor de los llamados legitimarios o herederos forzosos, quienes, de no haber causales de desheredación, tienen derecho a participar de la sucesión, y forzosamente deben ser convocados por el testador, debiendo precisarse que su llamado no depende de este, sino de la ley, y así los descendientes del causante, en su calidad de legitimarios, lo suceden por derecho propio, y al faltar a la herencia del causante, el hijo de este (heredero forzoso) será representado por su descendiente (también heredero forzoso). Sin embargo, en la línea colateral los hermanos no son herederos forzosos, por lo no está obligado a convocarlos, y si lo hace, sería por una liberalidad.»[105]

El artículo 685 regula la representación en la sucesión legal y en la testamentaria y señala que, en la sucesión legal, la representación se aplica en los casos mencionados en los artículos 681 a 684. Sobre este tema no vamos a efectuar mayor desarrollo, en la medida en que ya hemos explicado los referidos artículos. Podríamos decir, no obstante, que tales normas se aplican en su integridad a la sucesión legal.

Pero el artículo 685 también se refiere a la representación en la sucesión testamentaria, cuando señala que en ella rige con igual amplitud en la línea recta descendente, y en la colateral se aplica el artículo 683, salvo disposición distinta del testador. Esto significa que la única diferencia entre la representación sucesoria en la sucesión intestada y la sucesión testamentaria radica en que en esta última el testador podría disponer algo distinto en cuanto a la representación de los herederos de los hermanos premuertos. El legislador ha entendido que no se trata de un tema en el cual deban regir normas imperativas.

Además, podemos recordar que Augusto Ferrero enseña que, «En cuanto a la parte final del artículo 685, hemos señalado al comentar el artículo 681, que los descendientes del desheredado tienen derecho de entrar en su lugar y en su grado a recibir la herencia que a aquel le hubiese correspondido de no haberla perdido. Asimismo, se ha dicho que el artículo 755 ha establecido que los descendientes del desheredado heredan por representación la legítima que correspondería a este si no hubiere sido excluido. Esta representación opera en la línea recta de los descendientes sin limitación alguna.»[106]

Finalmente, en materia jurisprudencial, observamos lo dispuesto por la Casación n.º 862-95-Lima, de fecha 14 de octubre de 1996, que determina lo siguiente: «Representación sucesoria de cónyuge premuerto. Obligación de los

(105) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 161.
(106) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 86.

jueces de no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. Antecedentes: La demandante pide la sucesión de su suegra. Afirma ser heredera de su finado esposo premuerto, por ello al morir la madre de su esposo, en línea directa le corresponde la herencia al hijo (su esposo), que como cónyuge concurre como heredera universal de él. Tercero. Conforme a lo dispuesto por el artículo 685 del Código Civil en la sucesión legal, la representación se aplica a los casos mencionados en los numerales 681 a 684 del mismo texto legal; en el Código Civil vigente se establece que dicho instituto es el beneficio que la ley concede a los hijos y demás descendientes de una persona premuerta o que ha renunciado a su herencia o ha sido excluida de ella por indignidad o por desheredación, para ocupar el grado o lugar necesario para concurrir a la herencia del causante con otros herederos más próximos a éste. Cuarto. La recurrente no reúne la condición de hábil para tener la vocación hereditaria respecto de la causante; ni menos la representación invocada se encuentra autorizada por ley, por lo que resulta correcta la aplicación del artículo 685 del Código Civil en cuanto se resuelve negativamente el derecho sostenido para la actora para heredar en representación del premuerto esposo. Quinto. En aras de una correcta administración de justicia deviene aplicable la previsión contenida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil y, reconocerle el derecho de su referido esposo como heredero de la causante; que, a tenor del artículo 825 del Código Civil, la recurrente tiene expedito su derecho a la herencia que le corresponde a su referido cónyuge.»[107]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(107) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 597.

SECCIÓN SEGUNDA

# SUCESIÓN TESTAMENTARIA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# TÍTULO I
# DISPOSICIONES GENERALES

## SUCESIÓN TESTAMENTARIA

**Artículo 686.-** Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala.

Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

---

Como sabemos, una sucesión puede ser intestada o testamentaria. En el primer caso estaremos hablando de una sucesión en la que el causante no hubiere otorgado testamento o el que hubiere otorgado fue revocado en su totalidad sin ser sustituido o, por último, que el testamento hubiere sido declarado nulo.

La sucesión testamentaria, entonces, es aquella que se rige por lo dispuesto por el causante en un (también podrían ser varios) testamento que revista validez y eficacia al momento de su muerte.

Los testamentos, también son llamados actos de última voluntad, no porque ellos se otorguen poco antes de que fallezca el otorgante (lo que ocurre a veces, pero ello es irrelevante para estos efectos), sino por el hecho de que el testamento se halle vigente al momento de la muerte del otorgante. Son actos de última voluntad, por el hecho de que la voluntad contenida en el testamento fue la que mantuvo vigente el otorgante hasta el momento de su muerte.

En palabras de Augusto Ferrero, «El testamento es la declaración de última voluntad que hace una persona disponiendo de sus bienes y de asuntos que le

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

atañen, para después de su muerte. Etimológicamente, se dice que la palabra viene de *testatio mentis*, que quiere decir testimonio de la mente.»[108]

En esa línea, la Casación n.º 2983-2003-Lima, de fecha 30 de noviembre de 2004, definió al testamento de la siguiente manera, «Tercero. El testamento es un acto unilateral, revocable, unipersonal y formal, que surte sus efectos al producirse el fallecimiento de su otorgante, momento en el cual se produce la sucesión.»[109]

El artículo 686 es la primera de las normas relativas a la sucesión testamentaria y señala 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.

La sucesión testamentaria ha sido definida también por la jurisprudencia, en la Casación n.º 3008-2011-Lima, de fecha 23 de julio de 2012: «*Sexto.* La sucesión testamentaria es aquel acto personalísimo por el cual el testador, voluntariamente, dispone de sus bienes ya sea de una manera total o parcial para que después de su muerte se ordene su propia sucesión. Por tanto, cuando fallece una persona que hizo un testamento, se produce la transmisión patrimonial conforme a lo señalado en dicho documento en consonancia con los requisitos formales y dentro de los límites establecidos por la ley.»[110]

En primer lugar, debemos decir que la norma es incompleta cuando señala que el testador puede disponer de sus bienes; ello, dado que también podría disponer de sus créditos y deudas, a efectos de señalar cómo deberían ser afrontados por sus herederos (con la salvedad de que las deudas de la sucesión deben ser afrontadas de manera indivisible por el patrimonio hereditario en su conjunto, antes de producirse la partición; ello, con algunas salvedades que estudiaremos posteriormente).

Entonces, el testador podría disponer de sus bienes, créditos y deudas, con la salvedad que acabamos de hacer sobre estas últimas.

(108) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 189.
(109) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 598 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 391.
(110) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En segundo lugar, siempre se piensa que, en el testamento, el otorgante dispone de la totalidad de su patrimonio. Ello no necesariamente tendrá que ser así, pudiendo disponer de una parte de ese patrimonio, como sería el caso en el cual el testamento solamente se refiera a la constitución de un legado en favor de una persona. Aquí, no cabe duda de que el tema hereditario se regirá por las normas de sucesión legal o intestada. Este sería un caso en el que convivan preceptos de sucesión intestada y de sucesión testamentaria.

Incluso podría presentarse el caso, muy común, por cierto, en el cual el testador disponga de bienes o derechos que ya no le pertenecen, porque, por ejemplo, hubiera dispuesto de ellos (por ejemplo, enajenado) hace veinte años. En casos como éste será muy difícil que el testamento se rija por lo dispuesto en él mismo. Básicamente esa sucesión se regirá por las normas de la sucesión intestada.

El artículo 686 señala también que el ordenamiento de la sucesión que pueda haber hecho el causante en testamento, deberá hacerlo dentro de los límites de la ley. Esto significa, como estudiaremos posteriormente, que se deberá hacer respetando los límites que impone la legítima hereditaria. Y, además señala que se deberá seguir las formalidades que la ley señala. Ello, en la medida en que, como veremos en su oportunidad, los testamentos son actos esencialmente formales y, además, de formas solemnes.

Por último, generalmente se piensa que los testamentos son actos en los cuales los otorgantes se refieren exclusivamente a temas de orden patrimonial. Es verdad que en la inmensa mayoría de veces ello es así, pero en casos aislados, el testador también expresa sus consideraciones sobre otras materias. Por ejemplo, en un testamento podría reconocerse la paternidad sobre un hijo extramatrimonial; o expresar opiniones acerca de personas de quienes se tendrían que cuidar sus herederos; o, si se tratase de un político, de una ordenación de su legado en esta materia.

A manera de ejemplo, resulta interesante referirnos a los testamentos de Adolf Hitler(111), el dictador nazi, o el rey Luis XVI de Francia.

(111) El contenido del testamento fue dictado por Adolf Hitler a su secretaria personal Traudl Junge en el Führerbunker de Berlín el 29 de abril de 1945:
"Como consideré que no debía aceptar la responsabilidad, durante los años de conflicto, de contraer matrimonio, ahora he decidido, antes de concluir mi carrera en la Tierra, tomar en matrimonio a la mujer, quien después de muchos años de fiel amistad, entró a la sitiada ciudad por su propia voluntad, con el propósito de compartir su destino conmigo. Por su propio deseo, ella irá a la muerte como mi esposa. Eso nos compensará, por lo que ambos perdimos por mi trabajo al servicio del pueblo.

[112] En el primero, se aprecia que Hitler reconoce que ha contraído matrimonio y que él y su cónyuge, antes de pasar por la desgracia del derrocamiento,

---

Lo que poseo, pertenece en su debido grado al partido. Si este ya no existe, al Estado; si el Estado también es destruido, no hace falta una última decisión mía.

Mis pinturas, de las colecciones que he comprado durante el curso de los años, nunca fueron coleccionadas con propósitos privados, sino como una extensión de la galería de mi casa en Linz a.d. Donau.

Es mi más sincero deseo que este legado sea debidamente ejecutado.

Designo como mi albacea, a mi más fiel camarada del partido, Martin Bormann. A él le doy mi máxima autoridad legal, para que tome todo lo que tenga un valor sentimental o que les sea necesario para mantener una vida modesta y simple a mis hermanos y hermanas, sobre todo también para la madre de mi esposa y mis colaboradores que son bien conocidos por él, principalmente, mis secretarias sin igual, Frau Winter, etc. quienes por muchos años me ayudaron en mi trabajo.

Yo, personalmente, y mi esposa, para escapar a la deshonra de la deposición o capitulación, hemos escogido la muerte. Es nuestro deseo que seamos incinerados inmediatamente, en el lugar donde he llevado a cabo la mayor parte de mi trabajo diario, en el curso de doce años al servicio de mi pueblo.

Dado en Berlín, el 29 de Abril de 1945 a las 4:00 AM."

Véase: EISENHOWER, Dwight D. *Adolf Hitler, certificado de matrimonio y testamento político, abril de 1945*. Recuperado de: https://www.eisenhowerlibrary.gov/research/online_documents/holocaust/Hitler_Marriage_Will_Political_Testament.pdf

(112) El testamento de Luis XVI se redactó cuando el rey se encontraba encarcelado en la Torre del Temple. Para los fines de este acápite, se transcribe la parte pertinente:

"En el nombre de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo.

Hoy, 25 de diciembre de 1792, yo, Luis XVI Rey de Francia, estando preso por más de cuatro meses con mi familia en la Torre del Temple en París, por aquellos que eran mis súbditos, y privado de todo comunicación alguna, incluso con mi familia, desde el undécimo instante; además, envuelto en un juicio cuyo final es imposible prever, a causa de las pasiones de los hombres, y para el cual no se puede encontrar pretexto ni medio en ninguna ley existente, y no teniendo otros testigos, para mis pensamientos que Dios a quien pueda dirigirme, por la presente declaro, en su presencia, mis últimos deseos y sentimientos.

Dejo mi alma a Dios, mi creador, le ruego que la reciba en su misericordia, no para juzgarla según sus méritos, sino según los de Nuestro Señor Jesucristo, que se ha ofrecido a sí mismo en sacrificio a Dios su Padre por nosotros los demás hombres, por más endurecidos que estén, y por yo primero.

Muero en comunión con nuestra Santa Madre, la Iglesia Católica, Apostólica, Romana, que tiene la autoridad por sucesión ininterrumpida, desde San Pedro, a quien Jesucristo la confió; creo firmemente y confieso todo lo que está contenido en el credo y los mandamientos de Dios y de la Iglesia, los sacramentos y los misterios, los que enseña y ha enseñado siempre la Iglesia Católica. Nunca pretendo erigirme en juez de las diversas formas de exponer el dogma que desgarra la iglesia de Jesucristo, pero estoy de acuerdo y estaré siempre de acuerdo, si Dios me concede la vida, las decisiones que los superiores eclesiásticos de la Santa Iglesia Católica dar y dar siempre, conforme a las disciplinas que ha seguido la Iglesia desde Jesucristo.

Me compadezco de todo corazón de nuestros hermanos que pueden estar en el error pero no pretendo juzgarlos, y no los amo menos en Cristo, como nos enseña nuestra caridad cristiana, y pido a Dios que me perdone todos mis pecados. He buscado escrupulosamente conocerlos, detestarlos y humillarme en su presencia. No pudiendo obtener el ministerio de un sacerdote católico, pido a Dios que reciba la confesión que siento al haber puesto mi nombre (aunque fuera contra mi voluntad) en actos que pudieran ser contrarios a la disciplina y a la creencia de los católicos, la iglesia, a la que siempre he permanecido sinceramente unido. Pido a Dios que reciba mi resolución firme, si me concede la vida, de tener los ministerios de un sacerdote católico, tan pronto como pueda, para confesar mis pecados y recibir el sacramento de la penitencia.

optan por la muerte y dispone también legar su patrimonio a parientes y personas cercanas. En el segundo, desde la Torre del Temple, el rey Luis XVI expresa su visión de los acontecimientos revolucionarios, implorando al pueblo francés volver a la monarquía, pues asegura que el rey es padre del pueblo

---

Ruego a todos aquellos a quienes pude haber ofendido sin querer (porque no recuerdo haber ofendido a nadie a sabiendas), o a aquellos a quienes les haya dado malos ejemplos o escándalos, que perdonen el mal que creen que les pude haber hecho.

Ruego a los que tengan la bondad de unir sus oraciones a las mías, para obtener de Dios el perdón de mis pecados.

Perdono de todo corazón a los que se hicieron mis enemigos, sin que yo les haya dado causa alguna, y ruego a Dios que los perdone, así como a los que por celo falso o mal entendido me hicieron mucho daño.

Encomiendo a Dios a mi mujer y a mis hijos, a mi hermana, a mis tías, a mis hermanos y a todos los que me unen por lazos de sangre o por cualquier otro medio. Ruego particularmente a Dios que ponga ojos de compasión sobre mi esposa, mis hijos y mi hermana, que sufrieron conmigo durante tanto tiempo, para que los sostenga con su misericordia si me pierden, y mientras permanezcan en su mundo mortal.

Encomiendo mis hijos a mi esposa; nunca he dudado de su ternura maternal por ellos. Le ordeno sobre todo que los haga buenos cristianos y personas honestas; para hacerles ver las grandezas de este mundo (si están condenados a experimentarlas) como bienes muy peligrosos y transitorios, y dirigir su atención hacia la única gloria sólida y perdurable, la eternidad. Ruego a mi hermana que tenga la bondad de continuar con su ternura por mis hijos y que tome el lugar de una madre, en caso de que ellos tengan la desgracia de perder a la suya.

Ruego a mi esposa que perdone todo el dolor que sufrió por mí, y las penas que yo le haya podido causar en el curso de nuestra unión; y puede estar segura de que no tengo nada contra ella, si es que tiene algo que reprocharse.

A mis hijos les ordeno de todo corazón que, después de lo que deben a Dios, que debe ser lo primero, permanezcan para siempre unidos entre sí, sumisos y obedientes a su madre, y agradecidos por todos los cuidados y molestias que ella se ha tomado con ellos, así como en memoria mía. Les ruego que consideren a mi hermana como su segunda madre.

Exhorto a mi hijo, si tiene la desgracia de convertirse en rey, a recordar que se debe por completo a la felicidad de sus conciudadanos; que olvide todos los odios y todos los rencores, particularmente los relacionados con las desgracias y penas que estoy pasando; que no puede hacer feliz al pueblo más que gobernando según las leyes: pero al mismo tiempo recordar que un rey no puede hacerse respetar y hacer el bien que está en su corazón a menos que tenga la autoridad necesaria, y que de otra manera, estando enredado en sus actividades y no inspirando respeto, es más dañino que útil.

Exhorto a mi hijo a cuidar de todas las personas que están unidas a mí, tanto como sus circunstancias se lo permitan, recordando que es una deuda sagrada que he contraído con los hijos y parientes de los que han perecido por mí y también los que son desdichados por mi causa. Sé que hay muchas personas, entre las que estaban cerca de mí, que no se comportaron conmigo como debían y que incluso me han mostrado ingratitud, pero las perdono (muchas veces en momentos de angustia y confusión uno no es dueño de uno mismo), y le ruego a mi hijo que, si encuentra la ocasión, no piense más que en sus desgracias.

Hubiera querido aquí mostrar mi gratitud a quienes me han brindado un cariño verdadero y desinteresado; si, por un lado, me ha dolido mucho la ingratitud y la deslealtad de aquellos a quienes siempre he mostrado bondad, así como a sus familiares y amigos, por otro lado he tenido el consuelo de ver el cariño y la voluntad e interés que muchas personas me han mostrado. Les ruego que reciban mi agradecimiento.

En la situación en que todavía están las cosas, temo comprometerlas si debo hablar más explícitamente, pero especialmente invito a mi hijo a buscar la ocasión de reconocerlas.

y ahora con la Constitución, el gobierno se constituirá sobre una base estable y útil por su acción.

En la misma línea, Olavarría comenta que, «En efecto, un testamento puede limitarse a disposiciones de contenido no patrimonial y valer como testamento y al morir su otorgante la sucesión será intestada. Así, por ejemplo, si el testamento se limita únicamente a revocar un testamento anterior, a nombrar un albacea cuyo cargo será ejercido gratuitamente, y por último, se deshereda a un nieto y se reconoce a un hijo extramarital; dicho testamento a pesar de ser válido originará necesariamente una sucesión intestada.»[113]

Diferimos entonces de lo señalado por diversos autores, cuando refieren que el testamento es eminentemente patrimonial.[114]

Por lo expuesto, vemos que es correcto lo señalado en el segundo y último párrafo del artículo 686, bajo comentario, en el sentido de que son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas. Es evidente, también, que, si el testamento se limitara a disposiciones de orden extrapatrimonial, la sucesión del otorgante se regirá por las normas de la sucesión intestada.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[115] señalamos que el texto del artículo 686 podría tener la siguiente redacción: «Por el testamento una persona puede

---

Sin embargo, debería considerar una calumnia a la nación si no recomendara abiertamente a mi hijo MM De Chamilly y Hue, cuyo genuino apego por mí los llevó a encarcelarse conmigo en esta triste morada. También recomiendo a Clery, por cuya atención no tengo más que elogios desde que está conmigo. Como es él quien se ha quedado conmigo hasta el final, ruego a los señores de la comuna que le entreguen mi ropa, mis libros, mi reloj, mi cartera y todos los demás pequeños efectos que han sido depositados en el consejo de la comuna.

Vuelvo a perdonar muy prontamente a los que me guardan, los malos tratos y las vejaciones que creyeron necesario imponerme. Encontré algunas almas sensibles y compasivas entre ellos, que gocen en su corazón de la tranquilidad que les da su modo de pensar.

Te lo ruego MM De Malesherbes, Tronchet y De Seze para recibir todo mi agradecimiento y las expresiones de mis sentimientos por todos los cuidados y molestias que tomaron por mí.

Termino declarando ante Dios, y dispuesto a comparecer ante Él, que no me reprocho ninguno de los delitos que se me imputan.

Realizado por duplicado en la Torre del Temple, el 25 de diciembre de 1792.

LUIS".

[Traducción libre]

Véase: Cusack, Andrew. *The last will and testament of Louis XVI.* [25 de enero de 2006]. Recuperado de: http://www.andrewcusack.com/2006/the-last-will-and-testament-of-louis-xvi/

(113) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 59.

(114) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 166.

(115) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 506 y 507.

disponer de su patrimonio, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su 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.– Ninguna disposición testamentaria surtirá efectos antes de la muerte del testador».

En primer término, variábamos la expresión «sus bienes», pues la materia de la sucesión no versará sólo sobre bienes sino sobre el íntegro del patrimonio del causante, el mismo que eventualmente podría estar compuesto, además de bienes, por créditos y deudas.

En segundo término, se eliminaba, tal como sugería el profesor Lohmann,(116) la palabra «propia», ya que resulta evidente que el testador (futuro causante) sólo puede ordenar su propia sucesión, pues no podrá disponer u ordenar sobre sucesión ajena (ya que ello resultaría jurídicamente imposible), razón por la cual sobra la palabra «propia».

Finalmente, procedíamos a agregar un tercer párrafo al artículo bajo análisis, que disponga que las cláusulas del testamento sólo podrán surtir efecto a la muerte del testador. Hacíamos esta aclaración ya que ella era congruente con la naturaleza del testamento, de ser un acto de última voluntad del testador. En tal sentido, cualquier disposición o cláusula testamentaria, tenga o no contenido patrimonial, nunca podrá hacerse valer en vida del testador, pues cabe la posibilidad de que antes de morir revoque las referidas disposiciones del testamento anterior.

En lo personal, pensamos que un acreedor del testador que hubiese reconocido una deuda frente a aquél, no podría hacer valer el referido reconocimiento en vida del testador (si el documento testamentario hubiera llegado a manos del acreedor) o, incluso después de muerto este último, en caso haya otorgado posterior testamento en el cual revoque expresamente ese reconocimiento de deuda, revocación que sí constituiría la última voluntad del causante y que puede obedecer a las más diversas circunstancias, dentro de las cuales podrían encontrarse el haber descubierto que ya pagó la deuda o haber llegado a la convicción de que no debía, sólo por citar dos eventualidades.

El segundo caso que se cita a menudo es el relativo al reconocimiento de un hijo a través de un testamento, acto que revestiría –según algunos

(116) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 1995, p. 64.

abogados– validez, incluso en vida del testador, tanto como el reconocimiento de una deuda.

Somos opuestos a esta manera de pensar, dada la naturaleza del testamento como acto de última voluntad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**PERSONAS IMPOSIBILITADAS PARA OTORGAR TESTAMENTO**

**Artículo 687**.- No pueden otorgar testamento:

1.- Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.

2.- Los comprendidos en el artículo 44 numerales 6, 7 y 9.

*El inciso 2 es fruto de la modificatoria operada por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 1384, Ley de la capacidad de las personas con discapacidad, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto original de 1984 señalaba lo siguiente:*

*2.- Los comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2, 3, 6 y 7.*

3.- Derogado.

*El inciso 3 fue derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.º 1384, Ley de la capacidad de las personas con discapacidad, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto original de 1984 señalaba lo siguiente:*

*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.*

---

El artículo 687 trata acerca de las personas que se hallan imposibilitadas (prohibidas) de otorgar testamento. Veamos la norma en detalle:

a) Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46 (inciso 1)

Como se recuerda, los menores de dieciséis años son considerados absolutamente incapaces (inciso 1 y ahora único del artículo 43 del Código Civil), salvo para aquellos actos determinados por la ley; en tanto que los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, tienen capacidad de ejercicio restringida (artículo 44, inciso 1).

El artículo 687 señala que los menores de edad están impedidos de otorgar testamento, salvo el supuesto contemplado en el artículo 46. Entendemos que a lo que se refiere es a que la capacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

autorice para ejercer una profesión u oficio. No nos vamos a explayar en los supuestos en que cesa la incapacidad de los mayores de catorce años a partir del nacimiento de un hijo, en la medida en que ninguno de estos casos se refiere a autorizar al menor a otorgar testamento.

Entonces, podemos llegar a la conclusión de que solamente tendrán capacidad para otorgar testamento, los mayores de dieciséis que hayan contraído matrimonio o que hayan obtenido título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La excepción se justifica, en la medida en que, al haber contraído matrimonio, habrán creado una familia con las formalidades del caso, razón por la cual podrían tener interés en regular su sucesión por testamento. Ello también se presentaría cuando el mayor de dieciséis haya obtenido un título oficial como los mencionados, dado que ya estará percibiendo ingresos y podrá querer disponer de su patrimonio como mejor le convenga.

Al respecto, Guillermo Lohmann precisa que, «La norma reclama años cumplidos. En concordancia con ello, siendo rigurosos habría que sostener que la edad se cumple, y que la mayoría de edad se alcanza, luego de transcurridos dieciocho años desde la hora del nacimiento. Lo que, por tanto, quiere decir que dos personas nacidas un mismo día no cumplen ambas la mayoría de edad a las cero horas del mismo día, sino cada una a las horas respectivas de su nacimiento, según conste en el Registro Civil. Una de tales personas podrá ser mayor de edad, supongamos, desde la una de la madrugada del día de cumpleaños y la otra desde las veintitrés horas, de suerte que mientras durante casi todo el día una ha sido mayor edad, no ocurre lo mismo con la otra.»[117]

Para Guillermo A. Borda, «Está bien que la ley sea más exigente cuando se trata de actos entre vivos; una razón de prudencia aconseja no permitir la plena actuación jurídica en el mundo de los negocios sino cuando se ha alcanzado una cierta madurez mental; de tal manera no se corre el riesgo de que los jóvenes sean inducidos por su inexperiencia y probablemente por la actuación engañosa de terceros, a celebrar actos que serán perjudiciales a sus intereses. Pero aquí se trata de algo más simple; de resolver el destino de sus bienes para después de la muerte. No hay ningún peligro para el testador en el otorgamiento del acto; y además, a los 18 años,

(117) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, pp. 300-301.

el juicio está lo suficientemente desarrollado como para poder disponer para después de la muerte.»[118]

b) Los comprendidos en el artículo 44 numerales 6, 7 y 9 (inciso 2)

El artículo 44 regula los supuestos de capacidad de ejercicio restringida. Los incisos 6, 7 y 9 se refieren a los ebrios habituales, a los toxicómanos y a las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

Resulta natural que estas personas se hallen impedidas de otorgar testamento. El ebrio habitual, dada su condición de degradación física y mental que usualmente acarrea beber en exceso. El toxicómano, por similares razones que las del ebrio habitual. Y la persona que se halla en estado de coma, dado que el testamento es un acto personalísimo, el mismo que no puede ser otorgado por representante. Y, quien se halla en estado de coma, simplemente no podrá celebrar acto alguno. Ahora bien, nos preguntamos si podría hacerlo un apoyo que hubiese sido designado por esta persona con anterioridad. La verdad es que, si ello fuese permitido, en realidad sería el apoyo quien otorgaría el testamento y no quien se halla en estado de coma. Nótese también que este caso es el más extremo en la labor que para los apoyos contempla en Código Civil, tanto en el Libro de Derecho de las Personas como en el Libro de Derecho de Familia, dado que aquí no ayudará a expresar una voluntad ajena. Aquí, simplemente, no hay voluntad del sujeto a quien se brinda apoyo. Por tal razón es que el apoyo no podrá otorgar testamento en este caso.

c) El mal derogado inciso 3

Como se recuerda, el inciso 3 del artículo bajo comentario, hoy derogado, establecía que no podían otorgar testamento 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. La norma era impecable.

Por ejemplo, alguien que, sin ser ebrio habitual, se encontrase en una borrachera terrible y, por el ánimo de festejar con el grupo de personas con las que se encontrare, decidiera (y sí lo hiciera) otorgar testamento ológrafo ahí mismo, dejando a los presentes, en calidad de legatarios,

(118) Borda, Guillermo A. *Manual de Sucesiones. Op. cit.*, p. 359.

GACETA JURÍDICA

innumerables bienes de valor. Nótese que esta persona, ante la pérdida de conciencia, no se halla protegida por apoyo alguno. Aquí, es muy probable que, al recobrar el sentido, ni siquiera se acuerde de que otorgó testamento, pero sí lo hizo.

Entonces, nos preguntamos si con la derogatoria del inciso 3 del artículo 687, bajo comentario, se está protegiendo o desprotegiendo a esa persona. Sin duda, se le está volviendo muy vulnerable, precisamente cuando el Derecho debería haberla protegido.

Es a supuestos como el mencionado que estaba dirigido el inciso 3. Esta norma no atentaba contra los derechos de ninguna persona discapacitada; simplemente protegía a aquél que no se hallaba en estado de conciencia.

Y si lo que se quiso fue proteger a las personas discapacitadas, pues tampoco creemos que se haya logrado el objetivo, pues no sabríamos dónde se encontraría la línea divisoria entre la colaboración de los apoyos para que el discapacitado pueda expresar su voluntad y dónde comienza la sustitución de voluntad de la persona. No olvidemos que el testamento es un acto unilateral y personalísimo, el mismo que ni siquiera se podría otorgar por poder, por más de que el representado hubiere instruido al representante sobre todas sus estipulaciones.

En el mismo sentido, Juan Olavarría comenta, «[...] no podemos dejar de manifestar nuestra extrañeza y desazón, y de hacer crítica a la derogación parcial en un caso y total en el otro, de los incisos 2 y 3, respectivamente, del artículo 687 de nuestro Código Civil. Estas derogaciones impuestas por el Decreto Legislativo N° 1384, permitirían hoy en día que las personas privadas de discernimiento, los ciegosordos y los ciegosmudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable, los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad y, finalmente, los que carecen en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesaria para el otorgamiento del acto testamentario puedan testar mediante la interpretación que hagan de dichas personas sus respectivos apoyos. No solo craso error, sino grave riesgo y en vez de proteger a esta población vulnerable, en nombre de la no discriminación y de la igualdad de los derechos –véase la motivación del Decreto Legislativo N° 1384– se las coloca por el contario en una situación precaria y de indefensión. [...] En aras de esa misma vulnerabilidad preconizada para la imposición de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1384, debieran derogarse estas normas en una pronta y seria modificación de nuestro Código Civil, pues en sentido figurado no se debe otorgar "igualdad de armas"

a quien no puede o no sabe usarlas, y que los fieles escuderos lo son y asisten bien cuando su "señor" está en capacidad de supervisarlos y dirigirlos.»[119]

Coincidimos plenamente con las palabras del profesor Olavarría, habida cuenta de que no se puede seguir haciendo demagogia sobre un tema tan delicado como éste.

La jurisprudencia, por su parte, también ha desarrollado algunos supuestos que conviene citar, pero recalcando que los que hemos encontrado son anteriores al Decreto Legislativo n.° 1384 del 2018. Así, la Casación n.° 3008-2011-Lima, de fecha 23 de julio de 2012, señala que, «La incapacidad del testador se analiza al momento del otorgamiento, mas no así al momento del fallecimiento. Noveno. Un aspecto que resulta relevante destacar en cuanto a dicha causal es que la incapacidad para testar debe existir y se juzgará con referencia al momento en que el testamento fue otorgado, no siendo relevante determinar si dicha capacidad existía o no en el momento del fallecimiento del testador, pues la capacidad sobrevenida no logra convalidar los actos prácticos [*sic*, entendemos que la palabra correcta sería "practicados"] por la persona cuando era incapaz. Sobre el particular, Lohmann Luca de Tena refiere que lo que importa en este caso en particular es que la duración de la incapacidad por lucidez mental o de la libertad sea lo suficientemente extensa como para cubrir el tiempo en que se supone fue confeccionado el testamento.»[120]

En esa línea, la Casación n.° 3008-2011-Lima, de fecha 23 de julio de 2012, ha señalado lo siguiente: «Incapacidad de otorgar testamento por carecer de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto. Séptimo. El inciso 3 del artículo 687 del Código Civil, establece que son incapaces de otorgar testamento 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. Octavo. Al respecto, Zárate Del Pino, comentando sobre dicha causal de incapacidad refiere que ésta se encuentra referida a aquellas personas que sin padecer enfermedades mentales, retardo mental, deterioro mental, ebriedad habitual o toxicomanía, se encuentran transitoriamente privadas del uso normal de sus facultades psíquicas al momento de otorgar testamento; es decir, nos encontramos frente a un estado de anormalidad meramente pasajera, tales como la embriaguez, estados hipnóticos, estados de alteración intensa, entre otros.»[121]

(119) Olavarría Vivian, Juan. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, pp. 99-100.
(120) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 599.
(121) *Loc. cit.*

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[122] éramos partidarios de derogar el inciso 3. Hoy nos retractamos de ese parecer. En aquella ocasión compartíamos la opinión del profesor Lohmann, cuando sostenía que el mismo era superfluo, pues el legislador pretendía no dejar cabos sueltos en lo que toca a falta de idoneidad, de manera que los supuestos no comprendidos en otros incisos queden incursos en esta especie de cajón de sastre.

Pensábamos, equivocadamente, que era superfluo, también, pues la carencia de lucidez mental estaba cubierta por las demás previsiones generales que de alguna o de otra manera aluden a un raciocinio imperfecto. Si esa no fue la intención del legislador, sino la de prever otros casos que entorpecieran la sana formación de las decisiones, estaríamos en presencia de los vicios de la voluntad, que merecen un tratamiento más profundo.

Considerábamos también que el inciso 3 resultaba superfluo respecto de la carencia de libertad. La falta de libertad que perturba la formación volitiva, distorsionándola o forzándola, nada tiene que ver con el concepto de incapacidad; por el contrario, está cubierta por la violencia e intimidación, reguladas en el artículo 809, no teniendo caso repetirla.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(122) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 508 y 509.

### Nulidad de disposición testamentaria

**Artículo 688.-** Son nulas las disposiciones testamentarias en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como en favor de los testigos testamentarios.

Como se verá oportunamente, el notario público interviene, aunque en diferente grado, en el otorgamiento de dos tipos ordinarios de testamento: el testamento por escritura pública y el testamento cerrado. Como el artículo 688 no realiza distinción, aquí debería aplicarse el principio de que no cabe distinguir ahí donde la ley no lo hace. En este sentido, tanto en uno como en otro testamento estarían viciadas de nulidad las disposiciones testamentarias en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como en favor de los testigos testamentarios. Se trata, en buena cuenta, de un precepto que busca evitar que cualquiera de las personas mencionadas se aproveche del testador para obtener beneficio propio o en favor de algunas de las personas de su entorno.

En razón a lo dispuesto por el artículo 224 del Código Civil, la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. Este es el principio de separabilidad de los actos jurídicos en materia de nulidades y sólo será aplicable en la medida en que no se tratare de una estipulación de tal importancia que acarree la nulidad de las demás disposiciones del testamento. El artículo 224 señala, además, que la nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando las disposiciones viciadas de nulidad sean sustituidas por normas imperativas; esto, por aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos, el mismo que informa que la ley, ante la disyuntiva de hacerle perder validez o efectos, o mantenerlos, trata de optar por este último camino. Finalmente, el artículo 224 indica que la nulidad de la obligación principal (en el caso del testamento se trataría de la disposición principal o de las disposiciones principales), conlleva la de las obligaciones (disposiciones en el testamento) accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

Al respecto, Guillermo Lohmann comenta, «Yo creo que el legislador solo ha querido contemplar los casos de las disposiciones (o sea: estipulaciones,

órdenes, instrucciones, cláusulas) por las cuales el testador establezca un beneficio económico en favor de tales personas. Por beneficio entiendo todo aquello, sin excepción, que precisamente suponga ser favorecido y obtener por ello una ventaja, conveniencia, enriquecimiento, no empobrecimiento por liberación de una obligación, o provecho económico. En suma, que signifique un positivo desprendimiento de lo que figuraba, o debía figurar en el patrimonio del sujeto causante, o una aplicación de dicho patrimonio (por ej., adquisición para el legatario de un bien que no figura en la masa), con un correlativo ingreso (o no egreso) en el patrimonio del favorecido.»[123]

Agrega Benjamín Aguilar que, «Sobre el particular, la Ley de notariado N° 26002 en su artículo 17 inciso 2, señala que está prohibido al notario, autorizar instrumentos públicos en los que se concedan derechos o impongan obligaciones a él, su cónyuge, a sus ascendientes, descendientes y parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto y segundo grado respectivamente. Por lo tanto, creemos que debe incluirse a la cónyuge, si conforme al artículo 705 inciso g, la cónyuge del notario no puede ser testigo testamentario, con el mismo criterio y con la misma razón, creemos que esta no puede testar ante su propio cónyuge notario.»[124]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[125] compartíamos el parecer del profesor Guillermo Lohmann, en el sentido de que el artículo en vigencia sólo contemplaba los casos de las disposiciones, es decir, estipulaciones, órdenes, instrucciones, cláusulas, por las cuales el testador establezca un beneficio económico en favor de tales personas. Las disposiciones de pura liberalidad patrimonial son a las que se refiere el texto de la ley, pudiendo contemplarse algunas, tales como nombramiento de tutor o de albacea u otras de tal especie.

Siguiendo el mismo pensamiento, aunque el precepto se refiera solamente a notarios que son quienes específicamente han recibido dicho título y encargo por el Estado peruano, pensábamos que debía incluirse a los cónsules, pues de acuerdo con el artículo 721 del propio Código, éstos cumplen muchas de las funciones del notario público, entre ellas, las relativas al otorgamiento de testamento.

Finalmente, así lo podemos observar en el artículo 437 del Reglamento Consular, que estipula lo siguiente:

(123) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 314.
(124) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 324.
(125) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 509.

**Artículo 437.-** Los funcionarios consulares en el ejercicio de las funciones notariales tienen, entre otras, las siguientes obligaciones:

a) Inscribir en el Registro de Instrumentos Públicos los actos jurídicos que les presenten las partes para tal fin; entre estos, los poderes, contratos, testamentos.

b) Protocolizar los testamentos cerrados.

c) Legalizar las firmas cuando les conste de modo indubitable su autenticidad, y aquellas que se encuentren debidamente registradas en la oficina consular.

d) Otorgar testimonios, boletas y partes de los instrumentos públicos que hubiera protocolizado, a quienes los soliciten con arreglo a Ley.

e) Mostrar los documentos del archivo notarial a cuantos tengan necesidad de instruirse de su contenido, siempre en presencia de otro funcionario consular o a falta de éste, de un empleado consular; y

f) Legalizar reproducciones de documentos, cuyos originales hayan tenido a la vista.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Aplicación de normas sobre modalidades del acto jurídico

**Artículo 689**.- Las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestos las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley.

Como fue estudiado por nosotros en un trabajo anterior,[126] las modalidades del acto jurídico son la condición, el plazo y el cargo o modo. Todas ellas resultan aplicables a los testamentos. En otras palabras, el testador podrá disponer, como considere más conveniente a este respecto. Podría disponer, por ejemplo, que determinado bien legado, pase a propiedad del legatario luego de diez años en que sea usufructuado por sus herederos (plazo); podría disponer también que determinadas disposiciones testamentarias se aplicarán si y sólo si al momento de su muerte, por ejemplo, tal hijo hubiese dado al abuelo causante, tres o más nietos (condición); como también podría ocurrir que se instituya a determinada persona como legataria si es que se compromete a colocar, todos los días de su vida, un ramo de rosas rojas sobre la tumba de la madre del testador (cargo o modo). No cabe duda de que todas estas disposiciones testamentarias revestirían plena validez.

Es pertinente también traer a colación el análisis realizado por Guillermo Lohmann, sobre la aplicación de modalidades a las disposiciones aisladas del testamento, «También debe quedar descartado que las modalidades puedan imponerse solo y exclusivamente sobre disposiciones aisladas del testamento. Antes bien, nada obsta que (con excepción del cargo) en ciertos casos lo modalizado sea el testamento entero, sin merma, por cierto, de su plena revocabilidad en cualquier momento. Sin embargo, esto requiere aclaraciones en función de cada modalidad y del momento testamentario que se analice. –En el caso del cargo no cabe duda alguna que por su manera de actuar, solamente opera respecto de la liberalidad de la atribución patrimonial testamentaria, modificando sus alcances, pero no sobre su eficacia (certidumbre o tiempo), de suerte que la figura solo se aplica si el testamento es válido y eficaz y si la delación ha sido

(126) Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 175-224.

aceptada–. Tratándose del plazo, soy de la opinión que en sede testamentaria juega un papel especial, muy distinto del que lo caracteriza en el ámbito de otros negocios jurídicos. A mi modo de ver, su influencia en materia de testamentos se circunscribe a incidir: (a) sobre la eficacia del testamento entero en el período anterior al fallecimiento del testador. Es decir, el testador decide que solamente tenga valor si su deceso ocurre dentro del plazo señalado, lo que de todas formas no impedirá su derecho a revocarlo; (b) sobre la eficacia de las disposiciones testamentarias que no conciernan a la institución del heredero, pues según tendré oportunidad de exponer más adelante, considero que nuestro sistema excluye la posibilidad de heredero temporal. Se hereda o no se hereda, pero no se admite una sucesión universal interina o transitoria, a la espera de la llegada de una fecha. Sobre el legado, en cambio, sí es posible la disposición sometida a plazo. En lo que toca a la condición, dentro de las limitaciones que el ordenamiento impone y otras que señalaré, puede afectar: (a) las disposiciones mismas, sea con relación a heredero voluntario, legatario, o disposiciones de otra naturaleza; (b) el testamento en su conjunto, pero en este caso siempre antes de que el hecho condicionante ocurra (o no ocurra) antes de la muerte.»[127]

La parte final del artículo 689, bajo comentario, establece que se tienen por no puestos las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley. Esta norma reviste plena lógica, pues ella tiene el propósito de facilitar la ejecución de los testamentos. No obstante, debemos decir que, en caso de conflicto interpretativo acerca de si la disposición testamentaria en cuestión es contraria a normas imperativas, el tema probablemente termine siendo discutido en los tribunales de justicia, como ocurre siempre ante cualquier controversia sobre la que no se ha producido un acuerdo conciliatorio o transaccional.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[128] pensábamos que el artículo 689 podía ser derogado. En primer término, considerábamos que lo prescrito en el precepto, en cuanto a que las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos se aplican a las disposiciones testamentarias, resultaba una afirmación incompleta, al referirse sólo a las disposiciones sobre modalidades, cuando, en principio, al ser el testamento un acto jurídico, no tendrían por qué dejar de ser de aplicación al mismo (en tanto, claro está, no se opongan a normas de carácter especial de materia testamentaria) la generalidad de disposiciones sobre actos jurídicos.

(127) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 105.
(128) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 509 y 510.

Por otro lado, estimábamos que resultaba reiterativo lo dispuesto en la segunda parte del artículo 689, en el sentido de que se tienen por no puestos las condiciones y cargos contrarios a normas imperativas de la ley, pues ello ya se encuentra contemplado tanto en el Título Preliminar del Código Civil como en las disposiciones generales del Libro de Acto Jurídico.

No obstante, en la actualidad estimamos que lo expuesto sólo era una tentación académica, que debía ser vencida.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Carácter personal y voluntario del acto testamentario

**Artículo 690**.- Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para testar, ni dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero.

Como señalamos en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo, el testamento es un acto personalísimo, razón por la cual no es posible otorgarlo por representante, ni siquiera si diera al apoderado todas las indicaciones sobre los términos que debería contener ese testamento.

Y en lo que respecta a los apoyos, manifestamos nuestra opinión contraria a que se pueda otorgar testamento con el auxilio de apoyos, en el caso de los supuestos regulados por el artículo 659-C del Código Civil, precepto que establece que «El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habérsele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos».

En otras palabras, los apoyos únicamente podrán colaborar con la persona a quien asisten a otorgar testamento, en la medida en que sean meros colaboradores para su desempeño en el acto testamentario y nunca para que sea el apoyo mismo quien llegue a manifestar la voluntad de la persona con discapacidad, ni menos aún, el llegar a interpretar la voluntad del discapacitado testador, en los términos del último párrafo del artículo 659-B, precepto que señala que «Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la declaración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto».

Nos queda claro que el apoyo no puede llegar a estos extremos interpretativos, en los que, en la práctica, sería el apoyo y no la persona a la que asiste

LECTURA CONSULTORES EIRL

quien estaría otorgando el testamento. En estos supuestos, el apoyo es acaso un representante del discapacitado, a pesar de que, eufemísticamente, el segundo párrafo del artículo 659-B señala que «El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E», norma sobre la que hemos hecho referencia hace unos momentos.

El artículo 690, finalmente, señala que el testador no podría dejar las disposiciones testamentarias al arbitrio de un tercero. Este precepto implicaría que alguna o algunas disposiciones testamentarias dejen espacios abiertos para que su contenido termine siendo determinado por un tercero, como podría ser el caso en que en el testamento se disponga legar un automóvil a una persona determinada, pero también se señale que la elección del vehículo quedará en manos de un tercero. Disposiciones de esta naturaleza que, en materia contractual son perfectamente válidas (artículos 1407 y 1408 del propio Código Civil), en sede testamentaria no lo son.

Sobre el precepto analizado, Juan Olavarría señala que, «La norma bajo comentario recoge una de las características del testamento como acto jurídico. El testamento es indelegable, es decir, no se puede dar poder para testar ni se puede testar por medio de representante, así como tampoco se pueden dejar las disposiciones testamentarias al arbitrio de un tercero. En otras palabras, para testar no hay de por medio apoderado o representante, sea éste legal o voluntario, por ser el acto testamentario un acto personalísimo o *intuitu personae*.»[129]

Para Guillermo Lohmann, «Lo que el precepto legal quiere, en suma, es que el testador sea soberano señor de su testamento y que la voluntad que contenga sea la del propio testador, en el sentido de exteriorización de su voluntad y de su facultad decisoria; que las disposiciones testamentarias se correspondan con su intención y propósito; que en la formación intelectual y decisión de querer testar con ese contenido no hayan intervenido otras personas que, a modo de intermediarios en la transmisión, hayan podido desfigurar o distorsionar la voluntad. El precepto alude, por tanto, a expresión como exteriorización de contenido, no a expresión como forma de manera legal o literaria.»[130]

En materia jurisprudencial, tenemos la Casación n.° 1347-2014-Lima, de fecha 17 de diciembre de 2014, la misma que establece que, «El juez puede evaluar información que motivó inscripción registral a fin de determinar errores

(129) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 67.
(130) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 365.

del cujus. Octavo. En el caso *sub examine* se advierte que las instancias de mérito no han escudriñado a fondo el origen de la acreencia plasmada en el testamento que consigna la acreencia en contra de su hijo, pues si bien, el referido documento expresamente no indica el motivo de dicha acreencia, tampoco se puede pasar por desapercibido la abundante prueba obrante en autos, que acreditarían que entre la causante y el ahora recurrente, existieron innumerables relaciones crediticias. En ese sentido, para mejor resolver y atendiendo a la finalidad concreta del proceso que es eliminar una incertidumbre con relevancia jurídica, las instancias de mérito deberán determinar la incidencia de: a) Las pruebas aportadas y valorarlas conforme lo dispone el artículo 197 del Código Procesal Civil y artículo 194 de la norma aludida si fuera el caso. Deberá recabar y determinar la incidencia: b) Copia de los títulos archivados que motivaron las inscripciones registrales del inmueble que transfieran los esposos para establecer el tracto sucesivo de dominio desde la matriz y corroborar si dicho inmueble fue aportado por la causante del recurrente a determinada empresa a cambio de acciones sociales; y c) Determinar el origen de la acreencia consignada en el testamento de fecha 3 de diciembre de 2002; presupuestos que las instancias de mérito han obviado y que constituyen una motivación aparente, siendo evidente la violación del principio constitucional de motivación escrita de las resoluciones judiciales; correspondiendo precisar que el criterio precedentemente expuesto en modo alguno comporta la apreciación positivamente por parte de este Supremo Tribunal de casación respecto de la anulabilidad de testamento, sino que este simplemente se limita a sancionar con nulidad una resolución que no expuso la debida motivación.»[131]

Así también, observamos lo dispuesto en la Resolución n.° 1541-2013-SUNARP-TR-L, de fecha 2 de septiembre de 2013, cuando señala que, «Resulta de aplicación en la interpretación de los testamentos, el principio que favorece su conservación, ello teniendo en cuenta que este acto jurídico no puede ser objeto de aclaración por su otorgante. Si caben dos interpretaciones, de las cuales una favorece la validez de la cláusula en discusión y la otra lleva a su ineficacia, el intérprete debe inclinarse por la primera. Ello por cuanto el testamento es el único acto jurídico que no puede ser objeto de aclaración por su otorgante, circunstancia que justifica la necesidad de realizar una interpretación que permita su eficacia. Siendo ello así, podemos apreciar que, de las cláusulas testamentarias antes descritas, se permitiría una serie de interposiciones respecto a si la voluntad de la testadora fue la otorgar el inmueble a favor de todos los herederos, o a todos menos a una (al habérsele otorgado con anterioridad

(131) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 600.

un anticipo de legítima) o solamente a cuatro de sus hijos (conforme se solicita en el presente título). Por lo que corresponde determinar cuál es la interpretación que se adecúa a la voluntad de la testadora.»[132]

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[133] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la creación de un artículo 690-A, con el texto siguiente:

> **Artículo 690-A**.- Interpretación de los actos testamentarios.
>
> 1. La interpretación del testamento tiene por finalidad determinar la voluntad real del testador.
> 2. La interpretación no se limitará al sentido literal de las palabras o a la comprensión de la declaración de voluntad del causante que tenga el sucesor.
> 3. El intérprete puede recurrir a documentos no testamentarios, siempre que sean de fecha cierta o que el testador se hubiera remitido a ellos, y a las costumbres del testador.

El artículo que proponía la comisión era inútil. En primer lugar, porque los testamentos son actos jurídicos, los mismos que contienen reglas de interpretación.

En segundo lugar, porque no se puede proponer, para regular la interpretación de los testamentos, un inciso 1 que establezca precisamente, la verdad de Perogrullo de que «La interpretación del testamento tiene por finalidad determinar la voluntad real del testador». Nos preguntábamos: ¿y qué otra finalidad podría tener?

El inciso 2 era reiterativo de otra propuesta de la comisión para la interpretación de los actos jurídicos, que tampoco aceptábamos (168 inciso 2).

Y el inciso 3 no aportaba algo nuevo, pues era propio de cualquier labor interpretativa de cualquier acto jurídico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(132) *Ibidem*, p. 618.
(133) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 181-182.

# TÍTULO II
# FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS

## CAPÍTULO PRIMERO
## DISPOSICIONES COMUNES

### TIPOS DE TESTAMENTO

**Artículo 691.-** Los testamentos ordinarios son: el otorgado en escritura pública, el cerrado y el ológrafo. Los testamentos especiales, permitidos sólo en las circunstancias previstas en este título, son el militar y el marítimo.

---

Como señalamos en nuestros comentarios precedentes, el testamento es un acto esencialmente formal. Es más, la ley establece cuáles son los tipos de testamento en una enumeración que tiene carácter de *numerus clausus*. En otras palabras, sólo se puede otorgar testamento en el Perú siguiendo las modalidades testamentarias y formalidades establecidas para cada una de ellas. ¿Y cuáles son los testamentos aceptados y regulados en el Perú? Pues, como indica el artículo 691, ellos son de dos tipos: ordinarios y especiales. Veamos:

a. Ordinarios
   - a.1.- Por escritura pública
   - a.2.- Cerrado
   - a.3.- Ológrafo

b. Especiales
   - b.1.- Militar
   - b.2.- Marítimo

No vamos a ingresar ahora al estudio de cada uno de ellos, en la medida en que lo haremos en su momento, pues todos tienen abundante normativa en el Código Civil.

Sobre la división realizada por el Código, Benjamín Aguilar precisa que, «La separación que hace el Código en testamentos ordinarios y especiales se

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

debe a que los primeros suponen condiciones o situaciones favorables para que la persona tenga el tiempo, la tranquilidad y el sosiego necesario a fin de expresar su última voluntad, y por ello, el testamento por escritura pública y el cerrado que se extienden ante un notario implican que el testador, sin presión ni coacción de nadie, y con la tranquilidad del caso ha decidido ordenar su propia sucesión ante un funcionario que sabe que le otorga la confianza del caso, mientras que el ológrafo que no requiere intervención de notario ni de testigos, es el que más se presta para que la persona pueda otorgar el testamento en el momento que lo crea necesario, y en los momentos que juzgue pertinente.»[134]

No obstante, resulta interesante traer a colación lo señalado por Guillermo Lohmann, respecto al *numerus clausus* establecido en el presente artículo, «Esta es la premisa sobre la cual, desde luego, no cabe desacuerdo alguno. Pero el asunto consiste en preguntarse y responder si las modalidades testamentarias recogidas en el artículo 691 C.C., con sus correspondientes solemnidades, son las únicas que pueden proporcionar tales seguridades. O planteado el punto de otro modo, ¿no debería haber otras modalidades adicionales a las legalmente admitidas que permitan conocer con razonable seguridad y certeza la última voluntad de una persona? Mi opinión es afirmativa y, por lo tanto, encuentro estrecha la enumeración legal. Abogo por la idea de ampliar las posibilidades y de consentir que, con sujeción a ciertas exigencias indispensables, se permitan otras modalidades declarativas que no se limiten al texto escrito o que siendo escritas sean menos rígidas que las actuales.»[135]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[136] pensábamos que el artículo 691 podría tener la siguiente redacción: «Los testamentos ordinarios son: el otorgado en escritura pública, el cerrado y el ológrafo. Los testamentos especiales, permitidos sólo en las circunstancias previstas en este título, son el militar y el de los navegantes».

Como se puede apreciar, en primer término, modificábamos la palabra «en» por la expresión «por», ya que la considerábamos de mayor propiedad para referirse a los testamentos otorgados a través de escritura pública.

En segundo lugar, variábamos la expresión «testamento marítimo» por «testamento de los navegantes».

Pero, obviamente, se trataba de una mera tentación académica.

(134) Aguilar Llanos, Benjamín. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 131.
(135) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 411.
(136) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 510 y 511.

## Formalidad del testamento otorgado por analfabeto

**Artículo 692.-** Los analfabetos pueden testar solamente en escritura pública, con las formalidades adicionales indicadas en el artículo 697.

De lo que se trata con el artículo 692 es de proteger a los analfabetos. En ese sentido, en lo que respecta a los testamentos ordinarios, es claro que un analfabeto (persona que no sabe leer ni escribir) no podría otorgar testamento ológrafo, en la medida en que éste debe ser redactado de puño y letra por el otorgante, salvo casos de excepción permitidos por la ley (artículo 707 del propio Código Civil). Tampoco podría otorgar testamento cerrado, en tanto esta modalidad requiere que el testador lo haya redactado (a puño y letra o a máquina) y firmado en cada hoja, además de haberlo puesto en un sobre o cubierta (artículo 699). Ello implica que deba saber leer y escribir, pues de lo contrario no podría realizar esta operación. Entonces, lo que ocurre es que un analfabeto, al no poder otorgar ni testamento ológrafo, ni cerrado, sólo quedará que otorgue uno por escritura pública. No hay alternativa práctica al respecto.

Para Juan Olavarría, «Es obvio que en el caso de los analfabetos el testamento en escritura pública se otorgará mediante el dictado directo y personal que deberá hacer el testador a la persona del notario público, ya que por ser analfabeto no debiera hacer entrega de un borrador o proyecto escrito del testamento, y si así fuera el caso –por celo y prudencia aconsejables– el notario público deberá desestimar la entrega y la recepción de este documento, y limitarse a escuchar en forma directa al testador y transcribir las disposiciones testamentarias en el registro o protocolo de escrituras públicas.»[137]

Finalmente, el artículo 692, bajo comentario, señala que el otorgamiento del testamento por el analfabeto deberá contar adicionalmente con las formalidades indicadas en el artículo 697, norma que establece que, si el testador es analfabeto, deberá leérsele el testamento dos veces, una por el notario y otra

(137) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 70.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a través del uso de la huella dactilar, de todo lo cual se mencionará en el testamento. En caso no tenga huella dactilar, el notario debe hacer uso de cualquier otro medio de verificación que permita acreditar la identidad del testador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## El testamento de los ciegos

**Artículo 693**.- Derogado.

*El artículo 693 fue derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria de la Ley n.° 29973 publicada el 24 de diciembre de 2012. El texto original de 1984 señalaba lo siguiente:*

***Artículo 693**.- Los ciegos pueden testar sólo por escritura pública, con las formalidades adicionales a que se refiere el artículo 697.*

Generalmente no comentamos los preceptos del Código Civil que han sido derogados; pero en este caso debemos hacerlo, en la medida en que la derogatoria ha sido desafortunada, pues ella establecía una seguridad para el testamento de las personas que sufriesen de ceguera y ella consistía en que sólo podrían testar por escritura pública, con las formalidades adicionales a que se refiere el artículo 697. Entendemos que la derogatoria de la norma, producida en el año 2012, seis años antes del Decreto Legislativo n.° 1384, relativo a la capacidad de las personas con discapacidad, tuvo por objeto brindar capacidad a las personas ciegas para que pudiesen testar. No obstante, ella solamente se explica en tanto el ciego emplee las ayudas tecnológicas correspondientes para que su voluntad, contenida en testamento ológrafo o cerrado, no ofrezca duda alguna sobre su veracidad y la autenticidad de su contenido.

Consideramos que también podría ser de aplicación lo señalado por el Tribunal Registral en la Resolución n.° 1633-2013-SUNARP-TR-L, que ha sido mencionada con ocasión de nuestro análisis del artículo anterior.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## El testamento de los mudos, de los sordomudos y de quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa

**Artículo 694**.- Derogado.

*El artículo 694 fue derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria de la Ley n.° 29973 publicada el 24 de diciembre de 2012. El texto original de 1984 señalaba lo siguiente:*

***Artículo 694***.- *Los mudos, los sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa, pueden otorgar sólo testamento cerrado u ológrafo.*

El artículo 694, como se aprecia, fue derogado y su texto establecía que los mudos, los sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa podían otorgar sólo testamento cerrado u ológrafo. Se entendía que estas personas no podían otorgar testamento por escritura pública, en la medida en que no hubiesen podido expresar su voluntad frente al notario público. Pensamos que con los apoyos estas personas sí podrían tratar de hacerlo. Ahora bien, nos queda claro que el notario solamente deberá aceptar el otorgamiento de testamento por escritura pública en los casos en que la voluntad expresada se verifique que es la auténtica voluntad de la persona con discapacidad. No olvidemos que los apoyos son ayudas; nunca representantes.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[138] pensábamos que el artículo de 1984 podría haber mejorado su redacción de la siguiente manera: «Los mudos, los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que puedan expresar indubitablemente su voluntad y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa, sólo pueden otorgar testamento cerrado u ológrafo».

En primer término, procedíamos a agregar dentro de la relación del artículo 694 a los ciegosordos y ciegomudos, acogiendo el planteamiento que al respecto formulaba el profesor Lohmann,[139] quien señalaba que sólo por escrito pueden estos incapacitados dar a conocer su voluntad, porque públicamente

(138) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 511 y 512.

(139) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 1995, pp. 264-266.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

no lo pueden hacer. Es así que, aunque la norma original del Código de 1984 resultaba adecuada, cabía ampliar aún más su alcance, pues la misma no contemplaba los casos de ciegosordos y ciegomudos, a quienes perfectamente son aplicables las consideraciones formuladas, razón por la cual hacíamos nuestro el citado planteamiento.

Por otra parte, preferíamos (aunque por una interpretación sistemática ello podía no resultar necesario) precisar que estas personas debían poder expresar de manera indubitable su voluntad, ya que –caso contrario– el acto sería nulo.

Era, sin duda, una tentación académica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**FORMALIDADES TESTAMENTARIAS**

**Artículo 695**.- Las formalidades de todo testamento son la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, salvo lo dispuesto en el artículo 697. Las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a los de otra.

El artículo 695 establece las formalidades obligatorias y comunes a toda clase de testamentos.

Veamos:

a) Forma escrita

La formalidad escrita se mantiene como uno de los requisitos fundamentales para el otorgamiento de un testamento en el Perú. Se entiende que ella brinda seguridad. No se concibe la existencia de testamentos verbales, aunque con el avance de la tecnología cabría pensar en que se otorgue testamento a través de un video, por ejemplo, de cuya autenticidad se podría dar fácil cuenta con una verificación protocolar o pericial del mismo. Por lo demás, siempre se ha entendido que la forma escrita se va a traducir en formato papel, pero a pesar de que el tema aún no ha generado discusión, podríamos pensar para el futuro inmediato en otros soportes más modernos y de carácter tecnológico que contengan la expresión de la voluntad testamentaria.

En el mismo sentido, Benjamín Aguilar comenta que, «Todo testamento debe ser escrito, se han desterrado los testamentos verbales por la falta de seguridad y el enorme riesgo que se crea al no resguardarse la última voluntad del testador, a la par de tornar casi imposible una probanza de la existencia del testamento, en el caso de que se cuestione su otorgamiento. En nuestra legislación, los testamentos ordinarios y especiales, todos ellos son escritos, incluso a veces no pueden ser redactados por el mismo testador, como puede ocurrir con el testamento cerrado, o el militar y el marítimo, pero sí firmados por el causante.»[140]

(140) AGUILAR LLANOS, Benjamín. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 136.

b) Fecha de su otorgamiento

La fecha de otorgamiento del testamento es muy importante, en la medida en que ella podría determinar la revocación total o parcial de algún o de algunos testamentos otorgados con anterioridad por el causante. De ahí que la fecha determinará que las disposiciones anteriores que fueren contradictorias con otras posteriores, simplemente queden sin efecto al haber sido revocadas.

Al respecto, Juan Olavarría señala que, «[...] la fecha del otorgamiento del acto testamentario es trascendente e ineludible por dos motivos, a saber: primero, ante la existencia de dos o más testamentos se podrá conocer cuál de todos es el último en haber sido otorgado, lo que le vale a éste la preponderancia sobre los demás habida cuenta que el testamento constituye expresión de última voluntad, y, segundo, para establecer la lucidez y la capacidad con la que actuó el testador al momento de testar, esto es, si estaba habilitado para testar, no solo por razones de edad sino también por motivos de incapacidad física o mental sobre todo si éstas han sido pasajeras y se pueden determinar en el tiempo al haber estado registradas cronológicamente como por ejemplo cuando alguien por enfermedad o accidente ha estado internado en un nosocomio completamente sedado o en estado de coma.»(141)

Cabe señalar que la Casación n.º 2179-2007-Lima, de fecha 12 de mayo de 2008, determinó que es válido el testamento ológrafo si se puede deducir la fecha.(142)

c) Nombre del testador

Huelga señalar mayores comentarios en lo que respecta a la importancia de que todo testamento contenga el nombre del testador. Sería inimaginable un testamento sin nombre; el mismo devendría en algo así como un testamento anónimo, por más de que, por ejemplo, hubiese sido otorgado de puño y letra del testador. Se trata de un tema elemental.

d) Firma del testador

Todo testamento debe llevar la firma del testador, a efectos de que, más allá de que el mismo hubiese sido otorgado de puño y letra (como ocurre,

(141) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 73.
(142) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 601.

ESTUDIO MARIO CASTRO TEYSSIER

salvo supuestos de excepción, con los testamentos ológrafos, y en algunos casos de testamentos cerrados), su contenido se encuentre ratificado por el otorgante con su firma.(143)

Para Guillermo Lohmann, «[...] la firma suele consistir en una manera especial (legible o no) de tomar como propio, o asumir la responsabilidad sobre algo escrito demostrando la conformidad definitiva del causante con las últimas disposiciones, bien sea escribiendo el nombre, o parte de él, o simplemente escribiendo unos dibujos, marcas o signos (rúbricas) especiales utilizados usualmente por tal persona.»(144)

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(145) pensábamos que se podría derogar la segunda parte del artículo 695, que prescribe que las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a las de otra, ya que ello no siempre será cierto, teniendo como contraejemplo más notorio, la posibilidad contemplada en el artículo 763 del Código Civil, en el sentido de que si el juez comprueba que la cubierta de un testamento cerrado está deteriorada de manera que haya sido posible el cambio del pliego que contiene el testamento, dispondrá que éste valga como ológrafo, si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(143) Sobre la firma, remitimos al lector a: Castillo Freyre, Mario y Verónica Rosas Berastain. *Cuatro temas de hoy*. Derecho & Sociedad, Lima, 2005, pp. 11-18.

(144) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 423.

(145) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 512.

## CAPÍTULO SEGUNDO
# TESTAMENTO EN ESCRITURA PÚBLICA

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[146] pensábamos que el capítulo cuyo estudio comenzamos podría variar su nombre «Testamento en escritura pública» por el de «Testamento por escritura pública», por revestir mayor propiedad. Ello conllevaba la variación de esta nomenclatura en todos los artículos en que ella se empleara. Pero, obviamente, se trataba de una simple tentación académica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(146) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 512.

## Formalidades del testamento otorgado por escritura pública

**Artículo 696.-** Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

1.- Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles. El notario está obligado a verificar la identidad del testador y los testigos a través del documento de identidad y los medios de identificación biométrica establecidos por el Reniec. Cualquiera de los testigos puede actuar como testigo a ruego del testador o testigo de identidad.

*Este inciso no responde al texto original del Código Civil de 1984. Es fruto de la modificación operada por el artículo 1 de la Ley n.º 31338, publicada el 11 de agosto de 2021. El texto original de la norma era el siguiente:*

*1.- Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles.*

2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.

*Este inciso no responde al texto original del Código Civil de 1984. Es fruto de la modificación operada por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto original de la norma era el siguiente:*

*2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.*

3.- Que el notario escriba el testamento de su puño y letra o a través de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar, en su registro de escrituras públicas, pudiendo insertar, de ser el caso, las disposiciones escritas que le sean entregadas por el testador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

*El texto de este inciso no responde al Código de 1984. El mismo es fruto de la modificación operada por la Ley n.º 31338, publicada el 11 de agosto de 2021. El texto original del inciso 3 señalaba lo siguiente:*

*3.- Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.*

4.- Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.

5.- Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.

6.- Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera.

*El texto del inciso 6 no responde al original de 1984, que era el siguiente:*

*6.- Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad.*

*Este precepto fue modificado por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley n.º 29973, publicada el 24 de diciembre de 2012, con el texto siguiente:*

*6.- Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete.*

*Luego, el precepto fue nuevamente modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, con el texto hoy vigente.*

7.- Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.

8.- Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9.- Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.

*Debemos precisar que el inciso 9 no era parte del texto original del Código de 1984. Él fue introducido por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*

No cabe duda de que el testamento otorgado por escritura pública es aquél que reviste mayores seguridades no sólo para el otorgante sino para quienes serán sus herederos y legatarios. Ello, debido al conjunto de formalidades establecidas para el mismo y a la enorme ventaja sobre los demás, en el sentido de que, a la muerte del causante, el mismo no tendrá que ser autenticado, en la medida en que un notario público ha dado fe de su formalidad y contenido. Otra cosa es que se pueda discutir si alguna disposición del testamento pudiere contravenir normas de orden público, como las relativas a la legítima, pero esto no tiene que ver con la autenticidad de su contenido, sino con la validez del contenido de las disposiciones testamentarias, la cual en muchas ocasiones solamente podrá ser apreciada al momento de la muerte del causante.

Estudiaremos en detalle las formalidades del testamento otorgado por escritura pública:

a) Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles. El notario está obligado a verificar la identidad del testador y los testigos a través del documento de identidad y los medios de identificación biométrica establecidos por el Reniec. Cualquiera de los testigos puede actuar como testigo a ruego del testador o testigo de identidad (inciso 1)

Como hemos visto, el texto original del inciso 1 establecía como requisito, solamente «Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles».

Se trataba de un requisito bastante estricto, pues se entendía que el notario no debía ser interrumpido por cualquier otra labor que tuviera que realizar como parte de su oficio notarial o de otra naturaleza. Esto implica concentración del notario, del otorgante y de los testigos, a efectos de que el testador pueda expresar cómodamente su voluntad, sin temor a ser interrumpido. Esta concentración le permitirá no cometer errores y a las demás personas presentes, acompañar al testigo de verdad y no sólo de manera simbólica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En lo personal pensamos que incluso se debía disponer que los participantes estén impedidos de comunicarse con terceros durante el acto de otorgamiento de testamento. Muchas veces el empleo de teléfonos celulares ocasiona que la persona esté en varios lugares a la vez y, en verdad, no se halle cabalmente presente en ninguno.

La norma fue modificada el año 2018 y a ella se agregó otras disposiciones.

En primer término, se estableció que el notario está obligado a verificar la identidad del testador y los testigos a través del documento de identidad y los medios de identificación biométrica establecidos por el Reniec, proceso de identificación que, desde hace años, resulta práctica usual y de carácter obligatorio en los actos otorgados ante notario público.(147)

Por otra parte, se ha agregado una disposición en el sentido de que cualquiera de los testigos puede actuar como testigo a ruego del testador o testigo de identidad.

Lo anterior quiere decir que, cualquiera de los testigos podrá dar fe de la identidad del testador, ya sea que éste sea iletrado o no pueda firmar (testigo a ruego) o ya sea que, incluso, no pueda corroborar su identidad a través de su huella digital (testigo de identidad).

b) Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener (inciso 2)

Es evidente que, al ser un acto personalísimo, el testamento debe ser dictado al notario de manera directa por el otorgante. Entendemos el tema de la participación de los apoyos, en caso sean necesarios, pero nunca sobrepasando los límites a que hemos hecho referencia en este estudio y, menos

(147) Ley del Notariado
Decreto Legislativo n.° 1049
Artículo 55. - Identidad del otorgante
El notario dará fe de conocer a los otorgantes y/o intervinientes o de haberlos identificado, conforme a lo siguiente:
a) Cuando en el distrito donde se ubica el oficio notarial tenga acceso a internet, el notario exigirá el documento nacional de identidad y deberá verificar la identidad de los otorgantes o intervinientes utilizando la comparación biométrica de las huellas dactilares, a través del servicio que brinda el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil - Reniec.
[...]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

aún, expresando la manifestación de voluntad de la persona discapacitada, materia que no vamos a repetir. En sede testamentaria los apoyos tienen límites mucho más restringidos que para la celebración de cualquier otro acto jurídico. Esto no lo dice expresamente la ley. Lo decimos nosotros en base a los criterios interpretativos ya desarrollados.

c) Que el notario escriba el testamento de su puño y letra o a través de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar, en su registro de escrituras públicas, pudiendo insertar, de ser el caso, las disposiciones escritas que le sean entregadas por el testador (inciso 3)

Hasta la modificación normativa, la disposición contenida en el inciso 3 del artículo 696, bajo comentario, era uno de los requisitos más cuestionados en la práctica profesional. El medio jurídico entendía, de manera mayoritaria, que en nada distorsionaría el otorgamiento de un testamento por escritura pública el hecho de que el mismo no sea redactado de puño y letra del notario, sino que dicho funcionario emplee los elementos tecnológicos (procesadores de textos) que hagan más expeditivo el otorgamiento del testamento; no sólo para que el acto de otorgamiento sea más breve, sino para que el contenido del testamento sea más legible por el testador y los testigos, y además por las personas que acudan a su lectura a la muerte del causante.

Y es precisamente debido a este consenso que se produjo la modificación normativa de agosto del 2021, la misma que otorga al notario la facultad de redactar el testamento de puño y letra (como antes debía hacerse de manera ineludible) o hacerlo a través de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar, en su registro de escrituras públicas.

Finalmente, la norma agrega algo muy práctico, pues permite que el testador le entregue al notario, por escrito, las disposiciones que considere conveniente se inserten en su testamento. Sobre esto no hay problema, pues, en esta clase de testamento, finalmente el mismo será leído en voz alta por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.

d) Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario (inciso 4)

Este es un requisito de seguridad del documento en el que conste el testamento. Estamos de acuerdo con él.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

e) Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija (inciso 5)

Esta disposición garantiza que, al menos una de las cuatro personas que se hallen presentes en el acto de otorgamiento del testamento procederá a leerlo. Por ello, decimos que debe haber plena concentración de todos los presentes al momento en que el testamento sea dictado al notario, precisamente para que el documento que haya sido redactado de su puño y letra o por los otros medios ahora permitidos por la ley recoja fielmente la voluntad del testador.

Así, para Guillermo Lohmann, «Que el testamento necesariamente tenga que ser leído en voz alta (porque no otra cosa significa "clara y distintamente") por el notario, o por el interesado o por uno de los testigos, me parece del todo conveniente y explicable la lectura en alta voz cuando el testador sea ciego, sordo o analfabeto. Pero si no está aquejado de ninguna de estas limitaciones, quien tiene que leerlo es el testador, y allá él si firma algo que no ha leído, o que sea diferente de lo dictado al notario, o que no concuerde con el texto escrito que le haya entregado. Puig Peña expresa que la lectura es "con el fin de comprobar la concordancia entre la declaración verbal o escrita del testador y lo redactado por el notario". Pero, insisto, el deber de lectura en alta voz es exigencia exagerada.»[148]

Así también, para Augusto Ferrero, «La redacción de este articulo puede inducir a error de que se trata de doble lectura al usarse las palabras clara y distintamente, lo cual es una redundancia. Se trata de una sola lectura por cualquiera de las personas nombradas: notario, testador o el testigo que este elija.»[149]

En esa línea, la Casación n.º 3040-2008-Lima Norte, de fecha 14 de julio de 2009 señala que la lectura del testamento por escritura pública debía realizarse sólo una vez: «Sexto. Si bien el inciso 5 del artículo 696 del Código Civil determina que el testamento debe ser leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario elegido por este, esto no significa que además de ser leído por el notario, debe ser leído también por el testador o por quien este designe, sino más bien se trata de una sola lectura por cualquiera de las personas nombradas, como bien dice Orihuela, la redacción de este inciso puede inducir al error de que

(148) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, pp. 433-434.

(149) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 206.

se trata de una doble lectura del testamento al usarse las palabras: clara y distintamente, lo cual es una redundancia. En realidad, se trata de una sola lectura del testamento por cualquiera de las personas nombradas: notario, testador o el testigo elegido por este. Por tanto, determina que la interpretación efectuada por la Sala Superior, respecto de dicho dispositivo, resulta correcta, pues se debe destacar que la norma no puede ser interpretada en forma literal, a partir del propio enunciado lingüístico, como lo hace el juez especializado, pues este no contiene un mandato aislado, siendo la aplicación el método sistemático.»[150]

f) Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera (inciso 6)

Esta norma es muy importante, en la medida en que la lectura debe ser pausada y, al finalizar la lectura de cada una de las cláusulas, deberá verificarse si lo copiado por el notario responde en realidad a la voluntad del otorgante. Podría ocurrir, incluso, que el otorgante cambie de opinión con respecto a alguna de las disposiciones testamentarias dictadas anteriormente, de lo que debería dejarse constancia en el documento, a título de observaciones, a efectos de complementarlo después, dentro del mismo acto.

Como importante también es lo señalado con respecto a los casos en que el otorgante fuera una persona con discapacidad, supuestos en los cuales podrá expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos, en caso lo requiera. Ello, lo reiteramos, dentro de los límites que hemos desarrollado al respecto en esta obra.

Al respecto, Benjamín Aguilar comenta que, «Este requisito de la verificación "viendo y oyendo" al testador, es lo que llevó a que el legislador no permitiera al discapacitado por deficiencia de lenguaje otorgar testamento por escritura pública, por lo que nunca estuvimos de acuerdo con esa prohibición, pues el impedido de hablar está en posibilidades de leer el testamento. Es cierto que no se trata de una lectura hablada, pero si esa fuera la exigencia, podía solicitar al testigo que lea por él, y en cuanto a que el mudo no podía responder al notario sobre la conformidad de cada una de las cláusulas, decíamos igualmente que la respuesta la podía dar, no

(150) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 603.

verbal, pero sí podía asentir, o podía expresar su pronunciamiento a través de un papel escrito. Felizmente todo ello ha sido superado con la modificación introducida por la ley anterior, y que ya hemos analizado, a propósito de la intervención del discapacitado por deficiencia de lenguaje.»[151]

g) Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido (inciso 7)

Podría ocurrir que el testador quiera hacer precisiones sobre aquello que ha dictado al notario. En ese caso, el notario estará obligado a dejar constancia de ello, para que el testamento refleje fielmente la voluntad del otorgante, así como que proceda a corregir los errores en que hubiese incurrido. Por todo ello, resulta más fácil que el testamento por escritura pública no sea redactado de puño y letra por el notario, sino con el auxilio de una computadora, como se permite a partir de agosto del 2021.

h) Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto (inciso 8)

Luego de que se haya cumplido con todos los requisitos anteriores y el testador se encuentre conforme con el contenido copiado por el notario, lo que corresponderá será que todos firmen la escritura pública. El testador, dando fe de que esa es su voluntad; el notario, dando fe de que esa es la voluntad que le ha manifestado el otorgante; y los testigos, dando fe de que el documento responde a la voluntad declarada del otorgante.

i) Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez (inciso 9)

A simple vista podría considerarse errónea la inclusión del inciso 9 en el artículo 696. Ello, por cuanto es nula toda disposición testamentaria por la que el otorgante beneficie en el testamento a los testigos presentes en el acto. Se podría pensar que debería seguirse el mismo criterio en el caso de los apoyos, precisamente, a efectos de que, si están presentes en el acto de otorgamiento del testamento por escritura pública, no deberían ser beneficiados por el causante en el testamento.

(151) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 336.

FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

Pero ello no es así, en la medida en que los testigos podrán ser cualesquiera personas que escoja el testador, a diferencia del apoyo, que será, de seguro, una persona en quien confía mucho el discapacitado y por quien tenga probablemente mucho afecto y cariño. Ello, precisamente, es lo que motiva que el tratamiento de los beneficios testamentarios a los apoyos sea diferente del de los testigos.

En el caso de los apoyos, tal beneficio se someterá a aprobación judicial, obviamente cuando haya fallecido el causante y se haya hecho público el contenido de ese testamento en el que otorga algún beneficio al apoyo. Si lo instituye heredero y el Poder Judicial desaprueba esta disposición, pues entonces ese porcentaje acrecerá el de los demás herederos. De igual modo, si se tratara de un legado y éste no fuera aprobado, el o los bienes legados se incorporan a la masa hereditaria y beneficiarán a todos los herederos del causante.

Por último, entendemos que la evaluación judicial del beneficio del apoyo en el testamento por escritura pública, deberá pasar por analizar el grado de intervención del apoyo en el acto de otorgamiento testamentario, la gravedad de las limitaciones del otorgante y, fundamentalmente, si es que aquello dispuesto a su favor está arreglado a ley y no viola disposiciones de orden público.

De otro lado, la jurisprudencia en la Casación n.º 3040-2008-Lima Norte, de fecha 14 de julio de 2009, señaló que, «En nuestro sistema jurídico se ha adoptado desde sus inicios formalidades mínimas para todo testamento. Quinto. En el *common law* inglés se exige que el testamento conste por escrito –a manuscrito, mecanografiado o impreso en formulario– y que esté firmado al final por el testador y dos testigos, todos presentes en un solo acto. En el caso de su pariente jurídico, Estados Unidos, mucho menos formalista en Derecho –salvo el caso del Estado de Louisiana donde se exige intervención del notario–, el testamento debe al menos constar por escrito y debe ser firmado por el testador y dos o más testigos en presencia del primero, existiendo mínimas variaciones en relación a la legislación de cada Estado. Caso peculiar es que los testigos no necesariamente son informados del contenido del documento, sólo del hecho que el mismo constituye la declaración, de última voluntad del otorgante; ello es potestad del testador quien puede mantener el documento en sobre cerrado luego de ser firmado por todos, incluso se permite bajo ciertas circunstancias el testamento oral, pero aun en este caso se exige la presencia de testigos. En Rusia, la forma notarial es la única admitida a semejanza del testamento por Escritura Pública o abierto, que legislan la mayoría de los países del sistema latino de Derecho. No resulta pues extraño que en nuestra legislación –cuyas bases se sientan en los principios que regulan el sistema

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

latino– se hayan adoptado desde sus inicios formalidades mínimas para todo testamento, como son la forma escrita, fecha, nombre y firma del otorgante –amén de esenciales bajo sanción de nulidad– y muy solemnes para caso del testamento abierto o por Escritura Pública. Nuestro ordenamiento jurídico ha utilizado los mismos principios que rigen la legislación española, madre de la mayoría de las instituciones jurídicas nacionales vinculadas al Derecho Civil y la institución notarial.»[152]

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[153] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la modificación del artículo 696, con una norma de texto siguiente:

> **Artículo 696**.- Formalidades esenciales.
>
> Las formalidades esenciales del testamento por escritura pública son:
>
> 1. Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y un testigo en el caso del artículo 697.
> 2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con la asistencia de apoyos, si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.
> 3. SE PROPONE SU DEROGACIÓN.
> 4. SE PROPONE SU DEROGACIÓN.
> 5. Que el testamento sea leído de forma fidedigna por el notario, el testador o el testigo testamentario en el caso del artículo 697.
> 6. Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de intérpretes o apoyos.
> 7. Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.

(152) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 602-603.
(153) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 182-184.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

8. Que el testador, el notario y, en el caso del artículo 697, el testigo, firmen la escritura pública en el mismo acto.

Como hemos estudiado, el artículo 696 regula las formalidades esenciales para el otorgamiento de testamento por escritura pública.

Pasemos revista a las modificaciones que proponía el grupo de trabajo del 2019.

El actual inciso 1 establece «Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles». La propuesta eliminaba lo relativo a los testigos testamentarios a ruego (artículo 697), caso para el cual sólo exigía un testigo. No estábamos de acuerdo con esta liberalización de la formalidad, por cuanto el testamento por escritura pública debe constituir un acto no sólo solemne, sino que esté revestido de todas las seguridades del caso.

El inciso 2 en vigencia establece «Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener».

La norma propuesta adecuaba el tema a los casos de las personas con discapacidad que requieran apoyos. Sin duda, el testamento por escritura pública pondría a prueba no sólo el funcionamiento de los apoyos, sino también cómo en casos como éstos debe quedar claro que la voluntad testamentaria debe ser la de la persona con discapacidad y, de ninguna manera, la de su apoyo.

En el inciso 3 vigente en el año 2019 decía: «Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas». La comisión, recogiendo un viejo clamor del medio jurídico, proponía derogar esta norma, que dificultaba la labor del notario para el otorgamiento de testamentos por escritura pública. Estábamos plenamente de acuerdo con esta consideración, propuesta por nosotros diecinueve años antes que la comisión, en 1998, en *Tentaciones académicas* y que el año 2021 se materializó en una reforma legislativa.

El inciso 4 en vigencia establece «Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario». La comisión proponía derogar esta norma. No estábamos de acuerdo, porque ella otorga las seguridades del caso al documento (escritura pública) que constituye el testamento.

El inciso 5 en vigencia establece «Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija». No estábamos de acuerdo con la propuesta de la comisión, en la medida en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que no es necesario decir que la lectura deba hacerse «de forma fidedigna». Es obvio que, si no se lee de forma fidedigna, no se estará leyendo; se estará inventando, omitiendo o tergiversando los textos.

El inciso 6 establece «Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera».

El texto propuesto por la comisión era básicamente el que se halla en vigencia.

El inciso 7 en vigencia establece «Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que hubiere incurrido».

La norma propuesta por la comisión era idéntica.

El inciso 8 en vigencia señala «Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto».

La propuesta de la comisión se basaba fidedignamente en este inciso.

En la actualidad, la norma vigente contiene un inciso 9, que dice «Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez».

Esta norma no fue replicada en el anteproyecto y no se señalaba el por qué. Ahora bien, no queda claro el momento de la intervención judicial, pero entendemos que ella debería ser previa al acto de otorgamiento del testamento. No obstante, el tema genera duda, en la medida en que, si se pide una autorización judicial, se estaría publicitando parte o todo el contenido del testamento del otorgante; y ello no necesariamente concordará con sus intenciones.

ESTUDIO CARLO CASTILLO FREYRE

## Testigo testamentario a ruego

**Artículo 697**.- Si el testador es analfabeto, deberá leérsele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a través del uso de la huella dactilar, de todo lo cual [*sic*] se mencionará en el testamento. En caso no tenga huella dactilar, el notario debe hacer uso de cualquier otro medio de verificación que permita acreditar la identidad del testador.

*El texto de este artículo no es original de 1984. El precepto fue modificado por primera vez con la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley n.° 29973, publicada el 24 de diciembre de 2012, cuyo texto era el siguiente:*

***Artículo 697**.- Testigo testamentario a ruego*

*Si el testador es analfabeto, deberá leérsele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia visual, el testamento podrá ser leído por él mismo utilizando alguna ayuda técnica o podrá leérselo el notario o el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento será leído por él mismo en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.*

*Luego, el artículo fue modificado nuevamente. Esta vez la norma responde, como tantas otras en materia de Derecho de Personas, Familia y Sucesiones, al Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. En este caso, el artículo 1 de la citada norma legal dispuso el texto hoy vigente.*

*El texto original de 1984 era el siguiente:*

***Artículo 697**.- Si el testador es ciego o analfabeto, deberá leérsele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es sordo el testamento será leído en alta voz por él mismo, en el registro del notario. Si el testador no sabe o no puede firmar lo hará a su ruego el*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

*testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.*

El artículo 697 establece que, si el testador es analfabeto, deberá leérsele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Se trata de una norma que intenta brindar las mayores seguridades al otorgante quien, por lo demás, al ser analfabeto, sólo tendrá que confiar en que las personas que lo acompañan están actuando de buena fe y que su voluntad ha sido recogida con fidelidad.

El artículo bajo comentario también trata acerca del supuesto en el cual el testador no sepa o no pueda firmar, caso en el cual dispone que lo hará a través del uso de la huella dactilar, todo lo cual se mencionará en el testamento. Este extremo de la norma no requiere de mayor comentario. Él se inspira, igualmente, en brindar al otorgante del testamento las seguridades que mejor resguarden el mencionado acto.

El tercer caso regulado por este artículo es aquel en el cual el otorgante sea una persona que careciere de huellas digitales. Aunque resulte extraño, hay personas que carecen de huellas o que las van perdiendo con el paso de los años. Es el caso de un familiar muy cercano, quien, con su avanzada edad, se puede decir que casi no tiene huellas digitales. Supuestos reducidos en número, pero presentes más de lo que uno se imagina. En tales eventualidades, el notario deberá hacer uso de cualquier otro medio de verificación que permita acreditar la identidad del testador.

A mayor abundamiento, el artículo 11 de la Directiva n.° 001-2013-JUS/CN contempla el uso de medios supletorios de identificación: «En los casos en que no se pueda identificar la identidad por comparación biométrica de los comparecientes o intervinientes (...) utilizar mecanismos alternativos de identificación, como la ficha de datos Reniec y su comparación con los datos que presenta en el documento nacional de identidad y de la verificación directa de las características del compareciente o interviniente; la constatación personal y el uso de testigos.»

En esa línea, el literal b) del artículo 55 de la Ley del Notariado señala: «b) Cuando no se pueda dar cumplimiento a lo señalado en el literal a) del presente artículo respecto a la comparación biométrica de las huellas dactilares por causa no imputable al notario, éste exigirá el documento nacional de identidad y la consulta en línea para la verificación de las imágenes y datos del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil - Reniec con la colaboración del Colegio

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de Notarios respectivo, si fuera necesaria. El notario podrá recurrir adicionalmente a otros documentos y/o la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación.»

Por último, haremos referencia a la jurisprudencia relativa al precepto bajo análisis.

Así, la Casación n.º 2301-2011-Arequipa, de fecha 30 de julio de 2015 ha señalado que, «La suscripción del testamento por su otorgante es requisito de validez del acto jurídico; la firma significa la conformidad al pliego testamentario, una ratificación de que es su voluntad. El testamento puede no haber sido redactado por el testador, sin embargo, cobra plena validez al momento en que este testamento es firmado por el otorgante. En el caso del testamento ológrafo, la firma cobra una importancia mayor, pues como conocemos, la firma será cotejada a través de la pericia calígrafa a fin de obtener plena validez. La firma [...] siendo un requisito de validez [...] puede no estar presente en el caso de los testamentos otorgados por el invidente y el analfabeto, sin embargo, es reemplazada por la firma a ruego que estampan los testigos testamentarios que el testador designe, a la par de solicitarse igualmente la huella digital del causante.»(154)

Finalmente, debemos señalar que tan importante es la identificación del testador que será nulo el testamento cuando aquél no se haya identificado, como lo señala la Casación n.º 2301-2011-Arequipa, de fecha 30 de julio de 2015: «Es nulo el testamento en el que no se identifique al testador "Resulta de trascendencia que se identifique al otorgante [del testamento], pues en caso contrario estaríamos ante un imposible jurídico (...)".»(155)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(154) Véase: LP - Pasión por el Derecho. (23 de diciembre de 2022). «Las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a los demás.» [Casación 2301-2011-Arequipa]. Consultado en: https://lpderecho.pe/formalidades-especificas-cada-clase-testamento-no-pueden-aplicadas-demas-casacion-2301-2011-arequipa/

(155) *Loc. cit.*

## Suspensión de la facción de testamento

**Artículo 698.-** Si se suspende la facción del testamento por cualquier causa, se hará constar esta circunstancia, firmando el testador, si puede hacerlo, los testigos y el notario. Para continuar el testamento deberán estar reunidos nuevamente el testador, el mismo notario y los testigos, si pueden ser habidos, u otros en caso distinto.

Hemos señalado ya que el otorgamiento de testamento por escritura pública es un acto solemne y de carácter indivisible, razón por la cual no debe ni puede ser interrumpido. Pero, en la realidad de los hechos, bien podría haberse producido una interrupción, como sería el caso en que el testamento fuera tan extenso que obligue a hacer un receso para que los intervinientes vayan a almorzar, o el de una emergencia por parte de alguno de los intervinientes o un evento de caso fortuito o fuerza mayor, como sería el de un sismo que haga que todos los intervinientes abandonen el local de la notaría. En cualquiera de esos casos y los muchos otros que se pueden presentar, la ley ordena que para continuar con el otorgamiento del testamento se hará constar esta circunstancia, firmando el testador, si puede hacerlo, los testigos y el notario. Para continuar el testamento deberán estar reunidos nuevamente el testador, el mismo notario y los testigos, si pueden ser habidos, u otros en caso distinto. Nótese que, en el caso de los testigos, éstos podrían llegar a ser otros distintos de los originales. En buena cuenta, si el testamento va a ser leído al final, no interesará mucho que los testigos sean los mismos. Lo importante es que el testador se halle de acuerdo con el contenido de la escritura pública que recoge su voluntad testamentaria.

Para Juan Olavarría, «La suspensión de la facción testamentaria debe considerarse como una situación excepcional, dado que conforme a los requisitos esenciales impuestos por nuestro legislador civil, uno de ellos, precisamente el primero, descolla la unicidad del acto testamentario hecho en escritura pública –esto es– desde el principio hasta el fin, siendo esta la razón por la que la suspensión de la hechura del testamento no debe permitirse en principio salvo por causas justificadas y no por cualquier causa como lo permite la letra del texto normativo, salvo que en plena facción testamentaria su otorgante se arrepienta de testar lo que constituye una decisión propia que nadie puede obligar o imponer y mucho menos coaccionar a que se continúe. Y en caso proceda la suspensión tan pronto sea conjurada la causa de ella debiera continuarse con

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la facción del testamento, salvo el testador no lo quiera, porque finalmente es su voluntad y reiteramos, dicha decisión resulta soberana, sin perjuicio de que el Notario Público deje constancia de esta circunstancia en su registro o protocolo de escrituras públicas.»[156]

Finalmente, recordamos que Emilio F. Valverde comenta que, «No se indica cuáles son esas causas, exigiéndose, únicamente, que se deje constancia de la suspensión suscrita por todos los que participen en ese acto. La interrupción podrá ser por hechos tan simples como los que, por ejemplo, contempla la jurisprudencia de Louisiana: una pausa que facilite al actuario escribir lo que ha sido dictado, o al testador describir los detalles de su patrimonio y de las provisiones testamentarias que desea hacer, o la revocación de un anterior testamento, o una demora en la ejecución de éste mientras el notario insiste en que los testigos permanezcan en la habitación hasta que la facción testamentaria concluya, u otros, como un momentáneo trastorno en la salud del testador que haga necesario detener transitoriamente la continuación del testamento. Una mejor definición del significado y extensión de la causa que puede motivar la interrupción ofrecen los Códigos español y el cubano cuando declaran que no es lícita ninguna interrupción, "salvo que pueda ser motivada por algún accidente pasajero".»[157]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(156) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 77.
(157) Valverde, Emilio. *El Derecho de Sucesiones en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 357.

# CAPÍTULO TERCERO
# TESTAMENTO CERRADO

## FORMALIDAD DEL TESTAMENTO CERRADO

**Artículo 699.-** Las formalidades esenciales del testamento cerrado son:

1.- Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.

Tratándose de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre en las condiciones que detalla el primer párrafo.

*Este inciso no es original de 1984. Él responde a la modificación realizada por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley n.º 29973, publicada el 24 de diciembre de 2012.*

*El texto de 1984 era el siguiente:*

*1.- Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.*

2.- Que el testador entregue personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento. Si el testador es mudo o está imposibilitado de hablar, esta manifestación la hará por escrito en la cubierta.

ESTUDIO ANTONIO CASTRO FREYRE

3.- Que el notario extienda en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas.

4.- Que el cumplimiento de las formalidades indicadas en los incisos 2 y 3 se efectúe estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, quien dará al testador copia certificada del acta.

El testamento cerrado es la segunda modalidad de los testamentos ordinarios. A su vez, como veremos, es una modalidad que otorga determinadas seguridades, pero ellas no serán tantas como las del testamento otorgado por escritura pública.

Analizaremos cada uno de los requisitos que debe reunir el testamento cerrado:

a) Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador (inciso 1)

Sin duda, se trata de un requisito de seguridad, dado que el referido documento podrá ser extendido de puño y letra del testador, pero también podría haber sido extendido a máquina. En ambos casos, pero sobre todo en este último, será importante la firma en cada página, a pesar de que, como veremos seguidamente, ella sólo es exigida en todas las páginas si el documento hubiese sido redactado a máquina. No olvidemos que los testamentos, en su gran mayoría, contienen disposiciones de orden patrimonial, que muchas veces conducen al desacuerdo entre los herederos y legatarios. La experiencia enseña que cualquier formalidad requerida es poca en estos casos.

Pero la norma establece que bastaría la firma en la última página en caso el documento hubiese sido redactado a mano, que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.

El inciso 1 señala también que, si se tratase de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre en las condiciones que detalla el primer párrafo. Esta norma, del año 2012, constituyó un gran avance con respecto a las personas con discapacidad visual y su derecho a otorgar testamento.

Con ella queda claro, entonces, que el testamento cerrado no necesariamente deberá ser otorgado de puño y letra. Esto, con la normativa vigente, no ocurre necesariamente ni siquiera en el caso del testamento ológrafo.

Al respecto, Luis Echecopar precisa que, «No sería válido, por consiguiente, el testamento cerrado cuya memoria no estuviera firmada por el testador o que hubiera sido suscrita, a ruego de éste, por otra persona. Si el testador no sabe o no puede firmar, tiene que usar, necesariamente, la forma auténtica o sea la escritura pública. Se trata de una importante solemnidad porque es la única que permite autenticar el pliego testamentario ya que, como lo decimos no está sujeto a ningún otro requisito de forma.»[158]

b) Que el testador entregue personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento (inciso 2)

En el caso del testamento cerrado, el notario y los dos testigos no darán fe del contenido y autenticidad del testamento, pues ellos no lo conocen. Sólo darán fe de que el testador ha indicado que dentro del sobre o cubierta se encuentra su testamento. Eso es todo.

Ahora bien, la norma bajo análisis agrega que si el testador fuese mudo o estuviera imposibilitado de hablar, esta manifestación la hará por escrito en la cubierta. El texto no requiere mayor explicación. Ello, pues en algún lugar el testador deberá señalar que dice que ahí dentro está su testamento. El notario público tampoco podría dar fe de que ahí se encuentra el testamento; sólo dará fe de aquello que declara el otorgante en lo que respecta al contenido del sobre. De esto, el notario dará fe en la cubierta del sobre, redactando sobre ella el acta correspondiente al otorgamiento del testamento, como veremos en el punto siguiente.

Sobre el particular, la Casación n.° 2202-99-Lima, de fecha 7 de diciembre de 1999, determina lo siguiente: «*Octavo*. El artículo 699 del Código Civil exige no solamente que el documento haya sido extendido y firmado en cada una de sus páginas por el testador y que sea colocado dentro un

(158) Echecopar García, Luis. *Derecho de Sucesiones*. *Op. cit.*, p. 100.

sobre debidamente cerrado, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta y que el testador entregue personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, sino que también exige que el notario extienda en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas.»[159]

c) Que el notario extienda en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario (inciso 3)

Esta acta será firmada por el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas. Como resulta evidente, cuando se otorga testamento cerrado, nadie, a excepción del otorgante, conoce su contenido, hasta cuando éste fallezca y sea hecho público tal contenido.

Sobre el particular, Augusto Ferrero precisa que, «La transcripción de la cubierta por el notario debe ser inmediata. De lo contrario, se incurre en omisión de un requisito esencial insubsanable.»[160]

d) Que el cumplimiento de las formalidades indicadas en los incisos 2 y 3 se efectúe estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, quien dará al testador copia certificada del acta (inciso 4)

Sobre este particular hacemos aplicable al caso las expresiones vertidas acerca de la indivisibilidad del acto de otorgamiento de testamento por escritura pública; incluidas las relativas a su eventual interrupción y reanudación, las mismas que no han sido reguladas para el testamento cerrado, pero que, entendemos, también serían aplicables a éste, naturalmente, *mutatis mutandis*.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[161] pensábamos que en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 699 se podría cambiar la referencia al testamento, por una relativa al documento. Ello se basaba en los argumentos sostenidos por

(159) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 604.
(160) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 212.
(161) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 514 y 516.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el profesor Lohmann,[162] cuando señalaba que se confunde al testamento con el documento que lo contiene. Agregaba Lohmann que el testamento cerrado sólo es tal desde que se cumplen las formalidades; mientras tanto es un documento del que el testador dice contener sus disposiciones de última voluntad. Pero tales disposiciones en nada valen –salvo que tengan la característica de ser ológrafas– como testamento cerrado, hasta que la totalidad de las exigencias legales haya sido satisfecha. Por lo tanto, en el inciso 1 se alude erradamente a «testamento», debiendo ser «documento». Lo mismo ocurre con los incisos 2 y 3.

Pero anotábamos en aquella oportunidad que esta idea de modificación (a pesar de responder a consideraciones veraces) resultaba accesoria y prescindible. Era una tentación académica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO ARÉVALO

(162) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 1995, tomo II, pp. 309 y ss.

## Revocación del testamento cerrado

**Artículo 700.-** El testamento cerrado quedará en poder del notario. El testador puede pedirle, en cualquier tiempo, la restitución de este testamento, lo que hará el notario ante dos testigos, extendiendo en su registro un acta en que conste la entrega, la que firmarán el testador, los testigos y el notario. Esta restitución produce la revocación del testamento cerrado, aunque el documento interno puede valer como testamento ológrafo si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707.

Como sabemos, el testamento es por esencia revocable y su otorgante podrá proceder en este sentido en cualquier momento antes de su muerte, pudiendo ser la revocación total o parcial. No obstante, en el caso del testamento cerrado se presentan algunas características peculiares derivadas de su naturaleza. Aquí la revocación podrá producirse por haber otorgado la persona otro testamento posterior en cuyo contenido revoque, total o parcialmente el contenido del testamento cerrado.

No obstante, podría haber ocurrido que, a pesar de haber otorgado un nuevo testamento, el otorgante de ambos testamentos no haya pedido al notario la devolución del testamento cerrado.

En un caso como éste, la falta de pedido de devolución del documento no alterará para nada el hecho de que el nuevo testamento ya ha revocado el anterior. Ahora bien, sería bueno que, para evitar problemas futuros a la muerte del otorgante, éste retire de la notaría el testamento cerrado.

El retiro del testamento cerrado, en caso el otorgante no hubiere revocado antes ese testamento en virtud de uno nuevo, de todas maneras, significará su revocatoria; ello, naturalmente, a menos que el testamento cerrado haya cumplido también con las formalidades que la ley exige para el testamento ológrafo, caso en el cual podría valer como tal.

Finalmente, conviene remitirnos a lo señalado por Miriam Corbera respecto a la formalidad de los protocolos notariales, cuando indica que, «Los notarios en el ejercicio de sus funciones llevan diversos registros que conforman el protocolo notarial. Entre ellos está el Registro de Testamentos que de conformidad con lo establecido en la Ley del Notariado (artículo 67), debe

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ser llevado en "forma directa" por el notario. Es en este registro en el que se extiende el acta de restitución del testamento que, al igual que el acta de otorgamiento y recepción del testamento cerrado, constituye un instrumento público que forma parte del protocolo notarial. Los instrumentos públicos protocolares se extienden uno a continuación del otro, observando un estricto orden cronológico, debiendo ser fechados y consignándose el número que les corresponde en forma sucesiva. En el caso de los testamentos por escritura pública, estos se extienden en forma manuscrita por el mismo notario; pero esta obligación no rige para el caso de las actas de otorgamiento o de restitución de los testamentos cerrados, para las cuales puede el notario optar [*sic*] por la forma manuscrita o por cualquier medio de impresión que asegure su permanencia.»[163]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(163) Corbera Muro, Miriam. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 157.

## Custodia y presentación judicial de testamento cerrado

**Artículo 701**.- El notario bajo cuya custodia queda el testamento cerrado, lo conservará con las seguridades necesarias hasta que, después de muerto el testador, el juez competente, a solicitud de parte interesada que acredite la muerte del testador y la existencia del testamento, ordene al notario la presentación de este último. La resolución del juez competente se hará con citación de los presuntos herederos o legatarios.

El artículo 701 trata acerca de la custodia y presentación del testamento cerrado.

Como sabemos, en el caso del testamento cerrado, el contenido del mismo no es conocido por el notario y los testigos. Sólo por el otorgante. El notario tiene el deber de custodiar el sobre o cubierta que, según el otorgante, contiene el testamento. Eso sí, deberá inscribirse en el Registro Personal, Registro de Testamentos, que el otorgante, en efecto, ha otorgado testamento cerrado, indicando el registro, la fecha y la notaría en la cual se ha procedido a otorgar el testamento. Esto será muy importante, dado que será la manera en que la sociedad y, en concreto, los directamente interesados en la sucesión, podrán conocer, al momento de la muerte del causante, que el mismo otorgó tal testamento.

Con base en esto, sabrán que estarán en presencia de una sucesión testamentaria y no de una sucesión intestada. Por ello, cualquiera de los interesados deberá iniciar un procedimiento no contencioso, a efectos de que se pueda producir la apertura del testamento. Para tales efectos, el juez, sobre la base de la información contenida en el registro, deberá oficiar al notario, para que remita al juzgado de manera formal el sobre o cubierta que, según manifestó oportunamente el otorgante, contiene su testamento ológrafo.

En esa línea, Luis Echecopar señala que, «La apertura del testamento cerrado se realiza mediante proceso no contencioso denominado Comprobación de Testamento. El proceso de comprobación de testamento deberá seguirse para la comprobación de la autenticidad y cumplimiento de las formalidades

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del testamento cerrado, ológrafo, militar, marítimo o aéreo, para su posterior protocolización notarial.»[164]

La parte interesada deberá acreditar la muerte del testador y la existencia del testamento. Como establece el artículo 701, bajo comentario, la resolución del juez competente se hará con citación de los presuntos herederos o legatarios. Nótese que se trata solamente de un procedimiento no contencioso. Decimos esto en la medida en que el procedimiento concluye con la lectura del testamento. Si alguno de los eventuales herederos o legatarios, o incluso un tercero, quisiera impugnar la nulidad de alguna, varias o todas las disposiciones testamentarias, deberá iniciar un nuevo proceso, en el que pretenda, justamente, lo que estamos señalando.

Finalmente, debemos precisar que, como señala Corbera, «Todas estas disposiciones del artículo 701 se refieren especialmente a aquellos testamentos cerrados otorgados bajo el imperio de este Código, pero tenemos otros casos como son los de aquellos testamentos otorgados según el Código Civil de 1936 y en los que el testamento no se encuentra bajo custodia del notario. Para estos casos rige lo dispuesto en el artículo 2119 del Código Civil, que establece la obligación que tiene cualquier persona de entregar al juez competente, el testamento cerrado que se encuentre en su poder, entrega que debe efectuarla dentro de los treinta días de tener conocimiento de la muerte del testador.»[165] Resulta evidente que esta última disposición pierde aplicación práctica con el paso de los años.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(164) Echecopar García, Luis. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 104.
(165) Corbera Muro, Miriam. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 161.

## APERTURA DE TESTAMENTO CERRADO

**Artículo 702.-** Presentado el testamento cerrado, el juez, con citación de las personas indicadas en el artículo 701, procederá de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.

El artículo 702 regula la apertura de testamento cerrado. Para tal efecto, la norma remite al viejo Código de Procedimientos Civiles, vigente al momento de la promulgación y entrada en vigencia del Código de 1984. Pero como ese Código fue derogado y reemplazado por el Código Procesal Civil de 1993, se debe entender la mención como hecha a este cuerpo normativo.

En ese orden de ideas, el artículo 749 del referido Código procedimental señala cuáles son los procesos no contenciosos; entre ellos, en el inciso 8, la comprobación de testamento, tema regulado entre los artículos 817 y 825.(166)

(166) Los preceptos establecen lo siguiente:

Artículo 817.- Procedencia y legitimación activa

Se tramita conforme a lo dispuesto en este subcapítulo la comprobación de autenticidad y cumplimiento de formalidades del testamento cerrado, ológrafo, militar, marítimo o aéreo, para su ulterior protocolización notarial.

Está legitimado para solicitar la comprobación:

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; y,
4.- Quien sea acreedor del testador o del presunto sucesor.

Artículo 818.- Requisitos y anexos

Además de lo dispuesto por el artículo 751 en cuanto sea aplicable, a la solicitud se anexará:

1.- La copia certificada de la partida de defunción o de la declaración judicial de muerte presunta del testador, y certificación registral de no figurar inscrito otro testamento;
2.- Copia certificada, tratándose del testamento cerrado, del acta notarial extendida cuando fue otorgado o, en defecto de ésta, certificación de existencia del testamento emitida por el notario que lo conserve bajo su custodia;
3.- El documento que contenga el testamento ológrafo o el sobre que presuntamente lo contenga; y
4.- Constancia registral de la inscripción del testamento conforme al artículo 825, en los casos de testamento militar, marítimo o aéreo que hubieran sido entregados al juez por la autoridad respectiva.

En todos los casos previstos anteriormente se indicará el nombre y domicilio de los herederos o legatarios.

FERNANDO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, debemos recordar que en 1998, en *Tentaciones académicas*, pensábamos que el artículo 702 se podría adecuar, señalando el Código

---

Artículo 819.- Presentación y constatación previa

Cuando se trate de testamento cerrado y siempre que conste la inscripción de otro testamento, el juez ordenará al notario que lo presente al juzgado, con el acta respectiva, en su caso, dentro de cinco días de notificado.

Cuando el testamento fuera cerrado o el ológrafo presentado estuviera contenido en sobre cerrado, el juez procederá a su apertura, en presencia del notario o del solicitante, según corresponda, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas, y certificará el estado del sobre o cubierta, que se agregarán al expediente, de todo lo cual se extenderá acta en la que, si es el caso, se dejará constancia de la posibilidad de que el estado del sobre hubiera permitido el cambio de su contenido.

Si el testamento estuviera escrito en idioma distinto del castellano, se procederá conforme lo establece el artículo 710 del Código Civil.

Artículo 820.- Emplazamiento complementario

Si después de efectuada la constatación a que se refiere el artículo 819, el juez advierte que existen sucesores designados por el testador no mencionados en la solicitud de comprobación, requerirá al solicitante de la misma para que dentro del tercer día indique al juzgado, si lo sabe, el domicilio de dichos sucesores para su debido emplazamiento.

Si el domicilio se ignora o el solicitante no lo indica en el plazo indicado, el juez dispondrá que el extracto de la solicitud se publique por tres veces, con intervalos de tres días, en la forma prevista en el artículo 168.

Artículo 821.- Medios probatorios

Tratándose de testamento cerrado, sólo se admite como medio probatorio el acta notarial de otorgamiento extendida en el sobre o cubierta. En defecto del acta, y cuando el sobre estuviera deteriorado, son admisibles como medios probatorios 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.

Tratándose del testamento ológrafo sólo son admisibles el cotejo de letra y firma o, si esto no fuera posible, la pericia. De no poder actuarse estos medios, es 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.

Artículo 822.- Improcedencia de contradicción

Las contradicciones que conciernan a la validez del contenido del testamento serán declaradas improcedentes.

Artículo 823.- Resolución y efectos de la misma

Si el juez considera auténtico el testamento y cumplidos los requisitos formales aplicables al mismo, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de las páginas y dispondrá la protocolización notarial del expediente, observando, cuando corresponda, lo dispuesto en el artículo 703 del Código Civil.

La resolución no prejuzga la validez formal del testamento ni la del contenido de las disposiciones testamentarias.

Artículo 824.- Solicitud rechazada

Si la solicitud de comprobación de testamento fuera rechazada en forma definitiva, puede ser nuevamente intentada en un proceso de conocimiento dentro de un plazo no mayor a un año desde que quedó ejecutoriada la resolución final.

FONDO EDITORIAL PUCP

Procesal Civil, en lugar del antiguo Código de Procedimientos Civiles, no obstante lo cual dicha modificación resultaba innecesaria.(167)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Artículo 825.- Disposiciones especiales
El juez que reciba de la autoridad correspondiente un testamento militar, marítimo o aéreo, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público y dispondrá su anotación en el Registro de Testamentos.

(167) CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 515 y 516.

## Conversión del testamento cerrado en uno ológrafo

**Artículo 703**.- Si el juez comprueba que la cubierta está deteriorada, de manera que haya sido posible el cambio del pliego que contiene el testamento, dispondrá que éste valga como ológrafo, si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707.

Ya hemos señalado que el testamento cerrado bien podría tener las páginas redactadas a mano y suscritas por el otorgante, o podría estar redactado a máquina, encontrándose todas las páginas firmadas por el testador.

Es claro que una de las características del testamento cerrado es que el notario conserva celosamente el documento y el sobre o cubierta en el que se halla contenido. En este caso, podría ocurrir, debido a las más diversas razones, que el sobre o cubierta se encuentren abiertos o deteriorados, de modo que no se pueda garantizar que persona alguna haya accedido a su contenido y, eventualmente, alterado el texto del propio testamento. En estos casos, el valor del testamento cerrado podría quedar en entredicho y cualquier interesado podría pretender su nulidad total o parcial.

En casos como éste, el notario tendrá una salida, pues podrá hacer que el testamento valga como ológrafo, lo que implicaría la conversión jurídica de uno a otro; ello, si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707, precepto que señala que son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del inciso 1 del artículo 699. Y agrega el precepto citado que para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador.

Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente que, si el testamento cerrado cuya cubierta hubiese sido abierta no reuniese las características señaladas para valer como ológrafo, entonces es muy probable que, ante cualquier acción de cualquier interesado, el testamento cerrado sea declarado total o parcialmente nulo, ya que es característica del testamento cerrado el que el mismo sea protegido por el notario. Si ello no hubiese ocurrido y el sobre se hubiera abierto, el testamento podría ser declarado nulo.

FONDO EDITORIAL USIL

Nótese que no necesariamente se reclamará la nulidad en virtud de que el documento haya sido sustituido por otro. Puede que ello nunca haya ocurrido. Lo que pasa es que con la apertura del sobre antes de la muerte del otorgante, el testamento cerrado dejó de ser tal; y la ley no contempla una formalidad sustitutoria para que el mismo valga; todo ello, naturalmente, salvo lo dispuesto por el artículo 707, es decir, salvo que opere la conversión y valga como ológrafo.

En esa línea, Guillermo Lohmann señala que, «La regla, como se entiende, obedece a la decisión del legislador de respetar la voluntad testamentaria cuando no siendo válida la formalidad empleada correspondiente a una clase de testamento (cerrado), sí se satisfacen los requisitos correspondientes a otra clase (ológrafo).»[168]

Finalmente, la jurisprudencia en la Casación n.° 908-95-Lima, de fecha 1 de enero de 1998, ha dispuesto que no es inválido el procedimiento de comprobación de testamento si, al hacerse, se comprueba que estaba totalmente escrito, fechado y firmado por el testador, «La citada norma procesal [art. 819 del C.P.C.] debe concordante [*sic*, léase concordarse] con lo dispuesto en los artículos setecientos siete y siguientes del Código Civil, referidos a los requisitos esenciales que debe contener todo Testamento Ológrafo [contenido en sobre cerrado], si se comprueba que está totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador.»[169]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(168) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 458.
(169) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 605 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, pp. 394-395.

# CAPÍTULO CUARTO
# IMPEDIMENTOS DEL NOTARIO Y DE LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS

## IMPEDIMENTOS DEL NOTARIO

**Artículo 704.-** El notario que sea pariente del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad está impedido de intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o de autorizar el cerrado.

---

La prohibición contenida en esta norma se encuentra también en el literal a) del artículo 17 de la Ley del Notariado, que dispone:

**Artículo 17.-** Prohibiciones al notario

Está prohibido al notario:

a) Autorizar instrumentos públicos en los que se concedan derechos o impongan obligaciones a él, su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto y segundo grado, respectivamente.

Como sabemos y hemos desarrollado en una obra anterior,[170] el artículo 236 del Código Civil regula lo relativo al parentesco consanguíneo. La citada norma señala que:

**Artículo 236.-** Parentesco consanguíneo

El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

El grado de parentesco se determina por el número de generaciones.

(170) CASTILLO FREYRE, Mario. *Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2023, tomo I, pp. 78-89.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado.

El primer párrafo del artículo 236 establece que el parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

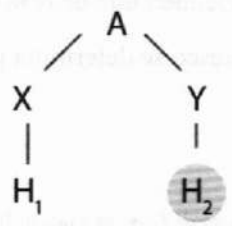
Si nos referimos a un niño, por ejemplo, sus padres serán sus parientes consanguíneos en línea recta en primer grado; sus abuelos, en segundo grado; sus bisabuelos, en tercer grado; sus tatarabuelos, en cuarto grado; y su tastatarabuelos, en quinto grado.

De la misma forma, si apreciamos el parentesco en línea recta descendente, los hijos serán parientes consanguíneos en línea recta en primer grado; los nietos, en segundo grado; los bisnietos, en tercer grado; los tataranietos, en cuarto grado y los choznos (hijos de los tataranietos), en quinto grado.

Si bien hemos mencionado hasta los parientes en línea recta del quinto grado, eso no implica que el parentesco en línea recta terminé allí, pues el mismo es infinito.

Por otra parte, en lo que respecta al parentesco en línea colateral y como señala el artículo 213 del Código Civil, en la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro.

Para efectos de este cálculo, siempre se debe seguir la línea de vinculación consanguínea y nunca dar saltos. Por ejemplo, en el cuadro siguiente, queremos saber cuál es el grado de parentesco entre lo que conocemos habitualmente como dos primos hermanos. Así, si tomamos como referencia H2, si subimos un grado, encontraremos a su padre Y (primer grado consanguíneo en línea recta); luego, seguimos subiendo y encontramos a su abuelo, A (segundo grado consanguíneo línea recta); luego, bajamos a X, tío de H2 (tercer grado consanguíneo colateral) y, finalmente, bajamos hasta H1, primo hermano de H2 (cuarto grado consanguíneo colateral):




ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como podemos apreciar, nunca habrá parientes consanguíneos colaterales del primer grado. Éstos siempre serán parientes consanguíneos en línea recta (en nuestro ejemplo, el padre de H2 –Y– y el abuelo de H2 –A–). El parentesco consanguíneo colateral empieza en el segundo grado.

Si quisiéramos averiguar cuál es el grado de parentesco de $H_2$ con respecto a X (su tío), es decir, tomando como punto de partida a X, debemos seguir el mismo camino, lo que implica subir siempre. Así, empezando de X, para llegar a A, su padre (primer grado consanguíneo de línea recta), debemos bajar a Y, hermano de X y, entonces, Y será pariente consanguíneo colateral en segundo grado. Si seguimos bajando y llegamos a $H_2$, éste último, sobrino carnal de X, será su pariente consanguíneo colateral en tercer grado.

El artículo 236 concluye señalando que el parentesco consanguíneo colateral produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado. Esto significa que, independientemente de que quienes tengan un grado de parentesco más lejano, obviamente siguen siendo parientes, tal parentesco no generará consecuencia jurídica alguna en materia civil.

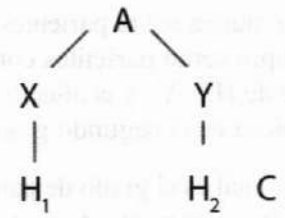
De otro lado, el parentesco por afinidad se halla regulado en el artículo 237 del Código Civil, precepto que establece que:

> **Artículo 237.-** Parentesco por afinidad
>
> El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.
>
> La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

Como sabemos, el parentesco por afinidad es aquel que nace del matrimonio con los parientes consanguíneos del otro cónyuge. Dice el primer párrafo del artículo 237 que el matrimonio produce parentesco por afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Agrega la norma que cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

Así, retomamos el ejemplo que desarrollamos en relación con el parentesco consanguíneo:

EDUARDO CASTRO PEREZ




Si H2 contrajera matrimonio con C, ocurriría que C asumiría desde ese momento los mismos grados de parentesco que H2, su cónyuge, tiene con respecto a su familia consanguínea.

En ese sentido, Y sería pariente por afinidad en línea recta de C, en primer grado; A, sería pariente por afinidad en línea recta de C, en segundo grado; X sería pariente por afinidad de C en línea colateral en tercer grado; y, finalmente, H1 sería pariente por afinidad de C, en línea colateral en cuarto grado.

El segundo párrafo del artículo 237 establece que la afinidad en línea recta no acaba por disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral, en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge. Como sabemos, se hace estas especificaciones porque tales grados de parentesco constituyen supuestos de impedimento matrimonial (artículo 242, incisos 2 y 4).

La ley establece que el parentesco por afinidad no acaba con los padres del excónyuge (exsuegros), ni con los abuelos del excónyuge, ni con los hijos o nietos del excónyuge.

La ley no desea que el divorciado contraiga, luego, matrimonio con alguno de ellos.

Finalmente, el parentesco por adopción se halla regulado por el artículo 238:

> **Artículo 238.-** Parentesco por adopción
>
> La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución.

El artículo 238 no dice mucho. Se limita a indicar que la adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución.

Para tales efectos, debemos remitirnos a lo establecido por el artículo 377, precepto que señala que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Primero, en relación a la antigua familia consanguínea del adoptado, debemos decir que ella dejará de ser su familia.

Queda claro de la lectura del artículo 377 que, a partir de la adopción, el adoptado, jurídicamente hablando, es un hijo más y el parentesco consanguíneo se calculará partiendo de esta consideración.

Ya en lo que respecta al artículo 704, relativo a los impedimentos del notario, entendemos que ellos se establecen con el propósito de evitar conflictos de interés con el testador, ya que, dada la cercanía parental existente entre ambos, el notario podría terminar siendo uno de los beneficiados en el testamento.

Pero debemos advertir una omisión en el artículo 704 y la misma consiste en no haber incluido dentro de los impedimentos el caso en el cual el notario sea cónyuge del testador. No olvidemos que los cónyuges no tienen (por el solo hecho de ser cónyuges) relación de parentesco alguna entre ellos, lo que equivale a que deberían ser incluidos dentro de las prohibiciones establecidas en el artículo 704, en la medida en que las normas prohibitivas o restrictivas de derechos no pueden aplicarse por analogía. Ver: *Tentaciones académicas*.[171] Tampoco está incluido el conviviente (y debería estarlo).

Para Benjamín Aguilar, «La norma bajo comentario pretende que el testador, esté libre de cualquier influencia que pueda afectar su voluntad testamentaria, por lo que, el legislador presume el riesgo de que ello no ocurra con la intervención del notario pariente del testador, el cual valiéndose de su parentesco pueda influir en la formación del testamento, e incluso llegue a captar la voluntad total del testador.»[172]

En el mismo sentido, Juan Olavarría comenta que, «La razón de la prohibición finca en la posibilidad de que los lazos familiares que vinculen al testador con el Notario sirven para relajar, variar, mutar o influir en la decisión y en la voluntad del testador, o que incidan en un menor rigor o celo profesional del Notario Público quien debe ser meticuloso con las escrituras públicas y en especial con el cumplimiento de las formas testamentarias.»[173]

En contraste, resulta interesante mencionar la postura de Guillermo Lohmann, quien señala que, «A diferencia de la anulabilidad, la nulidad, tal como

(171) Ver: Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 516 y 517.

(172) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 328.

(173) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 84.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

rectamente debe ser concebida, apunta a proteger intereses superiores a los de quienes son parte del negocio o a resguardar ciertos principios generales. Por eso, si el acto no tiene un problema intrínseco (objeto, finalidad, simulación), si no tiene vicio en el agente (incapacidad o falta de manifestación de voluntad), si la ley no lo declara específicamente nulo y si ha cumplido con las formalidades que permiten reputarlo válido, ¿qué poderosa razón habría para considerarlo nulo? El caso se hace obvio cuando el testamento ha sido otorgado ante notario impedido, pero que a pesar de ello resulta inobjetable en todo lo demás, con pulcritud y prolijidad. Pues bien, en la opción entre tenerlo como válido y conceder su nulidad no habiendo, como de hecho no hay, sanción explícita por haber intervenido notario impedido, sin duda que optaría por la conservación.»[174]

Creemos que el juez deberá analizar cada caso atendiendo a la complejidad de las circunstancias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(174) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 462.

**PERSONAS IMPEDIDAS DE SER TESTIGOS TESTAMENTARIOS**

**Artículo 705**.- Están impedidos de ser testigos testamentarios:

1.- Los que son incapaces de otorgar testamento.

2.- Derogado.

*Este inciso fue derogado por la única disposición complementaria de la Ley n.° 29973, publicada el 24 de diciembre de 2012. El texto original del precepto era el siguiente:*

*2.- Los sordos, los ciegos y los mudos.*

3.- Los analfabetos.

4.- Los herederos y los legatarios en el testamento en que son instituidos y sus cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos.

5.- Los que tienen con el testador los vínculos de relación familiar indicados en el inciso anterior.

6.- Los acreedores del testador, cuando no pueden justificar su crédito sino con la declaración testamentaria.

7.- El cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y los dependientes del notario o de otros notarios.

8.- Los cónyuges en un mismo testamento.

El artículo 705 regula los supuestos de personas impedidas de ser testigos testamentarios. Analicemos en detalle el precepto:

a) Los que son incapaces de otorgar testamento (inciso 1)

Como se recuerda, el artículo 687 establece que se encuentran imposibilitados de otorgar testamento los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46; y los comprendidos en el artículo 44, incisos 6, 7 y 9. Este tema ya ha sido analizado por nosotros en su oportunidad.

En ese sentido, se comprende plenamente la lógica del inciso 1 del artículo, pues quien no puede otorgar testamento no debería poder ser testigo testamentario, es decir de un acto que él mismo no puede realizar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO PEYRE

b) Los analfabetos (inciso 3)

Como ya hemos estudiado, la función del testigo testamentario implica la de leer el testamento, la misma que no podría realizar si tiene la condición de analfabeto.

c) Los herederos y los legatarios en el testamento en que son instituidos y sus cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos (inciso 4)

Resulta muy claro que este impedimento tiene su base en evitar conflictos de interés, los mismos que se presentarían de poder ser testigos testamentarios las personas mencionadas en el inciso 4 del artículo bajo comentario, en la medida en que su sola presencia podría influir para que el testador disponga de una u otra forma en favor de ellos (herederos o legatarios o de sus parientes).

d) Los que tienen con el testador los vínculos de relación familiar indicados en el inciso anterior (inciso 5)

La razón del inciso 5 se basa en similares consideraciones de conflicto de interés que las que motivan el inciso 4.

No obstante, pensamos que el cónyuge debería estar incluido en este supuesto, además del conviviente (Ver: *Tentaciones académicas*,[175] dado que, al no ser el cónyuge pariente del testador, podría interpretarse equivocadamente que se encuentra excluido, pues las personas que tienen con el testador vínculos de relación familiar son únicamente los ascendientes, descendientes y hermanos, que son los parientes mencionados en el inciso 4 del artículo 705 del Código Civil).

e) Los acreedores del testador, cuando no pueden justificar su crédito sino con la declaración testamentaria (inciso 6)

Es evidente que la sola presencia como testigo testamentario puede influir para que el testador incluya dentro de sus disposiciones testamentarias algunas que tiendan a favorecer a esos testigos y de las cuales no exista otra constancia que el propio testamento. Una de ellas (no la única) sería el reconocimiento de deuda en favor de ese testigo testamentario. De ahí

(175) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 517 y 518.

la disposición del inciso 6 del artículo 705. No obstante, en lo personal hubiésemos preferido que el precepto mencionara, además del reconocimiento del crédito a favor del testigo, cualquier otro beneficio similar.

f) El cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y los dependientes del notario o de otros notarios (inciso 7)

El inciso 7 busca que exista absoluta independencia entre el notario ante quien se otorga testamento y las personas que intervienen como testigos del otorgante. No se quiere que sean parientes ni tampoco dependientes de ese o de otros notarios, para tratar que no se produzca conflicto de interés. Por eso la ley exige que el testamento por escritura pública sea leído por el notario y un testigo, y que la cubierta del testamento cerrado sea leída por el notario y por uno de los testigos. Esta pluralidad de lectores se basa, precisamente, en la necesidad de que personas, que son independientes entre sí, puedan dar fe de lo que lean; todo ello, en obvio beneficio del testador.

Creemos que la norma también debió incluir en esta relación, con mayor razón, a otros notarios (no sólo a sus dependientes).

Cabe señalar que la jurisprudencia, a través de la Casación n.º 2653-2011-Lima, de fecha 29 de mayo de 2012, con meridiana claridad determinó que los dependientes del notario a quien refiere la norma son quienes tienen relación laboral con aquél, «Los dependientes del notario a que hace alusión la norma se refieren a aquellas personas que tienen relación laboral con el notario. Sexto. Se denuncia la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 705 inciso 7 del Código Civil, al respecto debe mencionarse que, a la fecha de suscripción del testamento del 7 de marzo del 2006, no se encuentra acreditado que los testigos en aquella fecha hayan tenido vínculo laboral con el notario. En efecto de los documentos actuados, uno de los testigos ha girado recibos por honorarios no en la fecha de suscripción del testamento, no existiendo medio probatorio que acredite lo contrario en tal sentido no se encuentra inmerso en la causal del artículo 707 inciso 7 del Código Civil: más aún si esta persona respondiendo el pliego interrogatorio y no a la pregunta: "usted ha sido dependiente del notario en la fecha del 7 de marzo de 2006" ha señalado lo siguiente: "no es verdad, fue circunstancial no he sido dependiente"; lo propio sucede con la testigo que tampoco se observa del proceso que en aquella época haya tenido relación de dependencia con el Notario que suscribió el testamento. Debe mencionarse muy por el contrario de lo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sostenido por la Sala de Mérito, los dependientes del notario a que hace alusión la norma se refiere a aquellas personas que tienen relación laboral con el notario y no como lo sostiene la Sala de Mérito al sostener que "el impedimento no necesariamente se configura cuando el testigo mantiene un vínculo laboral con el notario sino también cuando existe otro tipo de relación contractual que denote dependencia". De lo expuesto se aprecia que el elemento diferenciador del contrato de trabajo respecto al contrato de locación de servicios es la subordinación del trabajador a su empleador, lo cual le otorga a este último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo para el que se les contrata (ejercicio del poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario)"; en tal sentido no existe una relación de dependencia en el contrato de locación de servicios por no encontrarse el elemento predominante de toda relación laboral el cual es la subordinación (dependencia), lo que en este tipo de contrato de locación de servicios no existe. Por tales razones se observa que el *Ad quem* ha realizado una interpretación errónea del artículo 705 inciso 7 del Código Civil.»[176]

g) Los cónyuges en un mismo testamento (inciso 8)

Un cónyuge no puede ser testigo del otro, cuando éste otorga testamento. Una vez más, se quiere evitar los conflictos de interés, además de evitar la presión que constituiría para el otorgante el hecho de que su cónyuge sea testigo de su testamento.

Augusto Ferrero, citando a Lanatta, resalta que éste «hace una invocación para que los tribunales apliquen esta norma de acuerdo a las tendencias más liberales de la doctrina, teniendo en cuenta la buena fe del testador, el error común sobre la condición del testigo y la validez que debe concederse a dicha capacidad.»[177]

No concordamos con tan ilustrado parecer, en la medida en que la prohibición legal es clara y creemos que la invocación de buena fe no bastaría para permitir que el cónyuge pueda ser testigo testamentario. Creemos, por lo demás, que se trataría de una presión enorme e indebida en perjuicio del testador.

(176) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 606.
(177) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 220.

## VALIDEZ DEL TESTAMENTO OTORGADO CON TESTIGO IMPEDIDO

**Artículo 706.-** Al testigo testamentario cuyo impedimento no fuera notorio al tiempo de su intervención, se le tiene como hábil si la opinión común así lo hubiera considerado.

Uno podría preguntarse cuáles serían las consecuencias del hecho de que hubiera intervenido en el otorgamiento del testamento por escritura pública o cerrado, un testigo que estaba impedido de hacerlo. Creemos que ella debería ser, como regla general, la nulidad del testamento. Decimos esto, en la medida en que los testamentos son actos fundamentalmente formales y la ausencia de una de esas formalidades debería acarrear la nulidad del acto. De lo contrario, carecería de objeto el que se establezca formalidad alguna, si su incumplimiento va a resultar intrascendente.

Ahora bien, el artículo 706 regula como casos de excepción aquéllos en que el testigo testamentario tuviera un impedimento que no fuese notorio al tiempo de su intervención, supuesto en el cual se le tiene como hábil si la opinión común así lo hubiera considerado.

Entendemos que esta norma se refiere única y exclusivamente a los supuestos contenidos en los incisos 1 y 3 del artículo 705, es decir a quienes son incapaces de otorgar testamento (en la medida en que no hubiese sido notorio ese impedimento) y a los analfabetos, que se hubiesen encontrado en esa misma situación de inadvertencia del impedimento. Los demás impedimentos podrían no haberse advertido, pero existen razones legales que hacen que las personas en ellos señaladas no puedan intervenir como testigos testamentarios, por existir o evitar que existan conflictos de interés.

En realidad, consideramos que la norma puede resultar discutible, pero en este caso, como en muchos otros, el legislador de 1984 ha decidido apostar por el principio de conservación del acto jurídico.

En esa línea, Guillermo Lohmann comenta, «Consciente el legislador de que varios de los impedimentos no pueden ser constatados o certificados en el acto mismo de la facción del testamento, permite su participación si el impedimento no fuera notorio según la opinión común. El asunto es que reducido el punto a controversia judicial, quien encarna la opinión común es el juez. Es

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el juez quien decide si el impedimento era notorio o no, auscultando lo que en determinadas circunstancias podría pensar, conocer, saber o advertir el hombre de calidad media. Con lo cual, a la postre, el valor de la intervención del testigo se concreta en dos elementos: la opinión común y el grado de notoriedad. Más subjetividad, imposible.»

Asimismo, resulta importante traer a colación lo mencionado por Cornejo Fava, cuando señala que, «Es pertinente, asimismo, interrogarse acerca del concepto de "opinión común" a que se contrae la norma comentada para efectos de tener como hábil al testigo testamentario cuyo impedimento no fuera notorio al tiempo de su intervención. Estimamos que esta expresión alude a que, para efectos de la determinación de la habilidad del llamado a intervenir como testigo testamentario en momento ya determinado, quien tenga que efectuar la calificación a que alude el artículo en comentario deberá considerar cuál sería el criterio, el parecer, la "opinión", que expresarían personas comunes, vale decir, personas capaces de discernimiento, dotadas de sentido común, de diligencia ordinaria. No se trata de que, en el caso concreto, deba consultarse el parecer de personas de esas características para establecer la "opinión común' a que se contrae la norma. Se trata –fundamentalmente– de apreciar, de valorar, la aptitud, la capacidad, de la persona interviniente como testigo testamentario con el criterio que daría lugar a una "opinión común" es decir general, corriente, ordinaria; con el criterio que expresaría una persona prudente, de una diligencia ordinaria.»[178]

En materia registral, observamos el criterio sustentado en las Resoluciones n.º 140 y 141-2021-SUNARP-TR-A, de fecha 25 de marzo de 2021, que determina que, «No corresponde a las instancias registrales calificar si los testigos tenían impedimento para participar en el otorgamiento del testamento, pues esta verificación es exclusiva competencia del notario.»[179]

(178) Cornejo Fava, María Teresa. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 191.

(179) Véase: Gaceta Jurídica. (25 de marzo de 2021). *Resolución n.° 140-2021-SUNARP-TR-A.* Consultado en : https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/140-2021-SUNARP-TR-A_unlocked.pdf

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# CAPÍTULO QUINTO
# TESTAMENTO OLÓGRAFO

## Testamento ológrafo. Formalidades

**Artículo 707.-** Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 699.

Para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador.

*El primer párrafo del artículo 707 fue objeto de modificación legislativa, razón por la cual el texto en actual vigencia no corresponde al Código Civil de 1984. Tal modificación se produjo en virtud de la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley n.º 29973, publicada el 24 de diciembre de 2021. El texto original era el siguiente:*

***Artículo 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.*

---

El artículo 707 del Código Civil se encarga de regular las formalidades del testamento ológrafo. En ese sentido, establece que el mismo sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador.

No olvidemos que el testamento ológrafo es aquel que, en principio, era entendido como redactado íntegramente por el otorgante, de puño y letra. No obstante, tal situación ha variado desde la modificación legislativa del año 2021, en la medida en que se ha establecido que, si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo dispuesto en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 699, precepto correspondiente al testamento cerrado, el mismo que, como hemos visto, puede ser otorgado de puño y letra o a máquina, siempre y cuando se encuentre firmado en cada una de sus páginas.

Incluso en lo que respecta al tema de la firma, podría ocurrir que el otorgante tenga dificultad para hacerlo, caso en el cual la firma podría ser sustituida por su huella digital.

Esto significa que ahora, en tales casos, el testamento ológrafo bien podría ser redactado en computadora, si la persona tuviera alguna discapacidad que le impidiera escribir de puño y letra o, incluso en el caso en que tuviera alguna discapacidad visual y le resultara mucho más accesible el empleo de un procesador de textos.

Como venimos estudiando, el segundo párrafo del artículo 707, bajo comentario, establece que, si el testamento ológrafo lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del inciso 1 del artículo 699. Si se tratase de una persona con seria discapacidad por deficiencia visual, el testamento incluso podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación.

Entendemos, incluso, que si la persona tuviera serias dificultades visuales y le resultara difícil firmar, incluso podría considerarse válido el testamento redactado a máquina y que estuviera firmado al final del texto; ello, en la medida en que se encuentre contenido en un sobre cerrado.

Por razones obvias, es difícil encontrar jurisprudencia que responda a la reciente modificación legislativa. La que hemos encontrado se alinea con el texto de la norma que estuvo vigente hasta hace muy pocos años.

Es el caso de la Casación n.º 4327-2007-Lima, de fecha 15 de noviembre de 2007, la misma que ha determinado que el testamento ológrafo debe ser redactado por la propia mano del testador: «*Cuarto.* Para este tipo de testamento no se exige la denominada unidad de contexto, tal y como se exige en el testamento por escritura pública y en el testamento cerrado, en la medida en que se pueda permitir al testador expresar en diversos momentos los distintos puntos de regulación destinados a la atribución de su patrimonio para el momento de su muerte. *Sexto.* El testamento ológrafo se distingue por incorporar a su estructura típica una forma *ad solemnitatem*, también denominada *ad substantiam*, configurativa de la específica autorregulación, es decir, una forma que es indispensable para identificar al tipo, incidiendo en consecuencia

sobre su propia calificación. *Sétimo.* La característica principal del testamento ológrafo es que debe ser autógrafo, es decir, redactado por la propia mano del testador, lo que excluye la posibilidad de que pueda efectuarse por algún tipo de medio mecánico (máquina de escribir, computadora, etc.) o por otra persona, (por ejemplo, a través de un dictado), ya que inducen las características individuales reveladoras precisamente de la proveniencia del declarado.»[180]

También tenemos la Casación n.º 1292-2004-Cusco, de fecha 28 de febrero de 2006, en la que se ha resaltado que el testamento ológrafo debe cumplir con todos sus requisitos esenciales para ser protocolizado, «Si bien el artículo ochocientos veinticuatro del Código Procesal Civil permite que si la solicitud de comprobación de testamento en procedimiento no contencioso es rechazada, puede ser nuevamente intentada en proceso de conocimiento, ello no significa de que en el nuevo proceso tenga que prescindirse de las formas esenciales de los testamentos. [...] Que, es por ello, que si en un proceso de conocimiento de comprobación de testamento ológrafo, se comprueba que es auténtica la firma del testador, pero no ha sido totalmente escrito y fechado por él, se estaría reuniendo solamente uno de los requisitos esenciales de dicho testamento, pero no los otros, por lo que no podría ampararse la demanda.»[181]

La regla es que el testamento ológrafo también deberá estar fechado y firmado por el testador.

Sobre la firma, Luis Echecopar García ha señalado que, «Generalmente se pone el nombre y apellido. La ley no exige que se firme cada hoja del testamento, pero es más aconsejable a fin de evitar sustituciones. La firma debe ser la misma que se usa habitualmente. Hay casos en que se ha admitido como válida la firma que se ha puesto sin el nombre y apellido pero con un título como, "Yo Obispo de tal parte", o con un seudónimo usado habitualmente por el testador, siempre y cuando no se deje la menor duda acerca de la identidad del firmante.»

Se entiende que el legislador haya impuesto todas estas formalidades para el testamento ológrafo, en la medida en que el testamento ológrafo es el único de los testamentos ordinarios, que en el Perú no requiere la intervención de notario público. Es muy probable que el otorgante deje a buen recaudo

(180) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 608 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, pp. 395-396.

(181) Véase: LP - Pasión por el Derecho. (23 de diciembre de 2022). «¿Existe un plazo de caducidad que origine la extinción del derecho a heredar?» [Casación 1292-2004-Cusco]. Consultado en: https://lpderecho.pe/existe-plazo-caducidad-origine-extincion-derecho-heredar-casacion-1292-2004-cusco/

el testamento ológrafo, sea en manos de un tercero, sea dentro de sus efectos personales cotidianos, a efectos de que pueda ser encontrado y hecho valer después de su muerte. Pero el testamento ológrafo, sin duda, presenta algunos problemas, en la medida en que, a la muerte del causante, podrá discutirse, con mayores probabilidades de éxito, la eventual presencia de un vicio de nulidad o, incluso, su autenticidad, por lo que en no pocas ocasiones es necesaria la realización de pericias grafológicas a este respecto.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[182] ya proponíamos que se adicionara al texto original del artículo 707, que el testamento debía ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de cinco años contados desde la muerte del testador.

Esas ideas se inspiraban en el pensamiento del profesor Lohmann,[183] cuando expresaba que la regla del artículo 707 supeditaba la eficacia del testamento ológrafo, a su comprobación y protocolización, lo que no era correcto. La inobservancia de este requisito no era sancionada con nulidad, por lo que dichas formalidades sólo cumplían una función probatoria. No cabe duda de que el legislador se equivocó, o tal vez su intención fue otra; pudiendo concluir en que, si el artículo 811 sanciona con nulidad al testamento que infrinja lo dispuesto en el artículo 707, la validez del testamento ológrafo depende de la comprobación y protocolización del mismo –eso debió haber sido lo lógico–.

Años más tarde la jurisprudencia ratificó este criterio a través de la Casación n.° 2651-2001-Lima, de fecha 12 de agosto de 2002, señalando que, «El plazo de protocolización de un testamento ológrafo se computa desde la muerte del causante hasta el momento de la solicitud para la comprobación del testamento y no a la fecha de la resolución judicial, que es un acto ajeno a la voluntad de los interesados. *Tercero.* El segundo párrafo del artículo 707 del Código Civil, con relación al testamento ológrafo establece, para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador. *Cuarto.* El artículo 711 del Código citado, en cuanto a protocolizar el testamento, señala que, comprobada la autenticidad del testamento y el cumplimiento de sus requisitos de forma, el juez mandará protocolizar el expediente; concordando dicha norma con el artículo 707 materia de análisis, se tiene que el plazo legal dentro del cual puede ser presentado el testamento ológrafo para su comprobación judicial se

(182) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 518 y 519.

(183) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 1995, p. 663.

ha establecido que es de un año. *Quinto*. En el caso materia de litis, el plazo a computarse es de un año al momento de presentarse la solicitud para la comprobación del testamento al Juez y no a la fecha de la resolución de éste, que es un acto ajeno a la voluntad de los interesados y por lo tanto, no puede vulnerar sus derechos.»[184]

No cabe duda de que el plazo puede resultar muy breve. Como ejemplifica Lohmann, «el depositario de documentos del difunto no tiene por qué saber que, entre ellos, o en un sobre sin referencia, figura un testamento. Es también estrecho si el testador ha sido declarado muerto por presunción legal, lo que equivale a decir que se necesitará por lo menos dos años desde la desaparición y fecha de la probable muerte (artículos 63 y 65 del Código Civil) para declarar efectivamente muerta a una persona. Lo saludable debió haber sido establecer un plazo de tres años para compatibilizar el plazo determinado por los artículos señalados.»[185]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(184) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 608 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, tomo II, pp. 396-397.

(185) *Loc. cit.*

**PRESENTACIÓN DE TESTAMENTO OLÓGRAFO ANTE EL JUEZ**

**Artículo 708.-** La persona que conserve en su poder un testamento ológrafo, está obligada a presentarlo al juez competente dentro de los treinta 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 artículo 707.

Hemos señalado con ocasión de nuestro análisis del artículo 707 que resulta usual que la persona que otorgue testamento ológrafo confíe su cuidado y conservación a alguna persona de su absoluta confianza, para que cuando muera y se abra la sucesión, presente el testamento al juez competente.

Nótese de la importancia de la labor de esta persona de confianza, en tanto si ella no lo presentase o negara su existencia, pues en los hechos se tratará de una sucesión intestada, a pesar de que en realidad existía testamento; por la sencilla razón de que probablemente nadie conocerá de su existencia o, incluso conocieran de ella, nada se podrá hacer si el que lo debió conservar y presentar negara dicha existencia.

Algunos autores como Theodor Kipp han expresado su preocupación por la forma del testamento ológrafo, «Tales peligros son, principalmente, la posibilidad de impulsar al testador, calladamente, por medio de sugestiones, a que otorgue un testamento de determinado contenido; además, la posibilidad de hacer desaparecer el testamento y la gran facilidad para falsificarlo; por otra parte, también, la posibilidad siempre abierta para los herederos legales desengañados, de discutir la autenticidad del testamento y obligar, con ello, al designado en él, a una prueba que puede resultar muy difícil, porque los cotejos de escritura autógrafa no dan con frecuencia más que resultados inciertos. Con lo cual puede hacerse fracasar la voluntad del testador. La forma del testamento ológrafo, por más sencilla que parezca, conduce a graves dudas y es origen de numerosos pleitos. Una forma semejante no es ciertamente la ideal.»[186]

En contraste, Luis Echecopar García sostiene, «Pero nos hemos decidido firmemente por la aprobación del testamento ológrafo, tal como ha sido

(186) KIPP, Theodor. *Derecho de Sucesiones*. Traducido de la octava revisión alemana. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1930, tomo V, p. 83.

introducido, porque el temor al error no puede justificar su eliminación, en un país tan extenso como el nuestro, con comunicaciones tan difíciles y con organización notarial tan limitada en determinados lugares y en que la supresión del testamento ológrafo podría significar la imposibilidad de otorgar testamento para gran parte de nuestra población rural y no poca de la urbana. Si resultara alguno perjudicado por darse validez a un testamento falsificado, habrá seguramente mayor número de casos en que una persona pueda heredar porque se ha introducido la forma ológrafa en el país.»[187]

Por lo demás, esa presentación del testamento ológrafo ante el juez competente deberá hacerse dentro de los treinta días de tener conocimiento de la muerte del testador, bajo responsabilidad por el perjuicio que ocasione su dilación. Esto significa que, si se presenta después, el testamento no perderá validez. Sólo que en esta dilación podrá causar daños y perjuicios en los herederos testamentarios o legatarios, quienes tendrían todo el derecho de reclamar de la persona que custodiaba el testamento ológrafo una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Resulta claro para nosotros que esta persona deberá indemnizar sólo en caso la dilación haya obedecido a dolo o culpa suya, debiéndose aplicar las normas de inejecución de obligaciones, específicamente el artículo 1321, dado que el haber aceptado custodiar y entregar el testamento calificaría como un contrato de prestación de servicios en la modalidad de locación de servicios o, incluso, como uno de depósito.

En el testamento ológrafo esta labor de custodia y conservación del documento será doblemente importante, no sólo por lo evidente, sino también por el hecho de que, como los testamentos ológrafos no pasan por la intervención de un notario público, no se va a realizar una inscripción registral preventiva sobre la existencia de ese testamento, lo que implica que podría darse perfectamente el caso en que nadie conozca (salvo quien lo custodia y conserva) que el causante había otorgado testamento.

Además, dado que no lo va a conservar un notario público, no necesariamente quien lo haga adoptará las medidas de seguridad y pulcritud debidas, por lo que podría ocurrir que el testamento se pierda o deteriore por cualquier circunstancia que le sea o no imputable.

(187) Echecopar García, Luis. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 111.

## Apertura judicial de testamento ológrafo

**Artículo 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 a 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 Procesal Civil que fueran aplicables.

Solo 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.

En caso de un testamento otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación, la comprobación se hará sobre la firma y huella digital del testador.

*El artículo 709 en vigencia es resultado de la modificación operada por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley n.° 29973, publicada el 24 de diciembre de 2021. El texto original era el siguiente:*

***Artículo 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.*

*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.*

El artículo 709 se encarga de regular el tema de la apertura de testamento ológrafo. Para tales efectos, señala que presentado el testamento ológrafo con la copia certificada de la partida de defunción del testador o declaración judicial

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de muerte presunta, el juez, con citación a los presuntos herederos (en realidad hubiese sido más propio decir «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 Procesal Civil que fueran aplicables. El precepto se está refiriendo a los artículos 817 y siguientes del Código Procesal Civil, en lo que resulte aplicable a los testamentos ológrafos. Tales normas ya han sido citadas por nosotros en esta parte de la presente obra.

Al respecto, Benjamín Aguilar precisa que, «Se entiende que en la solicitud de comprobación y protocolización del testamento ológrafo, aparte de acreditar la legitimidad e interés para obrar, deberá indicarse a los presuntos herederos que deberán ser convocados por el juez para la audiencia respectiva.»[188]

El artículo 709 finaliza señalando que solamente 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. Sin duda, se trata de una medida de seguridad muy pertinente.

No obstante, debemos tener en cuenta que, de acuerdo con lo ya explicado, el testamento ológrafo, en la actualidad, podría haber sido incluso otorgado a través de un ordenador o computadora o, también, a través del sistema braille u otro, ante la imposibilidad física del testador. En estos casos resulta evidente que no habrá cotejo de la letra del testador, sino sólo de la firma.

Pero también podría ocurrir que el testador no hubiera firmado el testamento, sino únicamente colocado su huella digital, caso en el cual el cotejo, es obvio, se limitará a verificar la autenticidad de la firma.

Es por ello que el artículo 709, bajo comentario, concluye estableciendo que en caso de un testamento otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación, la comprobación se hará sobre la firma y huella digital del testador. La solución legal resulta obvia, en la medida en que el sistema de escritura no aportará elemento alguno que permita la identificación del testador. Entendemos, sin embargo, que, como lo hemos expresado, habrá casos en que el cotejo no se circunscribirá a la firma y huella, sino a la firma o huella dactilar.

(188) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 352.

Antes de concluir, debemos señalar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[189] pensábamos que este artículo podría ser derogado. Ello, porque, como decíamos, a pesar de no haber sido derogado expresamente, el mismo había sido abrogado por los artículos 817 a 825 del Código Procesal Civil de 1993. En virtud de estas consideraciones es que pensábamos que resultaba consecuencia natural derogar de manera expresa el artículo 709 para evitar cualquier duda al respecto.

En el mismo sentido, Guillermo Lohmann ha señalado, «El artículo 709 C.C. –que, como he dejado dicho, está implícitamente derogado, salvo su último párrafo– establece que la apertura se hace con citación de los presuntos herederos.»[190]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(189) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 519 y 520.

(190) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 499.

## Traducción oficial de testamento

**Artículo 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. Igualmente, el juez podrá nombrar un traductor si el testamento hubiera sido otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación. La versión será agregada al texto original, suscrita por el traductor con su firma legalizada por el secretario 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.

*El primer párrafo de este artículo es fruto de la modificación producida por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley n.° 29973, publicada el 24 de diciembre de 2012. El texto original del artículo era el siguiente:*

***Artículo 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 secretario 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.*

---

El artículo 710 del Código Civil trata acerca de la traducción oficial del testamento.

En general, nuestro estudio y también las normas del Código que hemos estado analizando han partido de la idea de que el testamento ha sido otorgado en idioma castellano. Por lo demás, hay que señalar que, si se tratase de un testamento por escritura pública, el mismo normalmente será otorgado en idioma castellano, quechua o aimara (si estos últimos fueren de entendimiento

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por parte del notario), pues el idioma oficial del Perú es el castellano y, en donde predominen, el quecha, el aimara y las demás lenguas aborígenes (artículo 48 de la Constitución Política de 1993).

Cabe señalar que, en nuestro país, quienes realizan la traducción de documentos que requieran apostilla o legalización, son los Traductores Públicos Juramentados o Traductores Colegiados Certificados, quienes son profesionales independientes, y cumplen la función de efectuar traducciones oficiales escritas de documentos de un idioma extranjero al castellano (traducción directa) y del castellano a un idioma extranjero (traducción inversa).

Ahora bien, hablando de los testamentos en general, es evidente que el testador podría sentirse más cómodo otorgándolo en un idioma extranjero, por no tener suficientes conocimientos del español. Para estos efectos, independientemente de si el otorgante es peruano o extranjero, el juez nombrará un traductor oficial.

Pero podría suceder que el testador, además de haber otorgado testamento en idioma distinto a los oficiales en el Perú, sea de nacionalidad distinta a la peruana. En este caso el artículo 710 dispone que la traducción será hecha con citación del cónsul del país de su nacionalidad, si lo hubiera. Esto, naturalmente, para otorgar una mayor fidelidad y veracidad a la traducción del testamento.

Por otra parte, si el testamento hubiera sido otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación, el juez podrá nombrar un traductor. Esta disposición resulta muy lógica.

En todos estos casos, la versión traducida del testamento al español será agregada al texto original, debiendo suscribirla el traductor legalizando su firma ante el secretario de juzgado. El artículo bajo comentario redondea estas seguridades al establecer que el juez autenticará también este documento con su firma entera y con el sello del juzgado.

La norma concluye estableciendo que lo dispuesto en el artículo 710 también es aplicable en la comprobación del testamento cerrado, si se presentaran los casos descritos en la norma. Obviamente no extiende los efectos a los testamentos otorgados por escritura pública, en la medida en que ellos deben ser otorgados en idioma oficial del Perú.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Protocolización del expediente

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

Según el artículo 64 de la Ley del Notariado, por la protocolización se incorporan al registro de escrituras públicas los documentos que la ley, resolución judicial o administrativa ordenen.

Esto va a permitir que el mismo derive en las ulteriores inscripciones registrales que deseen realizar los herederos o legatarios beneficiados en ese testamento.

En esa línea, Echecopar, citado por Lohmann, precisa que, «Una vez protocolizado el testamento ológrafo adquiere la condición de instrumento público y, por lo tanto, valor probatorio completo (artículo 235 del Código Procesal Civil). Al igual que para el caso del testamento cerrado, según el artículo 823 del Código Procesal Civil, ya mencionado, la resolución que pone fin al proceso de comprobación del testamento no prejuzga la validez formal del testamento ni la del contenido de las disposiciones testamentarias.»

Ello sólo procederá luego de que el juez haya comprobado la autenticidad del testamento y el cumplimiento de sus requisitos de forma.

Así también lo señala la Resolución n.º 069-2021-SUNARP-TR, de fecha 26 de abril de 2021, «Para que el testamento ológrafo produzca efectos debe ser protocolizado previa comprobación judicial. Para que el testamento ológrafo produzca efectos debe ser protocolizado previa comprobación judicial, cumplida esta exigencia el testamento se convierte en instrumento público susceptible de tener acogida registral.»[191]

Adicionalmente, sobre el plazo, conviene señalar que, en la Casación n.º 2651-2001-Lima, de fecha 12 de agosto de 2002, se precisa que, «El plazo de protocolización de un testamento ológrafo se computa desde la muerte del causante hasta el momento de la solicitud para la comprobación del testamento

(191) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 609.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y no a la fecha de la resolución judicial, que es un acto ajeno a la voluntad de los interesados.»[192]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[193] pensábamos, inspirándonos en la propuesta de Guillermo Lohmann,[194] que podría adicionarse un segundo párrafo al artículo bajo comentario, para que el mismo dijera: «Protocolizado el testamento, el notario deberá cursar los partes correspondientes al registro de testamentos para su inscripción.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(192) *Loc. cit.*

(193) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 521 y 522.

(194) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 1995, tomo II, pp. 381 y ss.

# CAPÍTULO SEXTO
# TESTAMENTO MILITAR

## Testamento militar

**Artículo 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.

---

Entendemos que cuando el legislador de 1984 se refirió en el artículo 712 del Código Civil a «tiempo de guerra», en realidad se estaría refiriendo a una guerra exterior. No olvidemos que eran tiempos convulsos en el aspecto de las relaciones exteriores del Perú con dos de sus vecinos. El 1975, casi tenemos una guerra con Chile y en 1981, tres años antes de la promulgación del Código de 1984, tuvimos el denominado Conflicto de Falso Paquisha con el Ecuador, el mismo que se replicó con la Guerra del Cenepa en 1995, con el mismo país. Lo que queremos decir es que el escenario de un conflicto bélico externo no era algo ajeno a la realidad. Pero también en el frente interno el país tuvo que afrontar, a partir de 1980, el terrorismo de Sendero Luminoso y el MRTA, en conflicto que no cesa hasta el momento en que escribimos estas páginas.

La norma bajo análisis únicamente se refiere a las guerras propiamente dichas y no al combate de grupos terroristas dentro del territorio nacional, el mismo que nunca calificó como conflicto armado. Los terroristas no eran, de acuerdo a los tratados internacionales sobre la materia, una fuerza beligerante. Nunca dejaron de ser delincuentes y asesinos que se alzaron en armas de manera ilegítima contra el Estado de Derecho. Lo demás es tratar de reconstruir la historia de manera deformada y antojadiza; lo que no sólo ha ocurrido en el Perú sino en varios otros países. El caso más ilustrativo puede ser España con respecto a la (ahí sí lo fue) Guerra Civil (1936-1939).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por lo demás, el testamento militar implica la existencia de un peligro latente, habida cuenta de que las actividades militares de una guerra siempre conllevan el riesgo de morir en cualquier momento.

Para Augusto Ferrero, «El testamento militar es el acto jurídico que pueden otorgar determinadas personas en circunstancias especiales. Reemplaza al testamento en escritura pública y al cerrado. No así al ológrafo que, como se ha visto, se puede otorgar en cualquier ocasión.»[195]

El testamento militar no comprende a todas las personas, sino solamente a las siguientes:

a) Miembros de las Fuerzas Armadas

Se trata del Ejército Peruano, la Marina de Guerra del Perú y la Fuerza Aérea del Perú.

El testamento militar comprende a los integrantes de estas fuerzas armadas que estén dentro o fuera del Perú, acuartelados o participando en operaciones bélicas.

b) Miembros de las Fuerzas Policiales

Al tiempo de promulgación y entrada en vigencia del Código Civil de 1984, la policía en el Perú estaba compuesta por tres fuerzas independientes: la Guardia Civil (GC), la Guardia Republicana (GR) y la Policía de Investigaciones del Perú (PIP).

El 7 de diciembre de 1988 fue publicada la Ley n.º 24949, promulgada el 6 de diciembre de ese año, en virtud de la cual se creó la Policía Nacional del Perú, habiendo unificado a los tres cuerpos preexistentes. Ello significó la modificación de la Constitución Política de 1979. La Constitución Política de 1993 recoge también a la Policía Nacional del Perú (PNP).

En ese sentido, la mención hecha en el artículo 712 del Código Civil a las fuerzas policiales debe entenderse efectuada a la PNP (Ver: *Tentaciones académicas*).[196]

(195) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 237.
(196) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 522.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El testamento militar comprende a los integrantes de la Policía que estén dentro o fuera del Perú, acuartelados o participando en operaciones bélicas.

c) Las personas que sirvan o sigan a dichas fuerzas

La norma se está refiriendo a los civiles que colaboren directa o indirectamente con las Fuerzas Armadas o la Policía, sirviendo junto con ellas o siguiéndolas, siempre con el objetivo de la defensa nacional. No se hace la precisión acerca de si deben ser peruanos, por lo que no debemos distinguir ahí donde la ley no distingue. El ejemplo histórico más notorio lo tenemos con el general argentino Roque Sáenz Peña, que luchó en la Guerra del Pacífico defendiendo al Perú y que años más tarde fuera presidente de su país.

d) Los prisioneros de guerra que estén en poder de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional o de las personas que sirvan o sigan a dichas fuerzas

Es un derecho que la ley reconoce a quienes hubiesen caído como prisioneros de las fuerzas que defienden al Perú.

e) Los prisioneros de las fuerzas que defienden al Perú que se encuentren en poder del enemigo, conforme a las Convenciones internacionales

Entendemos que la norma se refiere al Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, de 1949.

Finalmente, Guillermo A. Borda señala que estas normas testamentarias comprenderían también a quienes se encuentran en servicio secreto, «Creemos que también lo están los afectados al servicio secreto, si de las circunstancias en que deben desempeñar su misión resulta la imposibilidad o la dificultad notoria de usar de las formas ordinarias.»[197]

(197) Borda, Guillermo A. *Manual de Sucesiones*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 410.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**PERSONAS ANTE QUIENES SE PUEDE OTORGAR TESTAMENTO MILITAR**

**Artículo 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.

El artículo 713 se encarga de tratar acerca de las personas ante quienes se puede otorgar el testamento militar y cuáles son sus formalidades. Veamos:

a) Personas ante quienes se otorga

En lo que respecta a las personas frente a quienes se puede otorgar, debemos decir que son las siguientes:

a.1) Ante un oficial del destacamento, puesto o comando al que pertenezca el testador

La referencia a un oficial es hecha, a entender nuestro, con el propósito de que, si el testamento es otorgando ante un oficial, ello, al menos, constituye garantía de que el mismo se otorga frente a un militar o policía que tiene el grado de instrucción suficiente para conocer la importancia del acto testamentario. Ello, por más de que ese oficial no sea el jefe del respectivo destacamento.

a.2) Ante el jefe del destacamento, puesto o comando al que pertenezca el testador, aunque dicho jefe no tenga la clase de oficial

Este segundo supuesto, en el que se otorga testamento frente al jefe del destacamento, pone de relieve el hecho de que el mismo podría, eventualmente, no ser oficial. Pero, como se aprecia, el hecho de que sea el jefe del destacamento ya de por sí otorga alguna mayor importancia a ese militar o policía por sobre los demás.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a.3) Ante el médico o el capellán que lo asistan, si el testador está herido o enfermo

Es muy probable que aquello que motive a la persona a otorgar testamento militar, sea, como hemos señalado, el temor a la muerte. Este temor, sin duda, se acrecentará en caso el otorgante esté enfermo o herido. En tales supuestos, podrá otorgar testamento ante el médico que lo asista o ante el capellán, se entiende de su religión o cuyos auxilios espirituales acepte recibir.

En todos los casos antes señalados, para el otorgamiento del testamento militar se requiere de la presencia de dos testigos. No creemos que el hecho de que la mención a los testigos haya sido hecha luego de la referencia al testamento otorgado por el enfermo o herido sólo se circunscriba a estos casos. No habría razón para ello, en la medida en que la presencia de los testigos siempre es importante en el otorgamiento del testamento, salvo en el caso del ológrafo (testamento ordinario).

b) Formalidades

b.1) Que conste por escrito

El testamento militar, como todos los demás, debe constar por escrito, independientemente de que sea de puño y letra del testador o a máquina.

Al respecto, Augusto Ferrero señala que, «El Código no exige que la escritura la haga el testador, la persona ante la cual se otorga, o un testigo. En consecuencia, puede hacerla cualquiera; incluso persona distinta a las mencionadas siempre que estas firmen.»[198]

En esa línea, Manuel Muro Rojo y Alfonso Rebaza González comentan que, «Ante esta eventualidad, surge la posibilidad de que nos encontremos ante un testamento que, dadas las circunstancias, en la práctica, resulte siendo oral. En efecto, la norma bajo comentario admite la posibilidad de que el testamento sea redactado por persona distinta del testador; no obstante, la norma es expresa en señalar la

(198) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 240.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

firma del testador como requisito de validez de dicho acto, inclusive cuando el testamento haya sido redactado por persona distinta.»[199]

b.2) Que sea firmado por el testador

Este requisito es invariable en todo testamento. Sin la firma del testador no habrá testamento válidamente otorgado.

b.3) Que sea firmado por la persona ante la cual es otorgado

Ya hemos visto ante quiénes se puede otorgar testamento militar. Bueno, pues, esta persona también deberá firmar el testamento.

b.4) Que sea firmado por los testigos

Esta referencia, cuando la ley aborda en el segundo párrafo del artículo 713, la firma de los testigos, nos deja muy claro que la participación de testigos es indispensable en todos los casos en que se otorgue testamento militar.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[200] considerábamos que el segundo párrafo del artículo 713 podría ser mejorado en su redacción, además de establecer como requisito de validez del testamento militar, el que sea otorgado consignando los nombres tanto del testador, de la persona ante quien se otorga, así como de los dos testigos que dan fe del acto, ya que en la actualidad sólo resulta obligatorio que se consigne la firma de todas las personas mencionadas, mas no así sus nombres, omisión que resulta peligrosa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(199) Muro Rojo, Manuel y Alfonso Rebaza González. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 216.

(200) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 522 y 523.

## Trámite del testamento militar luego de su otorgamiento

**Artículo 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 artículo 712 y que hubiera muerto, se hallara un testamento ológrafo, se le dará el mismo trámite.

El artículo 714 regula el trámite que se debe dar al testamento militar.

El supuesto del cual parte el artículo 714 del Código Civil es aquel en el cual quien otorga testamento militar es un ciudadano peruano o que lucha por los intereses del Perú en el marco de una guerra. O a los prisioneros de guerra en poder de las fuerzas peruanas o enemigas.

De ahí que se establezca que el mismo se hará llegar, a la brevedad posible y por conducto regular, al respectivo cuartel general (se entiende de la correspondiente fuerza armada o policial), donde se dejará constancia de la clase militar o mando de la persona ante la cual ha sido otorgado.

El testamento luego será remitido al ministerio al que corresponda, es decir o al Ministerio de Defensa (si se tratase de una fuerza armada) o al Ministerio del Interior (si se tratase de la policía), el mismo que lo enviará al juez de primera instancia (debería entenderse, juez civil, de acuerdo a la nomenclatura adoptada por el Código Procesal Civil de 1993) de la capital de la provincia donde el testador tuvo su último domicilio.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que el otorgante no haya seguido todo el trámite que implica el otorgamiento de un testamento militar; y que, simplemente, lo hubiera otorgado de puño y letra y hubiera muerto en el curso de los acontecimientos bélicos. A estos efectos, el segundo párrafo del artículo 714, bajo comentario, señala que, si en las prendas de algunas de las personas a que se refiere el artículo 712 y que hubiera muerto, se hallara un testamento ológrafo, se le dará el mismo trámite (se entiende que igual al del testamento militar).

FONDO EDITORIAL PUCP

De otro lado, Guillermo Lohmann señala que, «[...] la penuria informativa del artículo que comentamos salta a la vista: ¿para qué se remite al juez?; ¿qué debe hacer el juez cuando reciba el testamento? Ante el vacío, fue necesario incorporar un precepto al Código Procesal Civil: se trata del artículo 825, según el cual el juez que reciba el testamento lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público y dispondrá que sea inscrito en el Registro de Testamentos. El legislador civil pensó que era necesaria la remisión para realizar la comprobación y protocolización. Pero ni eso es necesario en todos los casos, ni es posible que el juez lo haga de oficio sin que nadie se lo solicite. [...] La razón de inscribir el testamento en el Registro de Testamentos, como ha dispuesto el Código Procesal, obedece a la única intención de que lo sepan los sucesores o interesados. En efecto, el tercer párrafo del artículo 715 C.C. faculta a los sucesores a pedir la comprobación al juez, bien entendido que el testamento sea cerrado u ológrafo. Eso es natural. ¿Pero cómo habrían de saber qué juez es? Esa información la obtienen del Registro.»[201]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[202] pensábamos que se podría efectuar un agregado al final del primer párrafo del artículo 714, el mismo que señalara: «Tratándose de un prisionero de guerra extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores será quien remita el testamento a las autoridades pertinentes de su país de origen.»

Como fundamento, señalábamos que todos los casos contemplados en el artículo 713 no pueden tener el mismo tratamiento. Lo que queríamos decir era que debido a tales circunstancias lo más inteligente debió haber sido legislar teniendo en consideración cada situación en particular. En efecto, tratándose de prisioneros de guerra, si éstos fueran extranjeros, carece de sentido remitir el documento a un ministerio y luego al juez del domicilio del prisionero; frente a esto, como señalaba Lohmann,[203] la entrega debe hacerse al Ministerio de Relaciones Exteriores para que a través de él sea remitido a las autoridades pertinentes del país de origen del prisionero.

No obstante, ello ocurriría después de terminada la guerra o conflicto armado. Antes, sería difícil para el Ministerio de Relaciones Exteriores tratar estos temas con su par del país con el cual el Perú esté en conflicto. Las prioridades, obviamente, serán otras.

(201) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, pp. 511-512.

(202) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 523 y 524.

(203) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 1995, tomo II, p. 396.

### Caducidad del testamento militar

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

El plazo de caducidad se computa a partir 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 artículos 707, segundo párrafo, a 711.

Si el testamento otorgado en las circunstancias a que se refiere el artículo 712 tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador.

Se entiende que el testamento militar se otorga en el marco de circunstancias especiales, probablemente constitutivas de peligro de muerte, al otorgarse dentro de un conflicto armado, específicamente de una guerra. Entonces, los motivos que llevan al testador a otorgarlo y los fundamentos y disposiciones en él contenidas no necesariamente se considerarán pronunciadas dentro de un estado de normalidad.

Para Guillermo A. Borda, «El testamento militar es un remedio excepcional, que sólo se justifica por las circunstancias en que fue otorgado. No reúne, de modo plenamente satisfactorio, todos los requisitos que sería de desear para rodear de plenas garantías la expresión de la última voluntad. Por ello, tales testamentos valen solamente en tanto se mantengan las condiciones excepcionales que los legitiman.»[204]

En ese orden de ideas, el legislador de 1984 ha comprendido que el testamento militar, al no ser un testamento ordinario, tenga un plazo de caducidad

(204) Borda, Guillermo A. *Manual de Sucesiones. Op. cit.*, p. 412.

muy corto. Así, el artículo 715 establece que el testamento militar caduca a los tres meses desde que el testador deje de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias. En otras palabras, lo que quiere la ley peruana es que, si el testador está convencido de lo expresado en su testamento militar, pues o que lo ratifique en un testamento ordinario o que disponga lo que considere conveniente en un testamento de esta naturaleza, pues, de lo contrario, en tres meses caducará el testamento militar.

Nótese que el plazo se comienza a contar 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. Esto es lógico, independientemente de la fecha o momento en que hubiere otorgado el testamento militar.

No obstante, en cuanto al comienzo del cómputo del término inicial del plazo de caducidad, el mismo no va a tomar como referencia la desmovilización efectiva, sino la fecha del documento oficial que autoriza el retorno del testador, sin perjuicio del término de la distancia. Entendemos que el legislador de 1984 ha querido establecer un momento formal a partir del cual efectuar el cómputo de la caducidad. Al menos, estaremos en presencia del momento en el cual el excombatiente ya no seguirá siendo requerido para efectos de la guerra.

Al respecto, para Guillermo Lohmann, «[...] una cosa es la fecha del documento oficial que autorice el retorno del testador, otra la oportunidad en que llega a conocimiento del destinatario, y una tercera la posibilidad efectiva de regreso, en función de las circunstancias bélicas y posibilidades de regreso. Por lo tanto, es absurdo que el plazo se cuente desde la emisión del documento que autoriza el retorno, si por causas imprevisibles no llega al territorio nacional, lo cual a su vez es requisito conjunto.»[205]

Guillermo Lohmann tiene razón.

Resulta de evidencia que puede ocurrir que el testador sobreviva a la guerra, pero muera antes del plazo señalado para la caducidad. En este caso, 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 artículos 707, segundo párrafo, a 711.

El artículo 715 concluye señalando que, si el testamento otorgado en las circunstancias a que se refiere el artículo 712 tuviera los requisitos del

(205) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 513.

testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador. El mayor plazo de caducidad para este supuesto concreto se basa en el hecho de que, si bien se trata de un testamento militar, el mismo dispone de la formalidad de una de las modalidades de testamento ordinario. Nótese que aquí el legislador bien pudo optar por no establecer la caducidad del mismo, pero sí lo hizo en razón de las circunstancias en las cuales tuvo lugar su otorgamiento, las mismas que son, por naturaleza, especiales en cualquier ser humano.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[206] pensábamos que el artículo 715 podía ser derogado.

A pesar de que el testamento militar se otorga dentro de particulares circunstancias, las mismas que hacen temer al otorgante un fundado temor de morir en cualquier momento, si desea proceder a otorgarlo y así lo hace, no veíamos razón alguna para que, cesada la situación de peligro, empiece a correr un plazo de caducidad, expiración, invalidez, ineficacia o cualquier otra circunstancia que conduzca a que dicho testamento quede sin efecto.

Por el contrario, si el militar o el policía deja de estar en campaña y llega a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias y no lo hace, entendíamos que ello significaría que desea mantener como acto de última voluntad lo expresado en el testamento militar.

Resulta obvio que si alguna, algunas o todas las estipulaciones de dicho testamento ya no correspondieran a la actual voluntad del testador, dicha persona procedería a modificarla(s) o a revocarla(s) lo antes posible.

Por lo demás, la norma del último párrafo del artículo 715 establece que si el otorgado en las circunstancias a que se refiere el artículo 712 tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador. Entendemos que este supuesto será de aplicación si al testamento militar le hubiera faltado algún requisito para ser tal. Ahí podría valer como ológrafo; al igual que ocurre con el cerrado, que, como hemos visto, en determinadas circunstancias puede valer como ológrafo. Pero en el caso del testamento militar que valga como ológrafo, el mismo caducará en el plazo de un año contado desde la muerte del testador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(206) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 524.

# CAPÍTULO SÉPTIMO
# TESTAMENTO MARÍTIMO

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[207] proponíamos cambiar el nombre de este Capítulo, por Testamento de los Navegantes, en base a las razones expuestas en nuestro análisis del artículo 691. Obviamente, también lo hacíamos en todas las normas en que ello correspondiera.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(207) CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 525.

### PERSONAS QUE PUEDEN OTORGAR TESTAMENTO MARÍTIMO

**Artículo 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.

El testamento marítimo es aquel que se otorga durante la travesía de un buque de guerra peruano o de la marina mercante del país.

Las personas que pueden otorgarlo son:

a. Los jefes del buque de guerra.
b. Los oficiales del buque de guerra.
c. Los tripulantes del buque de guerra.
d. Cualquier otra persona que se encuentre embarcada en el buque de guerra.
e. Los oficiales del buque mercante.
f. Los tripulantes del buque mercante.
g. Los pasajeros del buque mercante.
h. Cualquier otra persona que se encuentre a bordo del buque mercante.

Nótese que la norma hace referencia a la navegación acuática, por lo que el testamento marítimo, a pesar de su nombre, no se restringe a la navegación por mar, extendiéndose a la fluvial (por ríos) o lacustre (por lagos).

Rómulo Lanatta precisa también que, «La palabra buque es sinónima de nave, barco o embarcación y, según fue definida en la Convención de Ginebra para el Estatuto Internacional de la Gente de Mar, es: "Cualquier navío o barco, de cualquier especie, de propiedad pública o privada, dedicado habitualmente a la navegación". Tal concepto genérico es inaplicable en toda su amplitud al presente caso, debido a que el testamento marítimo o de los navegantes, por su

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

naturaleza de acto jurídico formal, sólo puede ser razonablemente empleado en aquellos buques cuyas condiciones justifiquen la posibilidad de su correcto otorgamiento y consiguiente validez. Por este motivo y para precisar cuáles son los buques en que puede ser otorgado este testamento y con referencia a la clasificación de las embarcaciones hecha en los arts. 380 al 392 del citado Reglamento de la Marina Mercante, corresponde advertir que dicho testamento podrá ser razonablemente empleado en las embarcaciones de travesía y de cabotaje, sean de pasajeros, de carga o de pesca, así como en las destinadas a trabajos científicos, pero no en las de bahía, ni en las de recreo, ni en los remolcadores, chatas y pontones.»[208]

En la misma línea, Guillermo Lohmann señala que, «El artículo no reviste complejidad alguna, pues se refiere solamente a las personas que pueden otorgar testamento marítimo. Y es definido como marítimo todo aquel que se otorgue durante la navegación por quien esté embarcado en buque de guerra peruano, o barco mercante, bien de travesía o de cabotaje, o bien dedicado a faenas industriales o fines científicos. Queda excluida, por lo tanto, la posibilidad de otorgar testamento marítimo en embarcaciones distintas, como son las de recreo o las destinadas a propósitos portuarios.»[209]

La razón de ser de la regulación especial de esta modalidad especial de testamento radica en el hecho de que en muchas ocasiones quienes realizan estas travesías sienten la necesidad de otorgar testamento. Y hay que subrayar que, para esta modalidad, en el caso de buques de la Marina de Guerra del Perú, a pesar de tratarse de un buque de guerra, el mismo no tiene por qué estar participando en conflicto armado alguno, caso en el cual estaríamos seguramente también frente a un testamento militar, por las circunstancias de su otorgamiento y aquí habría que seguir las formalidades establecidas por la ley para estos efectos. El testamento marítimo parte de la idea de que no hay operaciones militares. Para su otorgamiento bastaría estar embarcado en un buque (debería entenderse cualquier nave) de la Marina de Guerra del Perú.

Pero, como estamos viendo, el testamento marítimo también puede ser otorgado en un buque mercante de bandera peruana, por las personas que hemos mencionado anteriormente. Los viajes podrán ser de travesía (viaje por mar en que se atraviesa una zona o región extensa, como podría ser un viaje desde el puerto del Callao al de San Francisco, en los Estados Unidos de América),

(208) Lanatta Guilhem, Rómulo E. *Derecho de Sucesiones*. Editorial Desarrollo, Lima, 1978, tomo II, p. 216.

(209) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 515.

de cabotaje (viaje entre diversos territorios de un Estado, como podría ser el caso de un viaje entre el Callao y Matarani, Arequipa), de faenas industriales (de pesca, por ejemplo) o con fines científicos (como podría ser el caso de una expedición oceanográfica de carácter privado).

La ley no establece algún requisito mínimo para la duración del viaje, por lo que podríamos estar ante viajes que duren pocas horas y otros que duren semanas o meses.

Siempre hemos pensado en si se podrían aplicar las normas y doctrinas correspondientes al testamento marítimo con respecto a un testamento otorgado en vuelo de avión militar (por ejemplo, de transporte militar) o de pasajeros (civil o comercial). Decimos esto, en la medida en que si aquello que motiva al testador a otorgar testamento marítimo es la posibilidad de que el buque zozobre, algo similar podría ocurrir en un vuelo militar o de pasajeros. No olvidemos que hay vuelos de pasajeros de larguísima duración y las compañías compiten entre sí para obtener nuevos récords. Al momento de escribir estas páginas, el vuelo comercial más largo es el de *Singapore Airlines*, que casi tiene una duración de dieciocho horas y media (o dieciocho horas cuarenta y cinco, según otra fuente), entre Singapore y Nueva York, con 15,347 (o 15,343, según otra fuente) kilómetros de distancia.

No vemos problema alguno en que se pueda otorgar testamento aéreo, asimilándolo, *mutatis mutandis*, al testamento marítimo. No conocemos de algún caso concreto, pero pensamos que, si se presentase, los tribunales de justicia deberían proceder en el sentido a que hacemos referencia. No tendría sentido un proceder diferente.

No obstante, dadas las condiciones de temporalidad de los viajes aéreos, y las formalidades que se exigen para los testamentos marítimos, creemos que no sería viable que los testamentos aéreos revistan, en la práctica, las mismas formalidades. Ellos, generalmente, serán ológrafos, como podría ser el caso de aquel que sea otorgado, por un pasajero, en una servilleta de papel. En situaciones de emergencia, el piloto del avión estará tratando de salvar el avión y sus pasajeros y no tendrá tiempo para atender el otorgamiento de testamento de algún pasajero.

Sólo tendría sentido el otorgamiento de un testamento aéreo si el pasajero o tripulante de la nave enfermara súbitamente o empeorara su salud, temiendo él mismo por su vida.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[210] pensábamos en que se podía agregar un último párrafo al artículo 716, que dijera: «Lo dispuesto en este artículo se aplica, en cuanto fuera pertinente, a la navegación aérea.» Las razones ya las hemos explicado en el tratamiento de este artículo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(210) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 525 y 526.

## Formalidades del testamento marítimo

**Artículo 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.

El artículo 717 se encarga de regular las formalidades del testamento marítimo.

En lo que respecta a la persona ante quien se otorga, la ley señala que será ante quien tenga el mando del buque o ante el oficial en quien éste delegue la función y en presencia de dos testigos. En el caso en que sea el comandante del buque de guerra o el capitán del barco mercante quien quiera otorgar testamento, el mismo será otorgado ante quien le siga en el mando. Estas disposiciones resultan de plena lógica.

La ley establece también que este testamento deberá constar por escrito y deberá ser firmado por el testador, por la persona ante la cual es otorgado y por los testigos; debiéndose extender, además, un duplicado con las mismas firmas que el original.

El artículo 717 establece, además, que 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.

Adicionalmente, Rómulo Lanatta precisa que, «La duda debe ser resuelta en el sentido de que es necesario que sea extendido por escrito, aunque no se exige que lo sea necesariamente de puño y letra del testador, y basta que sea firmado por éste, suscrito por los testigos y autorizado por el capitán o por quien haga sus veces, y ante el cual se otorgó, porque de otra manera no podría ser

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

protocolizado. Además, en la duda de si puede ser extendido en pliego abierto o cerrado y no habiendo restricción alguna de la ley, es posible admitir una u otra forma. Luego de extendido, firmado y autorizado, el capitán dispondrá que sea guardado con los documentos más importantes del buque y que se anote la ocurrencia en el diario de navegación.»[211]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[212] pensábamos que el artículo 717 podría tener el siguiente texto: «El testamento de los navegantes será otorgado ante quien tenga el mando de la nave o aeronave o ante el oficial en quien éste delegue la función y en presencia de dos testigos. El testamento del comandante de la nave o aeronave de guerra o del capitán de la embarcación mercante será otorgado ante quien le siga en el mando.– Son formalidades de este testamento que conste por escrito, que consigne los nombres y firmas del otorgante, de la persona ante la cual es otorgado y por los testigos. Se extenderá, además, un duplicado con idénticas formalidades que el original.– El testamento será anotado en el diario de bitácora, de ser esto posible, 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.»

Pensábamos que aparte de ampliar el ámbito de este tipo de testamentos a la navegación aérea, debían efectuarse determinadas precisiones en cuanto a nomenclatura. Así, se cambiaba la palabra «barco» por el término «nave», ya que podríamos estar en presencia de una embarcación que –por su pequeña envergadura– no pueda llegar a ser calificada como «barco» o de una aeronave.

Finalmente, en lo que respecta al diario de bitácora, la anotación del hecho del otorgamiento de testamento en el mismo sólo será posible en determinados casos, evidentemente cuando exista dicho diario y/o cuando el tiempo y circunstancias lo permitan.

Al respecto, Augusto Ferrero señala, «El ponente nos indica que estos últimos requisitos no son esenciales para la validez de este testamento, sino medidas usuales en la costumbre marítima internacional que tienen por objeto dejar constancia de su otorgamiento y proteger la conservación del respectivo documento; opinión con la que concordamos.»[213]

Para nosotros, no cabe duda de que nuestra propuesta era absolutamente prescindible. Toda una *tentación académica*, por cierto.

(211) Lanatta Guilhem, Rómulo E. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo II, p. 216.
(212) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 526 y 527.
(213) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 245.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

### Protección del testamento marítimo

**Artículo 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 artículo 719.

Como sabemos, es voluntad del legislador que en materia de los actos jurídicos en general y de los testamentos en particular, se preserve, de la mejor manera, la voluntad de los otorgantes. En ese sentido, se explica el artículo 718, cuando regula el supuesto en que el buque donde se hubiere otorgado testamento marítimo hubiese arribado primero a un puerto extranjero que a un puerto peruano.

De esta manera, si en ese puerto extranjero hubiere un agente consular peruano, el comandante o capitán de la nave entregará a ese agente consular peruano, bajo cargo, uno de los ejemplares del testamento. La norma señala que el referido agente lo remitirá al Ministerio de Marina (lo que debe entenderse referido al Ministerio de Defensa, al haber desaparecido los ministerios de cada fuerza armada en particular (Guerra, Marina y Aviación), en virtud de la Ley n.º 26454, publicada con fecha 1 de abril de 1987), 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 artículo 719, atinente al trámite del testamento marítimo.

Para Juan Olavarría, «El ponente nos indica que estos últimos requisitos no son esenciales para la validez de este testamento, sino medidas usuales en la costumbre marítima internacional que tienen por objeto dejar constancia de su otorgamiento y proteger la conservación del respectivo documento; opinión con la que concordamos.»[214]

En esa línea, Ricardo Valverde detalla que, «Debemos tener en consideración que el testamento marítimo debe otorgarse por duplicado con las mismas firmas que el documento original, con la finalidad de que uno de esos

(214) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 98.

ESTUDIO MARIO CASTRO FRENTE

ejemplares pueda entregarlo el capitán de la nave, bajo cargo, al agente consular del Perú, si lo hubiese en el primer puerto al que llegue el barco, el que a su vez lo remitirá al Ministerio de Defensa o a la Dirección General de Capitanías, según sea el caso, con el objetivo de asegurar la conservación del testamento. El ejemplar restante tendrá el mismo destino, pero será entregado a través del capitán de la nave, al juez civil de la provincia donde el testador tuvo su último domicilio en el país.»[215]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[216] pensábamos que el artículo bajo comentario podría ser modificado, con una norma de texto siguiente: «Si antes de regresar al Perú la nave o aeronave arriba a un puerto o aeropuerto extranjero donde hubiera agente consular, el comandante o capitán de la nave o aeronave le entregará, bajo cargo, uno de los ejemplares del testamento. El referido agente lo remitirá al Ministerio de Defensa, si el testamento hubiere sido otorgado en una nave o aeronave de guerra, a la Dirección General de Capitanías, si fue otorgado en una nave mercante, o a la Dirección General de Transporte Aéreo, si fue otorgado en una aeronave comercial, para los fines a que se refiere el artículo 719.»

Como se puede apreciar, en primer término, habíamos incluido a las aeronaves y a los aeropuertos.

Por otra parte, la referencia –vigente– al Ministerio de Defensa. Ante la unificación de los antiguos ministerios de cada una de las Fuerzas Armadas.

De otro lado, si se trata de una aeronave comercial, la dependencia pertinente para que se entregue el testamento sería la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Finalmente, creíamos útil recordar lo anotado en este sentido por Augusto Ferrero:[217]

> Nuestro ordenamiento ha previsto el testamento aéreo en la Ley n.° 24882, de Aeronáutica Civil, cuyo artículo 55 otorga al comandante de la aeronave funciones notariales, disponiendo su obligación de inscribir en el libro correspondiente los testamentos *in extremis* y responsabilizándolo de remitir oportunamente

(215) Valverde Morante, Ricardo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 227.

(216) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 527 y 528.

(217) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 20 y 21.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

copia autenticada del registro llevado a cabo a la autoridad competente del Estado de matrícula de la aeronave. El Reglamento de la Ley, aprobado por el Decreto Supremo n.° 054-88-MTC, reitera simplemente en su artículo 102, que el comandante deberá registrar el acto en el registro de a bordo.

Finalmente, el nuevo Código Procesal Civil señala en su artículo 817 que este testamento, al igual que el cerrado, ológrafo, militar o marítimo, debe ser protocolizado notarialmente. Pensamos que este enunciado se contradice con las funciones notariales que le otorga la Ley de Aeronáutica Civil al comandante de la aeronave, pues éstas, precisamente, implican que ejerce las atribuciones del notario.

En ese caso, sus potestades son las mismas que las del cónsul cuando el testamento es otorgado en el extranjero. Es decir, podrá otorgarse ante él tanto el testamento en escritura pública como el cerrado, debiendo cumplirse en cada caso con los requisitos y formalidades exigidos en el Código Civil.

Como vemos, si bien el ordenamiento jurídico nacional recoge la figura del testamento aéreo, y nosotros proponíamos su adecuación al Código Civil, en verdad ahora pensamos que ello hubiese resultado innecesario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Trámite del testamento marítimo

**Artículo 719.-** Al retorno de la nave al Perú los dos ejemplares o el ejemplar restante en el caso del artículo 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 encuentra 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.

Tal como estudiamos en el caso del artículo 714, relativo al trámite del testamento militar, el artículo 719 regula lo relativo al trámite del testamento marítimo. Se trata de una norma meramente procedimental. Ella señala que, al retorno de la nave al Perú, los dos ejemplares o el ejemplar restante en el caso del artículo 718, serán entregados al Ministerio de Marina (hoy, Defensa), 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. Esto, con los fines de protocolización de los testamentos, que ya hemos estudiado en otra oportunidad. Ahora bien, la norma señala que, si el testador fuere extranjero y no estuviera domiciliado en el Perú, un ejemplar será remitido al Ministerio de Relaciones Exteriores.

El segundo y último párrafo del artículo 719 establece que, en caso de muerte del testador durante el viaje, se agregará a cada ejemplar una copia certificada del acta que acredite la defunción. De igual manera, si el testador muriese durante el viaje, si se encontrase entre las prendas del difunto un testamento ológrafo, éste será guardado con los papeles de la nave, agregándosele

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

copia certificada del acta que acredite la defunción y se le dará el mismo curso indicado en el párrafo anterior.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[218] pensábamos que el artículo 719 podría tener unas modificaciones: «Al retorno de la nave o aeronave al Perú los dos ejemplares o el ejemplar restante en el caso del artículo 718, serán entregados al Ministerio de Defensa, si la nave o aeronave es de guerra; o a la Capitanía del Puerto de destino para su remisión a la Dirección General de Capitanías, si la nave es mercante, o a la Dirección General de Aeronáutica Civil, si se trata de una aeronave de tal naturaleza. Cualquiera que fuere el supuesto, 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 encuentra entre las prendas del difunto un testamento ológrafo, éste será guardado con los papeles de la nave o aeronave, agregándosele copia certificada del acta que acredite la defunción y se le dará el mismo curso indicado en el párrafo anterior.»

Procedíamos a adecuar el ámbito de aplicación del artículo 719 a lo dispuesto por el artículo 718 que proponíamos. Por lo demás, variábamos la referencia al «juez de primera instancia» por «juez civil», dada la normativa procesal vigente.

Más tentaciones académicas nuestras.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(218) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 528 y 529.

### Caducidad del testamento marítimo

**Artículo 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 artículos 707, segundo párrafo, a 711.

Si el testamento otorgado en las circunstancias a que se refiere el artículo 716 tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador.

Como se recuerda, el artículo 715 regula el caso de la caducidad del testamento militar. Para el testamento marítimo el tema es regulado por el artículo 715. La lógica es similar.

Según Ricardo Valverde, «Debemos tener en consideración el carácter provisional del testamento marítimo, vigente mientras exista la situación anormal que lo origina. Es por ello que habiendo vuelto el testador a la regularidad de sus actividades por la cesación definitiva de sus actividades en el territorio patrio o en país extranjero, y transcurrido el tiempo necesario para que en esas condiciones esté en aptitud de hacer testamento en las formas comunes, es decir con la intervención del notario, o ante los funcionarios consulares o diplomáticos del Perú en el extranjero, tiene lugar la caducidad del testamento marítimo, cuya eficacia entonces se desvanece.»[219]

Entonces, si el testador otorgó testamento ante el temor de perecer en la travesía del buque, y el buque y él llegan sanos y salvos al puerto de destino, la ley entiende que las circunstancias especiales en las que se otorgó el testamento marítimo no necesariamente estarán presentes con posterioridad a la finalización del viaje. En ese sentido, el contenido del testamento marítimo podría contener una voluntad distorsionada del otorgante. Por eso, el artículo 715 establece que 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

(219) Valverde Morante, Ricardo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 231.

se encuentre, su comprobación judicial y protocolización notarial, conforme a las disposiciones de los artículos 707, segundo párrafo, a 711.

Finalmente, si el testamento otorgado en las circunstancias a que se refiere el artículo 716 tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la muerte del testador.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[220] pensábamos que el artículo 720 podía ser derogado, en razón a los mismos fundamentos expuestos con ocasión de nuestra antigua propuesta de derogatoria del artículo 715 del Código Civil. Era una simple *tentación académica*, sin duda.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(220) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 529.

# CAPÍTULO OCTAVO
# TESTAMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO

## FORMALIDAD DEL TESTAMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO

**Artículo 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 artículos 696 a 703, respectivamente. En estos casos aquél cumplirá la función de notario público.

Puede también otorgar testamento ológrafo, que será válido en el Perú, aunque la ley del respectivo país no admita esta clase de testamento.

Es evidente que los peruanos no sólo podrán otorgar testamentos en el territorio peruano, sino también en el extranjero. Todo dependerá de las circunstancias y, finalmente, de su voluntad de testar. De lo que trata el artículo 721 es, en buena cuenta, de la validez de estos testamentos en el Perú.

Para efectos de la validez de los testamentos otorgados por ciudadanos peruanos en el extranjero, el legislador de 1984 ha dispuesto que los agentes consulares del Perú harán las veces de notario público, a efectos del otorgamiento de testamentos cerrados o por escritura pública. Ello, en razón de que, como estudiamos en su oportunidad, estas modalidades de testamento son otorgadas en el Perú ante notario público.

En el caso del testamento ológrafo, éste tendrá validez en nuestro país, aunque la ley del país en que se otorgue no admita esta clase de testamento. Ello es natural, en la medida en que, más allá de haber sido otorgados en el extranjero, la razón de ser de esos testamentos es que valgan ante el ordenamiento jurídico peruano que, entendemos, es el país donde se desea hacerlos valer.

Conviene precisar, como señala Rómulo Lanatta, que, «[...] el testamento consular no presenta simplificación alguna del formalismo testamentario, ni la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

limitación de su vigencia en el tiempo, que son elementos típicos que caracterizan a los testamentos especiales. Estas consideraciones permiten afirmar que, si bien es cierto que el testamento consular es considerado en nuestro derecho como especial para los fines de su nomenclatura doctrinaria y de su ubicación en el Código, en cuanto a su naturaleza jurídica es sólo una modalidad de los testamentos comunes público y cerrado.»[221]

Este artículo no observa lo dispuesto en el artículo 2094 correspondiente a libro de Derecho Internacional Privado del Código Civil:

> **Artículo 2094**.- Forma de actos jurídicos e instrumentos
>
> La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige 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 establecidas por la ley peruana.

Al respecto, Guillermo Lohmann comenta que, «Se crea así una excepción a la regla general del artículo 2094 C.C. En efecto, este dispositivo contiene tres supuestos. El primero consagra la vigencia de la ley del lugar en que el instrumento se otorgue, a lo que obviamente el numeral 721 constituye excepción en lo que a ológrafo se refiere. El segundo supuesto es la aplicación de la ley que regule la relación jurídica objeto del acto, lo que tampoco puede postularse en sede testamentaria, porque, por un lado, el testamento no crea ni constituye relaciones jurídicas y, por otro lado, si la ley que gobierna la sucesión es la del domicilio, un residente peruano en el extranjero no debiera poder testar ológrafamente según formas peruanas. Y el tercero obviamente tampoco se aplica, porque el testamento ológrafo no se extiende ante funcionario diplomático o consular.»[222]

(221) Lanatta Guilhem, Rómulo E. *Derecho de Sucesiones*. Lima, Editorial Desarrollo, 1978, tomo II, p. 270.

(222) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 525.

ESTUDIO MARIO CASTRO PRERA

## VALIDEZ DE TESTAMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO

**Artículo 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.

El artículo 722, a diferencia del 721, de lo que trata es de los testamentos que otorguen ciudadanos peruanos o extranjeros, ante funcionarios o autoridades competentes de otro país.

Sobre la forma, Emilio Balarezo señala que, «En lo que corresponde a la *forma* en que se llevan a cabo los mismos, de acuerdo al tipo de testamento que han escogido realizar, en este artículo no se hace diferenciación, sino que establece por igual que tanto los nacionales como los extranjeros pueden llevar a cabo la realización de sus testamentos teniendo como único parámetro el cumplimiento de las exigencias y requisitos que solicita el país donde se encuentra la persona, en este caso es de destacar que el ciudadano peruano como el extranjero llevan a cabo su testamento de acuerdo al ordenamiento de su país, pero que la ejecución del mismo se llevará a cabo dentro del Perú.»[223]

Es obvio que tales testamentos tendrán valor en ese país, pero de lo que se trata aquí es de saber si ellos tendrán valor en el Perú. La ley peruana les otorga reconocimiento, salvo en dos supuestos que estima violentarían normas de orden imperativo del Perú. Nos referimos al caso del testamento verbal, ni regulado ni aceptado por la ley peruana; y al caso del testamento mancomunado, es decir, aquél otorgado, conjuntamente por más de una persona. La ley peruana sólo acepta los testamentos individuales. La norma (artículo 722) también señala que no serían aceptados los testamentos que revistieren modalidades incompatibles con la ley peruana. Entendemos que aquí podrían encuadrarse los supuestos de nulidades virtuales contemplados por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, precepto que establece que «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.»

(223) BALAREZO REYES, Emilio. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 238.

Adicionalmente, Benjamín Aguilar precisa lo siguiente sobre la competencia de los jueces peruanos, «El artículo 2061 del Código Civil, señala que los tribunales peruanos, tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes, aun contra personas domiciliadas en el extranjero, cuando el Derecho peruano sea aplicable para regir en el asunto. Entonces el supuesto será que se otorga competencia a los tribunales peruanos para conocer, en el caso de sucesiones, si el causante domiciliaba en el Perú al tiempo de morir. En consecuencia y en estricta aplicación de los artículos 663 del Código Civil y 19 del Código Procesal Civil que otorgan competencia al juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país, el juez peruano termina conociendo la sucesión, competencia que es improrrogable.»(224)

Finalmente, Augusto Ferrero comenta que «El artículo 722, a diferencia del 721, se refiere a peruanos y a extranjeros, lo cual es correcto. La importancia de esta norma radica no sólo en la declaración sobre la forma testamentaria en el extranjero sino, además, en la limitación de su aplicación en este campo. En efecto, razones de orden público exigían que se cerrara el paso para utilizar una legislación extranjera que permitiera formas expresamente prohibidas por la ley peruana.»

ESTUDIO MARIO CASTRO PEÑA

(224) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 364.

# TÍTULO III
# LA LEGÍTIMA Y LA PORCIÓN DISPONIBLE

## Noción de legítima

**Artículo 723.-** La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

---

El Título III de la Sección Segunda (sucesión testamentaria) del Libro IV (Derecho de Sucesiones) del Código Civil se encarga de regular lo relativo a la legítima y la porción disponible.(225)

El tema resulta en extremo interesante, sobre todo porque hace ya varios años estuvo en discusión en el Perú la posibilidad de derogar esta normativa, a la par que establecer –como correlato de ello– una regulación que permita disponer de la totalidad del patrimonio hereditario, vía testamento, a favor de quién o quiénes desee el testador.

Veamos.

a) Régimen legal vigente

El artículo 723 del Código Civil establece que «La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.»

El concepto de herederos forzosos, de por sí, hace referencia a quienes deben tener tal calidad a la muerte del causante, de manera ineludible.

(225) Esta materia fue abordada por nosotros en ocasión anterior: Castillo Freyre, Mario. «La legítima y la porción disponible». En: *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. (Quinta parte). Biblioteca de Arbitraje. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2020, volumen 81, pp. 49-56.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, el artículo 724 determinará que «Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.»

El sentido o razón de ser de esta norma es, sin lugar a dudas, que las personas mencionadas se encuentren protegidas patrimonialmente al heredar al causante de manera ineludible, con independencia de aquello que terminen heredando. A ellos, salvo supuestos de excepción (indignidad para suceder y desheredación) no se les puede excluir de la herencia del causante.

Para Luis Echecopar García, «La ley impone esta limitación para favorecer a la familia, en virtud de las obligaciones que, por razones naturales (vínculo de sangre, amor paternal y filial, obligación alimentaria, etc.), existen entre el padre y sus descendientes y demás familiares próximos, impidiendo así el abuso y promoviendo la estabilidad y el desarrollo de la sociedad cuya base es la familia.»(226)

En esa línea, Benjamín Aguilar señala que, «Si la legítima implica una restricción a la libre disposición de los bienes, la pregunta que surge es por qué ello es así; pues bien, ya hemos dado nuestro parecer sobre el particular, que en forma reiterada decimos, que se trata de la función social que debe cumplir el Derecho sucesorio, que se traduce en la protección a la familia, amparando a los familiares directos, cercanos y próximos al causante, a quienes se les reserva una parte de su patrimonio causante, lo que implica una obligación por parte de este, quien no puede disponer a título de liberalidad de esta reserva.»(227)

Pero esto no significa que el régimen legal peruano presente para tales herederos forzosos el 100 % del patrimonio hereditario, pues la legislación vigente permite que el futuro causante, vía testamento, disponga de porcentajes máximos de la futura herencia.

El artículo 725 dispone que «El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.»

Esto es lo que se conoce comúnmente como «Tercio de libre disposición» y se trata de la situación más común, pues quienes otorgan testamento y mueren en tal condición, lo más probable es que tengan hijos u otros descendientes o cónyuge.

(226) Echecopar García, Luis. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 128.
(227) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 228.

A estas personas sólo se les permite disponer (se entiende, vía legados) hasta del tercio de su futuro patrimonio hereditario.

En ese sentido, la Casación n.º 1026-2002-Huánuco, de fecha 6 de noviembre de 2002, señala que la legítima es una cuota o parte alícuota del patrimonio hereditario que opera como freno a la libertad dispositiva del causante. «*Cuarto.* El testamento tiene como finalidad que el testador disponga la sucesión o distribución de sus bienes según crea conveniente, sin embargo, dicha autonomía tiene la limitación que le establece la ley respecto de la herencia forzosa o legítima que está constituida por una cuota o parte alícuota del patrimonio hereditario que opera como freno a la libertad dispositiva del causante.»[228]

Debemos subrayar que el regulado por el artículo 725 es el porcentaje más restringido de libre disposición, habida cuenta de que se entiende que las personas ahí mencionadas (hijos, demás descendientes o cónyuge) son aquéllas que pueden requerir de una mayor protección por parte del ordenamiento legal.

Por otro lado, el artículo 726 señala que «El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes.»

Aquí la protección legal en materia de legítima disminuye, en la medida en que –se entiende– los padres o demás ascendientes son personas que ya han hecho en la vida un patrimonio determinado y no requieren –por lo general– tantos recursos como los hijos y demás ascendientes o el cónyuge (artículo 725). Éste es solo un valor entendido, pues en muchos casos ello no es así.

Además, tenemos el caso del artículo 727, norma que dispone que «El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.»

Esta norma es aplicable para quien no tenga cónyuge, hijos o demás descendientes, ni padres u otros ascendientes; ello, con independencia de que pudiese tener otros herederos legales que no revistan la condición de herederos forzosos, como sería el caso de los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad (artículo 816, primer párrafo).

(228) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 613.

ESTUDIO MAÑO CASTILLA FRANCO

Quien se encuentre en el supuesto del artículo 727 puede establecer en su testamento la forma de disposición que estime conveniente con respecto a la totalidad de su patrimonio.

El legislador de 1984 entiende que, no existiendo herederos forzosos, correlativamente, el testador no se encuentra obligado a destinar porcentaje alguno de su patrimonio en favor de alguien en especial.

En estos supuestos, el testador podría disponer de su patrimonio en favor de sus herederos legales que no tengan la condición de herederos forzosos; o de terceros que no tengan siquiera la condición de herederos legales. Ellos, de ser beneficiados, serían legatarios o herederos voluntarios, según la voluntad del testador.

El Título III, De la legítima y la porción disponible, además regula el tema en sus artículos 728 a 733,[229] de los cuales aquí nos interesa resaltar la última norma mencionada, ya que ella establece que «El testador

(229) Artículo 728.- Gravamen sobre la porción disponible
Si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla.
Artículo 729.- Legítima de heredero forzoso
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.
Artículo 730.- Legítima del cónyuge
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.
Artículo 731.- Derecho de habitación vitalicia del cónyuge supérstite
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 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.
Artículo 732.- Derecho de usufructo del cónyuge supérstite
Si en el caso del artículo 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 artículo 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

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 artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.»

Esta norma subraya la protección de los herederos legitimarios, a efectos de que el causante/testador no pueda privar o restringir los derechos hereditarios de los legitimarios.

b) Beneficiarios del tercio, mitad o 100 % de libre disposición

Ahora nos corresponde señalar quiénes podrían ser los beneficiarios de los porcentajes de libre disposición que ofrecen las normas correspondientes, es decir, 33.33 (al infinito) % (artículo 725), 50 % (artículo 726) y 100 % (artículo 727).

Pues, podrán ser otros herederos legales o voluntarios (no forzosos ni tampoco legatarios). Si fueran legatarios, será susceptible de ser beneficiada cualquier persona natural o jurídica que exista al momento de la apertura de la sucesión; es decir, a la muerte del causante/testador.

En el caso de las personas naturales, ello significará que la persona natural al menos tendría que encontrarse concebida a la muerte del causante, en tanto si fuese persona jurídica, ella ya debería estar inscrita en Registros Públicos, en ese momento.

Esto significa que el régimen legal peruano no permite dejar legados a nombre de animales (mascotas, por ejemplo). Sí será posible dejarlos a cualquier persona natural o jurídica, con el cargo de mantener a la mascota, claro está.

En materia jurisprudencial, es pertinente hacer referencia a la Casación n.° 182-98-Huánuco, de fecha 14 de septiembre de 1999, la cual señala lo siguiente sobre la legítima del cónyuge, «*Quinto.* El derecho del actor resulta del matrimonio contraído con la testadora, por lo que tiene la condición

partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos.

Artículo 733.- Intangibilidad de la legítima

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 artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de heredero forzoso, tal como lo dispone el artículo 724 del Código Civil; que en consecuencia, la testadora sólo podía disponer del tercio de sus bienes como lo precisa el artículo 725 citado; que, en caso de preterición de un heredero forzoso, es nulo el testamento cuando afecta su participación en la legítima, la misma que está constituida por la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 723 del Código Civil; que, además, es preciso dejar establecido que conforme lo señala el numeral 730 del mencionado Código Civil, 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; siendo evidente que se trata de dos derechos totalmente distintos que tiene el cónyuge supérstite; uno por la sociedad de gananciales y el otro por ser sucesor del causante, en su condición de heredero forzoso.»[230]

c) Nuestra opinión sobre el régimen legal vigente

En lo personal, desde que analizamos el tema por primera vez, en 1998, en nuestra obra *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*,[231] nos manifestamos de acuerdo con el régimen legal vigente, por estimar que el mismo mantiene y preserva los valores tradicionales de la sociedad peruana, a la par que protege el patrimonio de la familia, tendiendo a que permanezca, precisamente, en el seno de la propia familia y en su beneficio.

No estaríamos de acuerdo con derogar la legítima y los porcentajes de libre disposición de los artículos 725 y 726, pues ello implicaría dejar la puerta abierta para que las familias empobrezcan de la noche a la mañana, haciendo que quien tuviere en ellas la posibilidad de disponer del patrimonio, disponga de él a su antojo.

En esa línea, el maestro Emilio F. Valverde comenta que, «Si la legítima implica una restricción a la libre disposición de los bienes, la pregunta que surge es por qué ello es así; pues bien, ya hemos dado nuestro parecer sobre el particular, que en forma reiterada decimos, que se trata de la función social que debe cumplir el derecho sucesorio, que se traduce en la protección a la familia, amparando a los familiares directos, cercanos

(230) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 612.
(231) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomos I y II y anexo legislativo.

y próximos al causante, a quienes se les reserva una parte de su patrimonio causante, lo que implica una obligación por parte de éste, quien no puede disponer a título de liberalidad de esta reserva.»[232]

Si hoy en día se presentan situaciones muy complicadas a razón del fallecimiento del causante, ya podemos imaginar lo que ocurriría de prosperar en el Perú una reforma legislativa que derogue todas las normas relativas a la legítima.

d) La donación inoficiosa

Además, no olvidemos que el patrimonio de la familia y su preservación no sólo están protegidos de herencias voluntarias y legados infinitos y cuantiosos a favor de terceros, ajenos a la familia, sino también de donaciones que permitan, en vida, proceder de la misma forma que se quisiera vía testamentaria.

Recordemos la existencia del artículo 1629 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> **Artículo 1629.-** Límites de la donación
>
> 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.

Al respecto, podemos observar lo dispuesto en la Casación n.° 427-2005-Áncash, de fecha 28 de marzo de 2007, que dice que el «heredero forzoso está facultado para proteger su legítima, pues al no haberse acreditado la existencia de otros bienes de propiedad de su madre resulta razonable asumir que los que fueron objeto del acto jurídico de donación constituyen el acervo patrimonial imaginario que le pudiera corresponder. (...) *Segundo.* Que las instancias de mérito están de acuerdo en que el recurrente carece de interés para solicitar la nulidad del acto jurídico de donación celebrado entre las emplazadas, pues el fundamento en que sustenta su pretensión no está amparado por la ley ya que no advirtió que aún no es heredero legítimo y universal de su madre, como lo sostiene en autos, tratándose de un derecho expectaticio por cuanto sólo

(232) VALVERDE, Emilio. *El Derecho de Sucesiones en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 402.

tendrá dicha condición cuando su progenitora fallezca, tal como lo dispone el artículo 660 del Código Civil, lo que no ha ocurrido, por tanto, el hecho que dicha emplazada tenga descendientes, quienes a su muerte serán sus herederos, no es motivo para limitarle su derecho de libre disposición sobre sus bienes muebles e inmuebles. (...) *Octavo.* Que, en tal sentido, si bien es cierto el actor tiene un derecho expectaticio respecto a los derechos que le pudieran corresponder en la masa hereditaria de la cujus, también lo es que por su condición de heredero forzoso está facultado para proteger su legítima, pues al no haberse acreditado la existencia de otros bienes de propiedad de su madre resulta razonable asumir que los que fueron objeto del acto jurídico de donación constituyen el acervo patrimonial imaginario que le pudiera corresponder, debiendo precisarse que tampoco se ha demostrado que dichos inmuebles se refieran al tercio de libre disponibilidad de la donante.»[233]

Sobre este particular, remitimos al lector a un trabajo anterior nuestro.[234]

Finalmente, debemos recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[235] pensábamos que el artículo 723 podría incluir la expresión «del patrimonio hereditario» en lugar de la actual «de la herencia»; ello, en la medida en que la legítima es la parte del patrimonio hereditario sobre la que no cabe disponer si se tiene herederos forzosos.

Es evidente que ella se refiere al patrimonio hereditario, entendido como el resultado de cuantificar los bienes, derechos, créditos y deudas que deja el causante al momento de su muerte.

No resulta necesario establecer –en el plano legislativo– la manera o forma cómo se calcula la legítima, pero ella se obtendrá –evidentemente– luego de efectuar la referida operación.

Nuestra propuesta era sólo una tentación académica.

(233) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 613 y y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 398.

(234) Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos.* Gaceta Jurídica, Lima, 2021, tomo II, pp. 98-104.

(235) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 530.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Herederos forzosos

**Artículo 724**.- Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.

*El texto transcrito y vigente de este artículo no corresponde al Código de 1984. El mismo es fruto de la modificación operada por el artículo 5 de la Ley n.° 30007, publicada el 17 de abril de 2013. El texto original de la norma no incluía al integrante sobreviviente de la unión de hecho. Su texto era el siguiente:*

***Artículo 724**.- Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge.*

Como señalamos en nuestros primeros comentarios sobre el tema de la legítima y la porción disponible, el mismo sólo se explica en razón a que la ley hace una reserva sobre determinadas personas a quienes considera como herederos forzosos, lo que equivale a decir que se trata de personas que deberán tener tal condición, a menos que la hayan perdido por alguna causal de indignidad para suceder o de desheredación. Si éste no fuese el caso, entonces tales personas no podrán ser excluidas de la herencia del causante. Más allá de las razones antes expuestas que sostienen este régimen, el mismo se basa en la idea de conservar el patrimonio del causante en manos de sus familiares más cercanos. En otras palabras, que el patrimonio siga siendo de esa familia.

En esa línea, Guillermo Lohmann señala, «Siendo la legítima un derecho a participar en cierta porción de la fortuna del causante, basta la existencia de un solo legitimario y en tal caso ese único legitimario tendrá derecho a toda la legítima. Así, pues, en nuestro sistema legal la legítima no varía (en el sentido de cuantía de porción disponible) en más o menos en función del número de sujetos legitimarios que concurran; la legítima siempre será un tercio o la mitad de esa cantidad en que se cifra el patrimonio del causante calculado como se ha indicado ya.»[236]

(236) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 573.

EDITORIAL MARKO CASTILLO PEYRE

Esa idea de unidad, de impedimento a la dispersión, es la que hace que el Derecho peruano y gran parte de los Derechos de la tradición jurídica romano-germánica, adopten como regla el tema de la legítima hereditaria.

En materia jurisprudencial observamos lo dispuesto en la Casación n.º 182-98-Huánuco, de fecha 14 de septiembre de 1999, «*Quinto*. En caso de preterición de un heredero forzoso, es nulo el testamento cuando afecta su participación en la legítima, la misma que está constituida por la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.»(237)

En el Perú ha habido críticas desde el ámbito académico y las mismas han sido objeto de debate con ocasión de algunos proyectos de reforma del Código Civil de 1984, que tuvieron lugar y fracasaron. Para estos efectos, recomendamos al lector la consulta de varias obras nuestras.(238)

No obstante, la verdad es que las críticas en torno al tema de la legítima hereditaria no han provenido de una necesidad social. Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que ellas han sido siempre meras tentaciones académicas. Estamos convencidos de que el régimen de la legítima hereditaria va muy bien no sólo con la mentalidad del pueblo peruano, sino también con la forma cómo el medio social y jurídico aprecia un tema que no acarrea problemas en la vida real. Es más, lo que ocurre es que cuando se presentan casos en que el causante ha atentado contra la legítima hereditaria, tales acciones merecen no sólo la reprobación de los tribunales, sino también de la sociedad.

En ese sentido, no se aprecia movimiento social o jurídico alguno para modificar el tema de la legítima hereditaria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(237) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 615.

(238) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 522-523 y Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra Editores, Lima, 2006, pp. 345-346.

## Tercio de libre disposición

**Artículo 725.-** El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

La figura del «Tercio de libre disposición» resulta muy conocida en la sociedad y ella es aplicable para la mayoría de supuestos en que fallece una persona. Ello, en la medida en que lo común es que las personas mueran cuando tienen hijos o cónyuge, sobre todo cuando la muerte no se produce a una temprana edad.

El hecho de tener hijos, u otros descendientes o cónyuge implica para el Derecho tener personas que, seguramente en vida han dependido económicamente del causante y, en ese sentido, su ausencia va a determinar que quienes lo sucedan lo necesiten más que nadie en el aspecto económico. Además, dado que la ley trata acerca de los hijos o demás descendientes, en realidad podríamos hablar incluso de menores de edad.

Al respecto, Emilio F. Valverde, refiriéndose a la norma similar del Código Civil de 1936, comenta que, «El presente artículo al designar quienes son legitimarios, menciona en primer lugar a los hijos y descendientes, que son los más cercanos parientes del causante por razón del vínculo de la sangre y por el más estrecho lazo afectivo creado por la generación, que con el nombre que conservan del progenitor son sus continuadores, y los que perpetúan a los ascendientes de quienes provienen y con ellos aseguran el regular mantenimiento de la familia y la perduración de la especie. Es así como bajo el influjo de imperativos de la naturaleza y de otros no menos trascendentales de orden ético y social, que se organiza, y tutela desde el punto de vista económico y patrimonial, la herencia a título obligatorio en favor de tales sucesores.»[239]

Es por esta razón que quien se halle en la situación contemplada por el artículo 725 tiene las mayores restricciones en cuanto a la disposición de su patrimonio. Aquí, no solamente vemos aplicables criterios de unidad patrimonial, sino fundamentalmente de protección de quienes sobreviven al causante. Se trata del supuesto en que el futuro causante tiene las menores facultades de disposición de su patrimonio a favor de terceros, tanto por actos *inter vivos* como por testamento.

(239) Valverde, Emilio. *El Derecho de Sucesiones en el Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 405.

ESTUDIO JUAN CASTILLO FREYRE

Adicionalmente, Benjamín Aguilar precisa que, «La cuota de libre disposición o porción disponible, no está referida a bienes específicos, sino que se trata de una cuota del patrimonio, una porción abstracta. Por lo tanto, no hay que identificar la porción disponible con un número determinado de bienes; entonces estamos ante una porción que queda de la herencia luego de restar la legítima. Para el cálculo de esta porción disponible, tenemos que tener en cuenta la herencia líquida partible. Esto equivale a reconstruir el patrimonio, esto es, a los valores de los bienes dejados por el causante, se le resta las cargas y las deudas de la herencia, se les adiciona el valor de las liberalidades, luego de ello se deduce la legítima, y el saldo resultante, será precisamente esta cuota de libre disposición.»(240)

En materia jurisprudencial observamos la Casación n.° 1026-99-Lima, de fecha 14 de septiembre de 1999, «*Sétimo.* Ninguna persona puede disponer de la totalidad de sus bienes vía anticipo de herencia, a favor de uno o más herederos y en perjuicio de algún heredero forzoso, que resulta así desplazado de la herencia y sin tener derecho a ningún bien. *Octavo.* Sólo se puede disponer libremente vía anticipo de herencia el tercio de libre disposición, porque así demás lo establece el artículo 725 del Código Civil. *Noveno.* Asimismo, el causante en vida sólo puede disponer libremente de la totalidad de sus bienes a título oneroso, porque en vía de donación se encuentra limitado por el artículo 1629 del Código Sustantivo.»(241)

En la misma línea, la Casación n.° 182-98-Huánuco, de fecha 14 de septiembre de 1999, dispone, «*Quinto.* La testadora sólo podía disponer del tercio de sus bienes como lo precisó el artículo 725 citado; que, en caso de preterición de un heredero forzoso, es nulo el testamento cuando afecta su participación en la legítima, la misma que está constituida por la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 723 del Código Civil. *Sexto.* El artículo 723 citado sólo permite a quien tiene cónyuge, a disponer libremente del tercio de sus bienes, de manera que las disposiciones tercera y sexta del testamento otorgado por la esposa causante son nulas en cuanto afecta el derecho del cónyuge sobreviviente, al instituir como heredera a su hija y como legatario a su hermano.»(242)

(240) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 273.
(241) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 616.
(242) *Loc. cit.*

En 1998, en *Tentaciones académicas,*[243] pensábamos que el artículo 725 podría mejorar su contenido si en lugar de decir «del tercio de sus bienes» dijera «del tercio de su patrimonio hereditario»; ello, para que la norma concordara con la redacción del artículo 723 que planteábamos en aquella oportunidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(243) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 530.

## Cincuenta por ciento de libre disposición

**Artículo 726.-** El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes.

Si una persona no tiene hijos ni demás descendientes, ni cónyuge, sino solamente padres u otros ascendientes, el porcentaje de libre disposición será mayor. Ello, en la medida en que la ley presume que los padres o abuelos son personas que ya tienen formada una determinada situación económica que han logrado a través de su trabajo a lo largo de los años. En otras palabras, para el legislador de 1984 ha sido claro que un padre, por lo general, requerirá menor asistencia económica que un hijo.

Por otra parte, lo más probable es que los requerimientos económicos de los padres tengan una menor duración que los de los hijos, si tomamos, como referencia, la vida del futuro causante.

No obstante, todas estas son meras especulaciones y resulta claro que las necesidades económicas de los padres o abuelos pueden ser mayores que las de los propios hijos, además de prolongarse por lapsos mucho mayores que en este caso.

Se trata, en buena cuenta, de una casuística infinita. Pero ello no nos conduce a pensar que el 50 % de libre disposición, contemplado en el artículo 726, deba ser reducido.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(244) pensábamos que el artículo 726 podría ver sustituida la expresión «mitad de sus bienes» por «mitad de su patrimonio hereditario»; ello, en base a la modificación que planteábamos para el artículo 725.

Pero se trataba de una mera tentación académica.

(244) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 530.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Libre disposición de la totalidad de los bienes

**Artículo 727.-** El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

Como se puede apreciar fácilmente de su lectura, la persona a que se refiere el artículo 727 es alguien que no tiene un círculo familiar cercano. Será soltero, viudo o divorciado (es decir, no tendrá esposa) o un exintegrante de una unión de hecho, ya disuelta, no tiene padres o abuelos vivos y tampoco hijos.

En buena cuenta, es alguien que carece de personas cercanas. Por eso es que la ley, en el artículo 727, bajo comentario, le otorga la posibilidad de disponer del 100 % de su patrimonio.

No obstante, en este punto creo que debemos referirnos a un tema que resulta importante abordar.

Como se recuerda, con la modificación del artículo 724, ya analizado, se agregó dentro de los herederos forzosos al integrante sobreviviente de la unión de hecho. Pero no se replicó esa mención en los artículos 725, 726 y 727. Entonces, la pregunta es cómo se aplica este carácter de heredero forzoso ante esas ausencias normativas.

En lo personal, pensamos que, al ser el integrante sobreviviente de la unión de hecho un heredero forzoso, la aplicación de los tres artículos siguientes debe entenderse necesariamente también referida a esa persona. Decimos esto en la medida en que, en caso contrario, llegaríamos al absurdo de obviarla en el artículo 725, cuando el causante tenga hijos, supuesto en el cual el concubino supérstite podría ser preterido de la herencia por los hijos. Además, en el supuesto del artículo 726, cuando el causante muere teniendo sólo padres, se daría el absurdo de que tendrá el 50 % de libre disposición, a pesar de que le sobrevive el integrante de la unión de hecho del causante. Y, peor aún, llegaríamos al absurdo de que, si no tiene padres o demás ascendientes, o hijos y demás ascendientes, o cónyuge, sino sólo una pareja en unión de hecho, el causante podría disponer de la totalidad de su patrimonio, sea en vida o vía testamentaria.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, creemos que habría que adecuar los artículos 725, 726 y 727 para incorporar al integrante sobreviviente de la unión de hecho. Pero, como vemos, incluso sin modificar estas normas, el sentido las mismas debe entenderse como que comprende a los integrantes de las uniones de hecho que sobrevivan al causante.

Al respecto, Benjamín Aguilar comenta que, «[...] el numeral referido debe interpretarse en el sentido de que si el causante no tiene descendientes, ascendientes, cónyuge o concubino, puede disponer libremente de todo su patrimonio. Es indudable que la ley está protegiendo a las familias basadas en una unión de hecho estable, permanente, en la que los concubinos comparten una vida en común y asuman todos los compromisos propios del matrimonio. Por ello, al morir uno de los integrantes de esa unión de hecho, ahora se ampara hereditariamente a su sobreviviente.»[245]

De otro lado, Guillermo Lohmann comenta que, «Lo dicho pone en evidencia la necesidad de no interpretar al pie de la letra el artículo 1629 C.C. que prohíbe dar por donación más de lo que se pueda por testamento, pues aunque el donante disponga de la mayoría de su patrimonio teniendo legitimarios, tales donaciones resultarán perfectamente válidas si todos los legitimarios fallecen antes que el donante.»[246]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[247] pensábamos que el artículo 727 podría ver sustituida la expresión «totalidad de sus bienes» por «totalidad de su patrimonio hereditario»; ello, por lo expuesto al respecto en nuestros comentarios al artículo 725.

Pero era sólo una tentación académica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(245) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 275.
(246) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 579.
(247) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 531.

## Gravamen sobre la porción disponible

**Artículo 728.**- Si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla.

Lo que busca el artículo 728 del Código Civil es proteger al acreedor alimenticio del testador. Es claro que, dentro del régimen legal peruano, en cualquiera de los supuestos de que se trate, el testador tendrá porcentajes o cuotas de libre disposición. Entonces, lo que busca es que ese porcentaje de libre disposición se haya o no hecho uso de él en su testamento, quede gravado hasta donde resultare necesario para cumplir con esa obligación alimenticia. La lógica de la norma resulta impecable.

Al respecto, Guillermo Lohmann ha precisado lo siguiente, «El ordenamiento apunta dos previsiones legales sobre la incidencia de la pensión. Primera: conforme al artículo 728, si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla. Segunda: el numeral 417, segunda parte, establece que los herederos no tienen que pagar al hijo más de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado.»[248]

En esa línea, Benjamín Aguilar explica, «Consignemos un ejemplo de la forma cómo funciona ello: El causante deja como patrimonio hereditario 120,000, y le sobreviven tres hijos, sin embargo, estuvo obligado a pagar alimentos a favor de un alimentista. En consecuencia, estos herederos deberán pagar al alimentista, una suma que no supere lo que le habría correspondido de haber sido reconocido o declarado, supuesto en el cual hubiese sido un heredero más. En este caso, los 120,000 se dividirían entre 4, lo que daría como resultado que estos herederos no tendrían que pagar al alimentista más allá de 30,000, suma que le hubiera correspondido al alimentista de ser un heredero más, o dicho en otros términos, los 30,000 son el tope, el máximo. Ahora bien, los herederos igualmente tienen que considerar para el pago al alimentista, la edad hasta donde se extiende su derecho (18 años), por lo que se debe tener presente la edad del alimentista al momento de abrirse la sucesión del alimentante (la edad

(248) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 253.

hasta donde se extiende el derecho termina funcionando como otro límite para el pago de los alimentos). Entonces teniendo en consideración este otro límite, se procede a multiplicar el monto fijado en la sentencia, por el tiempo que falta hasta la extinción de su derecho, tal como lo manda el artículo 874 del Código Civil, y si el resultado de esa operación excede los 30,000 (suma esta que ya hemos mencionado y que constituye la cuota que le hubiera correspondido), los herederos solo pagarán ese tope, y en caso contrario, la suma que resulte de la multiplicación ya referida. Así si el alimentista al momento de abrirse la sucesión del alimentante, tenía 17 años, y su pensión había sido fijada en 500 soles, entonces los herederos solo deberán pagar al alimentista la suma de 6,000. Pero si el alimentista, al momento de ocurrir el deceso del causante, tenía un año y su pensión era de 500, la suma que le corresponderá será como máximo los 30,000 que le hubiera correspondido de haber sido reconocido o declarado judicialmente, y no los 102,000 que resulta de multiplicar el monto de la pensión por el tiempo hasta la extinción de su derecho.»[249]

Consideramos pertinente traer a colación el comentario del profesor Augusto Ferrero, en el sentido de que «El Código señala una limitación: el alimentista no puede recibir más de lo que le habría correspondido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado como hijo (artículo 417). En verdad, no se afecta toda la porción de libre disposición, sino sólo la parte que sea necesario emplear a favor de los hijos alimentistas. El problema que ofrece esta disposición es que puede desconocerse el monto al que alcanza esta obligación, pues la alimentación puede extenderse por incapacidad física o mental. Al momento del fallecimiento del causante hay un solo hecho cierto, conocido: la porción hereditaria que le corresponde a cada heredero. Es necesario repartir la herencia idealmente, incluyendo a los hijos alimentistas como si fuesen reconocidos por el causante o como si tuviesen sentencia que los declare como hijos. La parte que les correspondería será el máximo con que podrán afectar como carga a la herencia, siempre que esté dentro de la porción disponible. Si la exceden, el cargo será hasta el límite de ésta. Si es menor, será hasta el límite de la porción que le correspondería si tuviese la condición jurídica de hijo, idealmente calculada. En nuestro concepto, éste es el sentido de la disposición comentada.»[250]

Para concluir, diremos que el texto del artículo bajo comentario no es muy claro, pero entendemos que el mismo se refiere a las obligaciones alimenticias

(249) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 276-277.
(250) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 272.

que el causante tenga con respecto a personas que no serán sus herederos, y que tengan la condición de hijos alimentistas (artículo 415 del propio Código). Ello es así, en la medida en que cualquier otra obligación alimenticia que hubiera tenido el causante queda sin efecto al momento de su muerte, como podría ser el caso, del deber alimentario frente a un hermano (heredero legal, mas no forzoso).

Poco importará, entonces si ese hermano, a pesar de ser heredero legal, no herede en la sucesión de la que estamos hablando. La obligación alimentaria que tenía el causante habrá cesado con su muerte.

En lo que respecta a los hijos alimentistas, la obligación alimentaria concluye en el momento en que ellos cumplen dieciocho años, a diferencia de la obligación alimenticia con respecto a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales que se prolonga si siguen estudios superiores de manera exitosa.

Para concluir, debemos señalar que, como ya hemos expresado en nuestra obra de Derecho de Familia[251], la figura del denominado hijo alimentista prácticamente se halla en extinción, en la medida en que, a diferencia del año de entrada en vigencia del Código, en 1984, hoy resulta muy fácil determinar la paternidad en función de las pruebas de ADN.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(251) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de Familia. Op. cit.*, tomo II, p. 99.

## Legítima del heredero forzoso

**Artículo 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.

El artículo 729 se encarga de regular la legítima de los herederos forzosos; en otras palabras, cuál será la fracción o porcentaje de la herencia que necesariamente deberá recibir cada heredero forzoso al momento de la muerte del causante. En ese sentido, para regular el tema, el artículo bajo comentario se remite a los porcentajes de la sucesión intestada, cuando establece 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.

Y, precisamente, en materia de sucesión intestada, el artículo 816, relativo a los órdenes sucesorios, establece que son herederos del primer orden los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho, también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

Sobre este particular, remitimos al lector a nuestros comentarios relativos al artículo 816.

No obstante, resulta pertinente remitirnos a lo señalado por Lohmann en torno a la redacción de la norma, «De esta manera, el error del 729 consiste en haber mezclado cosas distintas. Son distintos los derechos, como también son distintos los cálculos sobre los cuales se establece la masa en la que el derecho recae. Lo que correctamente significa la primera parte del artículo (y que no ha sabido explicar adecuadamente), es que para distribuir la legítima entre los legitimarios se utilizan en principio los mismos criterios que se emplean en la sucesión intestada. (Así, por ejemplo, quien como hijo sea heredero universal y participe en una quinta parte en la sucesión intestada, en principio debe

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

recibir una quinta parte de la legítima). Pero de ahí a decir que cuota de legítima y cuota de sucesión intestada son iguales, hay un gran paso.»[252]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[253] hicimos nuestra la propuesta de Augusto Ferrero,[254] en el sentido de que el artículo 729 podría señalar lo siguiente: «Las disposiciones de la sucesión intestada rigen la participación, concurrencia o exclusión de los herederos forzosos.»

Ferrero señalaba que no había que confundir conceptos y agregaba que:

> «Como decía Troplong, la legítima es de Derecho natural y la cuota hereditaria de Derecho civil. La legítima de cada heredero necesario nada tiene que ver con la cuota que le corresponde en la sucesión *abintestato*. Para comenzar, la cuota en ésta se calcula sobre la totalidad del patrimonio del causante, mientras la legítima es sólo la parte intangible de ésta; o sea, la que no es de libre disposición. En segundo lugar, la legítima no varía según sean uno o varios los herederos forzosos de la misma clase. Pensamos que el error de identificar la legítima con una cuota de la herencia viene del Código anterior, cuando el artículo 704 señalaba que la legítima del cónyuge era una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal. Por las razones explicadas, ello no es así. En la Exposición de Motivos, Lanatta explica que la norma proyectada tenía por objeto cubrir un vacío, determinando que las disposiciones sobre la legítima tienen como complementarias o supletorias a las contenidas en la sucesión intestada. Señala que otros Códigos tienen una solución análoga. Ello es cierto, pero sólo en cuanto a la fórmula remisiva, no mencionándose en otros ordenamientos la equivalencia entre la legítima y la cuota del heredero legal. Así, el artículo 3592 del Código argentino declara que "tienen una porción legítima todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado"; y el artículo 1183 del Código chileno prescribe que "los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada". Por ello, pensamos que la primera parte del artículo 729

(252) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 256.
(253) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 531 y 532.
(254) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 23-25.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

es equivocada y no tiene sentido. No así la segunda, que está de acuerdo con las legislaciones citadas y otras, y que persigue que los legitimarios resuelvan su participación, concurrencia y exclusión, de acuerdo a las normas de la sucesión intestada. En *Luces y Sombras del Código Civil*, Max Arias-Schreiber Pezet ha expresado que está de acuerdo con nuestra crítica [...].»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Legítima del cónyuge

**Artículo 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.

Conforme a lo establecido por el artículo 323 del Código Civil, son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el artículo 322 (es decir, realizado el inventario, pagar las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegran a cada cónyuge los bienes propios que quedaren). Los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos. 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 el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera.(255)

Es claro que los gananciales del cónyuge es un concepto que no se relaciona de manera necesaria con el Derecho de Sucesiones. Cuando muere uno de los cónyuges, se producirá la sucesión con respecto al patrimonio del causante, que no es otra cosa que la parte que le correspondía en la sociedad de gananciales, si éste hubiese sido el caso. Si el causante hubiere fallecido estando casado bajo el régimen de separación de patrimonios, es claro que la sucesión se referirá a todo el patrimonio del causante, ya que el mismo le pertenecía en exclusiva, al no existir bienes comunes, dada la naturaleza del régimen matrimonial.

Dentro de tal orden de ideas es que el artículo 730, al referirse a la legítima del cónyuge, trata acerca de un derecho que guarda plena independencia de aquél que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de bienes del matrimonio (lo reiteramos, en caso el régimen hubiese sido el de sociedad de gananciales).

Al respecto, Augusto Ferrero precisa que, «[...] la legítima del cónyuge está constituida por las dos terceras partes de los bienes del causante, en todos los casos. Ello no quiere decir que hereda en esa proporción, pues de tener

(255) Por lo demás, sobre el particular remitimos al lector a nuestra obra: Castillo Freyre, Mario. *Derecho de Familia. Op. cit.*, tomo I, pp. 380-382.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el causante descendientes o ascendientes, el cónyuge concurre con ellos de acuerdo a las normas que se establecen en la sucesión intestada. Lo expuesto es en cuanto al derecho de propiedad. Pero, además, el cónyuge puede declinar a acceder a él, optando por el usufructo de la tercera parte de la herencia cuando concurre con los descendientes del causante, o ejercer el derecho de habitación vitalicio y gratuito sobre la casa-habitación donde existió el hogar conyugal.»(256)

En esa línea, Juan Olavarría explica que, «La legítima del cónyuge es igual que la de los hijos y demás descendientes, es decir, los dos tercios de la masa hereditaria, por lo que, sus derechos hereditarios son independientes de los bienes y derechos que le corresponda producto de la liquidación de la sociedad de gananciales»(257)

Sobre el fundamento de la institución, Luis Echecopar García comenta que, «En nuestra vida familiar sabemos la unión espiritual que existe entre los cónyuges, conocemos cómo ellos y sus hijos forman un solo todo, la familia, y que no es posible establecer en esa unidad diferencias legales pretendiendo que algún afecto deba o pueda predominar sobre el otro. En la familia normal del Perú persevera aún, por fortuna, esa envidiable unidad que se va disolviendo en otros países. Por consiguiente, si el cónyuge sobreviviente forma en el Perú con su consorte premuerto y con sus hijos una estrecha unidad familiar, ha sido indispensable que se le reconociera en forma terminante derechos sucesorios, como heredero legitimario.»(258)

La precisión efectuada por el artículo 730, aunque innecesaria en el terreno teórico, sí resulta conveniente, habida cuenta de la habitual confusión que produce el tema en la sociedad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(256) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 274.
(257) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 110.
(258) Echecopar García, Luis. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 140.

## Derecho de habitación vitalicia del cónyuge supérstite

**Artículo 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 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.

El artículo 731 del Código Civil es, sin duda, uno de los preceptos más aplaudidos del cuerpo normativo de 1984. Ello, en la medida en que previene notorias injusticias.

La norma establece que cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.

En otras palabras, el viudo o la viuda heredará lo que le corresponde de acuerdo a las normas de legítima hereditaria. Podría ocurrir que ese porcentaje le sea suficiente como para adjudicarse (en una división y partición convencional) el bien que fue donde radicó el hogar conyugal.

Para Augusto Ferrero, «El derecho de habitación del cónyuge tiene como fundamento la necesidad de proteger a este, quien, además de su condición de heredero, merece una protección especial respecto del inmueble que habita como hogar conyugal. Y ello debido a que el cariño, el reconocimiento de los beneficios recibidos y la intimidad del vínculo, que constituyen la base racional

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

evidentísima del derecho sucesorio del cónyuge, son además razones que justifican un tratamiento excepcional.»[259]

El supuesto de que trata el artículo 731, bajo comentario, es aquel en el cual el porcentaje hereditario del cónyuge supérstite no alcanzare para tales efectos, como ocurriría si el causante dejase cónyuge y cuatro hijos, y sólo su porción del bien inmueble que era el hogar conyugal. En estos casos, es claro que, si no existiera el artículo 731, cualquiera de los herederos, copropietarios del bien heredado, podría forzar la división y partición del mismo. Si ese fuera el caso, el cónyuge supérstite tendría que buscar dónde vivir y es probable que lo que reciba como herencia no le alcance para conseguir una vivienda decorosa.

Por eso es que la ley le concede este derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa; esto, evidentemente, más allá de sus derechos hereditarios. Si se puede decir en estos términos, se trata de un privilegio que la ley le concede por sobre los demás herederos y a costa de éstos, en la medida en que ellos no podrán ejercer plenamente su derecho de propiedad sobre un bien que usufructuará de manera exclusiva la viuda o el viudo. Y decimos que el usufructo será en exclusiva, dado que, si se tratase de un usufructo compartido, la norma carecería de objeto por tratarse de una solución evidente en caso de copropiedad.

Es bastante claro, también, que el usufructo gratuito recaerá sobre la diferencia de valor existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales; dado que sobre estos últimos sí tiene derecho de usufructo sin necesidad de norma adicional que lo consagre, pues esa porción del patrimonio es suyo.

Luego el artículo 731, bajo comentario, señala que 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 otras palabras, los perjudicados por el usufructo gratuito del inmueble que fue casa conyugal serán los demás herederos, siempre en función a los derechos hereditarios de éstos.

El usufructo vitalicio y gratuito no impide, claro está, que se realice una división y partición entre los herederos. Ésta, evidentemente, podrá incluir la referida casa habitación. En verdad, nada impediría que ella sea adjudicada voluntariamente a alguno de los herederos del causante. Lo que sí está claro es que quien se la adjudique deberá respetar el referido usufructo gratuito.

(259) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 259.

En adición a lo expuesto, Benjamín Aguilar precisa que, «[...] este derecho también puede ser ejercido, incluso tratándose del régimen de separación de patrimonios, o de sociedad de gananciales, respecto del inmueble con la calidad de bien propio, bien del causante y así lo reconoce unánimemente la doctrina nacional al establecer que el derecho de habitación del cónyuge supérstite, también será procedente cuando el inmueble sobre el que recae este derecho ha sido bien propio del causante, interpretación que se hace recogiendo el espíritu de la norma, la de proteger y amparar al viudo o viuda. Sin embargo, en el caso del sobreviviente de la unión de hecho, necesariamente tenemos que referirnos a la sociedad de bienes a la que ha estado sometido, pues no hay la menor posibilidad de que los concubinos puedan haber optado por la separación de patrimonios, pues ello les ha sido negado por ley.»[260]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[261] habíamos planteado una nueva redacción para el artículo 731: «Cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros sucesores y sus derechos por concepto de gananciales, si los tuviere, y de legítima no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, podrá ejercer el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa, aun cuando esté judicialmente separado, siempre que sea por hecho imputable al causante. Este derecho recae sobre todo el bien y no afecta la participación en la propiedad del mismo de los sucesores, quienes estarán a dicho derecho real.»

Este texto se sustentaba, fundamentalmente, en las ideas del profesor Ferrero,[262] salvo en lo que respecta a fijar límites al valor del inmueble, para que sea efectivo ese derecho.

En tal sentido, hacíamos nuestras las consideraciones esgrimidas por el citado profesor:

> «El artículo 731 del Código no ha tenido una redacción feliz ni clara, habiéndose apartado del texto original sugerido por Lanatta. Holgado Valer ha llegado a sostener que el cónyuge que solicita la posesión de la casa que le sirvió de hogar conyugal pierde su legítima hereditaria, lo cual no es correcto. En efecto, debe entenderse que el cónyuge no pierde sus gananciales, ni tampoco su

(260) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 256-257.

(261) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 533 y 534.

(262) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 25-30.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cuota hereditaria. Resulta así copropietario con los herederos con los que concurre, por la parte de sus gananciales y de su cuota. La circunstancia que plantea la norma está referida al caso de que los derechos mencionados que le corresponden al cónyuge no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal. El Anteproyecto Lanatta (artículo 73) expresaba que producida dicha situación, el cónyuge tendría sobre la referida casa el derecho real de habitación, en forma vitalicia y gratuita, texto que fue reproducido en los proyectos de las Comisiones Redactora y Revisora (artículos 779 y 731, respectivamente). Sin embargo, el Código emplea la expresión podrá optar creando la confusión, pues no expresa claramente si se trata de un derecho independiente como fue formulado en su origen, es decir, copulativo a los gananciales y a la herencia, o de un derecho alternativo, como deja entrever el vocablo optar, que significa escoger entre dos o más posibilidades. Creemos que la utilización de esta voz es un error del legislador, que se advierte por los antecedentes y por la segunda parte del artículo. Si fuera opción de acuerdo a ese concepto, el cónyuge perdería sus gananciales y su cuota hereditaria, lo cual contradiría lo dispuesto en el artículo 730 y el ordenamiento en general. En todo caso, la correcta interpretación del término optar podría ser en el sentido de que el cónyuge puede elegir (optar) entre ejercer el derecho o no ejercerlo. Pero de acuerdo a ello, todos los derechos son optativos. Por lo expuesto, insistimos en que la norma induce innecesariamente a confusión, no debiéndose haber apartado el legislador de la clara orientación de Lanatta.

Asimismo, el artículo 731 debió referirse a la concurrencia del cónyuge con otros sucesores, y no mencionar sólo a los herederos. En efecto, de concurrir con legatarios, el derecho de habitación subsistirá igual. Debió seguir la redacción argentina, que se refiere a "otras personas con vocación hereditaria o como legatarios", o la italiana, que habla de la concurrencia "con otros llamados". No obstante la omisión de los legatarios en nuestro artículo, pensamos que obviamente se aplica el instituto cuando el cónyuge concurra con ellos; inclusive, con mayor razón. Más aun, cuando el mismo dispositivo señala que "la diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición", que es sobre la cual se pagan los legados.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

### Derecho de usufructo del cónyuge supérstite

**Artículo 732.-** Si en el caso del artículo 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 artículo 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.

El artículo 732 versa acerca del derecho de usufructo del cónyuge supérstite. La norma señala que si en el caso del artículo 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. Como se puede apreciar, se trata de otro beneficio que otorga la ley al cónyuge supérstite.

El legislador de 1984 se ha colocado en el supuesto de que el beneficio del derecho de habitación que concede el artículo 731 no pueda ser practicado por el cónyuge supérstite. Ello podría producirse por las más diversas razones, y, de manera central, dentro de ellas está el tema de la imposibilidad de sostener los gastos de mantenimiento del inmueble (por ejemplo, una casa muy grande y ahora casi vacía). En estos casos, el legislador concede al cónyuge supérstite el derecho de arrendar el bien y disfrutar de la renta.

ESTUDIO CASTILLO LAVALLE

Además, le concede el derecho de 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. La norma también se coloca en el supuesto de que se extinga el arrendamiento, caso en el cual el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el artículo 731. Es obvio que también podría optar por volver a arrendar el bien al mismo o a otro arrendatario.

Es importante también resaltar que este artículo señala que mientras el bien esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar. El hecho de que el legislador de 1984 haya otorgado esta condición jurídica al inmueble obedece a las especiales características que reviste el patrimonio familiar, en este caso, constituido en favor del cónyuge supérstite. Para mayores referencias, remitimos al lector a nuestra obra sobre la materia.(263)

El artículo 732 concluye con un párrafo de aplicación común a este precepto y al 731, el mismo que indica que 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. Esta solución legal se entiende perfectamente. El hogar conyugal que se había constituido en esa casa habitación era entre el cónyuge supérstite y el causante; no entre el cónyuge supérstite y un tercero. De ahí que si el cónyuge supérstite contrajera nuevo matrimonio se extinguirán los derechos que conceden al supérstite los artículos 731 y 732 del Código Civil.

Nótese que la norma también supone la extinción de estos derechos si es que el cónyuge supérstite vive en concubinato. Para esto será suficiente que haya empezado una relación concubinaria. La norma no exige que este concubinato reúna los requisitos de la unión de hecho, regulada en el artículo 326 del Código Civil.

Al respecto, Augusto Ferrero señala que, «Es importante concordar estas normas con el artículo 323 del Libro de Derecho de Familia, que expresa que "cuando la sociedad ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera". Podría pensarse que no tiene sentido esta disposición, por cuanto el cónyuge supérstite se ve obligado a pagar el exceso, mientras el derecho de

(263) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de Familia. Op. cit.*, tomo II, pp. 356-357.

habitación que consagra el Derecho Sucesorio es gratuito. Sin embargo, el ejercicio de aquel derecho puede ser importante para el cónyuge supérstite por cuanto consolida la propiedad. Podría ocurrir que siendo los herederos del causante distintos de los del cónyuge sobreviviente, a este le interese que no se produzca a su muerte la copropiedad entre ambos, sino que más bien pase en propiedad a sus propios herederos. O también para tener totalmente la libre disposición del bien, sin las limitaciones del patrimonio familiar, y sin que le sean de aplicación las causales de pérdida del derecho por muerte, nuevas nupcias o vivir en concubinato, a que se refiere el último párrafo del artículo 732.»[264]

Finalmente, el artículo 732 señala que también se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos. Este extremo de la norma es evidente. Se trata de derechos de contenido patrimonial, sobre los cuales se puede renunciar sin inconvenientes en el Derecho peruano.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[265] habíamos planteado dos ideas.

La primera, en el sentido de que no se requiera de autorización judicial si el cónyuge heredero supérstite cuenta con la autorización de todos los demás herederos, la misma que correspondía a una propuesta del profesor Lohmann,[266] cuando sostenía que resultaba excesiva la exigencia de tener que conseguir autorización judicial para arrendar el inmueble que sirve de habitación al cónyuge supérstite. Sostenía Lohmann que el requisito se justifica si es que los demás herederos no están de acuerdo, lo que implicaría iniciar un proceso contencioso porque existiría una controversia.

La segunda idea estaba dirigida a cambiar la terminología de «concubinato» por la de «unión de hecho», para que el artículo bajo análisis concuerde con el artículo 326 del propio Código, en el que se trata acerca de las «uniones de hecho», que no siempre consistirán en concubinatos propiamente dichos, pues dentro de la diversidad cultural de nuestro país dicha unión de hecho puede revestir diferentes modalidades. Esta sugerencia la tomamos del profesor Augusto Ferrero.[267]

(264) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 267.
(265) Castillo Freyre, Mario *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 534 y 535.
(266) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 1995, tomo II, pp. 532 y ss.
(267) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, p. 30.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Intangibilidad de la legítima

**Artículo 733**.- El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.

El artículo 733 se encarga de regular el carácter intangible de la legítima. Esto implica que las normas que hemos venido estudiando tienen carácter imperativo.

Los únicos casos en que se puede privar de la legítima a los herederos forzosos son los supuestos de indignidad para suceder y de desheredación, a cuyo estudio remitimos al lector.

El artículo 733 también prohíbe imponer sobre la legítima, gravamen, modalidad o sustitución. Se entiende, de esta manera, que la legítima debe estar realenga, libre de cualquier imposición, a efectos de que el heredero legitimario no pueda verse perjudicado en el ejercicio de su derecho a través de actos que le causen menoscabo.

Al respecto, Juan Olavarría comenta que, «No puede el testador imponer sobre la legítima gravamen. ¿Acaso significa esto que el testador tiene que dejar su patrimonio o los bienes que lo integran saneados y libres de cargas y gravámenes, es decir, desafectados? Significa por ventura que el testador antes de morir tiene que liberar sus hipotecas y liberar sus garantías mobiliarias o prendas, si no no puede dejar herencia. No, de ninguna manera, lo que el legislador nos quiere decir es que por testamento no se puede ni se debe constituir o crear gravámenes que afecten la legítima de sus herederos forzosos, por ejemplo, cuando el testador impone un usufructo sobre todas las propiedades inmobiliarias de su patrimonio a favor de una tercera persona, y que dicho usufructo al ser valorizado exceda el margen o cuota de libre disponibilidad de la cual puede el testador hacer uso.»[268]

Para Guillermo Lohmann, «El artículo apunta, en esencia, a dos propósitos. El primero, evitar perjuicio a la legítima. El segundo, que no se perjudiquen

(268) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 117.

testamentariamente los derechos del cónyuge supérstite. La razón es fácil de comprender: el derecho a la asignación entera de la legítima encuentra justificación en la ley, y no es debida a la liberalidad de la voluntad del testador. En consecuencia, lo que la ley ordena no puede suprimirlo la autonomía privada, salvo en los casos expresamente permitidos por la propia ley.»[269]

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.º 427-2005-Áncash, de fecha 30 de julio del 2007, «En autos es un hecho aceptado que el recurrente es hijo de la demandada [...], por lo que tiene la condición de heredero forzoso de su causante, conforme al [...] artículo 724 [del C.C.J, la que [sic –léase lo que–] adquirirá eficacia a la muerte de esta, salvo que medie una causal de desheredación, lo que no se ha acreditado en autos. [...] Que, en tal sentido, si bien es cierto el actor tiene un derecho expectaticio respecto a los derechos que le pudieran corresponder en la masa hereditaria de la *cujus*, también lo es que por su condición de heredero forzoso está facultado para proteger su legitima, pues al no haberse acreditado la existencia de otros bienes de propiedad de su madre resulta razonable asumir que los que fueron objeto del acto jurídico de donación constituyen el acervo patrimonial imaginario que le pudiera corresponder, debiendo precisarse que tampoco se ha demostrado que dichos inmuebles se refieran al tercio de libre disponibilidad de la donante. [...] Que, en consecuencia, [...] siendo el recurrente hijo de la citada demandada y teniendo derecho a [la] legítima sobre los bienes de esta se arriba a la conclusión de que la libre disponibilidad de aquéllos, dispuesta mediante el negocio jurídico materia de nulidad, afecta el orden público, circunstancia prohibida por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, ya que se ha dispuesto de más del tercio de libre disposición.»[270]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[271] habíamos planteado que el artículo 733 podría tener la siguiente redacción: «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, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le concede el artículo 731, ni renunciar el cónyuge a éste antes del fallecimiento del causante.»

(269) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo I, p. 607.
(270) División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 401.
(271) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 536 y 537.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En primer término, habíamos adoptado una solución que recogía, mayoritariamente, lo sugerido por el profesor Augusto Ferrero, a la vez que una atingencia formulada por el profesor Guillermo Lohmann.(272)

Ferrero Costa sostiene lo siguiente:

> «El artículo 733 agrega que sobre la legítima el testador no puede imponer gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. La modalidad está referida a la condición, el plazo y el cargo, que son las modalidades del acto jurídico. La negación de la sustitución significa que el testador está impedido a imponer otro heredero como sustituto, sobre esa parte. En cuanto al gravamen, no nos parece que el legislador ha utilizado el término apropiado, pues si el testador puede disponer a título oneroso de todos sus bienes, igualmente puede gravarlos. Esta terminología viene del Código derogado (artículo 705), el cual la tomó del Código español (artículo 813), y probablemente se refiere al cargo, pero al ser éste una modalidad del acto jurídico, se incurre en redundancia por estar ya mencionada ella. El Código de 1852 era más preciso cuando en su artículo 713 expresaba que el testador no tenía facultad de imponer condiciones sino sobre la porción disponible. Finalmente, el artículo 733 comentado indica que tampoco podrá el testador privar a su cónyuge del derecho de habitación vitalicio y gratuito, salvo en los casos de desheredación e indignidad. Se ha agregado que no cabe la renuncia anticipada de este derecho, pues al no formar parte de la herencia, debe consignarse expresamente la prohibición, pues de lo contrario sería posible.»

La salvedad a la que hacíamos referencia en *Tentaciones académicas* (1998), mencionada por Lohmann, constituye una crítica al artículo 733 vigente, el mismo que concluye señalando que el testador tampoco puede privar a su cónyuge sobreviviente de los derechos que le confieren los artículos 731 y 732, salvo en los referidos supuestos. Según Lohmann, la norma establece que, si

(272) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 31 y 32; y Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 1995, tomo II, p. 547.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sucedieran tales casos, la privación será válida; no obstante, no indica algún caso de posible privación, ni a su vez lo hacen los artículos 731 y 732. Bajo este razonamiento, el citado profesor proponía –en criterio que compartíamos– omitir la expresión relativa a esos «referidos casos», a fin de evitar confusiones y malas interpretaciones, que antes que aclarar el sentido de su contenido, lo confunden más.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# TÍTULO IV
# INSTITUCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE HEREDEROS Y LEGATARIOS

## Institución de heredero o legatario

**Artículo 734**.- La institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable por el testador, salvo lo dispuesto en el artículo 763, y ser hecha sólo en testamento.

La institución de heredero se produce cuando el testador designa a una persona, sea o no heredero forzoso, en calidad de heredero, asignándole porcentajes o porciones de la masa hereditaria. El legatario es una persona a quien el testador deja uno o más bienes, pero a título singular. El tema será explicado con mayor detalle en el análisis de los artículos siguientes.

No obstante, enfatizamos que, como precisa Guillermo Lohmann, «El precepto alude a institución como sinónimo de designación o de nombramiento. La institución, sin embargo, no necesariamente causa que el designado o nombrado llegue efectivamente a ser heredero o legatario. Simplemente es un llamado por el testador para actuar como sucesor pero no es, todavía, un sucesor. Y no lo es porque determinadas circunstancias pueden impedir la eficacia de la designación: premoriencia, renuncia, indignidad, etc. Hay que distinguir, en consecuencia, entre llamamiento por designación y sucesión efectiva.»[273]

No obstante, corresponde reparar en este punto en lo relativo al carácter de la persona en quien debe recaer la institución de heredero o legatario. La norma señala dos requisitos:

a) Que sea una persona cierta

Persona cierta, siguiendo la sistemática del Código Civil peruano de 1984 en torno a este término, es aquella que se encuentra absolutamente

(273) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 296.

determinada. ¿No será posible instituir entonces como heredero o legatario a una persona que aún no hubiere nacido? Entendemos que sí sería posible, como en el caso en que el testador deje la quinta parte de su fortuna al nieto que está por nacer, futuro hijo de su hija, que está embarazada. Sin duda se trata de una persona cierta, lo que ocurre es que es una persona que aún no ha nacido, pero se le tiene absolutamente identificada. Aquí se aplica lo dispuesto en el artículo 1 del propio Código, en el sentido de que «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. – La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.»

En otras palabras, si al momento en que muriese el testador, el niño todavía no hubiese nacido, pero nazca vivo después, entonces, ese niño será titular de la herencia (o, también, podría ser un legado) que le dejó su abuelo en su testamento.

Juan Olavarría señala que, «Igualmente, el concebido y el *concepturus* tampoco pueden ser designados o instituidos como herederos o legatarios, pues persona cierta no es otra cosa que una persona que exista como tal, es decir, tratándose de las personas naturales la exigencia para que puedan ser nombradas es que esté viva al momento de la facción testamentaria, y tratándose de las personas jurídicas que estén debidamente inscritas en el registro público correspondiente.»(274)

Discrepamos del profesor Olavarría en lo que respecta al concebido, ya que está vivo y, como hemos señalado, se le considera nacido para todo lo que le favorezca. Coincidimos con él en lo que respecta al *concepturus*, en la medida en que, al no haber sido aún concebido, no sólo carece de vida como ser humano, sino que no se tratará de una persona cierta, sino incierta, vale decir, no determinada, sino determinable.

La duda se presentaría en caso el testador, sabiendo que su hija está embarazada, instituye legatario a su futuro nieto, pero da la casualidad de que no nace uno sino dos nietos (mellizos). En este caso, la persona instituida como heredero o legatario no habría estado determinada con certidumbre, lo que ocasionaría que la validez de la institución de heredero pudiera ser cuestionada, ante la ausencia de cumplimiento de ese requisito.

(274) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 118.

b) Que se le designe de manera indubitable

La designación indubitable tiene relación con el hecho de que la redacción del testamento sea lo suficientemente clara como para que no ofrezca la menor duda en el sentido de si se ha instituido a esa persona como heredero o legatario. En estos casos, ante una controversia sobre la claridad de la designación, ante la existencia de esta norma especial, debería considerarse que la institución carece de validez (es nula).

Al respecto, Guillermo A. Borda señala que, «El heredero debe ser designado con palabras que no dejen dudas sobre la persona instituida; si las hubiere entre dos o más individuos, ninguno de ellos será tenido por heredero. Es bueno, en efecto, que la designación sea hecha de tal modo que evite toda duda. Lo general y lo conveniente es que se indique el heredero por su nombre completo; pero esta no es una exigencia indispensable; bastaría con designarlo con el sobrenombre "mi sobrino Juan" o "mi primo Pedro", si no hay otros parientes de igual grado y con el mismo nombre de pila; o "al médico que me ha asistido en mi última enfermedad".»(275)

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(276) habíamos planteado que el artículo 734 podía tener la siguiente redacción: «La institución de heredero o legatario debe recaer en persona determinada o determinable, designada de manera indubitable por el testador, salvo lo dispuesto en el artículo 763, y ser hecha sólo en testamento.»

No veíamos impedimento teórico o práctico para que sean designados herederos o legatarios personas susceptibles de determinación (es decir, que resulten determinables, de acuerdo a lo dispuesto por el testamento), siempre y cuando –y ello va implícito en su calidad de «determinables»–, que se haya expresado claramente en el testamento la forma o manera de efectuar la determinación.

Pensábamos que con ello también se hubiese despejado cualquier duda respecto al *nasciturus* (el que está por nacer) y se comprendería también al *concepturus* (el que todavía no ha sido concebido, pero que puede serlo), para que puedan (sobre todo, este último) ser instituidos en calidad de herederos o legatarios.

(275) Borda, Guillermo A. *Manual de Sucesiones. Op. cit.*, p. 428.
(276) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 537.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Sucesión a título universal y particular

**Artículo 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.

A través del artículo 735, se establecen las características del heredero y del legatario.

El heredero es la persona que participa de la sucesión a título universal, lo que implica que recibe como herencia o la totalidad de la masa hereditaria (como vimos en su oportunidad, integrada por bienes, créditos y deudas), en caso se tratare de un solo heredero, también llamado heredero universal; o una parte o porcentaje de la masa hereditaria. Por ejemplo, si son dos o más herederos, cada uno de ellos, en principio y si no hubiere disposición testamentaria en sentido distinto, heredará una cuota parte o porcentaje igual de la masa hereditaria (lo volvemos a decir, del conjunto de bienes, créditos y deudas dejados por el causante).

Como sabemos, los herederos pueden ser legales, que son aquellas personas mencionadas en la ley con vocación hereditaria; o voluntarios, vale decir aquellas personas designadas en el testamento. Estas categorías van en paralelo con la de herederos forzosos, que son aquellas personas que no pueden ser excluidas de la sucesión, porque tienen derecho a la legítima hereditaria.

Sobre los herederos voluntarios, Benjamín Aguilar comenta que, «Se trata de liberalidades del testador por las que convoca a su sucesión a fin de que participen de esta, transmitiéndoles todo o una parte del patrimonio. Obsérvese que el testador no está obligado a llamarlos, sino que por un acto gracioso los convoca.»(277)

Por lo demás, las personas pueden tener la condición de herederos sin que exista testamento, caso en el cual tendrán la calidad de herederos aquellas

(277) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 374.

personas que señala la ley como herederos legales. Se puede ser, también, heredero por testamento, caso en el cual, como es obvio, estaremos en presencia de los herederos testamentarios.

Pero en todos estos casos la masa hereditaria se dividirá por cuotas, de modo que, si el testador hubiese establecido en su testamento una división del patrimonio de alguna manera especial, asignando determinados bienes a determinados herederos, seguiremos en presencia de cuotas integrantes de la masa hereditaria.

En materia de legados, es evidente que los legatarios son aquellas personas que reciben un bien o derecho concreto de la herencia. Únicamente se puede tener la calidad de legatario por testamento. Jamás podría existir un legado en caso de una sucesión intestada, en la medida en que el legado responde a una situación específica de la voluntad del testador, la misma que sólo puede ser expresada en testamento.

El legatario es un sucesor (obviamente no un heredero) a título particular, pues únicamente recibe los bienes o derechos (un crédito, por ejemplo) que constituye el legado, razón por la cual no responde por las deudas del causante.

Podrá ser instituido como legatario cualquier persona, pero debe tenerse en cuenta que los legados no pueden afectar la legítima de los herederos.

Una misma persona podría tener, pues, la condición de heredero y legatario, a la vez, en una misma sucesión.

La jurisprudencia se ha encargado también de establecer la diferencia entre herederos y legatarios, conforme podemos observar en la Casación n.° 4956-2013-Lima, de fecha 2 de julio de 2014, «Heredero y legatario. Diferencias. *Quinto.* En cuanto a la herencia, es un derecho constitucional que además se encuentra regulado por nuestro ordenamiento civil, figura jurídica que constituye el patrimonio que se transmite por causa de la muerte de una persona, es decir, está constituida por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que esa persona (llamada causante) tenía al momento de su fallecimiento. Respecto a las calidades sucesorias, la institución de heredero está referida a la disposición de la última voluntad hecha por el testador en su testamento, donde designa a las personas que han de sucederlo a título universal en sus relaciones jurídicas transmisibles. Para nuestro ordenamiento civil, existen dos formas como puede aparecer el llamamiento de los herederos por testamento, es decir, los llamados herederos forzosos y los herederos voluntarios. Respecto a la institución de legatario, la misma es a título particular y se limita a determinados bienes, dicho de otro modo, el legatario es la persona natural o jurídica favorecida por

PLANTA MARCO CASTILLO TREVEJO

un acto de liberalidad del testador, quien dispone en su beneficio uno o más bienes de libre disponibilidad, respetando una parte de la herencia a los herederos forzosos (*legítimos).*»[278]

El artículo 735 establece también que la institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes. Esta regla, no obstante, tiene una excepción, la misma que está constituida por el artículo 756, en el extremo que establece que el testador puede disponer, como acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más de sus bienes, o de una parte de ellos, dentro de su facultad de libre disposición.

Entendemos que cuando el artículo 756 se refiere a la disposición por legado de una parte de los bienes, esto significa que el testador podría dejar un bien para que pase a ser de propiedad de dos o más legatarios a la vez, lo que implicaría que se constituiría un derecho de copropiedad sobre el mismo. Lo propio podría disponer con respecto a un conjunto de bienes, los cuales podrían ser legados a una sola persona (caso en el cual ella pasaría a ser propietaria de todos esos bienes legados) o también podrían ser legados a dos o más personas, caso en el cual todos esos legatarios pasarán a convertirse en copropietarios de tales bienes. Pero nótese cómo en estos casos la disposición de los bienes sigue siendo a título particular, de modo que los legatarios, en ningún caso, responden por las deudas de la herencia.

El artículo 735 concluye señalando que el error del testador en la denominación de heredero o legatario no modifica la naturaleza de la disposición. Esta norma, innecesaria en el terreno teórico, consideramos resulta indispensable en el práctico. Ello, en la medida en que el Derecho de Sucesiones es muy complejo, incluso para nosotros, los abogados. De manera que no podemos pedir a la población en su conjunto que maneje las distinciones entre herederos y legatarios. De ahí la necesidad y pertinencia de la norma. Por lo demás, los actos jurídicos son lo que su naturaleza impone y no necesariamente esa naturaleza responderá a la denominación que les otorguen las partes.

Para Guillermo Lohmann, «El propósito del párrafo final del artículo 735 es, por lo menos, triple. De una parte obliga a examinar la naturaleza de la disposición, lo que se traduce, como acabo de decir, en la necesidad de interpretar la declaración de voluntad. De otra parte, obliga a indagar, abstractamente de

(278) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 619.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la voluntad expresada, el contenido de la disposición. Y, por último, prescinde de presunciones legales.»[279]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[280] habíamos planteado que el artículo 733, además de mencionar a los bienes como objeto de la institución de legatario, comprendiera derechos o créditos. Señalábamos que tal institución no tendría por qué circunscribirse al legado de bienes, pudiendo comprender también derechos distintos a los bienes o incluso créditos.

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[281] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la modificación del artículo 735, con el texto siguiente:

> **Artículo 735.-** Calidades sucesorias.
>
> 1. Es heredero el que por testamento o por ley, o por ambos títulos, sucede a título universal en la totalidad o en una cuota de la masa sucesoria, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 852. Tiene la calidad de heredero quien sucede en el remanente sobre el cual no hubiera disposición testamentaria, y en lo que quede después de cumplidos los legados.
> 2. La sucesión a título hereditario puede ser legitimaria, legal no legitimaria o voluntaria.
> 3. Es legatario el que sucede al testador en bienes o derechos determinados o determinables, o en una cuota de ellos. También se considera legatario a aquel en cuyo favor el testador ha dispuesto que reciba un bien, derecho o prestación a cargo de un heredero o de otro legatario. El usufructuario es considerado como legatario aunque su derecho recaiga sobre toda la materia de la sucesión siempre que no exceda la cuota de libre disposición del causante.
> 4. Es indiferente la denominación con que el testador instituya a sus sucesores, y las calidades y derechos de éstos se sujetan a la naturaleza de la institución más acorde con la voluntad del testador.

(279) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 284.
(280) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 537 y 538.
(281) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 184-186.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La comisión del 2019 proponía modificar el artículo 735, relativo a las calidades sucesorias. La norma vigente es escueta y técnicamente correcta. La comisión no objetaba el precepto vigente, sino que lo quería hacer más didáctico y entendemos que, por ello, explicitaba diversos conceptos.

En primer lugar (inciso 1), detallaba quién es heredero. Así, lo es quien por testamento o por ley, o por ambos títulos, sucede a título universal en la totalidad o en una cuota de la masa sucesoria.

La comisión, en su propuesta del artículo 735, inciso 1, agregaba que también tiene la calidad de heredero quien sucede en el remanente sobre el cual no hubiera disposición testamentaria, y en lo que quede después de cumplidos los legados.

La comisión hacía la salvedad del artículo 852. Esta norma señalaba que no hay lugar a partición cuando el testador la ha dejado hecha en el testamento, pudiendo pedirse, en este caso, sólo la reducción en la parte que excede la permitida por la ley.

Agregaba el artículo 852 que, no obstante lo señalado, no cabe en ningún supuesto la partición en tanto permanezca vigente el procedimiento concursal al que se encuentra sometida la sucesión indivisa, de ser el caso que ello ocurra.

La comisión, en su propuesta del artículo 735, inciso 1, agregaba que también tiene la calidad de heredero quien sucede en el remanente sobre el cual no hubiera disposición testamentaria, y en lo que quede después de cumplidos los legados.

A entender nuestro, esta norma resultaba innecesaria, ya que la misma constituía más que todo un desarrollo de lo que significa ser heredero. Esto es más propio de un manual de Derecho que de un Código Civil.

En el inciso 2 se proponía establecer las tres clases de sucesión a título hereditario. Impropio, también.

En el inciso 3, la comisión planteaba decir quién es legatario. Señalaba que es el que sucede al testador en bienes o derechos determinados o determinables, o en una cuota de ellos. Agregaba que también se considera legatario a aquel en cuyo favor el testador ha dispuesto que se reciba un bien, derecho o prestación a cargo de un heredero o de otro legatario.

Señalaba, además, que el usufructuario es considerado como legatario, aunque su derecho recaiga sobre toda la materia de la sucesión del causante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

¿Era necesario regular todos estos conceptos propios de la calidad de legatario?

En un Código Civil, claro que no.

Finalmente, en el inciso 3 la comisión señalaba algo obvio: que es indiferente la denominación con que el testador instituya a sus sucesores, y las calidades y derechos de éstos se sujetan a la naturaleza de la institución más acorde con la voluntad del testador.

Además de que disposición similar ya se encuentra en el artículo bajo comentario del Código vigente, es claro que, si se siguiere este criterio, el Código Civil debería contener decenas de artículos en los que establezca cuestiones similares con respecto a una serie de figuras o instituciones jurídicas.

Por otra parte, la comisión del 2019 también proponía la creación de un artículo 735-B, de texto siguiente:

> **Artículo 735-B**.- Aptitud sucesoria.
>
> 1. Tienen aptitud para suceder las personas físicas ya nacidas o concebidas en el momento de la apertura de la sucesión que no estén impedidas conforme a este Título o disposiciones especiales, y el Estado en los casos del artículo 830. Salvo prueba en contrario, y de lo indicado en el numeral 3, se presume ya concebido en el momento de la apertura de la sucesión a quien ha nacido dentro de los trescientos días contados desde la muerte de la persona de cuya sucesión se trata.
> 2. En la sucesión testamentaria también tienen aptitud sucesoria:
>    a) los [*sic*] hijos o demás descendientes del testador o de una persona determinada por él que esté viva en el momento de la muerte del testador, aunque aún no estuvieran concebidos en ese momento y siempre que nazcan dentro del plazo que establezca el testador, pero que no podrá ser después de los diez años de su deceso;
>    b) las [*sic*] entidades o personas jurídicas inscritas o que hubiesen presentado solicitud de inscripción en el Registro Público pertinente al momento de apertura de la sucesión;
>    c) las [*sic*] fundaciones constituidas por el testamento.
> 3. Tienen también aptitud sucesoria como legitimarios los nacidos por la aplicación de una técnica de reproducción asistida a

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

condición de que nazcan dentro de los cuatro años del fallecimiento del causante. A tal efecto, tal persona debe:

a) adquirir [*sic*] la calidad de embrión crio-conservado antes del deceso del causante; o

b) ser [*sic*] concebida con gametos de titularidad del causante.

4. En ambos casos, el uso post mortem del embrión o de los gametos debió haber sido expresamente permitido por el causante. Dentro de los treinta días calendario de la apertura de la sucesión, la pareja autorizada a utilizar el embrión o los gametos informará por comunicación notarial a los sucesores del causante sobre tal derecho a fin de que se resguarde la cuota del futuro heredero.

5. Salvo disposición legal en contrario, la aptitud sucesoria se establece al momento de la apertura de la sucesión. En los casos de institución bajo condición suspensiva y de sustitución, la aptitud se determina al momento de verificación de la condición o de ocurrido el supuesto para la sustitución, a menos que otra cosa resulte del testamento.

La comisión proponía un nuevo artículo, el 735-B, para regular la aptitud sucesoria. No nos convencía abordar este tema, pero trataremos la materia, en la medida en que lo hacía la comisión.

En primer término, en el inciso 1 se señalaba que tienen aptitud para suceder las personas físicas ya nacidas o concebidas en el momento de la apertura de la sucesión que no estén impedidas conforme a este título o disposiciones especiales, y el Estado en los casos del artículo 830 (relativo a la sucesión del Estado y de la Beneficencia Pública).

Sobre esto no había mucho que decir. Es más, ni habría que ponerlo en un Código Civil, en la medida en que nada de lo señalado constituye materia controversial en Derecho.

Luego, en el inciso 1 agregaba que, salvo prueba en contrario, y de lo indicado en el numeral 3, se presume ya concebido en el momento de la apertura de la sucesión a quien ha nacido dentro de los trescientos días contados desde la muerte de la persona de cuya sucesión se trata.

En relación con este tema, ya hay disposiciones en el propio Código Civil, que establecen ese plazo, pero para que el hijo sea considerado matrimonial, no deben haber transcurrido más de trescientos días desde la muerte del marido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entendemos que esta norma bien podría ser interpretada por analogía al caso de la sucesión, pero admitimos que el tema es discutible.

En el inciso 2, el grupo de trabajo proponía (literal a) que se señale que en la sucesión testamentaria también tienen aptitud sucesoria los hijos o demás descendientes del testador o de una persona determinada por él que esté viva en el momento de la muerte del testador, aunque aún no estuvieran concebidos en ese momento y siempre que nazcan dentro del plazo que establezca el testador, pero que no podría ser después de los diez años de su deceso.

La propuesta era interesante, pues con la procreación asistida podría presentarse este tipo de casos. No obstante, el mantener una sucesión indivisa por tanto tiempo sería negativo.

En esos casos, lo ideal es que el testador que disponga su procreación *post mortem* también establezca en testamento cómo se dividirá su herencia.

Con todo, cinco años serían suficientes, salvo que exista litigio en torno a la sucesión, caso en el cual sí se podría establecer un plazo de diez años contados desde la muerte del testador.

Por otra parte, en el inciso 2, b) se proponía que tengan aptitud sucesoria en la sucesión testamentaria las entidades o personas jurídicas inscritas o que hubiesen presentado solicitud de inscripción en el Registro Público pertinente al momento de la apertura de la sucesión.

Creemos que la norma pecaba por amplia, pues las personas jurídicas se constituyen a través de su inscripción en el registro (artículo 77 del Código Civil vigente). Este precepto sucesorio no debería siquiera existir.

En el inciso 3, la comisión proponía que se señale que tienen también aptitud sucesoria como legitimarios los nacidos por la aplicación de una técnica de reproducción asistida a condición de que nazcan dentro de los cuatro años del fallecimiento del causante; a cuyo efecto, tal persona debe: a) adquirir la calidad de embrión, crio-conservado antes del deceso del causante; o b) ser concebido con gametos de titularidad del causante.

El inciso 4 señalaba que, en ambos casos, el uso *post mortem* del embrión o de los gametos debió haber sido expresamente permitido por el causante.

El inciso 3 debió tratarse de manera conjunta con el inciso 2, pues ambos versan sobre lo mismo, sólo que en el primer caso se señala la existencia de una autorización vía disposición testamentaria, en tanto que, en el segundo caso, la referencia (inciso 4) es una autorización en general que, por lo que se

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

señalaba después, pareciera que no era testamentaria. El inciso 4, en ese sentido, agregaba que dentro de los treinta días calendario de la apertura de la sucesión, la pareja autorizada a utilizar el embrión o los gametos informará por comunicación notarial a los sucesores del causante sobre tal derecho, a fin de que se resguarde la cuota del futuro heredero.

Insistimos, el inciso 2 a) y los incisos 3 y 4 debieron ser una sola norma.

Finalmente, el inciso 5 trataba acerca de los casos de institución bajo condición suspensiva y de sustitución, sobre los cuales no es necesario tratar en el Código Civil, por remisión a las normas generales sobre cargo o plazo.

Por otra parte, la comisión también propuso crear un artículo 735-C, de texto siguiente:

> **Artículo 735-C.-** Inaptitud sucesoria.
>
> Carecen de aptitud para suceder y, en su caso, se tiene por no puesta la respectiva disposición testamentaria, las siguientes personas:
>
> 1. Los declarados indignos.
> 2. Los que el testador haya desheredado o excluido de la legítima, respecto de ésta.
> 3. El notario y los testigos que intervengan en el testamento con infracción legal, así como sus cónyuges y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
> 4. Los tutores o curadores instituidos en testamento hecho dentro de los noventa días de cesada la incapacidad, cuando la sucesión se abra dentro de los ciento ochenta días de la fecha del testamento.
> 5. El impedimento no afecta al ascendiente, descendiente, o cónyuge del testador.
> 6. El cónyuge o conviviente separado por culpa propia. En los casos que al abrirse la sucesión exista proceso judicial de separación, el llamamiento sucesorio respecto del supérstite queda supeditado al resultado del proceso.
>
>    Sin embargo, si fue instituido en testamento posterior al inicio del proceso judicial, se admitirá la institución testamentaria.
> 7. El cónyuge separado legalmente, cuando de conformidad con el artículo 354 el causante hubiera solicitado el divorcio. El

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

llamamiento sucesorio respecto del cónyuge supérstite queda supeditado al resultado del proceso.

Sin embargo, si el cónyuge fue instituido en testamento posterior al inicio del proceso, se admitirá la institución testamentaria.

8. En la sucesión legal, el viudo en el caso del artículo 826.
9. La persona con quien el testador casado hubiera cometido adulterio, salvo que a la fecha de apertura de la sucesión los cónyuges ya estuvieran divorciados o judicialmente separados de cuerpos y bienes.
10. En los casos de los artículos 398 y 1366.
11. En el caso previsto en el artículo 71 de la Constitución, salvo que dentro de los doce meses de la inscripción de la declaración de sucesión legal o de la inscripción del testamento, el sucesor opte por la conmutación del bien o derecho con otro contenido en la masa sucesoria, o por la transferencia.
12. La pretensión de exclusión por inaptitud sucesoria prescribe a los dos años de inscrita la declaración de sucesión legal o de la inscripción del testamento y, en todo caso, antes de la participación, salvo lo dispuesto en el artículo 677. La demanda se tramita como proceso abreviado.

Este precepto estaba destinado a regular la denominada inaptitud sucesoria.

Los incisos 1, 2 y 3 no resultaban necesarios, pues ya existen normas que conducen a los mismos puertos.

El inciso 4 partía de consideraciones prejuiciosas y carecía de sustento, en la medida en que quien estuvo sujeto a tutela o asistencia (nótese que el anteproyecto siguió empleando en este caso, a pesar de recusarlo, el término «curador») ya cesó en tal capacidad de ejercicio disminuida. Y si tiene plena capacidad, pues, por él mismo podría disponer en testamento lo que guste en beneficio de un extutor, excurador o exasistente.

Por lo demás, la fecha de la muerte del testador es irrelevante. La muerte, salvo casos de excepción, ocurre en un momento fortuito.

El inciso 5 señalaba al cónyuge o conviviente separado por culpa propia. Es decir, la comisión, que tantas veces recusaba el divorcio sanción, sí sanciona al cónyuge culpable, colocándolo en inaptitud sucesoria. Esto está bien; lo que

EDITORIAL MANUEL CASTILLA FREYRE

demuestra que sí debe importar por culpa de quién se rompe el matrimonio, lo que no va de la mano –claro está– con la implantación absoluta del divorcio remedio y la derogatoria que se plantea del divorcio sanción.

Para tales casos, el inciso 5 exigía que al abrirse la sucesión exista proceso judicial de separación.

El inciso 6, por su parte, contemplaba el caso del cónyuge separado legalmente, cuando de conformidad con el artículo 354, el causante hubiera solicitado el divorcio.

El inciso 7 regulaba el caso del viudo (artículo 826), en la sucesión legal. Se trata del que se casa enfermo y muere al poco tiempo. Esta regulación sería inútil, pues el tema ya se halla tratado en el referido artículo 826.

Otro caso en el cual a la comisión le volvieron a interesar los culpables era el del inciso 8, pues proponía declarar inapto para suceder a la persona con quien el testador casado hubiera cometido adulterio, salvo que a la fecha de apertura de la sucesión los cónyuges ya estuvieran divorciados o judicialmente separados de cuerpos y bienes.

Este inciso constituía una novedad y representaba una sanción moral contra la persona que actuaba de esta forma. Ahora bien, queda claro que lo que se lograría con esta norma es que esa persona no se beneficie más de lo que –probablemente– ya se benefició con la relación adúltera.

En el inciso 9 se proponía regular el caso del hijo mayor de edad que sea reconocido. Pero tal regulación sería inútil, pues el artículo 398 no confiere a aquel que efectúa el reconocimiento, derechos sucesorios ni alimenticios.

El inciso 9 también hacía referencia al artículo 1366, relativo a las personas prohibidas de adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta.

Pero esta referencia también era inútil, pues ellos ya carecen de aptitud sucesoria por el propio artículo 1366.

En el inciso 10, la comisión proponía el caso previsto en el artículo 71 de la Constitución, salvo que dentro de los doce meses de la inscripción de la declaración de sucesión legal o de la inscripción del testamento, el sucesor opte por la conmutación del bien o derecho con otro contenido en la masa sucesoria o por la transferencia.

Finalmente, el anteproyecto señalaba en el inciso 11 del artículo 735-C que «La pretensión de exclusión por inaptitud sucesoria prescribe a los dos años

de inscrita la declaración de sucesión legal o de la inscripción del testamento y, en todo caso, antes de la participación [*sic*, debería ser partición], salvo lo dispuesto en el artículo 667. La demanda se tramita como proceso abreviado.»

En la actualidad la pretensión de inaptitud sucesoria carece de un plazo expreso, razón por la cual le correspondería uno de diez años, por tratarse de una acción personal (artículo 2001, inciso 1).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Forma de institución de heredero forzoso

**Artículo 736.-** La institución de heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta. Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas.

Como hemos estudiado en su oportunidad, el artículo 724 se encarga de establecer que son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho. En ese sentido se explica que el artículo 736 señale de manera imperativa que la institución de heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta. Esto significa que la institución de heredero forzoso no puede ser sometida en el testamento a modalidad alguna de los actos jurídicos, como es el caso de la condición, el plazo o el modo o cargo.

Esto se explica en razón a que los herederos forzosos tienen la legítima, que no puede ser violada por disposición testamentaria alguna. Los herederos forzosos deben heredar, cuanto menos, lo que la ley les establece a título de legítima. Sería inconcebible, por ejemplo, que en el testamento se establezca que el heredero forzoso recién será titular de la herencia después de un año de la muerte del causante (plazo suspensivo) o que la perderá luego de diez años desde la muerte del causante o que se constituye un derecho de usufructo perpetuo en favor de una tercera persona sobre todos los bienes de la herencia.

También resultaría inaceptable una disposición testamentaria que diga que el heredero forzoso accederá a la herencia únicamente si se cumple una condición (condición suspensiva) o que la perderá si se cumple otra condición (resolutoria). Lo mismo ocurre con el cargo o modo. No sería viable establecer que un heredero forzoso solamente tendrá tal calidad en tanto se comprometa, por ejemplo, a colocar diariamente un ramo de flores en la tumba de la madre del causante.

Todo lo señalado se ve reflejado en la parte final del artículo 736, bajo comentario, cuando indica que las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas. En otras palabras, si bien la ley no señala expresamente que ellas se considerarán nulas, entendemos que esa sería la interpretación más acorde del precepto, al tratarse de la contravención de una norma de orden público.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, para César Fernández Arce, «Por eso el acto de institución es simple, pero además es absoluto no solo porque el derecho sobre la legítima es exclusivo y excluyente del heredero forzoso, sino porque nadie puede modificarlo ni transgredirlo bajo sanción de nulidad por prescripción imperativa de la ley, razón por la cual el precepto legal comentado reitera que se tendrán por no puestas, por no válidas, las modalidades que el testador haya establecido.»[(282)]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(282) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 212.

## Institución de heredero voluntario

**Artículo 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.

Recordamos, una vez más, lo establecido por el artículo 724 del Código Civil, en el sentido de que son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.

El artículo 737 se encarga de subrayar que la institución de heredero voluntario cabe en caso el causante no tenga herederos forzosos. En otras palabras, la norma da a entender que no cabe la concurrencia en una sucesión, de herederos forzosos y de herederos voluntarios. Ese es el sentido del artículo 737. No obstante, debemos subrayar que en estricto la norma no dice eso, ya que no señala que «solamente el testador que no tenga herederos forzosos, podrá instituir herederos voluntarios.» El no haber empleado la expresión en sentido restrictivo o de exclusión, en verdad no permite, técnicamente hablando, deducir la interpretación que siempre se da a la norma. Pero, no obstante, debemos admitir que el Derecho de Sucesiones interpreta el tema como si la norma tuviera carácter excluyente.

El sentido de la interpretación general radica en que el legislador no quiere se produzca la concurrencia de herederos forzosos y de herederos voluntarios en una sucesión. Se entiende, entonces, que los herederos forzosos sólo podrán ser afectados por el causante, si en su testamento hubiere dispuesto determinados legados que no superen su porcentaje de libre disposición (tercio o medio, según el caso).

En otras palabras, en una sucesión podrá producirse la concurrencia entre herederos forzosos y legatarios; o entre herederos voluntarios (de no haber forzosos) y legatarios. También podría ocurrir que, no habiendo herederos forzosos, en el testamento sólo se haya instituido legatarios, caso en el cual concurrirían en la sucesión herederos legales y legatarios.

En opinión distinta, Lohmann señala que, «Lo que el artículo 737 quiere decir es que luego de cubierta la legítima legal de los "forzosos", puede

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

instituirse heredero a quien el testador quiera. Y, desde luego, el hecho de haber familiares legitimarios no significa que "forzosamente" tengan que ser instituidos, porque el testamento puede establecer solamente legados, y estos serán plenamente válidos siempre que su valor no merme ni afecte la legítima.»(283)

Pero volviendo al texto del artículo 737, bajo comentario, diremos que, en caso no existieren herederos forzosos y el testador instituyere uno o más herederos voluntarios, podrá señalar la parte de la herencia que le corresponderá a cada uno. Pero si no lo hiciere, los herederos voluntarios sucederán en partes iguales. La solución legislativa se entiende. No existe razón alguna para presumir una división en partes que no sean iguales; así como en el caso de las obligaciones indivisibles o solidarias, no existe razón alguna para presumir que los codeudores o coacreedores deben tener una participación en diferentes porcentajes en la relación interna.(284)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(283) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 42.

(284) Sobre este particular, remitimos al lector a nuestras obras Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Thomson Reuters, Lima, 2014, volumen II, pp. 416-442; Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Rimay Editores, Lima, 2020, pp. 359-374.

## Caudal disponible para legatarios

**Artículo 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.

Ya hemos señalado que el testador, tenga herederos forzosos, voluntarios (testamentarios) o legales, puede instituir legatarios. En caso de tener herederos forzosos, sólo puede instituir legatarios con los bienes correspondientes a su porcentaje de libre disposición. Es obvio que en caso no tener herederos forzosos, puede instituir legatarios hasta con la totalidad de sus bienes, debiendo señalar aquellos que asigna a cada uno de los legatarios.

Se entiende que, en cualquiera de los casos, los legatarios deberán responder con los bienes que hubieren recibido en legado. En caso haya herederos, si la herencia no cubriese la totalidad de las deudas. En caso no hubiere herederos sino sólo legatarios, los legatarios responderán de manera proporcional con los bienes recibidos, por el pago de las deudas que dejara el causante.

Queda claro que en ningún caso y bajo circunstancia alguna el causante podría burlarse de sus deudores. La masa sucesoria siempre responderá por esas deudas, en principio, de manera indivisible; ello, hasta que se produzca la partición de la herencia.

Con ocasión de nuestro análisis del artículo 736 veíamos que el testador no puede imponer modalidad alguna a la herencia de sus herederos forzosos.

Esto no es igual en el caso de los herederos voluntarios y de los legatarios, supuestos en los cuales el testador sí podría establecer modalidades. El segundo párrafo del artículo 738 es muy claro al respecto, cuando establece que 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En primer término, debemos advertir que la norma no hace mención de los plazos como modalidades de los actos jurídicos. En la medida en que el artículo 660 del Código Civil establece que, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores. Esto determina que no exista, como ya hemos estudiado, un período de vacancia en materia sucesoria, una vez producida la muerte del causante.

Dentro de tal orden de ideas nos podríamos preguntar si sería posible la institución de heredero voluntario o legatario sujeto a plazo suspensivo. Creemos que teóricamente sí sería posible, en la medida en que la herencia o el bien serían de propiedad de los herederos del causante y ellos estarían obligados a compartir la herencia o el bien legado en propiedad, una vez cumplido el plazo suspensivo. El tema es complejo, sin duda, y no resultaría auspicioso que un testador proceda en este sentido, porque se estaría generando una situación de incertidumbre en cuanto al heredero voluntario o legatario.

Similares consideraciones podríamos expresar en lo que respecta al supuesto de una herencia voluntaria o legado con plazo resolutorio. Se trataría de la trasmisión de un derecho de propiedad mediatizado, de un derecho de propiedad sobre el cual incluso sería discutible su propia naturaleza, lo que lo haría impropio de tener tal calidad.

Este supuesto ya ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Registral a través de la Resolución n.º 015-2004-SUNARP-TR-A, de fecha 23 de enero de 2004, en donde se afirma que es posible instituir una herencia voluntaria con condición resolutoria, «Transmisión de la herencia sujeta a modalidad a herederas voluntarias ("hasta el fin de sus días"). Método sistemático de interpretación: no se debe atribuir a una regla legal un significado de tal manera que esta regla fuera contradictoria con otras reglas pertenecientes al sistema. VI.3. Existen dudas respecto a los alcances de la declaración de última voluntad de la testadora, porque si bien en la cláusula primera del testamento instituye como sus herederas voluntarias a sus hermanas H y G, lo que determinaría que a éstas se habría transmitido la propiedad de la herencia, según el artículo 660 del Código Civil, no es menos cierto que en la cláusula sétima del testamento la testadora ha impuesto modalidades a la institución de herederos, importando las mismas la probable inexistencia de una efectiva transmisión de la propiedad a favor de las herederas instituidas, porque se señala que al fallecimiento de las hermanas H y G, la masa hereditaria se transferirá a los legatarios O, E y S. Por tanto, corresponde determinar los alcances de la voluntad de la testadora, en armonía con el ordenamiento jurídico. Conforme

al método sistemático de interpretación, las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. Asimismo, Wróblesky se refiere a las denominadas directivas sistemáticas e interpretación o método sistemático considerando entre ellas a la que indica "no se debería atribuir a una regla legal un significado de tal manera que esta regla fuera contradictoria con otras reglas pertenecientes al sistema"; ello importa que, aplicando la mencionada directiva al presente caso, no se puede determinar el sentido de las cláusulas del testamento de modo tal que unas contradigan o dejen sin efecto a otras, sino que deben interpretarse las unas por medio de las otras. En razón a lo precedentemente señalado, interpretando sistemáticamente las disposiciones testamentarias de la causante, contenidas en el testamento, en el caso submateria se comprueba que la testadora ha instituido herederas voluntarias, a quienes de acuerdo al artículo 660 del Código Civil se les transfiere la masa hereditaria, pero bajo la condición resolutoria señalada en la cláusula sétima del testamento, esto es "hasta el fin de sus días", es decir, hasta el fallecimiento de las herederas voluntarias, luego de lo cual la transferencia de la masa hereditaria a las herederas voluntarias quedará sin efecto, a mérito de la condición resolutoria impuesta, para ser transferida a los legatarios O, E y S (como legatarios), según expresa voluntad de la testadora.»[285]

Pero la realidad es que el artículo 738 en su segundo párrafo solamente autoriza la imposición de 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. En lo que respecta a la primera parte, el tema es muy claro, pues si fueren contrarios a la ley (que el legado se reciba sólo si antes el legatario se dedica al tráfico de armas) o a las buenas costumbres (si el legatario previamente camina desnudo por la Plaza San Martín), serían nulos, por contravenir lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del propio Código Civil.

Para Augusto Ferrero, «El derecho de los legatarios es con cargo a la cuota de libre disposición. Así, podrá recaer sobre la tercera parte o la mitad de la herencia, según el caso, cuando el testador tiene herederos forzosos, y sobre la totalidad de los bienes hereditarios cuando no tenga aquéllos (artículo 738). Los legatarios pueden ser varios, debiéndose señalar los bienes asignados a cada uno. Y cuando se dispone de toda la herencia en legados, el número de éstos tiene que ser necesariamente plural, pues ya no se admite –como lo permitía el Código anterior– que la transmisión sucesoria de la totalidad de la

(285) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 621.

herencia sea a título de legado. Ese es el sentido del artículo 738. Permite distribuir toda la herencia en legados cuando el testador tiene la libre disposición de todos sus bienes. Si dejara todos sus bienes a un legatario, habría error en la denominación y, conforme al artículo 735, el sucesor será considerado heredero. Igualmente, si hace legados particulares y lega lo restante de sus bienes a otra persona, ésta sucederá como heredero.»(286)

En esa línea, Fernández Arce enseña que el artículo bajo comentario, «Mantiene estricta concordancia con los artículos 735 y 756 del CC porque estos señalan el ámbito de su extensión dentro del cual el testador tiene libertad para designar. 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 solo, no será considerado legatario sino heredero porque el legatario es un asignatario a título singular y no un sucesor.»(287)

Y en lo que atañe al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona (por ejemplo, si el legatario tuviere que renunciar a casarse los próximos diez años), se trata de una mención muy importante y precursora (de 1984), en la medida en que la ley civil está proscribiendo esta clase de imposiciones que, en realidad, no buscarían otra cosa que comprometer o degradar moralmente al heredero voluntario o legatario.

Finalmente, Guillermo Lohmann precisa que, «La norma alude secamente a señalamiento de bienes. Pero lo que ha querido decir es que, en definitiva, los legados absorban la totalidad del patrimonio, da igual si el testador señala bienes concretos como si no lo hace. Porque, como ya he señalado, característica del legado no es suceder en bienes concretos (porque también puede así percibirlos el heredero cuando se hace partición antelada), sino que en principio el legatario no responde por los pasivos ni tiene capacidad expansiva a otra cosa diferente que la atribuida. Y tampoco es característico del legado el tener que suceder derivativamente del causante, pues puede no recibir del testador bienes singulares, sino del heredero. Y, para terminar, la sucesión del legatario no necesariamente se realiza sobre bienes concretos, sino que también puede hacerse sobre cuotas. Esto es, que nada obsta que el testador legue

(286) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 316.
(287) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 213.

cuotas alícuotas de activos no indispensablemente determinados o identificados al momento de hacer el testamento.»

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[288] habíamos planteado que el artículo 738 incluya en su redacción, además de los bienes, a los derechos y créditos; habiéndose basado esta idea en lo expuesto con ocasión del tratamiento que en la propia obra *Tentaciones académicas* dimos al artículo 735.

Pero, sin duda, ello no era necesario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(288) Castillo Freyre, Mario *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 538.

## REMANENTE QUE CORRESPONDE A HEREDEROS LEGALES

**Artículo 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.

Puede ocurrir el supuesto en el cual el causante no tuviere herederos forzosos, caso en el cual resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 727, en el sentido de que tiene la libre disposición de sus bienes. Si este fuese el caso, podría no haber instituido herederos voluntarios y sólo haber instituido legatarios, caso en el cual caben dos posibilidades. La primera, que haya dispuesto de la totalidad de sus bienes en legados. En este caso, al no haber remanente en la masa hereditaria, nada habrá que solucionar. Pero podría haber ocurrido que los legados no cubran toda la sucesión, caso en el cual existirá un remanente. En este supuesto, ese remanente pertenece a los herederos legales del causante, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 816 del propio Código, norma que establece que son herederos del primer orden los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad. El citado precepto agrega que el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

Para concluir, debemos precisar que el artículo 739 se establece en concordancia con el inciso 5 del artículo 815 del Código Civil.[289]

(289) Artículo 815.- Casos de sucesión intestada
La herencia corresponde a los herederos legales cuando:
1.- El causante muere sin dejar testamento; el que otorgó ha sido declarado nulo total o parcialmente; ha caducado por falta de comprobación judicial; o se declara inválida la desheredación.
2.- El testamento no contiene institución de heredero, o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye.
3.- El heredero forzoso muere antes que el testador, renuncia a la herencia o la pierde por indignidad o desheredación y no tiene descendientes.
4.- El heredero voluntario o el legatario muere antes que el testador; o por no haberse cumplido la condición establecida por éste; o por renuncia, o por haberse declarado indignos a estos sucesores sin sustitutos designados.

## Herederos y legatarios sustitutos

**Artículo 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.

Como sabemos, la herencia y el legado pueden ser aceptados por herederos y legatarios, pero también podría ocurrir que no los acepten. El artículo 740 regula el caso de los herederos voluntarios y legatarios. En el caso de los herederos voluntarios, la no aceptación no determina que la herencia corresponda a sus hijos o demás descendientes, lo que equivale a decir que tales descendientes no heredarán por representación. Simplemente se produciría allí un vacío. Nadie heredaría en su lugar. Lo propio ocurriría si un legatario no acepta el legado. Nadie lo sustituye. Ello, salvo que el testador disponga la existencia de un heredero voluntario o de un legatario sustituto, respectivamente.

Fernández Arce comenta que la sustitución, «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 solo en tres casos: premoriencia, renuncia y exclusión por indignidad.»(290)

En la misma línea, Augusto Ferrero explica que «El testador puede designar sustituto de los herederos voluntarios y de 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 (artículo 740). Este precepto precisa dos cuestiones que no estaban claras en el artículo 706 del Código derogado, que se ocupaba del tema, concretando que la sustitución puede hacerse sólo por

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.

La declaración judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada, no impide al preterido por la declaración haga valer los derechos que le confiere el artículo 664. (El subrayado es nuestro)

(290) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 214.



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

testamento, al igual que la institución, y que se refiere a los herederos voluntarios y no a los forzosos.»[291]

Es en virtud de estas consideraciones que el legislador de 1984 ha establecido en el artículo 740 que el testador puede designar herederos voluntarios sustitutos o legatarios sustitutos, los cuales también podrían recibir el nombre de suplentes.

Adicionalmente, Guillermo Lohmann comenta que, «Solo conviene decir en este lugar que la manifestación de voluntad de designar a un sustituto no tiene que hacerse empleando fórmulas sacramentales. La voluntad tiene que ser expresa, en el sentido que tiene que haber sido expresada y que no se admite la tácita (derivada de circunstancias de comportamiento extratestamentarias). Pero eso no impone que la sustitución tenga que sujetarse a expresiones particulares. La disposición sustitutoria es, en definitiva, una disposición testamentaria y, por tanto, susceptible de interpretación. Y no solo es interpretable la voluntad sustitutoria propiamente dicha, sino también los alcances de la misma.»[292]

Nótese que tal designación no sólo corresponderá para los casos en que el heredero voluntario o el legatario renuncien a esa herencia o legado, sino también para los casos en que el instituido muera antes que el testador o los pierda por indignidad. Esta norma reviste una lógica impecable.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(291) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 318.
(292) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 296.

## Igualdad de condiciones y cargos entre sustitutos e instituidos

**Artículo 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 inherentes a la persona del instituido.

Los herederos voluntarios sustitutos y los legatarios sustitutos van a reemplazar a aquellos que eran titulares en el testamento del causante. En ese sentido, el artículo 741 entiende que ellos quedan sujetos a las mismas condiciones y cargos que el instituido. Esa es la regla. La excepción estará dada por dos situaciones. La primera, cuando el testador haya dispuesto algo distinto, es decir cuando haya determinado condiciones o cargos específicos para el heredero voluntario o legatario suplentes. La segunda excepción estará dada cuando las condiciones o cargos impuestos sean por su naturaleza inherentes a la persona del instituido. Sería el caso, por ejemplo, en que al legatario titular se le hubiere impuesto como cargo para recibir el legado el pintar un cuadro de la madre del testador, habida cuenta de que el legatario es un famoso retratista. Si el legatario titular no acepta el legado, y el sustituto no es un pintor, se entiende que el cargo quedaría sin efecto para este último.

Sobre la norma bajo comentario, Guillermo Lohmann señala que, «Tocante a lo primero, sobre los legatarios pueden pesar condiciones suspensivas o resolutorias. En cambio, sobre herederos no se admite la resolutoria. Respecto de lo segundo, debo insistir en que no es posible la existencia de heredero a plazo. O se es, o no se es. No es racional que haya continuación en las posiciones jurídicas del difunto por un tiempo y luego otra persona, tiempo después, venga a ocupar el mismo lugar. Sí se admite, en cambio, legatario a plazo. Por último, el precepto exonera al sustituto de cumplir las condiciones o cargos cuando "sean por su naturaleza inherentes a la persona del instituido". En materia de condiciones, la posibilidad es remota, pues la condición no debe ser de arbitraria realización por el beneficiario, o sea inherente a él, pues en tal caso no es condición genuina. En materia de cargo o modo, se aplica sin mayor obstáculo el numeral 188 del Código.»[293]

(293) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. «Sustitución de herederos y legatarios». En: *Ius et Veritas*, n.° 49, Lima, 2014, pp. 43-49.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[294] habíamos planteado que el artículo 741 podría tener la siguiente redacción: «Los herederos voluntarios y legatarios sustitutos quedan sujetos a las mismas modalidades que el instituido, a menos que el testador disponga otra cosa, o que las modalidades sean por su naturaleza inherentes a la persona del instituido.»

Procedíamos a sustituir la expresión «condiciones y cargos» por la palabra «modalidades», ya que en el texto vigente se está haciendo referencia a las modalidades del acto jurídico y, como es obvio, se excluye indebidamente a los plazos. Entendemos, no obstante, que en materia de plazos, éstos sólo son aplicables a los legados y no a las herencias.

Por lo demás, ya que tanto la condición de heredero como la de legatario requieren, para surtir efectos, de la aceptación del eventual beneficiario, eliminábamos la palabra «impuestos», en tanto no existe imposición alguna.

Pero, sin duda, se trataba de tentaciones académicas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(294) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 536 y 537.

# TÍTULO V
# DESHEREDACIÓN

## Noción de desheredación

**Artículo 742.-** Por la desheredación el testador puede privar de la legítima al heredero forzoso que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley.

---

La desheredación se basa en situaciones penosas, muchas de ellas basadas en actos contra el testador o sus intereses, que facultan a este último a excluir de la herencia a un heredero forzoso. Se trata, sin duda, de una situación extrema, la misma que estará basada en una serie de supuestos que estudiaremos posteriormente y en la que se deberá seguir el procedimiento que también veremos a continuación.

En esa línea, Rómulo Lanatta enseña 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.»(295)

Para Fernández Arce, «La desheredación es una suerte de sanción civil, una institución jurídica por la que el testador puede excluir al heredero forzoso de su derecho legitimario por causales taxativas establecidas por la ley, que lo afectan física o moralmente. Solo puede ser ejercitada por el causante mediante testamento, expresando en él la causa legal en que se funda, a diferencia de la exclusión de herencia por indignidad, en la que los titulares del derecho para obrar son los coherederos llamados a suceder a falta o en concurrencia con el presunto indigno, bien como herederos o legatarios.»(296)

(295) Lanatta Guilhem, Rómulo E. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo II, p. 317.
(296) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 218.

ESTUDIO CASTILLO FREYRE

Para Augusto Ferrero, «[...] la desheredación consiste en la facultad que tiene sólo el testador de separar de la herencia a un heredero forzoso por alguna de las causales señaladas en la ley, que están referidas a actos deshonrosos. Así, constituye un castigo a la conducta, no permitiendo que una persona acrezca su patrimonio con los bienes de otra que no merece, siendo por ello las reglas que autorizan la desheredación un estímulo para el cumplimiento de los deberes familiares existentes de un modo recíproco entre los herederos forzosos.»[297]

Finalmente, cabe precisar que la jurisprudencia también ha definido el concepto de desheredación mediante la Casación n.º 1772-96-Lima, de fecha 29 de mayo de 1998, «*Quinto.* [La] desheredación constituye una sanción civil, [...] que [...] consiste en la exclusión de un heredero forzoso hecha por el causante en su testamento en virtud de una causal legal, concepción que es coincidente con lo establecido por los artículos 742 y 743 del Código sustantivo.»[298]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(297) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 321-322.
(298) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 622.

## Obligación de expresar causal de desheredación

**Artículo 743.-** La causal de 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.

La desheredación debe ser hecha por el futuro causante, en testamento. Ella debe basarse en alguna de las causales establecidas por la ley para autorizar la desheredación. En otras palabras, la desheredación no consiste en un acto arbitrario del testador, quien podría desheredar a uno de sus herederos forzosos, por ejemplo, por una discrepancia de opinión. La desheredación, más allá de estar fundada en una causa legal, debe pasar por expresar esa causa específica en el testamento. De ahí que el propio artículo 743 señala cuatro casos específicos en que la desheredación carecería de validez; a saber:

a) La desheredación dispuesta sin expresión de causa

En este supuesto, la desheredación sería nula, pero resulta claro que el heredero forzoso afectado por ella debería impugnar su validez en los tribunales de justicia hasta lograr se declare nula; a menos que el heredero forzoso desheredado la consienta. Una desheredación sin expresión de causa es una desheredación vacía. Y nótese que en estos casos la falta de validez dispuesta por la ley es definitiva; ello, a pesar de que pudiera interpretarse o ser obvia la causal que motivó al testador a desheredar a uno de sus herederos forzosos.

En esa línea, Guillermo Lohmann señala, «Personalmente no creo que sea menester expresar la causal en su sentido legal, sino que basta con manifestar un motivo justificante que "encaje" en la previsión normativa, incluso sin que sea exigencia tener que apuntar pormenores o detalles.»[(299)]

Estamos de acuerdo con él, pues no es común que la población en general conozca las disposiciones del Código Civil; entonces podríamos llegar al absurdo de interpretar que aun cuando el testador hubiese sido secuestrado o maltratado por uno de sus herederos forzosos, como no se

(299) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 83.

invocó la disposición normativa, entonces este último podría heredar sin problema. Creemos que ese no es el sentido de la norma ni la intención del legislador.

b) La desheredación dispuesta por causa no señalada en la ley

Las causales de desheredación son taxativas; se puede decir que ellas constituyen un *numerus clausus*, razón por la cual el desheredar a un heredero forzoso por alguna causal no contemplada en la ley también nos hará estar en presencia de una desheredación carente de validez. No obstante, como sabemos, de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano, será evidente que tal nulidad deberá ser declarada por los tribunales de justicia, a menos que el heredero forzoso desheredado la consienta.

c) La desheredación sujeta a condición

La desheredación es, de acuerdo con el Código nacional, un acto puro y simple, razón por la cual carecería de validez una desheredación sujeta a condición. Lo que pretende el legislador de 1984 es que el testador o desherede a su heredero forzoso o no lo haga, pero que no se mantenga en una situación que abone a la inseguridad jurídica con respecto a este tema. Aquí, también, la nulidad debería ser declarada por los tribunales de justicia, a menos que la consienta el heredero desheredado.

d) La desheredación fundada en causa falsa es anulable

Este último supuesto nos sitúa, por lo expresado en el propio artículo 743, en un supuesto de anulabilidad y no de nulidad, como ocurre con los tres supuestos anteriores. Esto implica que, en los tres primeros casos, la nulidad podrá ser demandada por cualquier interesado o incluso por el Ministerio Público. En cambio, en el cuarto supuesto bajo comentario, solamente la podrá demandar el interesado, al tratarse, precisamente, de un supuesto de anulabilidad y no de uno de nulidad. Además, el tema de la causa falsa es complejo. El mismo se refiere al fin del acto de desheredación, el cual, en línea con lo expresado, debería ser falso. Se trata del error en el motivo o falsa causa. Remitimos al lector a lo escrito por nosotros en nuestra obra sobre acto jurídico.(300)

(300) Ver: Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico. Op. cit.*, pp. 269-270.

## Causales de desheredación de los descendientes

**Artículo 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.

El artículo 744 regula las causales de desheredación de los descendientes. Veamos:

a) Haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge, si éste es también ascendiente del ofensor (inciso 1)

El maltrato de obra o palabra al ascendiente (se entiende que es quien puede desheredar al descendiente ofensor) o a su cónyuge nos sitúa frente a una de esas situaciones en que la ley estima que se debe habilitar una causal de desheredación.

Si bien sólo se menciona el maltrato y no se le asigna el requisito de que sea reiterado (lo que nos parece correcto, pues lo contrario sería un requisito inhumano), lo propio no ocurre con la injuria, la cual sí debe ser grave y reiterada.

Sobre el elemento de la reiteración en el maltrato, la Casación n.° 1772-96-Lima, de fecha 29 de mayo de 1998, ha determinado que, «No hay necesidad de que el maltrato de obra sea "reiterado". *Sexto.* [Uno] de los requisitos de la desheredación es que esta se sustente en alguna de las causales establecidas por ley, centrándose la discusión en el presente proceso en las causales de maltrato de obra o injuria grave reiteradas, inferidas por los descendientes a su progenitor, causal contemplada en el inciso 1 del artículo 744 del Código Sustantivo. *Sétimo.* [El] antecedente legislativo de este dispositivo legal se encuentra en el artículo 839 inciso 2 del Código Civil de 1852, que facultaba la desheredación de los descendientes

FERNANDO CASTILLO FREYRE

"por inferirle injurias graves", y el ponente del Libro de Sucesiones del Código Civil vigente, el doctor Lanatta, justifica su exclusión, expresando: "de esta manera, el inciso permite sancionar con la desheredación las formas más graves del incumplimiento del deber elemental de respetar y asistir a los padres [...]". [...] *Octavo.* [La] conjunción disyuntiva "o" denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas y tiene esa función en la frase "maltratado de obra o injuriado grave", de tal manera que se trata de dos causales de desheredación, y el adverbio "reiteradamente" colocado a continuación del adjetivo "grave" y mediando la conjunción copulativa "y", sólo puede entenderse referido a éste, que a su vez califica a "injuriado", ya que determina su significación, y no alcanza a la otra causal, que es "maltrato de obra". *Noveno.* [Un] maltrato puede darse de obra o de palabra, siendo el primero de suyo grave, mientras que el maltrato de palabra, en su grado superlativo, constituye la injuria (la que a su vez también puede ser de obra), de tal modo que debe entenderse que la norma, en un caso se refiere al maltrato físico, y en otro se refiere a las palabras ofensivas que se consideren injurias, dicterios, o gestos y actitudes, todo calificado desde el punto de vista civil. *Décimo.* [No] puede pedirse que el maltrato de obra sea reiterado, por la interpretación gramatical anterior, [...] ya que repugna a un sentimiento filial pensar que se debe golpear más de dos veces al progenitor, para que este puede [*sic*, entendemos que la palabra correcta sería "pueda"] descalificar a su hijo como heredero.»[301]

En lo que respecta a la injuria, que sí debe ser grave y reiterada, debemos recordar que, según la Real Academia Española, «grave»,[302] en su segunda acepción, es «grande, de mucha entidad o importancia»; en tanto que «reiterado»[303] es «que se hace o sucede con reiteración.» Esto significa que debe tratarse de un maltrato importante o reiterado; aunque no descartamos que un solo hecho podría ser de tal magnitud, que en verdad habilite la causal de desheredación.

Hay que recordar que este primer supuesto también se habilita si el maltrato se realiza contra el cónyuge del causante, si éste es también ascendiente del ofensor. O sea, maltratar a la esposa o esposo (cónyuge del causante) de quien termina desheredando al hijo, si ella es madre o él es

(301) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 622-623 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 744.

(302) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española.* En: https://dle.rae.es/grave. Visitado el 19 de diciembre de 2021.

(303) *Idem.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

padre del ofensor. No está comprendido el caso del maltrato al padrastro o madrastra, no porque no sea reprobable, sino que de lo que estamos hablando es de hechos de una gravedad tal que amerite la desheredación del ofensor, y en estos casos excluidos por el Código Civil, todos sabemos que las fricciones pueden llegar a ser pan de cada día.

No coincide con nuestro parecer el profesor Benjamín Aguilar, quien comenta que, «Lo primero que tenemos que resaltar es que cuando el legislador alude al ascendiente como víctima del maltrato o injuria, no es cualquier ascendiente, sino que se está refiriendo a aquel de cuya herencia se trata; y en esta misma línea, al referirse al cónyuge, alude al consorte del causante, precisando que para que la causal funcione, este cónyuge también debe guardar una relación de ascendencia con el ofensor. Por lo tanto si el ofensor, con respecto al cónyuge del causante, no guarda ningún vínculo de parentesco consanguíneo, pese a la falta, no podría ser desheredado, lo que nos parece a todas luces injusto, pues en el fondo, la falta cometida también ofende seriamente al causante, debido a que está faltando a su cónyuge.»(304)

b) Haberle negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo (inciso 2)

Una situación de estas características podría configurar, incluso, un delito(305). No olvidemos que se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación

(304) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 286.

(305) Recordemos que, conforme al artículo 474 del Código Civil, los padres podrán reclamar judicialmente alimentos a sus hijos. En esa línea, el artículo 149 del Código Penal establece:

> Artículo 149.- Omisión de prestación de alimentos
>
> El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós [*sic*] jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.
>
> Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.
>
> Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

Entonces, se configura como delito si, los descendientes incumplen con su obligación de prestar alimentos a los padres cuando lo haya establecido así una resolución judicial.

De otro lado, también observamos la siguiente disposición del Código Penal sobre la exposición a peligro de persona dependiente:

FERNANDO MARIO CASTILLO FREYRE

para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. La norma agrega que también se considera alimentos los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto.

Como sabemos, el deber alimentario es una obligación que la ley impone a determinadas personas. Concretamente nos referimos al artículo 474 del Código Civil, precepto que establece que se deben alimentos recíprocamente: 1.- Los cónyuges; 2.- Los ascendientes y descendientes; 3.- Los hermanos.(306)

Es por ello que, el haber negado alimentos o haber abandonado al ascendiente, encontrándose éste gravemente enfermo y sin poder valerse por sí mismo, constituye causal de desheredación. Se trata, sin duda, de actos de extrema gravedad e ingratitud.

c) Haberle privado de su libertad injustificadamente (inciso 3)

Más allá de constituir un delito(307), el inciso 3 del artículo 744 del Código Civil habilita la desheredación en caso el ascendiente haya sido privado de su libertad de manera injustificada. Resulta difícil imaginar muchos

Artículo 128.- Exposición a peligro de persona dependiente

El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, sea privándola de alimentos o cuidados indispensables, sea abusando de los medios de corrección o disciplina, o cualquier acto análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

En los casos en que el agente tenga vínculo de parentesco consanguíneo o la víctima fuere menor de catorce años de edad, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si se produce lesión grave o muerte de la víctima, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

(306) Para mayor ilustración, remitimos al lector a nuestra obra sobre Derecho de Familia: Castillo Freyre, Mario. *Derecho de Familia. Op. cit.*, tomo II, pp. 317-320.

(307) Artículo 152.- Secuestro

Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad.

La pena será no menor de treinta años cuando:

1. Se abusa, corrompe, trata con crueldad o pone en peligro la vida o salud del agraviado.
2. Se pretexta enfermedad mental inexistente en el agraviado.
3. El agraviado o el agente es funcionario o servidor público.
4. El agraviado es representante diplomático de otro país.
5. El agraviado es secuestrado por sus actividades en el sector privado.
6. El agraviado es pariente, dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad con las personas referidas en los incisos 3, 4 y 5 precedentes.

supuestos de privación justificada de la libertad. Pero pensamos que podría tratarse de casos en los cuales razones de orden médico lo justifiquen, en situaciones en las que, sea física o mentalmente, el ascendiente se halle imposibilitado de tomar decisiones al respecto.

Para Juan Olavarría, «La privación injustificada de la libertad por la que se hace padecer al ascendiente nos lleva a plantearnos conjeturas extremas pero que cuando ocurren demuestran los excesos en los que los descendientes pueden incurrir en el trato abusivo a sus progenitores y demás ascendientes. Conjeturas extremas como la de dejarlos encerrados o encadenados, o atados a un mueble pesado o dentro de una habitación, con la vana justificación de que no se les puede dejar salir ya que corren el riesgo de perderse o de dejar las llaves del gas abiertas, o las puertas o ventanas del domicilio sin asegurar, o que suelten a los animales domésticos o mascotas, o que dejen hirviendo ollas y velas prendidas y puedan así ocasionar incendios, u otros daños a sus personas.»[308]

d) Llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral (inciso 4)

De acuerdo con la Real Academia Española, «deshonroso» es «vergonzoso, indecoroso, indigno»; en tanto que «inmoral» es «que se opone a la moral o a las buenas costumbres.» Dada la amplitud de ambos significados, queda claro que podrá haber discrepancia entre el testador que desherede a un descendiente y el descendiente desheredado, por interpretar estos temas de manera diferente o desde ópticas generacionales distintas.

7. Tiene por finalidad obligar a un funcionario o servidor público a poner en libertad a un detenido o a conceder exigencias ilegales.
8. Se comete para obligar al agraviado a incorporarse a una organización criminal.
9. Se comete para obtener tejidos somáticos del agraviado.
10. Se causa lesiones leves al agraviado.
11. Es cometido por dos o más personas o se utiliza para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable.
12. El agraviado adolece de enfermedad grave.
13. La víctima se encuentra en estado de gestación.

La misma pena se aplicará al que con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de secuestro, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio, o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito.

La pena será de cadena perpetua cuando:

1. El agraviado es menor de edad o mayor de setenta años.
2. El agraviado sufre discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia.
3. Si se causa lesiones graves o muerte al agraviado durante el secuestro o como consecuencia de dicho acto.

(308) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 130-131.

Es claro que, en estos casos, el desheredado podrá impugnar judicialmente la validez de la desheredación.

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.º 3157-2003-Cusco, de fecha 3 de diciembre de 2004, «Desheredación por llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral. *Noveno.* [En] la causal de llevar el descendiente una vida deshonrosa e inmoral, las instancias de mérito han establecido que tal situación no se ha acreditado y, como se estableció en la Casación N.° 784-97 [§ 1986], cuando las instancias de mérito han concluido que la emplazada no ha acreditado que la actora haya incurrido en las causales de desheredación invocadas por el causante en su testamento, habiendo quedado establecida la condición de heredera forzosa de la actora, no puede discutirse tales conclusiones por vía del recurso de casación, porque ello implicaría un reexamen de los medios probatorios actuados, lo cual excede las facultades casatorias de la Corte Suprema.»[309]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[310] pensábamos que el inciso 4 del artículo bajo comentario podría tener la siguiente redacción: «Llevar el descendiente una vida públicamente deshonrosa o inmoral, siempre que perjudique la imagen y el buen nombre del testador.»

Estimábamos conveniente esta modificación, ya que la causal señalada respecto de la desheredación de los descendientes por llevar una vida deshonrosa o inmoral nos preocupa, sobre todo teniendo en consideración, como ya lo hemos mencionado, que las diferencias generacionales pueden llevar a diversas concepciones sobre esta materia, vale decir, respecto de lo que significan la honra y la moral.

Por lo demás, no por el hecho de ser descendiente de una persona se le puede coactar su libertad, o al menos restringirla (ya que existiría una eventual sanción ante el incumplimiento del «deber» de conducta). Independientemente de nuestro parecer, cada persona es libre (en tanto no afecte a los demás y al ordenamiento jurídico en su conjunto) de hacer con su vida lo que mejor le parezca, mientras no dañe la imagen y el buen nombre del testador.

De otro lado, buscábamos que esta causal de desheredación no se preste siempre a ser contradicha en juicio y que el tema de su probanza resulte menos penoso y difícil.

(309) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 623.
(310) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 539-540.

## Causales de desheredación de los ascendientes

**Artículo 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.

El artículo 745 regula las causales de desheredación de los ascendientes. Veamos:

a) Haber negado injustificadamente los alimentos a sus descendientes (inciso 1)

Hacemos aplicables a este supuesto, *mutatis mutandis*, los comentarios vertidos con ocasión del análisis del inciso 2 del artículo 744.

b) Haber incurrido el ascendiente en alguna de las causas por las que se pierde la patria potestad o haber sido privado de ella (inciso 2)

El artículo 462 trata acerca de las causales de pérdida de la patria potestad. La norma establece que la patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo.

Por su parte, el artículo 463 regula las causales de privación de la patria potestad, al señalar que los padres pueden ser privados de ella: 1.- Por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos; 2.- Por tratarlos con dureza excesiva; 3.- Por negarse a prestarles alimentos.

Remitimos al lector a nuestros comentarios sobre el particular.(311) Se trata, sin duda, de supuestos muy serios que habilitan la desheredación del ascendiente. Ahora bien, entendemos que ella podrá producirse en la medida en que el descendiente ya tenga la capacidad necesaria para testar.(312)

(311) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de Familia. Op. cit.*, pp. 317-320.

(312) Remitimos al lector a nuestros comentarios sobre el artículo 687, que señala cuáles son las personas imposibilitadas para otorgar testamento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, traemos a colación el pensamiento de Augusto Ferrero sobre el artículo bajo comentario, cuando señala, «Obsérvese que el inciso trata en forma distinta los casos de pérdida y privación de patria potestad, señalando, en el primer caso, que la causal de desheredación opera no solo en virtud de una resolución judicial que declare la pérdida, sino que basta que se pruebe que se incurrió en alguna de las causales para ello. En el segundo caso, debe mediar necesariamente una resolución judicial que haya declarado la privación de la patria potestad para que sea de aplicación la causal de desheredación.»(313)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(313) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 305.

## Causales de desheredación del cónyuge

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

Al remitirse al artículo 333, debemos recordar cuál es el contenido de los incisos 1 a 6, como causales de separación de cuerpos y también de desheredación. Veamos:

a. El adulterio (inciso 1).

b. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias (inciso 2).

c. El atentado contra la vida del cónyuge (inciso 3).

d. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común (inciso 4).

e. 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 (inciso 5).

f. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común (inciso 6).

En primer lugar, no vamos a ingresar al comentario de estos supuestos, en la medida en que ya lo hemos hecho en nuestra obra de Derecho de Familia.(314)

Sólo nos resta decir que todos ellos son supuestos que el legislador de 1984 ha estimado de tal gravedad que habilitan a la desheredación del cónyuge. Si ellos permiten la separación de cuerpos y el divorcio, ¿por qué no la desheredación?

Finalmente, en materia jurisprudencial observamos la Casación n.° 1507-2002-Lima, de fecha 2 de noviembre de 2003, la misma que señala que, «No son causales de desheredación del cónyuge el desalojo del hogar perpetrado por él contra el causante así como la violación del cónyuge de un acuerdo simulado celebrado con el difunto. *Quinto.* De lo expuesto se concluye igualmente

(314) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de Familia. Op. cit.*, pp. 453-496.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que aun cuando el testador expresara que desheredaba a su cónyuge por haber incurrido en causal de desheredación, sin embargo, los hechos descritos por el causante para justificar tal acto, tales como el haber sido desalojado del hogar conyugal por su citada cónyuge o la presunta violación de un acuerdo simulado entre ambos cónyuges, no constituyen en rigor una causal de desheredación en los términos previstos en el numeral 746 del vigente Código Civil, aplicable en el presente caso.»[315]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(315) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 624.

## Desheredación por indignidad

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

Hemos estudiado en su momento el tema de las causales de indignidad para suceder (artículo 667). Dada la gravedad de las mismas el legislador también estima que ellas se podrán emplear como causales de desheredación. Estamos plenamente de acuerdo. Remitimos al lector a nuestros comentarios sobre la citada norma.

No obstante, debemos resaltar que en aquellos supuestos en que el heredero forzoso cause la muerte de quien tenía derecho a desheredar, debería entenderse como que la desheredación opera de oficio(316).

Al respecto, el profesor Leysser León ha señalado lo siguiente, «Tal vez casos como el de Espino Vásquez, más allá del análisis normativo en sentido estricto, sean oportunos para invitar a la magistratura a reparar en el potencial, como herramienta argumentativa, de los principios generales del derecho. ¿No son máximas bien difundidas, acaso, aquellas que, desde tiempos inmemoriales; preceptúan que "nadie puede mejorar su condición por el delito" (*nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*); que "nadie debe obtener provecho de su propio dolo" (*nemnini dolus suus prodesse debet*); y que "nadie puede obtener ventaja de su propia contravención" (*nullus commodumn capere potest de injuria suo proprio*)? [...] El llamado a los jueces nacionales no sería otro, pues, que el del imperecedero coro de *Las Euménides*, "mira,

(316) Esta referencia la citamos para recordar el caso de la abogada Miriam Vásquez, cuya hija de nombre Elizabeth Vásquez Marín, planificó y participó en su asesinato, con el fin de adjudicarse parte del patrimonio de su madre como herencia, pues, hasta donde se conoce, con los años de trabajo la madre había amasado una cuantiosa fortuna.

Se conoce también que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia ordenó una condena de treinta años para ella y de veintiocho años para sus cómplices. Asimismo, se sabe que, desde la cárcel, la joven estuvo gestionando el cobro de la herencia. No obstante, el abuelo de la abogada también interpuso un recurso para que ella no la recibiera y se le considerara indigna de ser heredera.

ESTUDIO CASTILLO FREYRE

vuelve a mirar, dirige tu mirada a todas partes, que no vaya a escapar el matricida sin pagar por su crimen".»[317]

Para Juan Olavarría, «Lo que nos quiere informar el legislador es que si puedo desheredar a mi nieto por haberme injuriado grave y reiteradamente (causal propia de desheredación), *a fortiori*, puedo desheredarlo también por haber atentado contra mi vida al intentar asesinarme (causal de indignidad sucesoria). Y si bien la causal utilizada es de indignidad la figura será siempre una desheredación, y si a este mismo nieto se le dejó un legado con anterioridad a la comisión de la causal de indignidad y luego de ello el nieto fue desheredado, nada obsta para que a la muerte del testador los demás herederos del causante puedan además excluir por indigno al nieto y quitarle el legado, pues la indignidad sucesoria es aplicable tanto a herederos como a legatarios, y la conducta incurrida en este caso se adecua a una de las causales de la indignidad sucesoria.»[318]

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 3157-2003-Cusco, de fecha 3 de diciembre de 2004, que dispone lo siguiente, «*Octavo.* [El] artículo 747 del Código Civil faculta al testador a fundamentar la desheredación, bien en las causales específicas de esta o en las de indignidad señaladas en el artículo 667 del mismo Código, y la testadora, como se advierte del documento correspondiente, deshereda a los actores y los declara indignos de heredarla, los que recurren en acción contradictoria de la desheredación y de la indignidad, y la demandada [...] al absolver el trámite de contestación de la demanda [...], señala que la desheredación no es por razones de indignidad, sino por las causales previstas en el artículo 744 incisos 1 y 4 del Código Civil, con lo cual quedaron delimitados los extremos de la litis.»[319]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[320] pensábamos que en lugar de que la norma señale que «El testador puede fundamentar», se diga «El testador debe fundamentar.»

Estimábamos que la fundamentación de la causal de desheredación o indignidad invocada debería constituir una obligación del testador que

(317) León Hilario, Leysser. «Consideraciones en torno de la indignidad para suceder. Una lectura civil del caso "Espino Vásquez".» En: *Advocatus*, n.° 22, Lima, 2016, pp. 196-216.

(318) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 135.

(319) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 624.

(320) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 540-541.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

procediera en ese sentido. De ahí que sustituíamos la expresión «puede» por la palabra «debe.»

Pero, por lo demás, ello seguiría siendo facultad del testador, en la medida en que en caso no lo hiciere, tal omisión no acarrearía sanción de nulidad alguna, salvo que el eventual desheredado se encontrará en una mejor posición para hacer valer judicialmente sus derechos.

Nuestra idea de modificación obedecía a las interrogantes anotadas en la propia obra *Tentaciones académicas*, con ocasión del análisis del inciso 4 del artículo 744 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**Personas exentas de desheredación**

**Artículo 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.

La norma es bastante clara y resulta lógica. Un menor de edad incapaz y una persona privada de discernimiento difícilmente podrán distinguir sobre las acciones buenas o malas, por lo que, aun cuando cometan un acto dañoso contra el ascendiente, serán irresponsables pues dicho acto no ha sido ejecutado con voluntad.

Para Guillermo Lohmann, «El texto literal del artículo 748 C.C. poco tiene que ver con su propósito. Este propósito, según expresa Lanatta, es que "careciendo de plena capacidad de discernimiento los menores de edad, los que adolecen de estados deficitarios de la mente y los que padecen de enfermedad mental, son incapaces de practicar actos jurídicos y deben ser considerados como irresponsables al incurrir en los actos u omisiones que la ley permite sancionar con desheredación o con la indignidad".»(321)

Finalmente, Augusto Ferrero comenta que, «Al igual que tratándose de la indignidad, los incapaces menores de edad y los mayores que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento no pueden ser desheredados, por mandato del artículo 748. La razón se encuentra en que, siendo personas incapaces de practicar actos jurídicos, deben ser considerados como irresponsables al incurrir en los actos u omisiones que la ley permite sancionar con la desheredación.»(322)

(321) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 98.
(322) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 310.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

### Efectos de la desheredación

**Artículo 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.

Esta norma señala que los efectos de la desheredación sólo se extenderán hasta donde alcance la legítima. Esto es, en el caso en el que la persona tenga cónyuge y descendientes, éstos serán excluidos únicamente de un tercio de su patrimonio, pudiendo recibir bienes pertenecientes a los otros dos tercios, pero bajo las siguientes excepciones:

a) Donaciones

En este punto consideramos importante remitirnos al artículo 1637 del Código Civil, pues si bien es cierto el testador no podrá impedir que los bienes donados lleguen a sus descendientes mediante desheredación, sí podrá hacerlo revocando la donación:

> **Artículo 1637**.- Revocación de la donación
>
> El donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación.

Cabe señalar que, así como la donación de bien inmueble se celebra por escritura pública[323], por disposición del artículo 75 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, para inscribir la revocatoria de una donación es necesario que ésta obre también en escritura pública y que se mencione la causal de la revocatoria[324].

(323) Artículo 1625.- Donación de bienes inmuebles
La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad.

(324) Artículo 75.- Inscripción de la reversión y de la revocatoria de donación
La inscripción de la reversión y de la revocatoria de la donación o anticipo de legítima se hará en mérito a escritura pública otorgada unilateralmente por el donante o anticipante, en la que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Legados otorgados al heredero

Si bien es cierto que los legados no se anulan por el solo hecho de haber sido desheredado el legatario, parecería un contrasentido que una persona que aparta a su descendiente de la legítima permita que ella tenga acceso a heredar sobre el resto de sus bienes. No obstante, somos conscientes también de que la realidad va mucho más allá de la norma y que puede haber casos en que esto suceda.

c) Alimentos

Resulta lógico que la desheredación sobre la legítima no alcance a los alimentos, pues en puridad, éstos representan una obligación y, como señala Olavarría, «No constituyen una transferencia gratuita de derechos derivada de un hecho jurídico como es la muerte de la persona humana y su sucesión.»(325)

Adicionalmente, esta disposición no altera la condición del hijo alimentista, dado que éste no entra en la repartición de la legítima.

d) Otros derechos que correspondan con motivo de muerte del testador

Coincidimos con Guillermo Lohmann, en el sentido de que, dada la redacción del texto, el mismo podría utilizarse indebidamente. Teniendo en cuenta ello, Lohmann comenta que, «El texto está redactado para que sea verdaderamente un cajón de sastre, y en cada caso habrá que examinar hasta qué grado, según el derecho sucesorio de que se trate, puede el testador restringirlo o suprimirlo.»(326)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

se consignará la respectiva causal. Para la inscripción de la revocatoria se acreditará, además, haberse efectuado la comunicación indubitable a que se refiere el artículo 1640 del Código Civil.

(325) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 137.

(326) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 104.

## Derecho de contradecir la desheredación

**Artículo 750.-** 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.

Como hemos venido señalando, el hecho de ser desheredado no implica que la desheredación constituya la última palabra. Esto, en la medida en que la causa de la desheredación podría no tener asidero en la realidad.

En ese sentido, y como corresponde a la legislación de un Estado Democrático de Derecho, el legislador de 1984 otorga al desheredado, en el artículo 750, bajo comentario, el derecho de contradecir la desheredación.

Al tratarse la desheredación de un tema de orden patrimonial, es obvio que, más allá del titular, ella también podrá ser contradicha en juicio por sus sucesores.

Entendemos que, en caso de muerte del desheredado, los sucesores podrían iniciar el proceso contradictorio; pero entendemos también que si el desheredado-causante no lo hubiese iniciado antes de morir, sus herederos podrán hacerlo. Todo esto, siempre y cuando no hayan trascurrido los dos años, contados desde la muerte del testador o desde que el desheredado tuvo conocimiento del contenido del testamento.

Consideramos que el plazo de dos años es uno de caducidad, en tanto el artículo 750 señala que el derecho de contradecir se extingue, con lo que queda claro, aunque suene redundante, que aquello que se extingue es el derecho a contradecir la desheredación y no solamente la pretensión.

En esa línea, Augusto Ferrero ha señalado que, «Es obvio que el inicio del plazo es con la apertura de la sucesión, es decir, desde el momento de la muerte del causante. El hecho de que no proceda en vida del causante ha sido objeto de crítica por algunos; pues se impide al desheredado dar explicaciones al causante, quien pudiera haber sido presa de intrigas o rencores. En cuanto a la segunda parte del enunciado, referida al cómputo del plazo desde que el desheredado conoce su situación, es una novedad que no estaba contemplada en

ESTUDIO MARIO CASTRO CARREYRA

el antiguo Código. Es muy justa; pues, por tratarse de un plazo de caducidad, resultaba inicuo que se tomara en cuenta solo desde la muerte del causante.»[327]

Así también lo ha señalado la jurisprudencia mediante Casación n.º 1237-2006-La Libertad, de fecha 25 de julio de 2006, «El plazo de contradicción, por su naturaleza y operatividad, es uno de caducidad. *Segundo.* [Se] cuestiona la interpretación del artículo 750 del Código Civil, debiendo este Supremo Tribunal determinar, si el plazo previsto en tal artículo es uno de prescripción o de caducidad. *Tercero.* [A] fin de establecer si se está ante un supuesto de prescripción o caducidad, la doctrina nacional de forma mayoritaria ha establecido que se está ante un supuesto de caducidad [...], aunque tal posición no es pacífica, reflejo de ello es el pronunciamiento materia del recurso de casación, en donde se ha sostenido que se está ante un plazo de prescripción [...]. [...] *Quinto.* [Se] concluye que, en la operatividad del artículo 750 del Código Civil, la situación de incertidumbre surgida a raíz de la desheredación, se termina (a fin de lograr un pronunciamiento judicial válido sobre el fondo) con el ejercicio del derecho de contradicción dentro del plazo perentorio previsto por ley, agotándose en ese instante, mientras tanto se siguen ejecutando las disposiciones testamentarias; por lo que, por su naturaleza y operatividad, el plazo previsto en la norma antes mencionada es uno de caducidad.»[328]

Entonces, estamos en presencia de un plazo doble, en el cual deberá entenderse que el vencimiento del plazo se producirá cuando acaezca el plazo más largo, el cual será, sin duda, aquél en el cual el desheredado tome conocimiento del contenido del testamento.

Adicionalmente, Benjamín Aguilar precisa que, «Se posibilita accionar al desheredado o a sus sucesores, si este ha fallecido. En ese caso, corresponderá a los sucesores del desheredado probar que la causal no se ajusta a la verdad de los hechos o es ilegal. En cuanto al plazo, ha hecho bien el legislador, al establecer dos criterios: el primero, el plazo se computará desde la fecha de la muerte del testador; y el otro, más subjetivo, desde que el desheredado, o decimos sus sucesores toman conocimiento del contenido del testamento, en el cual se consigna la desheredación. En tanto que el mismo legislador, ha posibilitado que el testador, pueda acreditar en vida la verdad de los hechos que sustentan la causal de desheredación, entonces si ello ha sucedido, no habrá por parte ni

(327) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 313.
(328) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 625 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 402.

del desheredado o de los sucesores, la mínima posibilidad de contradecir la desheredación, en vista de que esta ha sido debidamente probada en juicio.»[329]

Precisamente en razón a aquello que acabamos de exponer, es que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[330] pensábamos que el artículo 750 podía tener la siguiente redacción: «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, en todo caso, desde que el desheredado tiene conocimiento del contenido del testamento.»

En verdad tal consideración no resultaba necesaria, en la medida en que el plazo doble no podría entenderse de otra manera que aquella que hemos expuesto en la presente obra.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(329) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 294.
(330) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 541.

**ACCIÓN DEL CAUSANTE PARA JUSTIFICAR LA DESHEREDACIÓN**

**Artículo 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.

*El texto de este artículo no responde al Código de 1984. Es fruto de la modificación producida por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.*

*El texto original de la norma era el siguiente:*

***Artículo 751.-** El que deshereda puede promover juicio para justificar su decisión.*

*La sentencia que se pronuncie impide contradecir la desheredación.*

Hasta ahora hemos partido del valor entendido de que quien desherede a una persona por testamento se limitará a hacerlo y, una vez muerto el testador, el desheredado podrá proceder a demandar la nulidad o anulabilidad de la desheredación, según sea el caso. Pero bien podría ocurrir que el testador no desee dejar este tema a la posibilidad de una eventual controversia judicial que se produzca luego de producida su muerte.

Es por ello que quien deshereda podría iniciar juicio contra el desheredado para justificar su decisión, lo que equivale a decir que, si vence en ese juicio, la desheredación quedará firme y, a su muerte, nadie podrá discutir su validez.

Ahora bien, sería factible que, a pesar de vencer en este proceso, el testador que deshereda a un heredero forzoso luego cambie su voluntad y revoque el extremo de su testamento en el que ha desheredado a su heredero forzoso. No olvidemos que en este tema cabe el perdón y el único que podrá hacerlo es el testador, obviamente, a su entera voluntad y discreción.

El artículo 751, bajo comentario, señala también que la demanda se tramita como proceso abreviado.

Indica además que la sentencia que se pronuncie impide contradecir la desheredación. Esto significa que, muerto el causante, el desheredado ya no podrá contradecir la desheredación, pues la materia será cosa juzgada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Al respecto, Benjamín Aguilar precisa que, «Entiéndase que no se trata de una obligación del testador, mas sí una potestad de él, de probar la causal en proceso judicial que inicia contra el desheredado. Ello nos parece prudente, debido a que el testador al conocer al desheredado, pretenda que este, una vez que el causante haya fallecido, trate de enervar la causal, aprovechándose de que el causante ya no está presente, por lo que resulta más difícil a los otros sucesores demostrar la citada causal, entonces previendo ello, se le concede esta posibilidad.»(331)

La redacción de la norma no presenta dificultad, aunque debemos señalar que si la persona que está desheredando a otra en su testamento hace uso de la vía judicial para justificar su decisión, la misma, claro está, adelantaría, en vida del otorgante, el conocimiento público de una de sus disposiciones testamentarias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(331) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 294.

## Prueba de la desheredación a cargo de los herederos del causante

**Artículo 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.

El artículo 752 se coloca en el caso en el cual el testador no hubiere promovido en vida juicio para probar la causal de desheredación que ha incluido en su testamento. En este caso, como ya lo hemos venido señalando, el problema se presentará cuando, luego de conocerse la desheredación testamentaria, el heredero forzoso desheredado o sus herederos impugnen la validez de la propia desheredación. En este caso, al no estar vivo el causante, la defensa de la validez de la desheredación corresponderá, como es natural, a los herederos del testador (que, obviamente, no hayan sido desheredados).

Para Augusto Ferrero, «Esta norma también es nueva en nuestro ordenamiento y resulta atinada; pues, procesalmente, la regla general es que la carga de la prueba se le atribuye al demandante (artículo 196 del Código Procesal Civil). Por ello, era necesaria en este caso norma expresa que trasladase dicha carga al demandado, quien deberá probar la causa; lo cual resulta más congruente que obligar al demandante a probar la inexistencia de causa.»(332)

En esa línea, Juan Olavarría comenta que, «Esta hipótesis normativa corresponde por extensión y también resulta aplicable al hecho dado por la ocurrencia de la muerte del testador durante el trámite del proceso que el mismo inició contra el desheredado, para comprobar o justificar la desheredación, pero que no pudo concluir por haberle sobrevenido la muerte. En esos casos se da la figura procedimental del sucesor procesal, siendo los sucesores procesales los herederos del testador, quienes legalmente están obligados a continuar con el juicio promovido por su causante y demostrar la comprobación o justificación de la desheredación, es decir, la validez de la existencia de la causal de desheredación que fue invocada en el testamento.»

Finalmente, observamos la Casación n.º 1507-2002- Lima, de fecha 2 de noviembre de 2003, la misma que señala, «*Sexto.* [...] [Si] bien es cierto que

(332) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 315.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

puso de manifiesto su intención de desheredar a su cónyuge, también lo es de que no expresó una causal válida que motivara dicha decisión. Por lo que no es posible dar un sentido distinto a dicha declaración que la que el propio otorgante le confirió, como en forma interesada propone el impugnante en casación al indicar que la causal de desheredación se basó en el abandono del hogar conyugal por parte de la cónyuge, más aún si esta situación ni siquiera ha sido probada por la parte demandada en la secuela del presente proceso, conforme lo dispone el numeral 752 del Código Civil.»[333]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(333) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 626.

### Revocación de la desheredación

**Artículo 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.

Como hemos señalado hace unos momentos, la desheredación es un acto esencialmente revocable. Y el único que puede revocarla es el testador que hubiere desheredado a su heredero forzoso.

Esta revocatoria podría producirse, como hemos indicado, incluso si el testador hubiere promovido y ganado juicio contra el desheredado para probar la causal.

La ley establece tres maneras de revocar la desheredación:

a. Si el testador modificase su testamento e instituyera heredero al desheredado.

b. Por declaración expresada en el testamento, en el sentido de que la desheredación efectuada anteriormente queda sin efecto.

c. Por declaración expresada en escritura pública (acto *inter vivos*), en el sentido de que la desheredación efectuada anteriormente queda sin efecto.

A través de cualquiera de estos supuestos se entiende revocada la desheredación. Nótese que los herederos del testador no podrán impugnar la revocatoria de la desheredación, pues se trata de un asunto que compete en exclusiva a quien se vio afectado por la causal de desheredación y luego la perdonó.

Sobre el particular, Augusto Ferrero comenta que, «Resulta interesante observar cómo a pesar de que la desheredación puede ser hecha solo por testamento, la ley permite que sea revocada por escritura pública. Esta solución contraviene en cierta forma el principio expresado en el artículo 799, en el sentido de que la revocación expresa del testamento, total o parcial, o de algunas de sus disposiciones, solo puede ser hecha por otro testamento, cualquiera que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sea su forma. La excepción a la regla se explica por la necesidad de facilitarle al testador el perdón.»[334]

Finalmente, Benjamín Aguilar señala que, «Si la institución de la desheredación está reservada exclusivamente al testador, a quien se le da la posibilidad de juzgar conductas de sus herederos forzosos, y sobre la base de ellas pronunciarse sobre la desheredación, con el mismo criterio se le faculta, si así lo cree pertinente, a dejar atrás su sanción, y en una actitud de perdón, revocar la desheredación, con la finalidad de que el sucesor, que originalmente fue separado de la herencia, vuelva a la sucesión con todos sus derechos.»[335]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(334) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 316.
(335) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 295.

## Nueva desheredación

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

El perdón o revocación de la desheredación tiene carácter irrevocable, lo que implica que no puede ser renovada sino por hechos posteriores. Pero en realidad la norma no se refiere a la renovación de la revocación, pues ella es irrevocable. A lo que está haciendo alusión es a la posibilidad de volver a desheredar al heredero forzoso por una nueva causal sobreviniente, sea de la misma o distinta naturaleza que aquélla que motivó la primera desheredación. La nueva desheredación deberá versar, sin duda, sobre hechos nuevos.

En esa misma línea, Guillermo Lohmann comenta que, «La expresión renovación es inapropiada, porque la desheredación no se renueva, en el sentido de revivir o volver a dar validez a lo que ya no lo tenía, sino que cuando surgen hechos diferentes resulta querida otra vez, pero debido a otros hechos, y, por tanto, no es la misma voluntad o determinación de desheredación sino otra por completo diferente, aunque la causal legal sea la misma.»[336]

Precisamente en razón de aquello que acabamos de exponer, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[337] decíamos que el artículo 754 podría tener la siguiente redacción: «Revocada la desheredación no puede ser renovada sino por hechos distintos, no invocados por el testador al momento de efectuar la revocación.»

Por otra parte, Benjamín Aguilar tiene razón cuando anota, «Esto que afirma el artículo 754 parece correcto, y en efecto lo es, pero parcialmente, en tanto que los hechos que pueden motivar al testador a desheredar, pueden no necesariamente ser posteriores a la revocación, sino que ya existían, pero eran desconocidos por el testador, y que al tomar conocimiento de estos, podría utilizar la desheredación. En ese caso, el citado artículo debió decir que revocada la desheredación, esta no puede ser renovada sino por otros hechos, con lo cual cubre no solo hechos posteriores, sino también los existentes, antes de la

(336) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 115.
(337) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 541.

revocación, por cierto diferentes a los que fueron materia de la desheredación, pero que recién son conocidos por el testador, y no como la actual norma, que con su redacción debemos entender que la desheredación solo puede ser renovada por nuevos hechos posteriores.»

En ese sentido, es evidente que la redacción del artículo 754 podría parecer incompleta, en la medida en que sólo permitiría volver a desheredar por hechos posteriores sobrevenidos al momento en que fue revocada la desheredación.

Pero es obvio que podría tratarse de hechos anteriores, pero que no hayan sido invocados como causales de desheredación, ya sea porque quien efectúa la desheredación no los conocía o, teniendo conocimiento de los mismos, hubiese preferido invocar sólo alguno de ellos, por considerarlo de mayor gravedad o evidencia. Como vemos, lo importante no es que sean hechos posteriores, sino que no estemos en presencia de la misma causal que motivó la desheredación ya revocada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

### Herederos en representación del desheredado

**Artículo 755.-** Los descendientes del desheredado heredan por representación la legítima que correspondería a éste si no hubiere sido excluido. El desheredado no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa adquieran sus descendientes que sean menores de edad o incapaces.

La desheredación y sus consecuencias son exclusivamente personales. No olvidemos que ella recae sobre los herederos forzosos. Imaginemos el caso de un padre que desherede a uno de sus hijos. Es claro que éste no va a beneficiarse con la parte de la herencia que le hubiere correspondido, pero la pregunta que debemos hacernos es si los descendientes del desheredado deberían sufrir las mismas consecuencias patrimoniales que el propio desheredado.

La respuesta es muy simple. No deben sufrir las consecuencias de la desheredación por la sencilla razón de que ellos no han cometido acto alguno que los lleve a ser desheredados.

Para Benjamín Aguilar, «Se trata de sancionar al sucesor que ha cometido la falta, apartándolo en forma total de los bienes de la herencia que le hubieran correspondido. En consecuencia, no solo los pierde, sino que a propósito de la desheredación, estos pasan a sus descendientes, y si estos aún son menores y por lo tanto se encuentran bajo patria potestad, precisamente del sucesor desheredado, entonces la sanción está referida a que esos bienes no serán administrados por el sucesor del causante, ni tampoco tendrá derecho de usufructo (como sabemos por patria potestad, administración y usufructo de bienes de menores corresponden a los padres).»[338]

Entonces, si muere el testador (supongamos, el abuelo), el hijo desheredado no recibirá la parte de la herencia que le hubiere correspondido, pero los descendientes de este último heredarán por representación, por ejemplo, junto a sus tíos y abuela. Claro está que, al heredar por representación, los nietos del causante heredarán, entre todos, una porción igual a la que herede cada uno de sus tíos y su abuela, por seguir con nuestro ejemplo.

(338) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 293.

Pero el legislador ha querido que el desheredado se mantenga lejos de la herencia en todo sentido. Si los nietos fuesen personas con plena capacidad, no habrá problema alguno, en la medida en que ellos mismos usufructuarán y administrarán los bienes de la herencia. El problema se presenta cuando esos nietos (que han heredado por representación) son menores de edad. En este caso, sería natural que los padres, en ejercicio de la patria potestad, administren tales bienes, pero si uno de ellos (de sus padres) fuese el desheredado, él estará impedido de participar de la administración y usufructo de tales bienes.

Lo propio ocurriría si el descendiente fuere mayor de edad, pero estuviese sujeto a curatela, caso en el cual, si el desheredado ejerciere su curatela, no podrá administrar los bienes de la herencia y tampoco usufructuarlos. En buena cuenta, tendría que cesar en el cargo de curador, pues, simplemente, no podría ejercerlo.

Como se aprecia de la lectura del artículo 755, el legislador de 1984 ha sido muy claro en mantener al desheredado fuera de la administración y usufructo de los bienes que sus descendientes hereden por representación. Esto significa que el desheredado no se beneficiará de la herencia del causante, ni directa ni indirectamente.

Al respecto, Juan Olavarría señala que, «[...] esta limitación resulta natural pues si no se puede heredar y recibir del patrimonio causado por haber sido desheredado, y por ende el desheredado no se puede convertir en el nuevo dueño o titular de los derechos que le hubieran correspondido como heredero, sería incongruente que tenga la posibilidad de administrarlos y de usufructuarlos indirectamente vía la patria potestad o la curatela, más aún, cuando el usufructo permite al usufructuario hacerse dueño de los frutos que genera el bien fructífero. Ante estas hipótesis deviene aplicable la curatela especial conforme lo dispone el numeral 606 de nuestro Código Civil.»[339]

A decir de Augusto Ferrero, «Otro efecto, que tiene que ver con la representación sucesoria, es el carácter personal de la desheredación. Antiguamente, se criticó este instituto precisamente por el perjuicio que causaba a la estirpe del desheredado. Por ello, se legisló para que sus efectos se extingan con el autor de la causal y no se extiendan a sus herederos. La base fue el principio de derecho que cita Pothier: *Nullum patris delictam innocentifilio paena est.* Así lo determina el artículo 681, al expresar que los descendientes del desheredado tienen derecho de entrar en su lugar y en su grado a recibir la herencia

(339) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 143.

que a aquel le hubiese correspondido de no haberla perdido, y el artículo 755, al señalar que los descendientes del desheredado heredan por representación la legítima que correspondería a este si no hubiere sido excluido. Esta representación opera en la línea recta de los descendientes sin limitación alguna. Respecto a la línea colateral, pensamos que no, a pesar de que el artículo 685 expresa que en esta se aplica siempre que el testador no indique lo contrario. En realidad, dicha norma es aplicable a los otros tres casos en que opera la representación: premoriencia, renuncia e indignidad. No así a la desheredación, pues este instituto no funciona tratándose de la línea colateral, por cuanto quienes pertenecen a esta no son herederos forzosos. En consecuencia, pueden ser apartados de la herencia sin necesidad de que se aduzca razón alguna. Es más, las causales de desheredación se refieren a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge.»[340]

En 1998, en *Tentaciones académicas,*[341] pensábamos que en el artículo 755 podría cambiarse la frase final «descendientes que sean menores de edad o incapaces» por «descendientes que sean incapaces.»

Decíamos esto, porque considerábamos que en el artículo 755 había una reiteración, ya que cuando el Código se refiere a los descendientes menores de edad y luego a los incapaces, si bien resulta obvio que estaba aludiendo a los incapaces mayores de edad, hubiera bastado con el empleo de la palabra «incapaces», pues ella comprendía tanto a los incapaces menores de edad como a aquellos incapaces mayores de dieciocho años.

No obstante, se trata de un tema que en virtud de las modificaciones efectuadas en el Código Civil por el Decreto Legislativo n.º 1384, relativo a la capacidad de las personas con discapacidad, ahora ya no se denomina a las personas como "incapaces", salvo el caso de los incapaces absolutos del artículo 43, inciso 1 (y único), que son las personas menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

Los antiguos incapaces relativos del artículo 44 ahora son, en menos supuestos que los de 1984, personas con capacidad de ejercicio restringida.

(340) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 318.
(341) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 542.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# TÍTULO VI
# LEGADOS

## Facultad de disponer por legado

**Artículo 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.

---

El Título VI del Libro de Derecho de Sucesiones aborda el tema de los legados. En ese sentido, el artículo 756 establece sus límites. La norma señala que el testador puede disponer, como acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más de sus bienes, o de una parte de ellos, dentro de su facultad de libre disposición.

El artículo bajo comentario se encarga de precisar que los legados nunca pueden afectar el porcentaje o cuota de libre disposición. Esto, porque si ello ocurriera, se estaría afectando la legítima de los herederos forzosos.

Los legados representan, en muchas ocasiones, la manera como el testador demuestra su gratitud hacia determinadas personas que no son sus herederos forzosos ni tampoco son instituidos como herederos voluntarios. Como sabemos, por el legado, el testador deja determinado bien o determinados bienes de su patrimonio a determinada o determinadas personas. Existe una vieja y muy cierta expresión en Derecho de Sucesiones, en el sentido de que mientras la herencia es a título general (porción del patrimonio del testador), el legado es a título particular o singular, restringiéndose a determinado bien o determinados bienes del patrimonio del testador. Ejemplos claros de legados son el dejar a quien ha sido chofer del causante, por muchos años, uno de sus automóviles, o dejar un reloj muy valioso a un socio en el trabajo, o un departamento a quien fue durante medio siglo la secretaria del causante.

En esa línea, Augusto Ferrero señala que, «El legado resulta así un acto de liberalidad que se otorga por testamento a favor de cualquiera, dentro de la

EDITORIAL CASTILLO FREYRE

facultad de libre disposición, pudiendo ser en nuestro Derecho de bienes ciertos o de una parte de ellos.»[342]

Para Fernández Arce, «Los legados son disposiciones testamentarias en virtud de las cuales el causante, por un acto de liberalidad, otorga un bien determinado o un conjunto de ellos en beneficio de cualquier persona natural o jurídica, sin que en ningún caso exceda la cuota de libre disposición.»[343]

Como resulta evidente, no existe un límite en torno al valor de cada bien que se legue; pero queda claro que entre todos los legados no se puede superar el porcentaje o cuota de libre disposición del testador, pues de lo contrario se estaría afectando la legítima hereditaria de sus herederos forzosos.

Precisamente en razón a aquello que acabamos de exponer, es que, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[344] pensábamos que el artículo 756 podría haber tenido el texto siguiente: «El testador puede disponer como acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más de sus bienes, derechos o créditos, o de una parte de ellos, dentro de su facultad de libre disposición.»

Considerábamos que el concepto de legado debería ampliarse más allá de los bienes (materiales e inmateriales), tanto a los derechos que no constituyen bienes (como podría ser el derecho hereditario del testador sobre la sucesión ya causada de un tercero) y a los créditos, vale decir, a la posibilidad de legar la calidad o condición de acreedor en una obligación civil. Estimamos que ampliar el tema de los legados a estos derechos y a los créditos no desnaturalizaría –en lo absoluto– el alcance de esta figura propia del Derecho Sucesorio. Además, en estricto derecho, los legados hoy en día pueden versar sobre tales derechos.

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 2870-2007-Cajamarca, de fecha 23 de julio de 2008, que dispone lo siguiente, «El donante no puede disponer, a título gratuito, de más de un tercio de sus bienes cuando existen herederos forzosos. *Primero.* [La] demandante ha interpuesto demanda para que se declare la nulidad del acto jurídico de donación contenido en la Escritura Pública [...], mediante el cual su madre [...] donó a [...] el único inmueble de su propiedad [...], afectando así la legítima que le correspondería a la actora y a sus dos hermanos, ya que la donante no podía disponer a título gratuito de más de un tercio de sus bienes cuando existen herederos

(342) Ferrero Costa, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 346.
(343) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 225.
(344) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 542.

forzosos. Agrega que el acto de donación, se mantuvo oculto, a tal punto que la donataria ha solicitado la inmatriculación del predio en una partida electrónica nueva y no en la que le correspondía al inmueble sublitis.»(345)

Asimismo, observamos la Casación n.° 3017-2012-Lima, de fecha 5 de junio de 2013, que señala, «El legatario instituido mediante testamento otorgado por escritura pública, tiene derecho al tercio de libre disposición de la herencia. *Quinto.* [Del] análisis de la resolución impugnada se advierte que la instancia superior ha cumplido con emitir una decisión razonada y congruente absolviendo los agravios deducidos por la recurrente en su recurso de apelación, dando cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 370 del Código Procesal Civil, en tanto ha señalado que la demandante al tener la calidad de legataria del causante [...], instituida mediante testamento otorgado por escritura pública, tiene derecho al tercio de libre disposición de la herencia según lo prescribe el artículo 756 del Código Civil, el cual está constituido por los bienes inmuebles, muebles, acciones y créditos [...].»(346)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(345) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 626.
(346) *Ibidem*, p. 627.

## Invalidez del legado

**Artículo 757.-** No es válido el legado de un bien determinado, si no se halla en el dominio del testador al tiempo de su muerte.

El Derecho de Sucesiones se estructura en función del patrimonio del causante al momento de su muerte. Esos serán los bienes, créditos y deudas que pasen a sus sucesores (artículo 660). En ese sentido, podríamos imaginar el caso en el cual el testador deje en legado un bien que ya ha dejado de formar parte de su patrimonio (como podría ser el caso de un automóvil que ya vendió o el dinero que había en una cuenta bancaria que el causante ya liquidó). En este caso, al tratarse de un bien que ya no le pertenece, es obvio que la disposición testamentaria en cuanto a ese legado carecerá de validez, pues el bien en cuestión no forma parte de la masa hereditaria.

En el caso del dinero, si el mismo ya no forma parte de la cuenta señalada por el testador, también estaremos en el supuesto de un legado inválido. Aquí no se podría extender la figura del legado al dinero que exista en otras cuentas, por más de que el causante haya transferido el dinero legado a otra cuenta antes de fallecer. Nótese que el legado de nuestro ejemplo no es sólo de una cantidad determinada de dinero, sino de esa cantidad que está en el banco tal y en la cuenta cual.

Siguiendo con el tema de la propiedad de los bienes legados, también podría presentarse el supuesto en el cual se legue un bien que debería haber ingresado al patrimonio del causante una vez hecho efectivo ese crédito. Por ejemplo, el causante ya había comprado un automóvil, sobre el cual recae el legado, pero ese automóvil no le había sido entregado todavía por el establecimiento comercial donde lo compró. Si el causante muriese antes de la entrega, a pesar de que el automóvil no pertenece al patrimonio de la sucesión, queda claro que la sucesión deberá cumplir con el legado una vez se haga efectivo el cumplimiento de esa obligación.

En buena cuenta, la finalidad del artículo 757 es muy clara, pero el mismo no debe ser entendido necesariamente de manera literal. Además, este artículo se refiere a bienes determinados (ciertos), no a los bienes determinables o inciertos. Los bienes ciertos son aquellos que están absolutamente determinados, especificados con exactitud al momento del otorgamiento del testamento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Al respecto, Augusto Ferrero comenta que, «Encontramos bondad en el principio establecido, pues no resulta coherente que se permita disponer de lo ajeno. La cosa puede no estar en el dominio del testador al momento de dictar su declaración de última voluntad, mas sí en el momento de la muerte. Y nos parece lógico, pues es en este instante que se produce la transmisión de la propiedad. No antes. Como el acto de disposición produce sus efectos *mortis causa*, lo importante y válido es que en ese tiempo el bien legado sea de propiedad del causante.»[347]

No obstante, hacemos la aclaración en el sentido de que en el caso de la cuenta bancaria y el dinero contenido en ella, a pesar de que el dinero es un bien fungible, el tratamiento de este caso debería ser el de un bien cierto, pues se estaría especificando con detalle que se trata de una suma de dinero contenida en una cuenta bancaria determinada (cierta), especificación que neutraliza o elimina el carácter fungible del dinero contenido en esa cuenta, con respecto al dinero en general que fuere de propiedad del testador al momento de su muerte, caso, éste último, en el que los herederos sí deberían cumplir con ejecutar el legado.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[348] pensábamos que el artículo 757 podría ser derogado.

No encontrábamos razón alguna que diera sustento a la norma. Ello, en razón a que, si una persona en su testamento legara un bien, derecho o crédito futuro o ajeno, nada impediría que al legatario le corresponda la calidad de acreedor que el causante podría haber tenido en vida sobre los mismos; y que precisamente en tal calidad pueda hacerse en el futuro del derecho de propiedad sobre el referido bien o lograr hacer efectivos el derecho o crédito.

Decíamos que, por lo demás, a nadie debería ya escandalizar el hecho de que nos encontremos en presencia del legado de un bien que no existe al momento de la muerte del causante o que a tal tiempo todavía no pertenezca a su patrimonio, ya que lo peor que podría ocurrir es que el legatario nunca se haga de la propiedad de dicho bien, ya sea porque el mismo no llegue a tener la existencia deseada o porque era de un tercero que nunca se lo transfirió.

(347) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 351.
(348) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 543.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pensábamos que, en estos casos, el legado no es que sea inválido; simplemente será ineficaz, vale decir, que no tendrá la capacidad de surtir efecto alguno.

Finalmente, expresábamos que el tema de las obligaciones contraídas sobre bienes futuros o ajenos está clarificado en doctrina y nuestro propio Código Civil ha asumido, respecto al mismo, una posición bastante decidida en favor de su validez, tal como queda en evidencia luego de la lectura del artículo 1409 del referido cuerpo legal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Legado de bien mueble determinable

**Artículo 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.

El artículo 758 trata acerca de los bienes determinables. Es verdad que en la redacción de la norma se emplea la expresión «indeterminado», pero en Derecho de Obligaciones esa expresión se utiliza generalmente para designar a aquellos bienes que no son susceptibles de determinación futura. Para aquéllos que son susceptibles de determinación futura se emplea la expresión «determinables.»[349]

En ese sentido, el artículo 758 establece que es válido el legado de un bien mueble indeterminado (léase en este caso, "determinable"), 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.

Si hablásemos de un bien determinable, podríamos citar como ejemplo el legado de «un automóvil», caso en el cual el legado recaerá sobre un bien de la especie «automóviles», lo que requerirá realizar un proceso de elección, por lo que deberá regirse por lo establecido en los artículos 1143 y 1144 del Código Civil, tema tratado por nosotros en nuestras tantas veces citadas obras de Derecho de Obligaciones.

Al respecto, Rómulo Lanatta señala que, «El legislador se ha referido a esta clase de legado sólo para declarar que es válido, disipando toda duda al respecto, y para establecer la regla según la cual, si la cosa no se halla en la

(349) Sobre este particular, remitimos al lector a nuestras obras Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, volumen I, pp. CLIII-CLIV; Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Compendio de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, p. 89; y Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Las obligaciones*. Biblioteca Lo esencial del Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017, pp. 34-35.

herencia, la elección corresponde al encargado de pagar el legado (esto es, el albacea o a los herederos, según el caso), salvo la disposición del testador. Es, sin duda, preferible el legado de cosa determinada, y que ésta se halle dentro de los bienes que constituyen la herencia. El Código no se refiere expresamente a esta clase de legados que pueden ser de bienes muebles o inmuebles, porque no ofrecen problema jurídico alguno, salvo el del límite de su valor, que afecta a toda clase de legados y que consiste en que el valor del bien legado, se encuentre dentro de la cuota de libre disposición del testador.»[350]

Entonces, en este caso, si el testador hubiese nombrado un albacea, será esta persona la que se encargue de efectuar la elección, la misma que, por ser realizada por el deudor no podrá recaer en bienes de calidad no inferior a la media. El artículo 758 comete un error, al referirse a que se deberá cumplir con entregar un bien que no sea de calidad inferior ni superior a aquél. En el caso de los bienes inciertos esto no siempre será posible. Supongamos que el legado consista en entregar un automóvil del año. ¿Cuál sería la referencia para decir que no se deba entregar un bien de calidad inferior o superior a lo señalado por el causante? En las obligaciones de dar bienes inciertos, una vez indicada la especie y cantidad, deberá hacerse la elección no perjudicando los intereses de la parte contraria, elección que deberá realizarse dentro de la especie señalada.

El único supuesto en que se podría aplicar la solución legislativa del artículo 758 sería en casos en los cuales la especie sea tan, pero tan específica, que el margen de maniobra resulte diminuto, como sería si el bien legado fuese un automóvil Toyota Corolla de tienda, cero kilómetros, mecánico. En este caso, la elección y sus variantes podrán girar sobre el color del vehículo, el material de los asientos, los aros y algunos otros pocos detalles adicionales que brinde la oferta en tienda de ese modelo de vehículo.

De igual manera, Benjamín Aguilar señala que, «En el presente caso, el artículo 758 del Código Civil refiere que el legado de un bien mueble indeterminado aunque no esté en la herencia, será válido. Esto en atención a que se trata de bienes genéricos, por ejemplo, el legado de un carro, de un caballo, sin especificar sus características. En este supuesto el legado obliga al sucesor a cumplir con el pago del legado, por lo que debe entregar la cosa aun cuando al producirse el deceso del causante, el bien no se encuentre en el patrimonio de este. Puesto en ese escenario, el sucesor está en la obligación de adquirir el bien, y para ello, deberá seguir las reglas aplicables a las cosas genéricas o sea solo señaladas por su especie y cantidad. En consecuencia y siguiendo

(350) Lanatta Guilhem, Rómulo E. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo II, p. 365.

lo dispuesto en los artículos 1142 y 1143 del Código Civil, el heredero deberá entregar un bien que no sea inferior a la media.»[351]

Sobre los legados relativos a bienes fungibles nos ocuparemos más adelante, al tratar el legado dinerario del artículo 765.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[352] anotábamos que el artículo 758 podría ser derogado.

Señalábamos que, en primer lugar, el referido artículo restringe la validez del legado de un bien indeterminado o incierto, al caso de los bienes muebles, no existiendo razón alguna para excluir de la norma a los inmuebles. Pero estimábamos que esta norma seguía enmarcada dentro de la línea restrictiva que objetamos, en 1998, también en *Tentaciones académicas*, al analizar el artículo 757.

Dentro de tal orden de ideas, los argumentos que sostenían nuestra propuesta de derogatoria del artículo 757 eran los mismos que imponían similar proceder respecto al artículo 758.

Por lo demás, no es novedoso su contenido, ya que resultará evidente que para efectuar dicha elección se tendría que proceder de conformidad con lo dispuesto en los preceptos generales del Derecho de las Obligaciones, específicamente los artículos 1143, 1144 y demás normas que resulten pertinentes en cuanto a la obligación de dar bienes inciertos.

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[353] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la modificación del artículo 758 con el texto siguiente:

> **Artículo 758**.- Legado de elemento patrimonial incierto.
>
> 1. Es válido el legado de bien determinado sólo en el género, aunque ninguno de dicho género existiese en el patrimonio del testador al tiempo del testamento o en el momento de la muerte, salvo que el testador hiciese la declaración a que se refiere el artículo siguiente.

(351) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 407.

(352) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 543 y 544.

(353) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 543-544.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. Salvo que el testador hubiese deferido la elección al legatario o a un tercero, corresponde hacerla al albacea y, no habiéndolo, al heredero o al legatario afectados con el deber de cumplimiento. El obligado al cumplimiento debe dar cosas de calidad no inferior a la media, pero si en el patrimonio hereditario hay una sola de las cosas pertenecientes al género indicado el obligado no puede ser exigido a que dé otra, salvo expresa disposición del testador.

   Si la elección se deja por el testador al legatario o a un tercero, éste debe elegir una cosa de calidad media; pero si cosas del género indicado se encuentran en la masa hereditaria, el legatario puede elegir la mejor.

3. Si la elección se ha deferido a un tercero, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 690.1 (c). Si el tercero no puede o no quiere hacer la elección, la hará el albacea y a falta de éste el heredero.

Como hemos estudiado, el artículo 758 regula el legado de un bien mueble indeterminado. La norma propuesta por la comisión del 2019 lo extendía a inmuebles (como lo sugerimos nosotros, en 1998, en *Tentaciones académicas*), pero hacía una inútil y extensa regulación en torno a la elección y a la calidad del bien.

Para estos efectos, bastaría con aplicar, *mutatis mutandis*, los preceptos relativos a las obligaciones de dar bienes inciertos (artículos 1142 a 1147 del Código Civil).

Por tales consideraciones nos oponíamos a la norma propuesta por el grupo de trabajo.

Además, debemos dejar constancia de que la comisión había consignado dos exposiciones de motivos diferentes del precepto (página 165 y página 166, primer párrafo).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Legado de bien parcialmente ajeno

**Artículo 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.

Antiguas son nuestras investigaciones relativas a los contratos sobre bienes ajenos.(354)

Así como algunos contratos pueden versar sobre bienes parcialmente propios del obligado y sobre bienes parcialmente ajenos, los legados también pueden recaer sobre bienes de estas características. En estos casos, será evidente que el legatario no tendrá derecho sobre la totalidad del bien, sino sólo sobre la parte que pertenecía al testador. La solución a este tema será muy sencilla, en la medida en que el legatario pasará a tener los derechos que el testador tenía sobre el bien. Imaginemos que el legado consistía en los derechos de copropiedad sobre un automóvil determinado, del cual el testador era dueño en un 50 %. Bueno, pues entonces el legatario pasaría a ser dueño de ese 50 %.

Ahora bien, podríamos imaginar el caso en que el bien no haya estado en situación de copropiedad, sino que sobre él el causante tenía la propiedad exclusiva de una parte delimitada. En este caso, el legatario adquirirá esa parte.

Lo que queda en evidencia en todos estos casos es que el legado es válido y que, como no podría ser de otra manera, el legatario sólo adquiere ese derecho parcial.

Para Fernández Arce, «Si con arreglo al principio que sustenta el Código Civil de permitir solo el legado de bien propio, resulta coherente entonces admitir que, cuando el bien legado corresponde parcialmente al testador o sobre el cual este tiene otro derecho, tal legado será válido en cuanto a la parte o al derecho que corresponda al testador.»(355)

(354) Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos. Op. cit.*; Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta.* Biblioteca Para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, volumen XVIII, tomo III, pp. 27-155; Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Palestra editores - Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2010, tomo I, pp. 721-807; y Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos. Op. cit.*, tomo I, pp. 236-273.

(355) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 231.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[356] pensábamos que el artículo 759 podía ser derogado.

Estimábamos que el tenor del artículo bajo análisis resultaba evidente, razón por la cual deviene en innecesario, en virtud de la máxima que proviene del Derecho Romano, en el sentido de que nadie puede disponer más derechos de los que tiene.

Por otra parte, decíamos que la norma en cuestión resultaba peligrosa y contradictoria con los principios que rigen las obligaciones de dar bienes ajenos en nuestro Derecho positivo, tema sobre el cual, como hemos recordado, ya hemos escrito en obras anteriores.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(356) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 544.

## Legado de bien gravado

**Artículo 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 [*sic*] de cargo del testador hasta el día de su muerte.

El artículo 760 aborda el tema relativo a que el bien legado se encuentre gravado por derechos reales de garantía. Para ilustrar la materia y ante la duda que suscita el carácter real o personal de la garantía mobiliaria, vamos a suponer que se trata del legado de un bien sobre el cual recae una hipoteca.

Queda en evidencia que el deudor de la obligación principal garantizada con la hipoteca no es el legatario, en la medida en que se trata de un sucesor a título particular y que todos los herederos responden por el pago de las deudas de la herencia.

Entonces, lo más probable es que el deudor de la obligación garantizada sea el propio causante.

Estamos ante una situación bastante peculiar, en la medida en que la liberación del bien (por ejemplo) hipotecado dependerá de un tercero, en este caso, de los herederos del causante.

El artículo 760 señala que el bien pasará al legatario con los gravámenes que tuviere. Sobre esto no existe duda.

Si el bien garantizase una obligación propia del causante-testador, es claro que se aplicaría lo dispuesto en la segunda parte de referido artículo, en el sentido de que el servicio de amortización e intereses de la deuda serán de cargo del testador hasta el día de su muerte; pero la norma no parte del supuesto en el cual el testador hubiere constituido garantía hipotecaria sobre ese inmueble, para asegurar el cumplimiento de una obligación ajena. En este caso, el testador no era el obligado y, por tanto, no debía pagar deuda alguna antes de su muerte.

Entonces, a la muerte del causante, el obligado principal siempre será alguien distinto al legatario. Si era una deuda propia del causante, responderán por ella sus herederos; en tanto que, si se trataba de una deuda de un tercero, a la muerte del testador el obligado seguirá siendo ese tercero.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero el legatario podría terminar pagando la deuda con la ejecución del bien hipotecado, si los deudores (herederos o terceros) no honraran su obligación y el acreedor ejecutara la garantía.

No obstante, resulta evidente que el legatario podría evitar la ejecución de la garantía si es que pagase la obligación con su propio dinero, caso en el cual evitaría la ejecución de la garantía hipotecaria; y, además, se subrogaría de pleno derecho en el lugar del acreedor pagado, para poder cobrar al deudor o deudores que no honraron total o parcialmente su obligación (artículo 1260, inciso 2 del Código Civil).(357)

Para Augusto Ferrero, «Estas disposiciones resultan importantes más para el legatario que para el heredero, pues al suceder este a título universal, resultan obvias. En el caso del legatario no, pues al suceder a título particular podría haber duda en cuanto al conocimiento de parte del testador de la existencia de estos derechos y en cuanto a si el valor de estos debería deducirse de la herencia para que el legado se trasmita totalmente saneado, o si debería entregarse con la carga correspondiente. Ya que las disposiciones son tajantes, en el sentido de que los derechos que afecten los bienes pasan al legatario como obligaciones que cumplir, estas deberán valorizarse económicamente para restarse al legado, a efecto de la determinación de si este excede o no la facultad de libre disposición del causante.»(358)

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(359) señalábamos que el artículo 760 podía ser derogado.

Decíamos que la evidencia de la solución contenida en el referido artículo resulta palmaria. Es claro que si el testador lega el bien que se encuentra gravado por derechos reales de garantía (prenda, hipoteca, anticresis y, dependiendo de la naturaleza que se le asigne, garantía mobiliaria), dicho bien necesariamente pasará al legatario con los gravámenes que tuviere.

En tal sentido, señalábamos que también resulta claro que el servicio de amortización e intereses de la deuda serán de cargo del testador hasta el día de su muerte (pues no podría estar obligado al pago de los mismos después de muerto). También es claro que una vez fallecido, la obligación será de cargo de los herederos del causante.

(357) Remitimos al lector a nuestras tantas veces citadas obras sobre Derecho de las Obligaciones.
(358) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 327.
(359) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 544.

## LEGADO DE BIEN SUJETO A USO, USUFRUCTO O HABITACIÓN

**Artículo 761.**- Si el bien legado estuviere sujeto a usufructo, uso o habitación en favor de tercera persona, el legatario respetará estos derechos hasta que se extingan.

El bien que es objeto de un legado no necesariamente tiene que estar realengo. Como hemos visto, el mismo podría estar gravado por un derecho real de garantía (artículo 760, precedente) o podría recaer sobre él algún derecho real principal, como es el caso del derecho de usufructo o habitación, que menciona el artículo 761, bajo comentario. No obstante, también podríamos pensar que el bien materia de legado está afectado por un derecho de uso o por alguna servidumbre, casos a los cuales también se aplicarían las doctrinas contenidas en el artículo 761, las mismas que establecen que el legatario respetará estos derechos hasta que se extingan. Lo preceptuado por esta norma tiene plena lógica, en tanto se trata de derechos constituidos sobre el propio bien (derechos reales), los mismos que deberán ser respetados por quien adquiera el bien vía legado.

Sobre el artículo bajo comentario, Guillermo Lohmann señala, «Aunque no dicho por el legislador en este artículo, la misma razón que inspira el deber de respetar el usufructo, uso o habitación debiera extender para los pactos de indivisión, la superficie y la servidumbre. Por otra parte –y siempre bajo la premisa que el testador nada hubiese dispuesto– también parece razonable que el legatario debiera respetar, hasta el vencimiento del plazo, los contratos que recaigan sobre el bien. Así, por ejemplo, los de arrendamiento y comodato. Pero en el caso de arrendamiento debe estar a lo dispuesto en el artículo 1708 C.C., que permite al adquirente dar por terminado el contrato si no ha sido inscrito. Y en el caso del comodato debe tenerse presente, por ejemplo, el artículo 1737.»[360]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[361] pensábamos que el artículo 761 podría ser derogado. Considerábamos que el mismo resultaba innecesario y que la solución otorgada por la norma se deducía claramente de los preceptos generales de Derechos Reales y de Registros Públicos.

(360) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 143.
(361) CASTILLO FREYRE, Mario *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 545.

## LEGADO DE CRÉDITO Y LEGADO DE LIBERACIÓN DE DEUDA

**Artículo 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.

El artículo 762 trata acerca de dos temas diferentes. Veamos:

a) El legado de un crédito

Para empezar, nos remitimos a la concepción sobre el legado de crédito. En ese sentido, Zannoni, citando a Fassi, explica que, «Hay legado de crédito cuando el testador dispone a título particular de obligaciones patrimoniales en su favor, transmisibles por sucesión.»(362)

Sobre este tema, la norma establece que 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. Esto resulta plenamente lógico, en la medida en que, si el crédito ya ha sido satisfecho en parte, es claro que la parte ya cancelada del crédito simplemente no existe y, de esta forma, esa parte no podría ser objeto de legado. Lo propio ocurriría si se tratase de un crédito cancelado en su totalidad. Como sabemos, si éste fuese el caso al momento de la muerte del testador, simplemente no habría legado, pues estaría recayendo sobre algo que ya no existe.

Por otra parte, el artículo 762, bajo comentario, señala que el heredero está obligado a entregar al legatario el título del crédito que le ha sido legado. Se trata de un elemental deber de colaboración, a efectos de que el legatario pueda hacer efectivo el crédito, lo que no ocurrirá, probablemente, si es que el o los herederos no entreguen al legatario del crédito el título en que éste conste.

Para Augusto Ferrero, «Dentro de este concepto puede encuadrar perfectamente el legado de herencia; es decir, la cesión de los derechos hereditarios

(362) ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de las Sucesiones*. 5ª edición. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 709.

que tenga el testador en una herencia determinada. Curiosamente, el legatario podrá ser en este caso sucesor a título particular en la sucesión del testador, dado que recibe un bien determinado: derechos hereditarios en una herencia, y sucesor a título universal en esta última.»[363]

Pero debemos decir que, en estricto, este caso no sería uno de un legado de un crédito, sino un legado de derecho no crediticio, ya que la herencia no es un crédito, sino derechos sustantivos de diferente naturaleza.

b) El legado de liberación de una deuda

Entendemos que el legado de liberación de una deuda se refiere al supuesto en el cual el testador, en su testamento, dispone renunciar al cobro de una deuda que tenga alguien con respecto a él. Al ser un acto unilateral, es claro que sólo se tratará de una renuncia y no de una condonación de la deuda, acto bilateral por excelencia. En ese sentido, la sumilla colocada al artículo por el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos («condonación de deuda»), es errada en lo que respecta a este extremo. No obstante, cuando en el testamento el causante haya renunciado al cobro de un crédito, resulta evidente que ello afecta a sus herederos. Éste será, pues, el denominado legado de liberación de una deuda. El mismo se califica como un legado, pues se trata de un beneficio otorgado al deudor a título particular, referido, única y exclusivamente, a la deuda en cuestión.

Al respecto, Benjamín Aguilar sostiene que, «El dispositivo que comentamos y que textualmente señala, "El legado de liberación de una deuda comprende lo adeudado a la fecha de apertura de la sucesión" amerita un comentario. Sobre el particular, creemos que puede haber varias lecturas de esta parte de la norma; una primera, nos sugiere una interpretación en el sentido de considerar que el legislador, se está refiriendo a la condonación del monto de una deuda debidamente identificada, existente en el momento en que se otorgó el testamento; sin embargo, una interpretación literal de la norma, nos conduce a señalar que se estaría refiriendo al total de las deudas que pudo haber tenido el tercero con el causante, deudas pendientes a la fecha del deceso del *de cujus*. [...] En conclusión, siguiendo la tradición jurídica, y en particular lo que la mayoría de los

(363) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 238.

EDUARDO CASTILLO FREYRE

Códigos dicen sobre esta materia, la condonación de deuda debe entenderse como lo adeudado a la fecha del testamento.»[364]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[365] pensábamos que el artículo 762, bajo comentario, podría tener la siguiente redacción: «El heredero está obligado a entregar al legatario el título del crédito que le ha sido legado.»

Estimábamos excesiva la redacción actual del artículo en referencia. En primer lugar, porque resulta evidente que si lo que se lega es un crédito, tal legado tendrá efecto sólo en cuanto a la parte del mismo que subsiste en el momento de la muerte del testador, ya que la parte del crédito que hubiese sido pagada al momento de la muerte del testador, simple y llanamente no es un crédito. Habrá obligación (por tanto, crédito y deuda) siempre que no se haya procedido a su extinción por alguno de los medios extintivos de las obligaciones.

Señalábamos en 1998, que, por otra parte, cuando el Código hace referencia al «legado de liberación», está aludiendo a la condonación *mortis causa*, tema regulado como uno de los medios extintivos de las obligaciones, en los artículos 1295 a 1299 del propio Código Civil.

Indicábamos que, además, resulta claro que el legado consistente en la condonación de una deuda comprende lo adeudado a la fecha de apertura de la sucesión. Jamás podría entenderse que comprende aquello que se adeuda a la fecha del testamento, ya que si dicho testador aceptó pagos en el lapso comprendido entre la fecha de otorgamiento del testamento y el momento de su muerte dichos pagos serán muestra evidente de que, en cuanto a las cantidades canceladas, no existió jamás voluntad para condonar.

No obstante, admitimos que la idea de modificar el precepto bajo comentario no era sino una tentación académica, vencida hace mucho tiempo.

(364) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 408-409.
(365) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 545.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Legado para fines sociales, culturales y religiosos

**Artículo 763.-** Son válidos los legados hechos en 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.

El artículo 763 está referido a los legados hechos en favor de los pobres o para fines culturales o religiosos. Se trata, sin duda, de situaciones bastante frecuentes, dado que en muchas ocasiones el testador pretende, con su legado, beneficiar a las personas que más lo necesiten o a la difusión de la cultura o de su confesión religiosa. No obstante, en estos casos, lo común también es que el testador indique los nombres de las personas naturales o jurídicas que desea se conviertan en legatarios. En ese sentido, el artículo bajo comentario señala lo que es obvio, es decir, que tales legados serán entregados por el heredero a quienes indique el testador. Esto, sin duda, no ofrece inconvenientes.

Lo que sí ofrecerá problemas es el caso de los legados que no revistan como destinatario a alguien en especial, sino que, por el contrario, se señale el tema en términos generales, como podría ser el caso de «lego esto para los pobres», «para obras de caridad», «para fines culturales», «para la difusión de la religión católica», etc. En estos casos, cuando no esté claramente determinado el legatario, se aplicará lo dispuesto por este artículo.

En caso se trate de legados en favor de los pobres (por ejemplo, una suma de dinero), los mismos serán entregados a la Beneficencia Pública (entendemos que al no estar definido el tema, podría comprenderse que se trataría de aquella del lugar donde el testador tuvo su último domicilio o la de aquel donde otorgó testamento); en caso los legados sean para fines culturales, como podría ser el legar un cuadro de un pintor famoso, el artículo establece como destinatario al Instituto Nacional de Cultura, no obstante lo cual ese organismo ya no existe, habiendo sido reemplazado por el Ministerio de Cultura(366). Finalmente, si se

(366) A través de Decreto Supremo n.° 001-2010-MC, publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 25 de septiembre de 2010, se dispuso la fusión por absorción del Instituto Nacional de Cultura

tratare de fines religiosos, el legado se entregará a la autoridad competente de la religión que profesaba el testador. Entendemos nosotros que, si se tratara de la religión católica, el legado deberá entregarse al obispado o arzobispado correspondiente al lugar del último domicilio del causante. Pero este tema no ha sido establecido expresamente en la ley, razón por la cual también podría tratarse de aquél del lugar donde otorgó testamento.

Para Juan Olavarría, «Este es el llamado legado caritativo o legado de caridad, es decir, aquel legado que va dirigido a sujeto ignoto, lo que constituye una excepción a la regla imperativa según la cual la institución, designación o el nombramiento de heredero o legatario se debe hacer en testamento y dicha designación o nombramiento debe y tiene que recaer necesariamente en persona cierta que además deba estar designada de manera indubitable.»(367)

Para concluir, recordaremos que Augusto Ferrero señala que, «Se trata de un legado incierto que, por lo tanto, significa una excepción a lo dispuesto en el artículo 734, tal como este lo señala. Creemos que era un precepto necesario porque representa una disposición genérica que revela claramente la intención del donante, faltando únicamente la indicación de la persona del beneficiario. Su antecedente es el artículo 747 del Código derogado, que designaba la entidad llamada a realizar ciertos encargos.»(368)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(INC) al Ministerio de Cultura, señalando adicionalmente que dicha absorción concluía el 30 de septiembre de 2010.

(367) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 151.

(368) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 330.

## Legado de predio

**Artículo 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.

El artículo 764 se ocupa de regular el legado de un predio, vale decir de un bien inmueble, en el sentido más tradicional o estricto de la palabra. La interpretación que hace el legislador de 1984 en el artículo bajo comentario es que el legado deberá entenderse circunscrito al bien en las características que tenía al momento en que el causante otorgó testamento.

En ese sentido, todas las ampliaciones, por adquisición de terrenos contiguos o las construcciones que haya hecho con posterioridad a esa fecha, no forman parte del legado. Esto, a excepción de las mejoras introducidas al inmueble, sean éstas, necesarias, útiles o de recreo.

No compartimos necesariamente el sentido de la norma. Ello, en la medida en que el legatario se hallaría en una situación bastante problemática al recibir como legado un bien que comparte en propiedad con otra u otras personas (los herederos del causante). Pensamos que se podría pensar que el testador tuvo tiempo suficiente para modificar los alcances del legado con el transcurso de los años, de manera tal que, si no quería extender los efectos del legado del bien originario a los terrenos o construcciones que le han accedido posteriormente, pues lo hubiese podido establecer con claridad en una modificación testamentaria.

Dentro de nuestra perspectiva, se podría entender que, si no modificó su testamento en este extremo, podría desear que los alcances del legado se extiendan a la integridad del bien con sus nuevas características. Además, nótese que la interpretación que brinda al caso el artículo 764 del Código Civil exigiría al testador, si su intención fuese la del legado restringido, el modificar esta disposición testamentaria cuantas veces resulte necesario hacerlo por las modificaciones que el predio sufra en el transcurso del tiempo.

En ese sentido, Juan Olavarría señala que, «[...] debe también considerarse que muchas de las edificaciones que se puedan hacer en el predio con posterioridad a la facción testamentaria en la cual se instituyó el legado, no podrán ser

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

tomadas como accesorias ni como mejoras, sino, antes bien y por el contrario, como partes integrantes del inmueble, las cuales no pueden desprenderse ni separarse sin afectar o alterar el predio.»[369]

Asimismo, Guillermo Lohmann señala que, «A menos que del testamento resulte cosa distinta, considero que los terrenos contiguos y las nuevas construcciones que el testador haya agregado después del testamento deben entenderse incluidos en el legado cuando constituyan una unidad económica. Me imagino, por ejemplo, que el testador legue un predio rústico, y que después de otorgar el testamento se hayan hecho edificaciones conducentes a la mejor explotación agrícola o pecuaria. Lo que, en resumen, trato de decir es que habrá que tener en cuenta si las nuevas construcciones, aunque algo más que mejoras en sentido estricto, no admiten tampoco ser calificadas como algo que per se tenga carácter principal, y no accesorio, al extremo de suponer que el testador no lo quiso incluir en el legado.»[370]

Para Augusto Ferrero, «Aunque la norma no lo dice, es evidente que el valor agregado del inmueble que no forma parte del legado, se trasmite a los herederos, quienes serán copropietarios del legatario en relación al inmueble, debiendo determinarse la proporción que a cada cual le corresponde en la copropiedad.»[371]

La solución relativa a las mejoras nos parece correcta, pero ella es sólo un guiño a nuestra tesis.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(369) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 152.
(370) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 154.
(371) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 331.

## Legado en dinero

**Artículo 765.-** El legado en dinero debe ser pagado en esta especie, aunque no lo haya en la herencia.

Cuando el Código Civil legisla en el artículo 765 sobre el legado en dinero, entendemos que esta regulación bien pudo ser generalizada a los demás bienes de carácter fungible, como sería el caso en el cual el legado consista en la entrega de una cantidad de naranjas de determinada calidad, de arroz, etc.

Pero la norma sólo se refiere al dinero y, tratándose de un precepto que establece excepciones a la existencia de los bienes legados y su entrega, no podemos interpretarla ni por extensión, ni por analogía.

Lo que quiere decir la norma bajo comentario es que, por la entrega del dinero legado, deberán responder los herederos. En otras palabras, la masa hereditaria responde por el cumplimiento de los legados dinerarios, a menos que los mismos tengan características de especificidad, tal como vimos en nuestro análisis del artículo 757. Se puede decir que los legados dinerarios constituyen deudas de la herencia.

Benjamín Aguilar precisa que, «En ese caso, los herederos del causante o albacea si estuviera designado, deberán entregar al legatario, dicha suma, y si no hubiera liquidez en la herencia, deberá venderse bienes para pagar ese legado, tal como lo contempla, a propósito del albacea, el Código Civil en el artículo 787 en su inciso 7, facultando al ejecutor testamentario a vender, se supone con autorización, los bienes de la herencia que fueren indispensables para pagar deudas de la herencia y legados en dinero.»(372)

Finalmente, el maestro Jorge Eugenio Castañeda señala que, «Es frecuente que el testador legue una cantidad de dinero, o varias, a uno o más legatarios. Estos no tienen acción ejecutiva para cobrar dichos legados. Deben esperar que se liquiden todas las deudas y cargas sucesorias, a fin de saber si los legados no exceden de la cuota de libre disposición del testador.»(373)

(372) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 411.

(373) Castañeda, Jorge Eugenio. *Derecho de Sucesión.* 2ª edición. Programa de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villareal, Lima, 1975, tomo II, p. 269.

ESTUDIO OSTERLING PARODI CASTAÑEDA ABOGADOS

## Legado de alimentos

**Artículo 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 artículos 472 a 487.

El artículo 766 a lo que se refiere es a un legado en materia alimenticia. Debemos recordar que el artículo 472 del propio Código establece que se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto.

Por su parte, el artículo 474 señala que se deben alimentos recíprocamente: 1.- Los cónyuges; 2.- Los ascendientes y descendientes; y 3.- Los hermanos.

Entonces, las disposiciones testamentarias sobre alimentos deberían estar dirigidas al concepto mismo de alimentos, antes citado, vale decir que, muerto el testador, los herederos sigan obligados al pago de alimentos, en la medida en que la ley (artículo 474) así lo establece. Muere el padre (testador) y dispone que sus hijos (herederos forzosos) deberán pasar una pensión alimenticia a uno de los hermanos del causante que es discapacitado. Se trataría de un legado en favor del hermano discapacitado del testador que deberán cumplir sus herederos. No obstante, nótese que no estamos hablando del cumplimiento de una obligación alimentaria en estricto. Ello, en la medida en que la obligación alimentaria es la que establece por ley el Código Civil a favor de las personas señaladas en el artículo 474. Y, muerto el obligado por ley a prestar esos alimentos, su obligación habrá terminado. Entonces, de lo que trata el artículo 766 del Código Civil es de una prestación voluntaria de alimentos en forma de legado testamentario.

En esa línea, Benjamín Aguilar comenta, «[...] nuestra posición es que si bien es cierto la norma es remisiva a las normas de alimentos, también lo es que no estamos ante un caso típico de necesidad alimentaria, sino ante un caso de liberalidad del testador; por ello, creemos que aun cuando, llegado el caso de que tenga que pagarse el legado, si el legatario no se encuentra en estado de necesidad, aún en ese caso, debería entregársele la suma que tendría que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

salir de la cuota de libre disposición, la cual para todos los efectos vendría a ser su límite.»[374]

Asimismo, Juan Olavarría señala que, «Los alimentos son una obligación y no constituyen un acto de liberalidad, por eso resulta curiosa la norma al mencionar el legado de alimentos, sin embargo, debemos entender que al margen del nombre que se le otorgue en este artículo, será siempre una liberalidad que por sus características propias debe ser pagado o entregado con arreglo a las prescripciones propias de la obligación alimentaria, esto es, dándole al legatario lo que necesita para su sustento en general, con lo cual este legado especial no debería convertirse, en principio, en una fuente de lucro o ganancia para su beneficiario, ya que de lo contrario se estaría desnaturalizando la liberalidad tal y como la quiso el testador. Siendo ésta la razón por la cual esta norma de remisión hace expresa referencia a los numerales 472 a 487 de nuestro Código Civil.»[375]

Para Augusto Ferrero, «Como puede apreciarse, esta figura es un legado singularísimo, por cuanto crea por tiempo indefinido una relación de acreedor deudor entre el legatario y los herederos; debiendo regularse en cada caso los derechos de aquel en función del monto de la porción disponible. En tal virtud, los artículos correspondientes al capítulo de alimentos, en el Libro de Familia, le son de aplicación en cuanto sean pertinentes.»[376]

Para concluir nuestros comentarios, es necesario señalar que el artículo 766 establece que la pensión se regirá por lo establecido en las disposiciones de los artículos 472 a 487. Entendemos que ello sería *mutatis mutandis*, en la medida en que, como ya hemos indicado, no estaríamos ante una obligación alimenticia en sentido estricto, y las normas de remisión tratan acerca de los alimentos en el sentido legal y estricto del término.

ESTUDIO MANO CASTILLO ABOGADOS

(374) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 412.
(375) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 153.
(376) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 334.

## Legado remuneratorio

**Artículo 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.

Antes de ingresar al análisis del artículo 767, debemos señalar que resultaría perfectamente posible que este tema no se aborde como un legado, sino como una obligación del causante que deberá ser honrada por la masa hereditaria. Sería el supuesto en el cual el causante y testador establezca que, dentro de las deudas que deberán pagar sus herederos, está aquella que corresponda a los servicios prestados por una persona y que no le fueron pagados en vida del causante. Este sería el caso de una deuda más que deberá afrontar la masa hereditaria. No se trataría de un legado.

El artículo 767 entiende que si el testador desea beneficiar a alguien (legatario) con la entrega de un legado que corresponda a los servicios brindados por esta persona al testador, estaremos en presencia del denominado legado remuneratorio. En este caso, el mismo se considerará como pago (por lo tanto, esa parte no sería legado, sino mero cumplimiento de una obligación hereditaria), en la parte en que corresponda razonablemente al servicio prestado por el beneficiario del testador; pero se considerará como acto de liberalidad en cuanto al exceso. Dentro de la tesis del artículo 767, esta parte será, qué duda cabe, un legado.

Para Aguilar, «El legislador a través de la presente figura, trata de evitar disfrazar liberalidades que podrían terminar perjudicando a los herederos que concurren con el legatario, entonces se pone en el supuesto de una relación contractual entre el futuro causante y la persona con quien contrata, la que va a procurar un servicio al causante, por el cual este reconoce una deuda a favor del contratante; sin embargo, la deuda reconocida, puede ser la que corresponde realmente en el medio o puede reconocer una deuda muy superior a la que efectivamente vale tal servicio.»[377]

(377) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 412.

Finalmente, resulta interesante mencionar la posición de Guillermo Lohmann, cuando señala, «Por mi parte, comparto las ideas de Cornejo y de León Barandiarán. A mi juicio, el legado remuneratorio se hace en retribución graciosa y voluntaria de algo, obtenido por el legador o por un tercero, que no es exigible. Como expone Albaladejo, el legado (o la donación) tienen por objeto recompensar al legatario (o donatario). Pero en opinión del mismo autor –no compartida, sin embargo, por toda la doctrina, como él mismo admite– es válida la donación (y para el caso, el legado) antes de haberse recibido el servicio.»[(378)]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(378) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 162.

## Legado sujeto a modalidad

**Artículo 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.

Ya hemos estudiado los casos en que resulta posible que en materia testamentaria el otorgante disponga de modalidades, y son, concretamente, los casos en que se instituya herederos voluntarios o legatarios. Esto lo vimos con ocasión de nuestros comentarios al artículo 738.

Si se tratare de condición o plazo suspensivos, el legatario no adquirirá el legado en tanto no se verifique la condición o se cumpla el plazo. No obstante, el legislador de 1984 ha considerado pertinente colocar que el legatario en ese tiempo podrá ejercer las medidas destinadas a proteger su derecho. Ello pues, en buena cuenta, tiene un derecho de propiedad eventual o futuro (según sea el caso, sobre ese bien).

En lo que respecta al legado con cargo, la norma bajo análisis señala que el mismo se rige por lo dispuesto para las donaciones sujetas a esta modalidad. Concretamente, el Código se refiere al artículo 1642, norma que establece que «En el caso de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo, su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado o satisfecho.»[379]

Al respecto, para Augusto Ferrero, «La remisión debe entenderse solo referente a la invalidación, pues siendo el testador el único que puede revocar el legado, si lo hace, este no se trasmite y por ende no hay cargo por satisfacer por parte del legatario. En cuanto a la invalidación, es lógico que de declararse (por ejemplo, si el legado excede la cuota de libre disposición), el legatario tendrá derecho a exigir a los herederos el reintegro de los gastos por satisfacer el cargo. Respecto al beneficiado con el cargo, se le denomina comúnmente sublegatario. Barbero califica al término sublegado de burdo, señalando "que puede dar lugar al equívoco de que no haya en tal caso una sucesión directa

(379) Ver Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos. Op. cit.*, tomo II, p. 75.

entre testador y legatario (llamado sublegatario), sino una trasmisión de segundo grado, de testador a legatario, y de legatario a sublegatario", cuando en realidad no es así. Tal sublegatario no realiza su adquisición a través del legatario gravado. Es un legatario como los demás, efectuando su adquisición directamente del causante.»[380]

Sobre ello, estamos de acuerdo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(380) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 336.

### Legado de bien determinado

**Artículo 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.

En materia del principio de identidad, en lo que respecta a legados, hay dos aspectos que se debe tener presente. El primero, que el bien bebe responder en identidad a lo establecido en el testamento; no obstante, se debe considerar, a diferencia de las obligaciones en general, que el menoscabo, deterioro o desgaste que hubiere tenido entre el momento del otorgamiento del testamento y el momento de la muerte del causante, deberá ser asumido en perjuicio del legatario. Esto significa que la sucesión no deberá reponer el bien al estado en que se encontraba al momento del otorgamiento del testamento, dado que el mismo deberá ser entregado en las condiciones en que se encontraba al momento de la apertura de la sucesión. Pero es obvio que, si el bien se encontrare en poder de algún o de algunos herederos, el mismo deberá ser conservado, pudiendo quienes lo hubieren conservado, reclamar tales gastos al legatario. También es evidente que, si el bien se perdiera o deteriorara por culpa de los herederos, ellos deberán responder frente al legatario, como veremos seguidamente.

En segundo lugar, si el legado no está sujeto a condición o plazo suspensivo, es obvio que la propiedad del bien pasará a manos del legatario al momento de la muerte del causante, lo que determina que el bien le deba ser entregado por los herederos apenas conozcan de la existencia del legado. Si la demora en la entrega del bien obedeciera a dolo o culpa de los herederos, ellos responderán por el menoscabo o pérdida del bien, conforme a las reglas del artículo 1138 del Código Civil, en la medida en que el bien sea cierto.

Si el bien ya le hubiera sido entregado al legatario, se aplicará el principio *res perit domino*, pues no existiría obligación pendiente de cumplimiento.

En esa línea, Benjamín Aguilar señala que, «[...] lo que cuenta para todos los efectos, es el momento de la apertura de la sucesión del causante; y en el caso del legado, la situación del bien referido a ese momento; y con respecto a los frutos del bien legado, también le corresponden al legatario desde la muerte del causante, en tanto que su calidad de propietario del bien la adquiere en el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

momento en que se abre la sucesión. Por ello, el legatario también asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el mismo instante en que se abre la sucesión, salvo los casos de dolo o culpa de quien tuviera el bien en su poder.»[381]

Asimismo, sobre los frutos, Guillermo Lohmann precisa que, «*Contrario sensu* del artículo materia de comentario, los frutos devengados hasta la muerte del causante corresponden en general a la masa hereditaria. Salvo que toda la herencia haya sido distribuida en legados, en cuyo caso, pese a lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 815 C.C. (que llama a los herederos *ab intestato* cuando sin haberse instituido herederos se ha omitido distribuir todos los bienes en legados), creo que la voluntad del testador puede ser interpretada en el sentido que también los frutos previos a la muerte integran el legado. Pero, de todas maneras, admito que se trata de una opinión discutible.»[382]

Finalmente, el artículo 769, bajo comentario, establece que corresponden los frutos del bien legado al legatario desde el momento de la muerte del testador. Ello debe ser así, en consideración a lo dispuesto por el artículo 660 del propio Código, precepto que establece que, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[383] pensábamos que el artículo 769 podría ser derogado, en razón de que la norma es evidente. Por lo demás, decíamos, la solución que impone este artículo se deduce de la simple lectura del artículo anterior.

No obstante, se trataba de una simple tentación académica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(381) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 418.
(382) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 169.
(383) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 546.

## Reducción de los legados

**Artículo 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 en favor de alguno de los coherederos no está sujeto a reducción, salvo que la herencia fuere insuficiente para el pago de las deudas.

El artículo 770 del Código Civil se refiere a los supuestos en que corresponde reducir los legados. La norma establece que, 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 precepto está dirigido a resguardar la legítima de los herederos forzosos, de manera tal que los legados jamás deben superar el porcentaje de libre disposición del testador. Si lo superasen, entonces, los legados deberán reducirse a prorrata. El supuesto de excepción a la prorrata se presentaría en caso el testador hubiere establecido un orden para el pago o entrega de los legados, caso en el cual éstos se entregarán hasta llegar al bien o bienes con los cuales se hubiese superado el porcentaje de libre disposición.

El segundo párrafo del artículo 770 señala que el legado hecho en favor de alguno de los coherederos no está sujeto a reducción, salvo que la herencia fuere insuficiente para el pago de las deudas. Esto significa que una misma persona podría tener la condición de heredero (forzoso o voluntario) y la condición de legatario. Si uno de los herederos fuese beneficiado también con un legado, este legado no estará sujeto a reducción, salvo en el supuesto en el cual la herencia fuere insuficiente para el pago de las deudas. En este caso, serán preferidos en primer término los acreedores del causante, con respecto a quien debe cumplir la sucesión.

Debe precisarse además que, como indica Guillermo Lohmann, «[...] lo primero que se impone señalar es que este artículo no puede ser examinado autónomamente, sino en estrecha relación con los artículos 753 y 807 C.C., a cuyos comentarios me remito. Mas con cargo a lo que sobre este digo en su lugar, solo importa señalar ahora que antes de proceder a la reducción de los legados debe hacerse la debida operación para calcular correctamente la legítima, procediendo de la siguiente manera: a) primero se suman los valores de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

todo el activo hereditario, incluyendo los valores de los legados; b) después se suman los valores de todos los pasivos; c) a continuación los pasivos se restan de los activos; d) al saldo que quede, positivo o negativo, se agregan las donaciones que hizo el testador.»(384)

Para Augusto Ferrero, «Aunque la disposición no lo dice, es evidente que la excepción de reducción procede siempre que la liberalidad no exceda la porción disponible. Si la rebasara, será menester calcular si la parte de la herencia que le corresponde al coheredero sumada al valor del legado recortado, alcanzan el valor total del legado para poder adjudicárselo. La norma está destinada a otorgar al coheredero favorecido con un legado un derecho preferente a los demás legatarios, no así en relación a los demás herederos, pues se reduce cuando afecta sus derechos como tales. Diego Espín destaca que en el Derecho moderno han desaparecido los efectos de este instituto, considerándose por parte de la doctrina que el prelegado carece ya de toda especialidad, viniendo a ser un legado más.»(385)

En el caso concreto ese heredero, y a la vez legatario, podría ver comprometido el bien legado para el pago de esa deuda. Naturalmente que, si ese bien legado fuere insuficiente para el pago de las deudas, los herederos deberán responder con los bienes heredados hasta el límite de lo recibido (argumento del artículo 661 del propio Código Civil).

Al respecto Jorge Eugenio Castañeda señala que, «Debe tenerse presente, además, que tratándose de los actos del testador referentes a la porción de sus bienes de la cual la ley le permite disponer libremente, su voluntad es soberana, y que, en consecuencia, puede regularlos como lo crea conveniente. Dentro de tal libertad puede prever y resolver el caso en que habiendo hecho varios legados, su cuota de libre disposición, si tuviere herederos forzosos, o el total de sus bienes si no los tuviere, no alcancen para el pago total de los legados que hubiere instituido, y nada le impide establecer, si así lo desea, un orden de prelación conforme al cual su albacea o sus herederos pagarán los legados. Es a falta de tal disposición, que rige el sistema de prorrateo establecido en el artículo comentado.»(386)

Adicionalmente, Benjamín Aguilar comenta, «Con respecto al prelegado, debe tenerse presente que estamos ante un legatario privilegiado, pues no solo

(384) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 173.
(385) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 338.
(386) Castañeda, Jorge Eugenio. *Derecho de Sucesión. Op. cit.*, p. 273.

no le afecta el exceso de los legados sobre la porción disponible, sino que será el primero en efectivizar su legado, para resguardar al heredero que pudiera estar en desventaja con respecto a los otros sucesores. Recordemos sobre el particular que, en el Código Civil de 1936, existía la figura de las mejoras sucesorias, por la que se tomaba de la legítima larga (dos terceras partes del patrimonio), una parte, para beneficiar a un heredero forzoso; pues bien, tal figura ya no existe en el presente, y si ahora se quiere beneficiar a un heredero de los varios que concurren a la sucesión, no se hará tocando la legítima, ya que como sabemos es intangible; entonces, se recurre a la cuota de libre disposición, con la cual los otros herederos no se ven afectados por recibir intacta su cuota legitimaria. En conclusión, si a una sucesión concurren en calidad de legatarios más de uno, y si dentro de ellos se encuentra un heredero, este tendrá preferencia sobre los otros legatarios.»[387]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[388] pensábamos que el artículo 770 podría tener la siguiente redacción:

> «Si el valor de los legados excede de la parte disponible del patrimonio hereditario, éstos se reducen a prorrata, a menos que el testador haya establecido el orden en que deben ser pagados.
>
> El legado hecho en favor de alguno de los coherederos no está sujeto a reducción, salvo que el patrimonio hereditario fuere insuficiente para el pago de las deudas.»

El cambio de nomenclatura iba de la mano con las consideraciones que, también en 1998 y en *Tentaciones académicas*, expresamos con ocasión del tratamiento del artículo 668.

No obstante, no dejaba de ser una mera tentación académica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(387) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 421.
(388) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 546.

## Cuarta falcidia

**Artículo 771**.- Si el testador que tiene la libre disposición de sus bienes instituye herederos voluntarios y legatarios, la parte que corresponde a aquéllos no será menor de la cuarta parte de la herencia, con cuyo objeto serán reducidos a prorrata los legados, si fuere necesario.

El artículo 771 del Código Civil regula el controvertido tema de la cuarta falcidia, la misma que consiste en el derecho que tienen el o los herederos de quedarse con la cuarta parte de la masa sucesoria, cuando la herencia se halla gravada en exceso (sea por legados o por derechos reales). La finalidad es que el o los herederos del causante de esa herencia tan gravada, al suceder al causante, se puedan quedar con la cuarta parte de la herencia.

El tratamiento del tema difiere en las legislaciones de nuestra tradición jurídica romano germánica. En algunas legislaciones no es regulado, a diferencia de otras, como es el caso de la peruana.

El artículo 771 parte de la idea de que el testador tenga la libre disposición de sus bienes e instituya herederos voluntarios y legatarios, caso en el cual la parte que corresponde a aquéllos no será menor de la cuarta parte de la herencia, con cuyo objeto serán reducidos a prorrata los legados, si fuere necesario.

Se entiende que la cuarta falcidia tiene por objeto la preservación de los porcentajes o cuotas que recibirán los herederos. La cuota de los herederos (sumadas las de todos ellos) no podrá ser menor de la cuarta parte del valor de la herencia. Esto equivale a decir que aquello que reciban los legatarios no podrá exceder las tres cuartas partes del valor de la sucesión. La cuarta falcidia, en buena cuenta lo que hace es evitar que se diluya la participación de los herederos en la sucesión y que ellos, al menos, participen del 25 % del valor de la masa hereditaria. Es evidente que, si los legados superaran el 75 % del valor de la sucesión, entonces ellos deberán reducirse a prorrata. Entendemos que no será a prorrata si es que el testador hubiese establecido un orden para el pago de los legados. Pero debemos admitir que la ley no hace esta distinción, como sí ocurre en el artículo 770 del propio Código.

En opinión nuestra, la cuarta falcidia, si bien es una figura anacrónica, en verdad no ofrece problemas prácticos. Por último, si el testador, como es el caso bajo análisis, no tenía herederos forzosos, bien pudo evitar la aplicación

ESTUDIO DE ROCA CASTILLO TORREJÓN

del artículo 771 no instituyendo herederos voluntarios sino sólo legatarios. Pero, en verdad, se trata de un tema discutible, sobre el cual nosotros mismos hemos variado de opinión con el paso de los años.

Sobre la figura de la falcidia, Lohmann comenta que, «[...] la cuarta podría ser fácilmente burlada, porque bastaría instituir legatarios en más de tres cuartas partes del patrimonio sin nombrar heredero testamentario, en cuyo caso habría que llamarlo por declaración *ab intestato* (art. 815 C.C.), y el heredero así designado, al no estar designado en testamento como exige el precepto, no se vería favorecido por la cuarta, que solamente alude a los nombrados en testamento. En cuanto a que la falcidia nada tiene que ver con la legítima es cosa que salta a la vista de la lectura de la norma, que no está hecha para proteger a los llamados herederos forzosos.»(389)

Para Jorge Eugenio Castañeda, «Es una limitación puesta al testador que no tiene herederos forzosos y que instituye heredero voluntario y legatarios, en virtud de la cual no le está permitido, en tal caso, dar en legados más de las tres cuartas partes de sus bienes, debiendo quedar una cuarta parte, por lo menos, para el heredero voluntario que hubiere instituido. Se trata de una institución jurídica que proviene del Derecho romano, en que en el año 40 antes de Cristo, fue dada la Lex Falcidia, debida al tribuno Cayo Falcidio, cuyo nombre lleva, y que aparece en las Institutas de Justiniano, en el Título XXIII del Libro Segundo. Su finalidad fue que el heredero instituido que concurriera con legatarios, tuviera el aliciente necesario para aceptar la herencia, pues si no lo hacía, dejaba de producir sus efectos el testamento respectivo, según el régimen sucesorio de aquella época.»(390)

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(391) pensábamos que el artículo 771 podría ser derogado; ello, en concordancia con el criterio mayoritario de la doctrina peruana en materia de Derecho de Sucesiones, que considera que esta figura debería desaparecer de nuestro Derecho positivo.

Así, el profesor Guillermo Lohmann(392) estima que la cuarta falcidia, pese a su tradición histórica, hoy carece absolutamente de justificación y puede calificarse de anacronismo completo y como una disposición ajena a la esencia de nuestro Derecho Sucesorio.

(389) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 179.
(390) Castañeda, Jorge Eugenio. *Derecho de Sucesión. Op. cit.*, p. 364.
(391) Castillo Freyre, Mario *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 546-548.
(392) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 1995, p. 97.

Por su parte, Augusto Ferrero[393] también opina que esta figura debe desaparecer del ordenamiento positivo, si bien es cierto propone mantener el artículo 771 con otra redacción que disponga que el testador que tenga la libre disponibilidad de los bienes puede instituir herederos voluntarios y legatarios, o designar unos u otros sin reserva, ni limitación alguna, disposición que estimábamos devendría en innecesaria, en estricta aplicación del principio jurídico que establece que toda persona puede hacer aquello que la ley no prohíbe.

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[394] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso la derogatoria del artículo 771.

La comisión proponía derogar la norma relativa a la denominada «cuarta falcidia» debido a su falta de uso.

Nosotros estábamos de acuerdo, pero por un motivo distinto, y es que no hallamos una razón valedera para el hecho de que cuando el testador que tiene la libre disposición de sus bienes instituye herederos voluntarios y legatarios, la parte que corresponde a aquéllos (los herederos voluntarios) no sea menor de la cuarta parte de la herencia, con cuyo objeto serán reducidos a prorrata los legados, si fuere necesario.

Decimos que no encontrábamos razón para ello, en la medida en que tratándose de alguien que tiene la libre disposición de su patrimonio, debería poder hacer con él lo que quisiera y, en ese sentido, se le debería permitir instituir herederos voluntarios en porcentajes mayores al 25 % de la herencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(393) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 34-35.

(394) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 191-192.

## Caducidad del legado

**Artículo 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.

---

El artículo 772 regula los supuestos de caducidad de los legados. Veamos:

a) Si el legatario muere antes que el testador (inciso 1)

En materia de legados, a diferencia de lo que ocurre con respecto a los herederos, no existe la figura de la representación, de manera tal que, si el legatario muriese antes que el testador, se extinguiría el legado, lo que equivale a decir que caducaría de pleno Derecho. Ello, naturalmente, a menos que el testador hubiese dispuesto de un legatario sustituto.

Para Augusto Ferrero, «Es obvio que esta causal de caducidad no opera cuando el testador haya nombrado sustituto para el caso en que el instituido muera antes que el testador; a que se refiere el artículo 740. Por cierto, consideramos que también opera en casos de conmoriencia.»(395)

Sobre el planteamiento de Ferrero respecto a la conmoriencia, creemos que, al fin y al cabo, esta situación no ofrece problema práctico alguno.

b) Si el legatario se divorcia o se separa judicialmente del testador por su culpa (inciso 2)

El supuesto del inciso 2 parte del valor entendido de que el legado se haya instituido antes de que ocurra la separación de cuerpos o el divorcio entre el testador y su cónyuge (legatario). Se comprende que, si se incluyó ese legado en el testamento, el mismo obedeció al afecto y a la relación tan cercana que implica el matrimonio, de modo tal que, si se ha producido

(395) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 342.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la separación de cuerpos o el divorcio de la pareja por culpa de aquella persona que sobrevive al causante, entonces deberá entenderse que el legado habrá caducado.

Al respecto, Jorge Eugenio Castañeda señala que, «La separación (divorcio relativo) hará siempre caducar, el legado. En cambio, no siempre cesan los derechos hereditarios entre ambos cónyuges. Con el divorcio absoluto sí cesarán los derechos hereditarios (art. 265). Tratándose de la separación declara el art. 274, que "el cónyuge separado por culpa suya perderá los derechos hereditarios que por este Código se le reconocen". El inc. 2 del art. 752 previene que caduca la institución de heredero si éste es el cónyuge y se declara la separación. Empero, no siempre la separación produce la caducidad de la institución de heredero, sino cuando, como dice el art. 274, el cónyuge sea culpable de que dicha separación se hubiere pronunciado. En este caso, si bien el culpable no hereda al otro, éste sí heredaría al culpable.»(396)

Se trata de un supuesto discutible, por cierto, pues la ley presume que hubiese sido intención del testador el revocar el legado, pero en los hechos nunca lo hizo. En casos como éste no estamos seguros de que se tenga que presumir que hubiera sido voluntad del testador revocar el legado, pues a lo mejor, a pesar de que el divorcio se produjo por culpa del cónyuge, podría haberse restablecido una relación de cordialidad entre ambos, sobre todo si existen hijos comunes. No obstante, la norma es muy clara.

c) Si el testador enajena el bien legado o éste perece sin culpa del heredero (inciso 3)

En realidad, no resultaba necesaria la regulación de este supuesto de caducidad del legado. Ello, en tanto hemos estudiado que son inválidos los legados de bienes que ya no forman parte del patrimonio del testador, porque éste los hubiere enajenado; así como también el legado de aquellos bienes que han dejado de tener existencia a la muerte del testador o que han perecido a ese tiempo.

La excepción estará dada por los casos en que el bien perezca por culpa del o de los herederos, caso en el cual la sucesión deberá reponer un bien idéntico o similar a aquel que constituyó el legado.

(396) Castañeda, Jorge Eugenio. *Derecho de Sucesión. Op. cit.*, p. 174.

Para Guillermo Lohmann, «En tema de enajenación, pues, existen muchas alternativas, que el legislador no ha cuidado de disciplinar adecuadamente. Lo que sí es seguro, sin embargo, es que lo que estamos estudiando es una norma supletoria a la que resulte del testamento o de su interpretación. Esto es, el testador puede haber dispuesto decisión contraria a la que este inciso contempla.»[397]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[398] pensábamos que el inciso 3 del artículo 772 podría ser modificado, variando la palabra «perece» por «pierde.» Decíamos que al ser el perecimiento uno de los supuestos de pérdida de un bien, preferíamos ampliar los alcances de la expresión, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1137 del propio Código.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(397) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, pp. 184-185.

(398) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Op. cit.*, p. 548.

## ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DEL LEGADO

**Artículo 773.-** Es aplicable al legado la disposición del artículo 677.

El artículo 773 hace de aplicación a los legados lo dispuesto en el artículo 677, precepto que señala que la aceptación y la renuncia de la herencia no pueden ser parciales, condicionales, ni a término. Ambas son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión.

Hacemos de aplicación al artículo 773, *mutatis mutandis*, las expresiones vertidas cuando comentamos el artículo 677.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# TÍTULO VII
# DERECHO DE ACRECER

## DERECHO DE ACRECER ENTRE COHEREDEROS

**Artículo 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.

---

El patrimonio hereditario está compuesto por la suma de los porcentajes de todos los herederos, la misma que siempre arroja un 100 %. Pero, como sabemos, cabe la posibilidad de que uno de los herederos decida renunciar a la herencia. Supongamos que eran cuatro los herederos, lo que supondría que el 25 % del renunciante a la herencia se deberá repartir a prorrata entre los otros tres herederos, lo que implicará que cada heredero perciba el tercio de la herencia. Si se tratase de dos herederos y uno de ellos renunciase a la herencia, su 50 % acrecerá el 50 % del otro heredero, con lo que éste último pasará a tener el 100 %.

Pero se entiende que el derecho de acrecer sólo se presenta en el caso de la renuncia a la herencia por parte de un heredero voluntario; ello, en la medida en que, si fuesen herederos forzosos, aquellos que también tengan la calidad de herederos forzosos, pero del heredero renunciante, heredarían por representación la parte del renunciante (por cabeza) y, por tanto, ese porcentaje hereditario, al no estar vacante, no acrecería los porcentajes de los demás herederos del causante.

En esa línea, Castañeda explica, «Funciona el derecho de acrecer sólo en la herencia testamentaria; no en la herencia *ab intestato*, o sea la que necesita la declaración de herederos (procedimiento no contencioso). El acrecimiento es en favor de legatarios o de herederos. El derecho de acrecer hace suponer un cambio en el grupo de los llamados. El derecho de acrecer o acrecimiento favorece a los otros herederos instituidos en testamento, siempre que dichos herederos instituidos no fueren herederos forzosos. Si lo fueren el fallecimiento del heredero forzoso instituido en testamento daría lugar al derecho

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de representación, siempre que dicho heredero forzoso sea hijo o, en general, descendiente del testador.»[399]

La misma lógica rige el tema del derecho de acrecer cuando un heredero sea excluido de la sucesión por indignidad o desheredación o es indigno para suceder o resulta desheredado, y tiene descendientes, caso en el cual los descendientes de quien no hereda pasan a heredar por representación, tal como ya hemos visto en su oportunidad.

Para Guillermo Lohmann, «La norma no distingue de manera explícita. Por lo tanto, deberíamos entender que incluye tanto a los llamados forzosos, como a los voluntarios.»[400] Disentimos de esta afirmación.

Finalmente, Juan Olavarría precisa que, «En ese sentido, debe quedar en claro que el derecho de acrecer –*ius acreciendi*– es supletorio y opera en ausencia de la representación sucesoria y en ausencia de la sustitución sucesoria, cuando el heredero nombrado no pueda o no quiera recibir su cuota hereditaria. El derecho de acrecer funciona en dos casos puntuales, a saber: cuando a los herederos se les deja cantidades, porcentajes o proporciones iguales sobre la herencia; y cuando los herederos simplemente son nombrados sin especificar las partes, cantidades o las proporciones en las que concurren en la herencia, con lo cual se presume que heredan lo mismo.»[401]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(399) Castañeda, Jorge Eugenio. *Derecho de Sucesión. Op. cit.*, p. 240.
(400) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 192.
(401) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 161.

## Derecho de acrecer entre colegatarios

**Artículo 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.

El derecho de acrecer no sólo se presenta entre los coherederos, sino también entre los colegatarios. Es el caso en que un bien hubiese sido legado a dos o más personas y alguna o algunas de ellas no acepten el legado. En esta situación tal renuncia acrecerá los porcentajes de los demás en la proporción de sus respectivas cuotas en el legado. Si en el testamento no se hubiere establecido cuotas o porcentajes de participación diferentes para los diversos colegatarios, entonces todos ellos acrecerán por igual.

Es evidente que esta norma sólo se aplica al caso descrito; nunca cuando se ha legado bienes a diversos legatarios, pero donde a cada uno de ellos se le ha legado en exclusiva un bien. Aquí la renuncia al legado por parte de uno de los legatarios no acrece a los demás legatarios, sino a los herederos.

Sobre el particular, Benjamín Aguilar precisa, «Repárese que se trata de un caso singular, pues de ordinario, como ya lo hemos señalado, los legatarios no tienen el derecho de acrecencia; sin embargo, ante una situación particular, en donde se aprecia la voluntad del testador de beneficiar a todos por igual (pues de caso contrario lo hubiera, manifestado), y al no ser hábil uno de ellos, resulta pertinente que los que sí son hábiles, aumenten su participación con lo que le hubiera correspondido al legatario que no quiso aceptar la herencia, porque renunció, o que no pudo aceptar la herencia, porque murió antes que el causante o fue excluido de la sucesión por indignidad.»[402]

Finalmente, siguiendo a Guillermo Lohmann, resulta interesante remitirnos al siguiente paréntesis sobre los artículos 774 y 775, «A diferencia del artículo 774 –que alude a institución de herederos "sin determinación de partes o en partes iguales"–, este artículo 775 solamente alude a bien legado "sin determinación de partes". ¿Significaría esto, acaso, que cuando se lega en partes iguales no hay derecho de acrecer? En mi opinión la respuesta debe ser negativa; o sea, que sí cabe acrecimiento. Y pienso así no porque por el solo hecho de

(402) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 393.

designación igualitaria deba necesariamente haber acrecimiento, sino porque lo normal es que habiendo partes iguales exista institución conjunta. Lo fundamental es que la institución conjunta supone que los instituidos lo han sido con vocación al todo de la atribución patrimonial objeto de la liberalidad.»[403]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(403) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 353.

## Reintegro del legado a la masa hereditaria

**Artículo 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.

Puede ocurrir que el legatario no acepte (renuncie) al legado. En este caso, si solamente hubiese un legatario; o en el caso en que todos los legatarios renuncien al legado, éste se reintegrará a la masa hereditaria.

Pero la norma no sólo establece este supuesto para que se produzca el reintegro del legado. También incluye los supuestos en que el legatario no pueda recibirlo y aquel en el cual el legado no tenga efecto por cualquier causa.

Sobre la norma bajo análisis, Juan Olavarría precisa que, «[...] se reintegra a la masa hereditaria a favor de los coherederos para que se rija dicho legado en función a la sucesión intestada si es que estamos frente a herederos legales no forzosos o frente a herederos voluntarios que han sido nombrados por el testador asignándoles partes, cantidades, porcentajes o cuotas hereditarias distintas, en cuyo caso el bien legado se repartirá entre los herederos que hayan sido así declarados en la sucesión intestada y con sujeción estricta a los órdenes sucesorios. De producirse la situación mencionada en el párrafo anterior, estaríamos ante un típico caso de sucesión mixta, en la que la herencia se asigna y reparte a los herederos testamentarios conforme lo quiso el causante en su testamento; y el legado por haber caducado o por haber sido objeto de renuncia se asignará a los herederos legales incluidos en la declaratoria de herederos, los que finalmente podrían incluso llegar a ser los mismos que están designados en el testamento.»[404]

Para Guillermo Lohmann, «Lo del "reintegro" a la masa es una manera fácil de decir las cosas. Y, como suele ocurrir con todo lo excesivamente fácil, no del todo exacta. Es fácil porque ilustra la idea de que el legado "queda" en la masa hereditaria. Pero no es exacta porque: a) Si el legado no es eficaz, en rigor no hay reintegro (volver a integrar con lo que no estaba), porque en verdad el legado no llega a salir del conjunto de la masa. Quiero decir que no hay salida y retorno, sino que simplemente, por la ineficacia, no hubo salida.

(404) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 163.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) No todo caso de ineficacia del legado causa "reintegro" a la masa. Solamente "regresa" si: –no hay derecho de acrecer, y –ni el testador designó sustitución (recuérdese que no hay previsto derecho de representación en legados en nuestro Código). c) Tampoco hay "reintegro" a la masa general cuando el legado grava: –a un heredero en particular si hay varios coherederos. Habiendo varios coherederos, el gravado con el cargo queda liberado y a los demás no les afecta ni positiva ni negativamente. Obviamente, si el gravado es heredero único, al quedar él liberado, queda la masa liberada; –si el gravado con el legado es otro legatario. En este caso, la ineficacia del sublegado no implica retorno alguno a la masa hereditaria, sino que el legatario gravado queda exonerado de cumplir el sublegado. d) Por último, la posibilidad de "reintegro" solamente puede postularse cuando lo legado sea algo perteneciente al testador. Pero cuando el legado es de cosa ajena, no cabe retorno alguno, sino simplemente ineficacia. Lo correcto, por lo tanto, sería decir que cuando el legado es ineficaz, el gravado con él queda liberado. De esta manera, se prescinde del concepto impreciso de "reintegro" y se cubren todas las posibilidades.»[405]

Finalmente, Fernández Arce comenta, «Respecto al numeral 776 de nuestro Código vigente es preciso señalar que se encuentra mal ubicado en el Título Séptimo de la Sección Segunda del Libro Cuarto del Código Civil, debido a que carece de conexión lógica con los demás artículos que regulan el derecho de acrecer [*sic*] en este título. Creemos que su ubicación hubiese correspondido en el Título Sexto del mismo libro y sección, que regula los legados en general.»[406]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(405) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 200.
(406) Fernández Arce, César y César Aliaga Castillo. «Derecho de acrecer». En: *Derecho & Sociedad*, n.° 25, Lima, 2005, pp. 367-377.

## Improcedencia del derecho de acrecer

**Artículo 777.-** El derecho de acrecer no tiene lugar cuando del testamento resulta una voluntad diversa del testador.

Es evidente que el derecho de acrecer en el caso de los legados tiene carácter supletorio, vale decir si el testador no lo hubiese prohibido. En este último caso no se verán beneficiados los demás legatarios (de bienes distintos), sino los herederos, quienes participarán de la propiedad del bien legado. Esto, porque en buena cuenta el bien legado que no hubiere, por ejemplo, sido aceptado por alguno de los legatarios, no puede permanecer sin dueño. Ese bien corresponderá a los herederos del causante, salvo que el testador hubiese nombrado un legatario suplente o sustituto o hubiese dispuesto algo diferente.

El derecho de acrecer en la herencia funciona distinto, pues si uno de los herederos forzosos renuncia a la herencia y no tiene descendientes que hereden por representación, ese bien, de todas maneras, deberá acrecer la herencia de los demás herederos.

En esa línea, Fernández Arce comenta que, «El artículo 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 artículos 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 de la legítima.»(407)

Para Guillermo Lohmann, «Así como el testador puede disponer que no hay lugar a acrecimiento, puede alterar las reglas que el ordenamiento legal establece. O sea, puede señalar un acrecimiento de manera distinta: suprimir la reciprocidad de unos a favor de otros, pero no a la inversa; o señalar que sí hay derecho de acrecer entre los primeros designados, pero no en caso de sustitución, etc.»(408)

(407) Fernández Arce, César. *Manual de Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 240.
(408) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 357.

ESTUDIO CARO CASTILLO LEYRE

# TÍTULO VIII
# ALBACEAS

## Nombramiento de albacea

**Artículo 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.

La figura del albacea es poco conocida y reconocida, a pesar de ser de tanta importancia. Decimos esto, pues en algunos casos, dado el volumen de la futura sucesión o por la naturaleza de los futuros herederos, ya sea en número considerable o por haber hijos matrimoniales y extramatrimoniales, o por haber un buen número de legatarios o de disposiciones testamentarias que hacer respetar, el causante podrá considerar conveniente el nombramiento de un albacea. Como expresa el artículo 777, el número de albaceas puede ser uno o más de uno.

Los albaceas también son denominados ejecutores testamentarios, en la medida en que ellos se encargarán de hacer cumplir el testamento del causante. El causante, al haber fallecido, no podrá encargarse de hacer valer su voluntad. El albacea es una «especie de representante» especial del causante; ello, en la medida en que, como todos sabemos, la representación en materia de actos jurídicos, termina con la muerte, pero el albacea es una «especie de representante», que tiene como función primordial el hacer cumplir la voluntad del testador que lo designó.

La ley peruana permite la designación de uno o más albaceas, sea para que éstos ejecuten su voluntad de manera conjunta, sucesiva o paralela. Por lo demás, lo ideal sería que el testador, antes de nombrar a alguien como albacea testamentario, le consulte si aceptará el nombramiento, a efectos de evitar situaciones en las cuales el nombramiento sea rechazado. Además, es evidente que el testador podría nombrar uno o más albaceas, en carácter de titular y suplentes, en caso de no aceptación, muerte o incapacidad de los designados. En estos casos, lo ideal sería nombrarlos en un determinado orden de prelación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Para Benjamín Aguilar, «Lo trascendente e importante del cargo es que se basa en la confianza del testador respecto de aquel a quien confía el cargo. La confianza es el elemento gravitante en la institución, pues se trata de cumplir los encargos no solo de contenido patrimonial que pueda contener el testamento, sino también los encargos más personalísimos; sobre el particular no olvidemos que el testamento por tratarse de la última voluntad del causante puede contener disposiciones que no tienen contenido patrimonial, e incluso el testamento, puede limitarse exclusivamente a cláusulas sin contenido económico y no por ello el testamento deja de tener eficacia, y son estas disposiciones las que encarga el testador para que después de su muerte se ejecuten, y las encarga a aquella persona que goza de su absoluta confianza y en la seguridad de que así va a ser, por ello el albacea es una persona que debería de contar con solvencia moral que garantice el cumplimiento de la voluntad testamentaria, sin embargo nuestra legislación no consigna los requisitos que debería satisfacer el albacea, limitándose solo a mencionar quiénes están impedidos de serlo, tal como lo consigna el artículo 783 norma que se remite a las causales de indignidad o desheredación.»[409]

La jurisprudencia, a través de la Casación n.° 6914-2012-Huaura, de fecha 10 de junio de 2014, ha definido al albacea de la siguiente manera, «Albacea. Función. *Tercero.* [...] [La] institución del albaceazgo, dentro del derecho de sucesiones, se encuentra destinada esencialmente a constituir un medio para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de última voluntad dejadas por el testador. En ese sentido, la función del albacea o ejecutor testamentario se encuentra dirigida fundamentalmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 795 del Código Civil, a cumplir con los preceptos contenidos en el testamento.»[410]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(409) Aguilar Llanos, Benjamín. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 359.

(410) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 630 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 403.

## Formalidad del nombramiento

**Artículo 779.-** El nombramiento de albacea debe constar en testamento.

El nombramiento de albacea es un acto absolutamente formal y deberá constar en el testamento del causante. Por supuesto que uno podría nombrar albacea hoy para que se encargue de ejecutar un testamento otorgado anteriormente. La idea no es que el albacea se encargará necesariamente de ejecutar el testamento donde se le nombre. Se encargará de ejecutar las disposiciones testamentarias vigentes al momento de la muerte del causante.

En esa línea, Javier Pazos precisa que, «El nombramiento del albacea puede ser consignado en cualquier tipo de testamento, ya sea ológrafo, por escritura pública, o cualquiera de los contemplados en el Código Civil. Queda claro que la cláusula de nombramiento incluida en el mismo, es de naturaleza extrapatrimonial por lo que, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 686, incluso podría ser la única estipulación al interior del testamento. Respecto a esto último, cabe precisar que no es necesario que la instauración del albacea conste en el documento en el que estén contenidas las correspondientes disposiciones patrimoniales del testador, por cuanto un testamento posterior podría agregar la referida cláusula dejando subsistentes los términos anteriores.»[411]

Conviene señalar que en los artículos siguientes desarrollaremos las características propias de los albaceas.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[412] pensábamos que el artículo 779 podría tener la siguiente redacción: «El nombramiento de albacea debe constar en testamento, bajo sanción de nulidad.»

Ello, porque, si bien el artículo en mención resulta ser una norma imperativa, el mismo no establece cuál sería la sanción para el incumplimiento de lo prescrito en ella, razón por la cual pensábamos que devenía en necesario

(411) Pazos Hayashida, Javier. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 360.
(412) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 549.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

establecer que tal incumplimiento acarrearía la nulidad del nombramiento de albacea.

Hoy, un cuarto de siglo después, debemos decir que se trataba de una mera tentación académica. El carácter imperativo de la norma es evidente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Pluralidad de albaceas

**Artículo 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.

El artículo 780 regula el supuesto del albaceazgo conjunto, es decir cuando el testador designa a más de un albacea para que ejerzan similares funciones. En este caso se entenderá que la labor de los albaceas deberá ser conjunta, lo que equivale a decir que todos ellos deberán adoptar las decisiones y celebrar los actos jurídicos que corresponda con la participación, a la par, de todos ellos. El artículo 780 hace bien en permitir que entre tales albaceas se otorgue poder para actuar a nombre de alguno o algunos otros, lo que facilitaría enormemente el ejercicio del albaceazgo.

Podría ocurrir también que los albaceas no estén de acuerdo entre sí con respecto a algún o algunos actos a desarrollar. En estos casos, mayoría manda. Entendemos, por supuesto, que el artículo bajo comentario hace referencia a una mayoría absoluta y no relativa.

Agrega Benjamín Aguilar que, «La práctica nos aconseja que cuando el testador decida nombrar a más de un albacea, debería hacerlo en números impares, disponiendo que los acuerdos se tomen por mayoría, pues ante un número par de albaceas, si no se ponen de acuerdo, terminan entrampando la ejecución del testamento, debiendo en este caso recurrir a la intervención del juez, lo cual como es obvio dilata el cumplimiento de la voluntad del testador.»[413]

En la misma línea, Juan Olavarría comenta que, «El problema se presenta cuando el nombramiento recae en un número par y no se llega a un acuerdo mayoritario, hipótesis no prevista por el legislador. Consideramos que en esos casos se impone la decisión de los herederos, es decir, que ante la falta de acuerdo en los albaceas y ante la imposibilidad de adoptar una decisión porque están empatados en las opciones en juego, se debe acudir a la opinión mayoritaria de los herederos del testador, y si los herederos del testador son número par y también se encuentran divididos en la decisión a adoptar sin llegar a la

(413) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 428.

mayoría, no cabe otra posibilidad que recurrir a un pronunciamiento jurisdiccional, sea ordinario o arbitral.»[414]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[415] pensábamos que el artículo 780 podría tener la siguiente redacción: «Cuando hay varios albaceas 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. En caso de empate, decide el juez.»

En primer lugar, procedíamos a eliminar la palabra «testamentarios», que el artículo agrega al sustantivo «albaceas.» Ello, en razón de que no resulta posible el nombramiento de albacea por acto distinto al testamento, razón por la cual hablar de «albaceas testamentarios» resulta un pleonasmo. Pero, en verdad, se trata de un tema accesorio.

En segundo término, señalábamos que, si bien es cierto que el Código Civil prevé, en la parte final del texto vigente del artículo 780, que en caso de desacuerdo vale lo que decide la mayoría de los albaceas, no se contempla el caso en el cual, dado el número de albaceas nombrados por el testador, exista un empate. Sería para este supuesto (bastante raro, por cierto), que regiría lo preceptuado en nuestra adición al artículo bajo comentario.

Pero se trataba, por cierto, de una mera tentación académica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(414) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 165.
(415) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 549 y 550.

## Responsabilidad solidaria de los albaceas

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

Ya hemos señalado que existen diversas formas de designar a una pluralidad de albaceas. El artículo 781 se refiere única y exclusivamente al caso del albaceazgo conjunto, supuesto para el cual la norma asigna responsabilidad solidaria para los albaceas. La responsabilidad solidaria se circunscribe a esos albaceas y no se extiende a los de otras clases, en la medida en que el artículo 1183 del Código Civil establece que la solidaridad no se presume; sólo se establece por ley o contrato en forma expresa, como, en efecto lo hace el artículo 781.

Este precepto no reviste mayor complejidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO ARROYO

## EJERCICIO CONCURRENTE O SUCESIVO DEL ALBACEAZGO

**Artículo 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.

El artículo 782 es importante, en la medida en que el nombramiento de varias personas como albaceas testamentarios no debe hacer presumir que el causante los ha designado para que ejerzan un albaceazgo conjunto. Por el contrario, el artículo bajo comentario señala que, si el testador no dispone que los albaceas actúen conjuntamente, ni 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.

A nuestro modo de ver, la norma es pertinente, dado que el albaceazgo conjunto es complicado («muchas manos en un plato hacen un garabato»). En ese sentido, es mejor que exista en el tiempo sólo un albacea. Y, si se hubiere designado varios, ellos ejercerán el cargo de manera sucesiva, según hubiesen sido nombrados; lo que tiene plena lógica.

Por lo demás, deberá entenderse que el ejercicio del cargo cesará por cualquiera de las causales contempladas por el artículo 796, que estudiaremos oportunamente.

No obstante, como señala Juan Olavarría, «También es posible que todos los albaceas nombrados trabajen a la vez en forma conjunta, o por separado, cuando el testador por ejemplo les confirió encargos distintos o concretos, quizá por la especialidad, experiencia o el conocimiento de cada uno, o quizá también por la naturaleza de los diferentes bienes que haya en la herencia del causante, o por su posible y distante ubicación geográfica.»[416]

Finalmente, resulta interesante traer a colación el comentario del maestro Rómulo Lanatta, cuando indicaba que, «Esta manera sucesiva de desempeñar el cargo por los albaceas, cuando son dos o más los designados, que en nuestro Código Civil y siguiendo el criterio del art. 897 del C. C. español, aparece

(416) OLAVARRÍA VIVIAN, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 166.

como regla supletoria de la mancomunidad, o de la asignación de atribuciones diferentes a cada uno de los albaceas es, en la práctica, la manera más frecuente de desempeñar el albaceazgo y, de acuerdo con esta realidad, debiera ser, en el C.C. peruano, la regla principal, como lo es en el C.C. argentino, cuyo art. 3870 en su primer párrafo dice: "Cuando son varios los albaceas nombrados, bajo cualquier 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 la práctica y, salvo casos especiales, lo recomendable es designar dos albaceas y establecer expresamente en el testamento que el segundo ejercerá el cargo a falta del primero, cuando éste se encuentre imposibilitado de ejercerlo, cualquiera que fuere el motivo.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Personas impedidas de ser albaceas

**Artículo 783.-** No puede ser albacea el que está incurso en los artículos 667, 744, 745 y 746.

El artículo 667 establece quiénes están excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios. El artículo 744 contempla las causales de desheredación de los descendientes. El artículo 745, las causales de desheredación de los ascendientes. Y el artículo 746, las causales de desheredación del cónyuge. Todos ellos son supuestos graves que llevan a que el legislador de 1984 los considere, además, como impedimentos para ocupar el cargo de albacea. Estamos plenamente de acuerdo.

Fernández Arce, al comentar esta disposición precisa que, «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.»[417]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(417) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, tomo II, p. 768.

## Albaceazgo ejercido por personas jurídicas

**Artículo 784.-** Pueden ser albaceas las personas jurídicas autorizadas por ley o por su estatuto.

Generalmente se piensa que el albacea tiene que ser una persona natural. Pero eso no es así, como lo establece el artículo 784, el mismo que permite que las personas jurídicas sean albaceas.

La ley señala que debe tratarse de personas jurídicas que estén autorizadas para tales efectos por ley o por su estatuto. Esto resulta natural, en la medida en que, al menos, debe exigirse que el objeto social de la persona jurídica que se va a designar, le permita ejercer el albaceazgo.

En esa línea, observamos que el inciso 5 del artículo 275 de la Ley n.° 26702, Ley General del Sistema Financiero y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, señala que las empresas del sistema financiero que se rijan bajo dicha ley pueden ejercer como albaceas testamentarios o dativos.

Esto, sin duda, no es frecuente, sino más bien muy escaso. Debemos confesar que en nuestro ejercicio profesional nunca nos hemos encontrado con una persona jurídica cuyo objeto social contemple el ejercicio del albaceazgo.

Para Luis Echecopar García, «En consecuencia, las asociaciones, las fundaciones y los comités a que se refieren los artículos 80, 99 y 111 del Código Civil; las sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades y las demás personas jurídicas que cuentan con norma propia, podrían, en principio, desempeñar el papel del albacea en la medida que sean autorizadas por ley o su estatuto. [...] En realidad, el Código no necesitaba establecer esto expresamente, porque teniendo las personas jurídicas capacidad para heredar, no habría, en ningún caso, inconveniente para que desempeñen estas funciones, salvo que las leyes que regulan a las personas jurídicas se las tuvieran prohibidas»[418]

De otro lado, para parte de la doctrina es innecesario que el estatuto de la persona jurídica señale que entre su objeto se encuentra el ejercicio del cargo de albaceas, tal como señala Luis Aliaga Huaripata, «[... ] exigir expresa

(418) Echecopar García, Luis. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 186-187.

ESTUDIO OMAR CASTILLO FREYRE

autorización estatutaria implica el innecesario recorte de las posibilidades de actuación de las personas jurídicas y del propio testador; debiera ser suficiente para el ejercicio del cargo que el mismo no esté prohibido por el estatuto o que no colisione con los fines u objeto de la persona jurídica, dejándose finalmente en la propia persona jurídica la decisión de asumir o no el cargo de albacea.»[419]

Ahora bien, finalmente, debemos señalar que la persona jurídica designada como albacea deberá, a su vez, designar a una persona natural para que la represente.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[420] pensábamos que el artículo 784 podría ser derogado.

Señalábamos que cuando en el artículo 778 se establece que el testador puede encomendar a una o varias personas el cargo de albacea, no distingue entre personas naturales y personas jurídicas, motivo por el cual se entiende –en aplicación del principio de que no cabe distinguir ahí donde la ley no distingue– que comprende tanto a unas como a otras. Por ello estimábamos inútil lo dispuesto en el artículo 784.

En esa línea, Elorriaga comenta que, «Para muchos, no habiendo una limitación legal expresa, no existe obstáculo para que una (persona) jurídica pueda desempeñarse como albacea. En este sentido enseña Messineo que "nada impide que el ejecutor testamentario sea una persona jurídica; la misma que actuará por medio de sus órganos". En el mismo sentido explica Kipp que "nada se opone" a transmitir a una persona jurídica el cargo de ejecutor testamentario. Los órganos de la persona jurídica tienen entonces que desempeñar el cargo en nombre de la misma. Del fiel desempeño del cargo responde la persona jurídica y no sus órganos. Pero cuando no solamente existe una infracción de los deberes que se desprenden de la relación jurídica propia de la ejecución testamentaria, sino que también existe un acto ilícito, los órganos son también responsables de su parte".»[421]

Finalmente, decíamos en 1998, siempre en *Tentaciones académicas*, que el texto del artículo bajo análisis se refiere a que pueden ser albaceas las personas jurídicas debidamente autorizadas por ley o por su estatuto. Decíamos

(419) Aliaga Huaripata, Luis. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 331.

(420) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 550.

(421) Elorriaga de Bonis, Fabián. *Derecho Sucesorio*. Abeledo-Perrot, Santiago de Chile, 2010, p. 699.

que ello es obvio, ya que, de no estar facultadas para tales efectos, no podrían aceptar ser albaceas ni, mucho menos, ejercer el cargo.

A pesar de que aquello que señalábamos en 1998 era cierto, creemos que el artículo 784 aclara un tema que podría no ser del entendimiento general y, en razón de ello, no convendría derogarlo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Excusa y renuncia del albacea

**Artículo 785**.- El albacea puede excusarse de aceptar el cargo, pero si lo hubiera aceptado, no podrá renunciarlo sino por justa causa, a juicio del juez.

El hecho de que una persona sea designada como albacea constituye un acto de absoluta confianza por parte de quien lo designa, pues, como hemos señalado en su momento, el albacea se convierte en una especie de «representante *post mortem*» del causante, ya que deberá ejecutar la voluntad del causante.

Podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que el hecho de que una persona amiga nos designe como albacea es un alto honor, pues ello implica que confía en nosotros de manera absoluta, para que llevemos adelante su voluntad cuando haya muerto. Resulta muy difícil rechazar un encargo de esta naturaleza. Tal vez razones de salud o de imposibilidad física podrían constituir excepción a la regla. Además, no olvidemos que el cargo de albacea es remunerado, salvo que el testador disponga su gratuidad, lo que implica que, además, su ejercicio no va a representar un menoscabo patrimonial para el albacea.

La aceptación del cargo de albacea es irrenunciable, tal como señala el artículo 785, bajo comentario. Naturalmente que hay excepciones y ellas, según la referida norma, deberán obedecer a justa causa, la que podría estar derivada de temas de salud, ausencia del país, etc. Pero, nótese, que será el juez quien deba aprobar la causal, a efectos de aceptar la renuncia al albaceazgo. Si el Poder Judicial no aprueba la renuncia, entonces, el albacea deberá seguir en el ejercicio del cargo.

En esa línea, Benjamín Aguilar comenta que «[...] el albacea no está obligado a aceptar el cargo, el cual como sabemos es totalmente voluntario; sin embargo, si lo ha aceptado, y para no perjudicar el desenvolvimiento de la sucesión, ya no es posible apartarse de este a su sola voluntad y propio arbitrio, sino que la renuncia cabe pero solo por justa causa, la misma que tiene que ser aprobada por el juez, dentro de un proceso no contencioso.»[422]

(422) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones*. Ediciones Legales, Lima, 2011, p. 433.

Adicionalmente, Olga Alcántara Francia comenta que, «Ahora bien, si por un lado, la excusa significa voluntad de no querer asumir el cargo, la renuncia implica existencia de aceptación previa y decisión de no continuar ejerciendo el cargo de albacea. Nuestro Código Civil establece que el cargo de albacea no puede renunciarse sino por la existencia de justa causa, la cual será apreciada por el juez. En este sentido, la norma deja sin especificar qué haya de entenderse por justa causa y como que deja la apreciación de la misma al prudente arbitrio del juez, constituyéndose esta en una cuestión a dilucidar ante cada caso concreto, teniendo en cuenta la función que cumple el albacea en nuestro ordenamiento jurídico.»(423)

Finalmente, sobre su inscripción en el Registro, la jurisprudencia del Tribunal Registral ha determinado lo siguiente a través de la Resolución n.° 622-2001-ORLC/TR, de fecha 28 de diciembre de 2001, «La excusa de aceptación del cargo de albacea, así como la renuncia y remoción judicial de dicho cargo, si bien no se encuentran previstos como actos de inscripción obligatoria, nada obsta para que puedan ser inscritos en el Registro de Testamentos, en tanto este registro también busca otorgar seguridad a quienes contraten con los que aparezcan inscritos como albaceas.»(424)

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA

(423) Alcántara Francia, Olga. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 372.
(424) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 631.

## Plazo para aceptar el cargo

**Artículo 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.

La ley no establece un plazo determinado a efectos de que el albacea acepte el cargo para el que ha sido nombrado por el testador. La ley tampoco establece que el juez deba darle un plazo de oficio para que se produzca la aceptación del cargo. Pero si hubiere el pedido de algún interesado en que ello ocurra, el artículo 786 señala que 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.

Nos parece correcto el que no se establezca un plazo legal para tales efectos. En primer término, porque en la inmensa mayoría de casos las personas que son designadas albacea, aceptan el cargo; y, en segundo lugar, porque el juez deberá evaluar las circunstancias de cada caso en particular, con lo cual también tendrá la libertad de señalar el plazo que corresponda.

Sobre el artículo bajo comentario, Fernández Arce comenta que, «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.»[425]

Finalmente, debemos manifestar nuestra coincidencia con que la norma establezca en su parte final que, una vez transcurrido el plazo otorgado por la judicatura, sin que hubiere habido respuesta de la persona que hubiese sido designada albacea, se entenderá rehusado el cargo. Decimos que estamos de

(425) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 778.

acuerdo con la solución, en la medida en que esta situación se parece mucho al tema de la caducidad de la oferta, regulado en el artículo 1385 del propio Código Civil, precepto que sigue el mismo camino en el plano teórico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Obligaciones del albacea

**Artículo 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 artículo 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 cargas 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, en cuanto 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.

El artículo 787 se encarga de establecer las obligaciones del albacea. Veamos:

a) 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 artículo 13 (inciso 1)

El artículo 13 del Código Civil establece que, a falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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. De modo tal que esta es la regla y ella se debe aplicar, a menos que exista disposición testamentaria diferente que sea conocida a tiempo.

Y para ello está el artículo 787 inciso 1, precepto que encarga al albacea encargarse de la inhumación (entierro) de los restos del testador o a su incineración, según lo dispuesto por el testador.

Sobre este precepto, Fernández señala que, «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.»[426]

b) Ejercitar las acciones judiciales y extrajudiciales para la seguridad de los bienes hereditarios (inciso 2)

Dado que el albacea es el administrador de la sucesión, a la par que ejecutor testamentario, queda claro que deberá adoptar todas las medidas que resulten necesarias, tanto en el terreno judicial (como en el arbitral, si fuese el caso), como fuera de él, para que los bienes y derechos de la herencia se mantengan incólumes. El ejercicio de acciones judiciales o arbitrales es muy claro; y en lo que respecta al extrajudicial o extra arbitral, podríamos mencionar el caso de ejercer alguna acción extrajudicial de cobro, como por ejemplo enviar una carta notarial a un deudor de la sucesión, a efectos de intentar el cobro de una obligación que estuviera por prescribir.

En materia jurisprudencial observamos la Casación n.° 564-2003-Junín, de fecha 10 de septiembre de 2003, «Obligación del albacea para ejercitar las acciones judiciales y extrajudiciales para la seguridad de los bienes hereditarios. *Cuarto.* El dispositivo legal en mención, establece que constituye obligación del albacea entre otras: El ejercicio de las acciones judiciales y extrajudiciales para la seguridad de los bienes hereditarios.

(426) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 782.

*Quinto.* Negar el mandato imperativo de la norma en mención, la misma que debe ser entendida como la defensa que debe ejercer el ejecutor testamentario del patrimonio de los que correspondan a su naturaleza, importa sin lugar a dudas negar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que le otorga al recurrente el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.»[427]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[428] pensábamos que el inciso 2 del artículo 787 podría modificarse agregando a los bienes, la mención de los derechos y créditos hereditarios.

Procedíamos a agregar lo señalado en relación al ejercicio, por parte del albacea, de las acciones judiciales y extrajudiciales para la seguridad de los derechos (que no sean bienes hereditarios), al igual que respecto de los créditos hereditarios, notoria omisión del artículo 787, sobre todo si la confrontamos con lo establecido en el inciso 5 del citado artículo, norma que establece la obligatoriedad del albacea de pagar las deudas y cargas de la herencia, con conocimiento de los herederos.

c) Hacer inventario judicial de los bienes que constituyen la herencia, con citación de los herederos, legatarios y acreedores de quienes tenga conocimiento (inciso 3)

Para poder llevar adelante la administración de la sucesión, resulta fundamental que el albacea haga inventario judicial de los bienes que constituyen la herencia. Ello, por dos factores. El primero, para salvaguardar su responsabilidad y que quede acreditado cuáles son los bienes que integran la sucesión. El segundo, porque será la única manera de saber qué hay en esa sucesión y poder empezar a trazar el camino del conocimiento de los herederos sobre el tema, a efectos de una futura división y partición.

Al respecto, Guillermo Lohmann comenta que, «La exigencia de que sea judicial me parece exagerada. Lo conveniente hubiera sido permitir cualquier otra formalidad (notarial, por ejemplo), salvo que alguno de los interesados solicite expresamente que fuera judicial. En cambio, las normas no reclaman que el inventario sea valorizado que es lo que corresponde a la naturaleza del inventario. Si su finalidad es determinar activos y pasivos y consiguientemente si los primeros son o no suficientes para pagar

(427) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 632.
(428) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 551-552.

los segundos, no interesa solamente (aunque también sea necesario) saber de qué se compone la herencia, sino hasta qué punto los bienes y derechos alcanzan para pagar las obligaciones.»[429]

d) 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 (inciso 4)

El testador puede haber dispuesto en su testamento la adjudicación de determinados bienes a título de herencia o legado. Esto resulta normal. Pero nótese que lo propio no ocurrirá necesariamente con todos los bienes, sea porque la ejecución de las disposiciones del testador no se pueda producir inmediatamente después de su muerte, sea porque el testador hubiese dispuesto un plazo suspensivo para la ejecución de tales disposiciones. Ello, con respecto a estos bienes y con respecto a todos aquellos que formen parte de la herencia y requieran ser administrados antes de que los herederos tomen posesión de ellos. La administración deberá ser ejecutada de la mejor manera posible.

e) Pagar las deudas y cargas de la herencia, con conocimiento de los herederos (inciso 5)

El cargo de albacea implica también el honrar las deudas que hubiese tenido que ejecutar en vida el testador o aquellas que hubiere asumido en su testamento. Pero podría ser el caso que el causante tuviera que cumplir con cargos asumidos en vida o con cargas que hubiera asumido en vida o en su testamento. Tales deudas y cargas también deberán ser cumplidas por el albacea.

Al respecto, Guillermo Lohmann comenta que, «La regla es natural: precediendo a los derechos de los sucesores están los de los acreedores del difunto. No necesita explicación el hecho de que así como se transmiten los bienes han de transmitirse las deudas. Respecto de los primeros, no pueden quedar *nullius*. Respecto de las segundas, el movimiento económico exige que no se extingan, esto es, que los acreedores puedan ver satisfechos sus créditos en situación no peor de la que tenían en vida de su deudor. (Lo que les concede, aunque no lo trataremos en este lugar, el derecho de pedir la separación de los bienes del causante y del heredero, para asignar los primeros, al pago de las deudas del muerto y evitar

(429) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 1995, pp. 108-109.

que los acreedores del heredero pretendan cobrarse con cargo al activo sucesoral).»[430]

f) Pagar o entregar los legados (inciso 6)

Como se recuerda, los legados son bienes específicos que el testador otorga a determinadas personas en su testamento. Tales bienes forman parte de la sucesión y ellos no forman parte de la herencia, es decir, tales bienes no pertenecerán a los herederos, sino a los legatarios. El albacea deberá ser muy cuidadoso para que sean entregados a los legatarios correspondientes.

Para Guillermo A. Borda, «Se explica que el albacea sólo pueda pagar los legados con intervención de los herederos, pues éstos pueden alegar la nulidad de la demanda, la incapacidad del legatario, la afectación de su legítima y, en general, cualquier motivo que la haga total o parcialmente ineficaz. Por esta misma razón conviene dirigir la demanda para el pago del legado simultáneamente contra el albacea y el heredero, pues si sólo se dirige contra el primero, de cualquier modo éste deberá dar intervención a los sucesores universales, si quiere eludir su eventual responsabilidad por daños y perjuicios. Pero la demanda entablada sólo contra el heredero está bien dirigida, puesto que es el deudor y él no podrá excepcionarse alegando que debió citarse también al albacea.»[431]

g) Vender los bienes hereditarios con autorización expresa del testador, o de los herederos, o del juez, en cuanto sea indispensable para pagar las deudas de la herencia y los legados (inciso 7)

El solo ejercicio del cargo de albacea va a generar deudas en la herencia a favor de esta persona. Además, habrá que pagar las deudas de la herencia y, si fuese el caso, cumplir con entregar legados, algunos de los cuales podrían ser dinerarios. Dentro de tal orden de ideas, podría ocurrir que resulte necesario vender alguno o varios bienes de la herencia para cumplir con el pago de estas deudas y legados. Para tal efecto, el albacea no puede actuar solo, ya que deberá hacerlo con autorización de los herederos (se entiende de todos ellos, porque se trata de un acto de disposición de bienes en situación de copropiedad) o del juez, cuya intervención se

(430) *Ibidem*, p. 87.
(431) Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, tomo II, p. 505.

producirá en caso no hubiere tal unanimidad o en el supuesto en el cual el albacea hubiere recurrido directamente al Poder Judicial.

h) Procurar la división y partición de la herencia (inciso 8)

Por lo general, la peor situación para una herencia será la de indivisión, en la medida en que los herederos no podrán ejercer su derecho de propiedad sobre bienes absolutamente individualizados, sino sobre alícuotas de bienes sobre los que son copropietarios. Lo ideal en materia sucesoria, es que la división y partición se haga lo antes posible, para evitar que los problemas entre los coherederos (que casi siempre los hay) crezcan con el tiempo. En ese sentido, sería bueno que el albacea promueva entre los herederos la idea de la división y partición. Además, en muchos casos será útil el que se haga no sólo un inventario de los bienes de la herencia, sino además la valorización de cada uno, para poder ir transitando por el camino de la división y partición, la misma que, como sabemos, sólo se puede llevar a cabo si es acordada por unanimidad por todos los herederos del causante.

Sobre este precepto, Benjamín Aguilar comenta que, «[...] esta es una de las tareas más importantes del albacea, y para ello deberá hacer uso de su poder de persuasión y convencimiento respecto de los sucesores para ir a una partición extrajudicial, y así evitar los graves perjuicios derivados de un juicio de partición, sobre todo por el tiempo que demanda ello. Procurar no significa que esté obligado a ello, más bien debe entenderse como una gestión amigable para dar por concluida la comunidad hereditaria.»[432]

i) Cumplir los encargos especiales del testador (inciso 9)

Como sabemos, el testamento no sólo podrá incluir disposiciones de orden patrimonial. También podrá contener disposiciones de orden afectivo o moral y hasta político (en donde el valor patrimonial sea accesorio). Sería el caso en el cual, por ejemplo, el testador hubiere encargado al albacea el reparto de unas cartas a algunos amigos muy cercanos del testador. Éste sería, qué duda cabe, un encargo especial, el mismo que, junto con cualquiera de esta u otra naturaleza, deberá cumplir el albacea.

Para Fernández Arce, «Este quizás es el motivo más importante para el nombramiento del albacea. Estos encargos pueden ser de carácter

(432) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 430.

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.»(433)

j) 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 (inciso 10)

Resulta común en las sucesiones, que los herederos o legatarios que estimen que no han sido beneficiados en la medida en que ellos creyeron que debieron haberlo sido, promuevan procesos judiciales de nulidad, total o parcial, del testamento del causante. En algunos casos, esa causal de nulidad invocada estará amparada por el Derecho y en otros no. Pero en todos los casos (unos y otros) es deber del albacea defender en juicio (o arbitraje, si se hubiese establecido un arbitraje sucesorio, por pacto de los sucesores o por haberlo dispuesto el causante en su testamento) la validez del testamento.

No olvidemos que el albacea es una especie de «representante» de los intereses del causante, de modo tal que deberá actuar conforme lo hubiese hecho el propio causante. Esto, aunque el albacea no coincida con la tesis de la validez del testamento. Y no deberá tratarse solamente de una defensa formal, sino de una defensa a fondo de la tesis de la validez. No se trata, en buena cuenta, de que la defensa de la validez del testamento sea sólo «un saludo a la bandera.»

Finalmente, Guillermo A. Borda precisa sobre las facultades generales del albacea, lo siguiente, «El principio es que el causante puede otorgar al albacea todas las facultades que estime necesarias para el cumplimiento de su misión [...]. Empero, él no podría atribuirle facultades que excedieran su cometido de ejecutor testamentario, o que lesionaran los legítimos derechos de los herederos; por eso la aludida disposición agrega que la atribución de facultades debe ser con arreglo a las leyes.»(434)

(433) Fernández Arce, César. Derecho de Sucesiones. *Op. cit.*, p. 789.
(434) Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones. Op. cit.*, p. 502.

## Personería específica de los albaceas

**Artículo 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 artículo 787, inciso 10.

La especie de «representación» del albacea con respecto a la voluntad del testador, se circunscribe a hacer efectiva su disposición testamentaria o de última voluntad. El albacea es, en buena cuenta, un ejecutor testamentario. Esto no significa que el albacea represente a la sucesión en materias distintas a las descritas. Es por ello que el artículo 788 establece que 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 artículo 787, inciso 10. El artículo 787, inciso 10, es, como acabamos de estudiar, el relativo a la impugnación de la validez, total o parcial, del testamento.

Los representantes de la sucesión son los herederos, en la medida en que ellos son los titulares de la masa hereditaria.

Para María Teresa Cornejo Fava, «La representación de la sucesión testamentaria que pueda otorgarse o reconocerse al albacea no constituye finalidad del albaceazgo. Esta facultad tiene, en todo caso, la condición de medio o de instrumento para el mejor cumplimiento de la última voluntad del testador, es decir de la finalidad del albaceazgo. Expresado en otros términos, para dar cumplimiento a las disposiciones de última voluntad el albacea o ejecutor testamentario no requiere, ordinariamente, de la facultad de representación de la sucesión testamentaria, ya sea para demandar, ya sea para responder en juicio.»[435]

A decir de Benjamín Aguilar, «Resulta contradictoria esta limitación de facultades del albacea, cuando el mismo legislador le da una presencia viva en el proceso sucesorio, a tal punto que le reconoce la facultad de exigir el

(435) Cornejo Fava, María Teresa. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 378.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cumplimiento de la voluntad del testador, aun cuando ya no estuviere en el cargo, salvo que haya sido removido o renunciado al cargo.»[436]

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[437] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso la modificación del artículo 788, por una norma de texto siguiente:

> **Artículo 788**.- Intervención procesal
>
> 1. El albacea tiene legitimación para intervenir en representación de la sucesión indivisa como demandante, demandado, litisconsorte o coadyuvante, según corresponda, en todos los procesos de los que el causante fue parte y en todos los procesos relativos a la sucesión o masa sucesoria.
> 2. Si el albaceazgo fuera conjunto, bastará la intervención de cualquiera de ellos, salvo para los actos de allanamiento, transacción o desistimiento.

Como hemos estudiado, el artículo 788 en actual vigencia restringe la representación del albacea, cuando señala que 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 artículo 787, inciso 10 (norma que lo obliga a sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promueva, sin perjuicio del apercibimiento que, en tal caso, corresponde a los herederos).

La comisión del 2019 proponía ampliar las facultades del albacea, lo que nos parecía bien, dentro de los alcances del proyectado inciso 1 del artículo 788.

Lo establecido en el inciso 2 facilitaba la defensa en juicio de la sucesión, pero habría que ver que ello no colisione con disposición testamentaria en sentido contrario. Pero, aun así, consideramos que debería primar lo que se proponía establecer en este inciso 2, pues la defensa de la sucesión sería un tema que interesa al orden público. Tal vez no hubiese estado de más que este inciso 2 terminara con la frase: «sin que valga disposición en contrario.»

Finalmente, debemos recordar que la propuesta de nuevo artículo 788 se basaba en el trabajo de la comisión del año 2006.

(436) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 431.
(437) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 192-193.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Carácter personal del albaceazgo

**Artículo 789.-** El albaceazgo es indelegable; pero pueden ejercerse en casos justificados algunas funciones mediante representantes, bajo las órdenes y responsabilidad del albacea.

No cabe duda de que, por la naturaleza del cargo, el albaceazgo tiene carácter *intuitu personae*. Esto significa que será el albacea quien deba ejercer el cargo de manera personal e indelegable. Pero el legislador de 1984 ha entendido que en determinadas situaciones de excepción podría ocurrir que resulte necesario delegar determinadas funciones, como podría ser el caso en el cual, sólo por citar un ejemplo, el albacea requiera celebrar determinados actos en otro país. En este caso, será razonable que el albacea pueda otorgar poder a un tercero para que celebre tales actos. Se entiende que un ejercicio diligente del cargo implicaría precisar, de la mejor manera posible, las indicaciones que deberá tener ese tercero, a efectos de no dar márgenes a la distorsión del encargo conferido por el albacea ni del encargo conferido por el causante.

Sobre esta característica del albaceazgo, Elorriaga comenta que, «El nombramiento del albacea importa un acto de suma confianza de parte del testador en la persona que designa. Este es un hecho evidente si se tiene en cuenta que el nombrado ejerce las funciones que le han sido encomendadas una vez que quien lo ha nombrado ha muerto, por lo que sólo le cabe confiar en que el albacea hará precisamente lo que se le ha encargado. Que el albaceazgo sea personalísimo implica dos cosas diferentes: por una parte, resulta que es intransmisible a los herederos del albacea, y, por otro lado, impone que el cargo no es delegable.»[438]

Para Fernández Arce, «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.»[439]

Adicionalmente, Alfonso Rebaza y Manuel Muro comentan, «Hemos considerado oportuno llamar la atención sobre el carácter lírico de la justificación que exige la norma bajo análisis a efectos de designar representantes.

(438) Elorriaga de Bonis, Fabián. *Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 684.
(439) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 789.

ESTUDIO MARIO CASTRO-TRELLES

La razonabilidad de esta disposición radica en considerar al albacea designado como el más idóneo para desempeñar la función encomendada. En tal sentido, en principio, el cargo deberá ser desempeñado por aquel; la designación de terceros podrá efectuarse en circunstancias excepcionales, cuando el albacea no pueda desempeñar sus funciones por sí mismo y, en consecuencia, resulte necesario designar a un tercero. Ello resulta sumamente beneficioso, puesto que la designación de representantes permitirá que el encargo del testador quede mejor cumplido.»[440]

Por ello es que el artículo 789, bajo comentario, establece que el representante deberá actuar bajo las órdenes y responsabilidad del albacea, quien responde frente a la sucesión por los daños y perjuicios causados al patrimonio dejado por el causante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(440) Muro Rojo, Manuel y Alfonso Rebaza González. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 381.

## Posesión de bienes por el albacea

**Artículo 790**.- Si el testador no instituye herederos, sino solamente legatarios, la posesión de los bienes hereditarios corresponde al albacea, hasta que sean pagadas las deudas de la herencia y los legados.

En caso el causante hubiese dejado sólo herederos o, a la vez, herederos y legatarios, la posesión de los bienes del testador quedará en manos de los herederos, quienes se convierten en propietarios de los mismos desde el momento de la muerte del testador (argumento del artículo 660 del Código Civil). Por ello, resulta natural que los herederos posean desde ese momento los bienes de la sucesión.

Pero en la eventualidad de que el causante únicamente hubiese dejado legatarios, la persona indicada para poseer los bienes de la sucesión hasta el cumplimiento de los legados, será el albacea. Ello también ocurrirá hasta que sean pagadas las deudas de la herencia. Esto resulta lógico, en la medida en que, por la naturaleza del cargo, sería la persona idónea para tales efectos.

Al respecto, Fernández Arce comenta que, «[...] 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 artículo 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 [*sic*] 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.»[441]

Finalmente, en criterio compartido, Juan Olavarría comenta, «Entiéndase también que es un deber de posesión interino, transitorio o pasajero, pues la función del albacea es propender, motivar, incentivar o procurar la división y partición de los bienes hereditarios, y cumplir y hacer cumplir las disposiciones

(441) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 794.

testamentarias, más aún que existe un plazo legal de dos años contados desde la aceptación del albaceazgo en virtud del cual sus funciones cesan, a tenor expreso del inciso 1 del artículo 796 del Código Civil. No se piense, pues, que es un derecho de posesión a favor del albacea, sino que estamos ante una verdadera posesión inmediata del albacea, quien posee a favor de los herederos o titulares de la posesión mediata de los bienes de la herencia. Tampoco llega a ser un servidor de la posesión porque el albacea no está en subordinación o dependencia con los sucesores (herederos o legatarios) y mucho menos con el causante, por obvias razones.»[442]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(442) Olavarría Vivian, Juan. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 384.

## Actos de conservación de los bienes que debe realizar el albacea

**Artículo 791.-** Los herederos o legatarios pueden pedir al albacea la adopción de medidas necesarias para mantener la indemnidad de los bienes hereditarios.

Hemos visto que conforme al artículo 78, inciso 2, el albacea debe ejercitar las acciones judiciales y extrajudiciales para la seguridad de los bienes hereditarios; en tanto el inciso 4 establece como obligación del albacea, la de 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.

Siendo éstas funciones del albacea, es natural aquello que prescribe el artículo 791, en el sentido de que los herederos o legatarios pueden pedir al albacea la adopción de medidas necesarias para mantener la indemnidad de los bienes hereditarios. No olvidemos que, no obstante ser el albacea el administrador de los bienes de la sucesión, no es propietario de los mismos, habida cuenta de que los bienes pertenecen o pertenecerán a herederos y legatarios, razón por la cual cualquiera de éstos podrá pedir al albacea la adopción de medidas necesarias para mantener la indemnidad de los bienes hereditarios. No sería otra cosa que exigir del albacea el estricto cumplimiento del cargo.

Para Fernández Arce, esta disposición, «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.»[443]

Finalmente, Juan Olavarría comenta que, «En ese mismo sentido, el albacea tiene el deber de cuidar y conservar los bienes hereditarios, evitar que se deterioren o perjudiquen, y evitar que perezcan, asimismo, tiene la obligación de recabar los frutos que se devenguen y no permitir que los mismos se pierdan o abandonen, y evitar finalmente que terceros se apropien de ellos mediante

(443) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 783.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la usucapión o prescripción adquisitiva. Este pedido para adoptar medidas o correcciones es extrajudicial y un buen albacea no debiera esperar que los sucesores así se lo pidan, sino que debe partir de su propia iniciativa, anticipando la información a los herederos y legatarios respecto de situaciones riesgosas o peligrosas, y formulando alternativas de solución para conjurar estas graves situaciones.»[444]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(444) Olavarría Vivian, Juan. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 387.

## Albacea dativo

**Artículo 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.

Debemos partir de la idea de que no resulta obligatorio que quien otorgue testamento nombre un albacea testamentario. En ese sentido, resultará muy usual que no se haya nombrado albacea. Como también podría ocurrir que la o las personas que hubiesen sido designadas como albaceas no acepten, por las razones que fuera, el nombramiento efectuado por el testador.

En tales casos, se presentaría un problema, en la medida en que alguien tendrá que administrar la sucesión. Para tal efecto, el artículo 792 establece que sus atribuciones serán ejercidas por los herederos. Esto no significa que los herederos se conviertan en albaceas, sino que estarán autorizados para el ejercicio de las funciones y atribuciones que hubiesen correspondido al albacea.

Pero podría ocurrir el caso en que los herederos no estuvieran de acuerdo en ejercer tales funciones, lo que resultaría raro, en la medida en que se trata del resguardo de su propio patrimonio. Entendemos que, cuando el artículo 792 establece el supuesto en que los herederos no estén de acuerdo, se refiere a la totalidad de los herederos. En ese caso, los herederos deberán pedir al juez el nombramiento de albacea dativo. La denominación de albacea dativo resulta similar a la de tutor dativo o curador dativo. No obstante, el albacea dativo tendrá este carácter únicamente por la negativa de los herederos de cumplir la función de albacea, ante la falta de nombramiento por parte del testador. Pero esa denominación no necesariamente tendrá que ver con la cercanía parental que existirá entre el albacea dativo y el causante. Ello, en la medida en que la norma bajo comentario nada señala sobre el particular.

En esa línea, Benjamín Aguilar comenta que, «[...] la función de ejecución del testamento debería corresponder a los herederos del causante; sin embargo, a veces ello resulta harto complejo, por los intereses encontrados existentes entre estos, resultando difícil que se pongan de acuerdo en la forma del manejo de la sucesión, y para ello la figura del albacea termina siendo muy útil; entonces la figura del albaceazgo dativo termina justificándose si el propio testador no lo convocó, o el convocado no aceptó, y los herederos no se ponen de acuerdo en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la forma como van a llevar adelante la ejecución, y terminan ellos mismos solicitando al juez la designación de la persona que se encargará de llevar adelante la ejecución del testamento, persona que toma el nombre de albacea dativo, ya que su designación no proviene del testador, sino del juez.»[445]

Finalmente, la jurisprudencia, en la Casación n.° 1744-2008-Lima, de fecha 30 de junio de 2009, en fórmula negativa ha resaltado cuándo no nos encontramos ante el supuesto de un albacea dativo, mediante una interpretación restrictiva de los supuestos de hecho de la norma, «*Tercero.*- La impugnante sustenta su recurso de casación, en el sentido que la sala superior interpreta equívocamente, que ese dispositivo legal permite que una vez concluido el albaceazgo testamentario, procede la continuación del mismo mediante la designación de un albacea dativo, siendo que la sala superior entiende que al haber ya ejecutado el albaceazgo y transcurrido el plazo de ley, es exactamente lo mismo que no poder hacerlo, lo cual constituye una conclusión errónea, toda vez que parte de una premisa falsa, debiendo la sala realizar una interpretación teleológica y sistemática de la norma y no lingüística en cuanto que el albacea es el ejecutor de la voluntad del causante, no pudiendo estar supeditada a la voluntad de las partes. Asimismo, la ley se pone en el caso de que proceda la designación del albacea dativo por el juez, en casos específicos, pero no puede proceder cuando ya existe un albacea designado, que ha ejercido sus funciones y que incluso las ha terminado, careciendo de objeto nombrar un albacea dativo.»[446]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(445) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 432.
(446) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 633.

## Remuneración del albacea

**Artículo 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.

No cabe duda de que el cargo de albacea va a representar la realización de una serie de acciones que tendrá que desplegar la persona designada como tal; de modo que resulta natural que el cargo sea remunerado. Además, la remuneración comprometerá aún más al albacea, pues estará desempeñando servicios a cambio de una contraprestación, no de manera gratuita. Asimismo, la ley quiere que el albacea desempeñe el cargo con dedicación, no con dejadez o tomándolo como algo residual en sus funciones cotidianas. Todo ello, naturalmente, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, lo que difícilmente ocurrirá.

De ahí la solución legal del artículo 793, el cual, incluso, establece que la remuneración no será mayor del cuatro por ciento de la masa líquida. Este porcentaje representa, a nuestro entender, uno adecuado, en la medida en que hay que advertir que el mismo no se establece en función de las rentas o utilidades de la masa sucesoria, sino del valor de la masa líquida, lo que equivale al valor de la sucesión, detrayendo las deudas a pagar. A pesar de no decirlo, se entiende que ese cuatro por ciento es el porcentaje total que podrá cobrar el albacea. No se trata de un porcentaje anual.

Entendemos que la disposición legal, en el sentido de haber establecido un porcentaje por el total del ejercicio del albaceazgo, constituye un incentivo para que el albacea concluya con los encargos del testador lo antes posible. Pero no debemos olvidar que existen casos en que la ejecución de la herencia y los legados está sujeta a múltiples herederos y legatarios, complicaciones, litigiosidad, plazos, etc., lo que, de por sí, haría más complicado el ejercicio del cargo de albacea. Y, es obvio que en supuestos como éstos lo ideal sería que la ley hubiese establecido porcentajes anuales para la remuneración del albacea y no una cifra global, como es el cuatro por ciento de la masa líquida.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, entendemos que este cuatro por ciento es una cifra de carácter dispositivo, pues resulta claro que el testador habrá podido disponer de una remuneración mayor en su testamento, de acuerdo con las complejidades que prevea tendrá la sucesión. Sobre este particular, los profesores Fernández Arce y Augusto Ferrero estiman que el cuatro por ciento es un límite o tope. Nosotros entendemos que no necesariamente lo es, en razón de que las complejidades del ejercicio del cargo de albacea podrían justificar se autorice por el propio testador un porcentaje mayor.

La doctrina es unánime en señalar que la labor que realiza el albacea es un trabajo y, por tanto, corresponde recibir una remuneración por el mismo. No obstante, estimamos que esta remuneración debe ser justa y acorde a la labor, pues ello también implicaría incentivar a la persona que haga las funciones de albacea cuando no tenga parte en la herencia como heredero o legatario, es decir ¿Qué mejor incentivo que una remuneración justa para efectuar las labores de la mejor manera? Asimismo, si las disposiciones del Código Civil sobre sucesiones se dirigen esencialmente a hacer primar la voluntad del testador y si éste así lo considera justo mientras no afecte a sus sucesores, ¿cuál seria el impedimento para que el albacea sea remunerado con un porcentaje mayor si así lo dispone el testador?

Para Fernández Arce, «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.»[447] No concordamos con esta afirmación, dado que el testador habría podido disponer en el testamento de un porcentaje mayor.

Pero si el testador no hubiere fijado la remuneración del albacea, no se aplicaría la cifra del cuatro por ciento de la masa líquida, al no tratarse de una norma de carácter supletorio o dispositivo. En tal caso, es decir, en defecto de la determinación de la remuneración por el testador, lo hará el juez, quien también señalará la del albacea dativo.

Sobre la norma bajo comentario, Ferrero señala que, «El albaceazgo implica, por un lado, un encargo; y, por otro, un trabajo. Por ello, el Código

(447) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 796.

derogado determinaba que el cargo era remunerado, señalando que la retribución era la que fijara el testador; y, en su defecto, un porcentaje del valor de los bienes y de las rentas. El Código actual permite que el cargo sea gratuito cuando así lo disponga el testador, aunque fija corno regla que es remunerado. El artículo 793 señala que le corresponde al testador fijar la remuneración, y si este no lo hizo, corresponderá hacerlo al juez, quien señalará también la del albacea dativo. Algunos Códigos, como el español, el italiano y el portugués, mantienen el principio de la gratuidad del albaceazgo. La ley fija un límite máximo para la remuneración, igual al cuatro por ciento de la herencia (artículo 793), habiéndose aumentado en forma considerable en relación al ordenamiento derogado; a tal extremo, que se ha convertido en una forma efectiva de mejorar a un heredero.»[448]

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[449] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso la modificación del artículo 793, por una norma de texto siguiente:

**Artículo 793**.- Remuneración.

1. El albacea es remunerado con cargo a la masa sucesoria, salvo que el testador disponga expresamente su gratuidad.
2. Las disposiciones testamentarias en favor del albacea no se imputan a su remuneración, salvo disposición explícita en contrario del testador. La falta de aceptación del cargo de albacea o su renuncia, no perjudican las disposiciones en su favor, salvo disposición explícita en contrario del testador.
3. Si el testador no hubiera establecido la remuneración ni dispuesta gratuidad y en los casos de albacea dativo, a falta de acuerdo entre el albacea y los sucesores el juez fijará una retribución periódica atendiendo al número de albaceas en ejercicio del cargo, el valor de los activos de la masa, a la complejidad de las funciones y teniendo en consideración las tarifas usuales del albacea si éste es un profesional. El juez, en caso necesario, solicitará la opinión del colegio que corresponda a la profesión del albacea.

(448) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 573.

(449) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 193.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como hemos estudiado, el artículo 793 aborda el tema de la remuneración del albacea.

En el inciso 1 de la propuesta se recogía el mismo concepto del primer párrafo en vigencia, precisando que es remunerado con cargo a la masa sucesoria. Se trataba de una precisión innecesaria.

El inciso 2 tampoco tenía sentido cuando estimaba necesario precisar que las disposiciones testamentarias en favor del albacea no se imputan a su remuneración. Esto es obvio, pues se trata de dos temas totalmente diferentes, a saber: los beneficios que perciba el albacea por el testamento del causante, sea como heredero o legatario; y la remuneración que deba percibir por el desempeño del cargo de albacea. Imposible confundirlos.

En caso el testador no hubiera establecido la remuneración ni dispuesto la gratuidad en los casos de albacea dativo, el inciso 3 de la propuesta disponía que tal remuneración fuese establecida por el juez, conforme a determinados criterios. En verdad, estimábamos que el inciso 3 del anteproyecto resulta innecesario, considerando que el tercer y último párrafo del artículo 793 en vigencia ya dispone en ese sentido y los criterios que se proponía para valorar la remuneración del albacea, eran de evidencia palmaria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Rendición de cuentas del albacea

**Artículo 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 la 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.

*El texto de este artículo no responde al Código de 1984. Esta norma es fruto de la modificación realizada por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. El texto original era el siguiente:*

***Artículo 794.-** El albacea dará cuenta documentada del albaceazgo inmediatamente después de haberlo ejercido, a los herederos o a los legatarios si sólo hubiera éstos, aunque el testador lo exima de esta obligación.*

*La dará también durante el ejercicio del cargo, cuando lo ordene el juez, a petición de parte interesada.*

---

Reza la vieja expresión: «Las cuentas claras y el chocolate espeso.» Esto es aplicable a todos los aspectos de la vida humana y, como no podría ser de otra forma, también lo es en el albaceazgo. El artículo 794 se encarga de este tema y se trata de una regulación que prescinde de aquello que haya señalado el testador. La gestión en el ejercicio del cargo impone al albacea el deber de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

rendir cuentas al término de esa gestión. Puede ocurrir que el propio testador haya eximido al albacea de hacerlo, pero tal disposición carecería de valor, conforme a lo dispuesto por el artículo bajo comentario. Ello, en la medida en que no se trata del patrimonio del causante, pues el causante ya ha muerto. Se trata del patrimonio de los herederos o legatarios, que, una vez fallecido el causante, pasarán a tener la propiedad o titularidad de los bienes que componen la sucesión.

Así, la ley establece que, 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 que corresponda u ofreciendo otro medio probatorio. Se trata, en buena cuenta, de una rendición de cuentas que, a entender nuestro, debería estar debidamente documentada.

Es verdad que los sucesores podrían no exigir tal documentación, en tanto el caso no lo amerite o se tratare de cuentas que antes hubiesen sido de conocimiento general por los titulares de la sucesión. En estos casos, obviamente, la documentación sustentatoria resultaría innecesaria. Pero no podemos decir lo mismo de aquellos casos en los cuales se haya tratado o se trate de la administración de una sucesión compleja, sea por su volumen patrimonial, sea por el número de herederos o legatarios, sea por lo especiales que hubieren sido las disposiciones del testador, etc.

Adicionalmente, la Casación n.° 1108-2008-Lima, de fecha 29 de mayo de 2009, determina, «Obligación del albacea de entregar informe de su gestión aun cuando se encuentre suspendido, siempre y cuando lo solicite un sucesor. *Décimo Cuarto.* A fin de realizar una correcta interpretación del artículo 794 del Código Civil es necesario tener en cuenta que de conformidad con el artículo III, in fine, del Título Preliminar del Código Procesal Civil el juez debe considerar que la finalidad última del proceso es lograr la paz social haciendo efectivo el valor justicia. En el caso de autos ello implica velar por el derecho a la herencia, el cual está consagrado en el artículo 2, apartado 16, de la Constitución Política. En tal orden de ideas, se advierte que el espíritu que subyace en el artículo794 del Código Civil, es el de poner a disposición de los sucesores un instrumento tal que les permita tutelar sus derechos frente a la actuación de los albaceas, en la ejecución del testamento. Por tanto, la norma contenida en el primer párrafo del artículo 794 del Código acotado deberá entenderse en el sentido que el albacea tiene la obligación de presentar un informe escrito de su gestión, ante el requerimiento de un sucesor, por el periodo que este indique, no solo a la finalización de su cargo sino también durante el ejercicio del

mismo, o inclusive cuando se encuentre suspendido, siempre y cuando lo solicite un sucesor.»[450]

Por otra parte, resulta necesario recordar que la rendición de cuentas no solamente es un acto protocolar, «un saludo a la bandera», sino que el mismo puede conllevar a que los herederos o legatarios del causante impugnen las cuentas rendidas, por encontrar irregularidades o inconsistencias en las mismas, sea del tipo o clase que fueren. El artículo 794, en la parte final de su primer párrafo, es muy claro cuando señala que las cuentas no requieren la observancia de formalidad especial en cuanto a su contenido, siempre que figure una relación ordenada de ingresos y gastos. Creemos que se trata de una disposición tendiente a facilitar la labor del albacea y la respectiva rendición de cuentas.

Pero no se piense que la labor del albacea en materia de rendición de cuentas debe restringirse a la finalización del ejercicio del cargo. Decimos esto, porque el segundo párrafo del artículo 794 establece que 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. Esto es muy importante, pues la rendición de cuentas periódica podría serle impuesta judicialmente. Para que ello ocurra debería haber habido una solicitud por parte de cualquiera de los sucesores (herederos o legatarios). Esto tendría pleno sentido, en tanto la transparencia en lo que respecta a estas cuentas por parte de algún sucesor, podría haber obedecido a la advertencia de algún descuido o error en la labor del albacea. El artículo 794, bajo comentario, establece que la solicitud se tramita como proceso no contencioso.

En esa línea, la Casación n.° 2346-2006-Lima, de fecha 28 de marzo de 2007, ha señalado que, «La obligación de presentar el informe y las cuentas por parte del albacea puede surgir también durante el ejercicio del cargo, ante la solicitud tramitada por cualquier sucesor. *Tercero.* La obligación de presentar el informe y las cuentas por parte del albacea no solo surgen con la terminación del albaceazgo, como se establece en el primer párrafo del artículo 794 del Código sustantivo; que esta obligación puede surgir también durante el ejercicio del cargo, ante la solicitud tramitada por cualquier sucesor por la vía procedimental de los procesos no contenciosos, y consecuentemente ordenada por el juez civil.»[451]

(450) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 634.
(451) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARCIAL PONS

Luego, el artículo 794 señala que 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. Estamos de acuerdo con lo dispuesto en esta norma, en la medida en que la falta de impugnación debe dar lugar a una presunción de aprobación de las cuentas presentadas por el albacea. Además, convenimos con el hecho de que se haya establecido un plazo breve al respecto y con que éste sea de caducidad.

El párrafo final del artículo 794 establece que 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. Esta norma resulta muy importante, en la medida en que sería de aplicación supletoria a la rendición de cuentas en la tutela[452] y en la curatela[453] y en cualquier otra situación similar.

Finalmente, nos remitimos a la Casación n.° 1610-2004-Lima, de fecha 22 de septiembre de 2005, que analiza los dos supuestos de hecho del artículo bajo comentario, «Rendición de cuentas del albacea a los sucesores: supuestos. *Tercero.* El artículo 794 del Código Civil contiene dos supuestos diferentes: por un lado el primer párrafo establece la obligación del albacea de brindar informe de gestión y de ser el caso de las cuentas correspondientes al terminar el cargo del albacea, lo que implica la obligación de informar sobre su gestión durante todo el tiempo que ejerció el cargo; y por otro lado el segundo párrafo que prevé esta obligación durante el ejercicio del cargo, con una frecuencia no inferior a seis meses, cuando lo ordene el juez civil a pedido de cualquier sucesor. *Cuarto.* El segundo supuesto previsto en la nota acotada tiene como presupuesto que el albacea se encuentre en ejercicio del cargo, debiendo ejercerse la obligación de brindar informe de gestión con una periodicidad no inferior a los meses, lo que supone que este deber se debe cumplir en adelante, a de lo que sucede [*sic*] con el supuesto previsto en el primer párrafo de la norma citado que establece la obligación de rendir cuentas por todo el período en que se ejerció el cargo de albacea.»[454]

(452) Artículo 540.- El tutor está obligado a dar cuenta de su administración:
1.- Anualmente.
2.- Al acabarse la tutela o cesar en el cargo.

(453) Artículo 574.- Si el curador es el cónyuge, está exento de las obligaciones que imponen los artículos 520, inciso 1, y 540, inciso 1.

(454) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 634 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, pp. 405-406.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Remoción del albacea

**Artículo 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.

*El texto vigente de este artículo responde a la modificación efectuada por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. El texto original del precepto de 1984, era el siguiente:*

***Artículo 795.-*** *Deja de ser albacea el que no empieza la facción de inventarios dentro de los noventa días contados desde la muerte del testador o dentro de los treinta días de haber sido requerido para ello, notarial o judicialmente.*

Como hemos estudiado con ocasión del análisis del artículo 787, constituye una de las principales obligaciones del albacea, la facción de inventario. Lo dice el inciso 3 del artículo citado, al señalar que el albacea está obligado a hacer inventario judicial de los bienes que constituyen la herencia, con citación de los herederos, legatarios y acreedores de quienes tenga conocimiento. Remitimos al lector a lo expresado por nosotros en esa oportunidad.

Dada la importancia de la facción de inventario, el legislador de 1984 ha establecido en el artículo 795, que puede solicitarse, como proceso sumarísimo, la remoción del albacea que no ha empezado la facción de inventario 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.

No cabe duda de que la ausencia de facción de inventario denota una conducta negligente, al tratarse de uno de los primeros actos que debe realizar un albacea. En ese sentido, el artículo 795 parte del valor entendido de que, si el albacea no es diligente al comienzo de su gestión, de seguro no lo será con posterioridad. Es evidente que la remoción del albacea podrá solicitarla cualquier heredero o legatario o, incluso, cualquier persona que tenga legítimo interés.

ESTUDIO MARIO CASTILLERO R.

En esa línea, Fernández Arce comenta que, «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.»(455)

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 1256-2006-Piura, de fecha 24 de octubre de 2006, «Cualquiera de los herederos puede solicitar la remoción del albacea. *Noveno.* Para interpretar adecuadamente los alcances del citado precepto legal, no basta con examinar el texto literal de la norma en comentario, sino que es menester establecer la conexión adecuada entre la palabra y el caso concreto. Es que toda norma tiene que ser interpretada, porque toda norma tiene que ser aplicada dentro de un contexto y, por lo tanto, debe ser corporizada atendiendo a las circunstancias particulares del caso. En este sentido, la interpretación no estriba en suscribir la intención del legislador, sino más bien en identificar la finalidad de la norma. En el presente caso, resulta evidente que la finalidad del artículo 795 del Código Civil estriba en castigar con la remoción al albacea designado que no haya iniciado las circunstancias detalladas en la misma norma. Por consiguiente, el que la presente acción haya sido iniciada por uno solo de los herederos legales del causante, no implica en modo alguno trasgredir por interpretación errónea la norma enunciada, pues el fin de la citada norma no reposa en que la remoción del albacea sea solicitada por una pluralidad de los sucesores, sino que la falta de diligenciamiento del albacea haga necesaria la instauración del presente juicio, incluso por uno solo de ellos, tal como ocurre en el caso de autos.»(456)

Finalmente, conviene señalar que la jurisprudencia en la Casación n.° 1352-99-Lima, de fecha 5 de octubre de 1999, ha establecido una excepción para el supuesto de la norma bajo comentario, «No procede remoción de albacea testamentario que no es responsable del retraso en la facción de inventarios. *Tercero.* Se ha acreditado que la facción de inventarios se inició dentro del plazo de los 90 días posteriores a la muerte del testador, aun cuando la Sala Civil refiere además que este retraso obedeció a la oposición formulada por el demandante que impidió que éstos prosiguieran dentro del plazo establecido,

(455) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 780.

(456) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 635 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 406.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

razón por la que revocando la apelada declara infundada la remoción de albacea. *Cuarto.* Cabe señalar que la demandante tampoco 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 expedida la causal de remoción.»[457]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(457) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 635-636.

## Cese del cargo de albacea

**Artículo 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, a petición de parte debidamente fundamentada.

6.- Por muerte, desaparición o declaración de ausencia.

El artículo 796 se encarga de regular los supuestos de terminación del cargo de albacea. Veamos:

a) 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 (inciso 1)

Interesante lo señalado en el inciso 1 del artículo 796, en la medida en que el legislador de 1984 ha considerado conveniente que el cargo de albacea tenga un término final de dos años. Resulta claro que se trata de un plazo dispositivo, en la medida en que rige a falta de disposición distinta del testador. El otro supuesto en que el albaceazgo podría prorrogarse se presenta cuando la mayoría de herederos lo solicite al juez y éste lo apruebe. Queda claro para nosotros que cuando la ley hace referencia a la mayoría de herederos, se está refiriendo a la mayor parte o al mayor porcentaje de porciones hereditarias y no necesariamente al mayor número de personas.

La jurisprudencia en la Casación n.° 1744-2008-Lima, de fecha 30 de junio de 2009, dispone lo siguiente, «Considerar que el haber transcurrido el plazo de ley para ejercer el albaceazgo es lo mismo que no poder hacerlo es una conclusión errónea, pues se parte de una premisa falsa. El transcurrir del plazo de ley es en realidad un supuesto de extinción

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

del albaceazgo y no uno de imposibilidad de ejercer el cargo de albacea, conforme lo establece el inciso 1 del artículo 796 del Código Civil.»[458]

b) Por haber concluido sus funciones (inciso 2)

Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, la función del albacea es la de hacer cumplir la voluntad del testador, vale decir, la de ejecutar lo indicado en el testamento. Puede ocurrir que en algunos de estos casos el albacea enfrente una labor compleja y no pueda ejecutar con rapidez la voluntad del testador; o, incluso, que las disposiciones del propio testamento impliquen realizar una labor que necesariamente tenga que prolongarse con los años, como sería el caso del cumplimiento de legados sujetos a plazo suspensivo.

Pero queda claro que, si el albacea termina su labor antes del vencimiento de los dos años establecidos por el artículo 796, habrá terminado su cargo, pues no tendría algo más que cumplir. Ello, naturalmente, previa rendición final de cuentas, conforme lo establece el artículo 794, primer párrafo, estudiado con anterioridad.

c) Por renuncia con aprobación judicial (inciso 3)

Pueden sobrevenir múltiples razones por las cuales un albacea, luego de haber aceptado el cargo e, incluso, luego de haber ejecutado diversos actos en el tiempo, se vea obligado a renunciar, como podría ser el caso de haber contraído obligaciones familiares (haber sido padre o madre, por ejemplo) o de otra naturaleza, que no le permitan seguir ejerciendo el cargo. En todos esos casos, dicha renuncia deberá ser aceptada por el juez.

d) Por incapacidad legal o física que impida el desempeño de la función (inciso 4)

La incapacidad legal o física que impida el ejercicio del cargo de albacea, bien podría motivar la renuncia del albacea (artículo 796, inciso 3), pero podríamos encontrarnos ante supuestos en los cuales la incapacidad legal o física determine que, incluso, sea imposible en el terreno jurídico que esa persona presente su renuncia. En uno u otro caso, enterado el juez de tal situación, deberá declarar la terminación formal del cargo de albacea que recaía en esa persona.

(458) POZO SÁNCHEZ, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 636.

EDITO MANUEL CASTILLO PEREZ

e) Por remoción judicial, a petición de parte debidamente fundamentada (inciso 5)

Son múltiples los supuestos que pueden dar lugar a un pedido de algún heredero o legatario o tercero interesado, para que se remueva del cargo al albacea. Desde negligencia en el ejercicio de sus funciones, hasta supuestos dolosos.

f) Por muerte, desaparición o declaración de ausencia (inciso 6)

En cualquiera de los tres supuestos mencionados en el inciso 6, vale decir, desaparición, declaración de ausencia o muerte (real o presunta) del albacea, es obvio que se debe extinguir el cargo de albacea, en la medida en que en ninguno de ellos podrá ejercer tal cargo.

Adicionalmente, Fernández Arce comenta que «La muerte extingue la persona, como señala el artículo 61 del Código Civil y, por tanto, extingue el cargo mas 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, artículo 63 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.»[459]

(459) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 801.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Obligación del albacea de cumplir con la voluntad del testador

**Artículo 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.

El artículo 797, última de las normas relativas al albacea, puede graficar de manera muy clara la importancia que tiene el mismo. Decimos esto, en la medida en que se otorga atribuciones o facultades al albacea, no sólo para el lapso en que ejerza el cargo, sino también para después de que haya cesado en el ejercicio del mismo. Esta ultraactividad en el ejercicio del cargo se explica en razón de que el Derecho considera que el albacea es no sólo «una especie de representante» del testador en esta vida, sino también un guardián de los intereses del testador, más allá de la finalización del período de ejercicio del cargo.

Esto significa que el albacea tendrá legítimo interés para, luego de transcurridos esos dos años, intervenir donde corresponda para exigir, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la voluntad testamentaria.

Es evidente que esta ultraactividad no corresponde al albacea que haya cesado en el cargo por renuncia o por haber sido removido del cargo, dado que ambos casos representan un quiebre en lo que respecta a la voluntad depositada en él por el testador, a efectos de que vele por la ejecución de su última voluntad.

Finalmente, en materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 3095-2000-Camaná-Arequipa, de fecha 20 de mayo de 2003, «El albacea no puede responder por la entrega de un bien si ya culminó su cargo y se produjo la división y partición de los bienes de los herederos. *Sexto.* El artículo 797 del Código Civil está referido al supuesto que el albacea tiene la facultad como actor para exigir el cumplimiento de la voluntad del testador luego de ejercido el cargo, siendo el presente caso uno distinto en el que el albacea ha sido demandado para que entregue un bien, lo cual no resulta procedente porque al haberse producido la división y partición de los bienes los herederos integrantes de la testamentaría serían los obligados frente a cualquier otro sucesor.»[460]

(460) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 637.

# TÍTULO IX
# REVOCACIÓN, CADUCIDAD Y NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS

## CAPÍTULO PRIMERO
## REVOCACIÓN

### Revocación del testamento

**Artículo 798.-** El testador tiene el derecho de revocar, en cualquier tiempo, sus disposiciones testamentarias. Toda declaración que haga en contrario carece de valor.

---

El testamento es un acto esencialmente revocable. Decimos esto, en la medida en que el otorgante puede revocarlo de manera total o parcial, cuando lo estime conveniente a sus intereses. De esta manera, estarán vigentes a la muerte del testador aquellas disposiciones que no haya revocado; esto, en tanto y en cuanto tales disposiciones no hayan sido sustituidas por otras. Lo expresado se explica en razón de que, si un testamento es revocado en su totalidad y el causante no hubiere otorgado un nuevo testamento, es evidente que la sucesión no será testamentaria, sino intestada.

Sólo será testamentaria aquella sucesión en la que hubiere algún testamento vigente a la muerte del testador y, naturalmente, que en ese testamento el otorgante hubiere dispuesto en torno a su futura sucesión patrimonial. Ello, en razón a que podríamos estar hablando de un testamento político y, a pesar de existir un testamento político, la sucesión sería intestada.

Si en el testamento, el testador sólo dispusiera, por ejemplo, de un legado y no de su herencia, estaríamos en presencia de una sucesión mixta, pues el legado se regirá por las disposiciones testamentarias, en tanto que, para el resto de la sucesión (la herencia) será necesario realizar una declaratoria de herederos.

TESTADO MARIO CASTILLO FREYRE

El testador tiene la más absoluta libertad para revocar disposiciones testamentarias anteriores, como determina el contenido del artículo 798.

Pero, además, el precepto bajo análisis tiene carácter imperativo, en tanto señala que toda declaración que haga en contrario carece de valor. Eso significa que cualquier disposición testamentaria que obligue al propio otorgante a no revocar ese testamento o que, simplemente declare que no lo va a revocar, se tiene por no puesta.

A todo ello, también es nulo el pacto por el cual el testador se obligue por contrato con un tercero, a no modificar un testamento determinado. Esto, porque estaríamos dentro de la figura de los pactos sucesorios, cuya nulidad ya ha sido estudiada por nosotros en esta obra.

Sobre la revocación, Aguilar Llanos señala que, «Entendemos por revocación al acto libre y voluntario del testador, por el cual deja sin efecto todo o parte del testamento, por ejemplo, si el testador instituye a un legatario, a quien le asigna en concepto de legado la suma de 20 mil, y lo hace por la consideración y estima que le guarda en atención a las supuestas calidades morales del legatario; sin embargo, desde que testa hasta que ocurre el deceso del causante, este comprueba que el legatario es una persona inmoral, sin principios y que por cierto no merece nada del testador, entonces manifiesta su voluntad, a través de otro testamento, dejando sin efecto el legado. Todo ello es permitido, pues se está respetando al máximo la auténtica voluntad del testador, no hacerlo es ir contra el testador.»(461)

En el mismo sentido, Fernández Arce comenta que, «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.»(462)

Adicionalmente, Rómulo Lanatta explica que, «La revocabilidad del testamento es esencial en este acto jurídico por ser acto unilateral y dentro del sistema seguido por el Código peruano y por la mayor parte de los Códigos extranjeros, que no admiten los pactos sucesorios, precisamente porque impiden el libre funcionamiento de la revocación.»(463)

(461) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 439.
(462) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 805.
(463) Lanatta Guilhem, Rómulo E. *El Derecho de las Sucesiones en el Código Civil peruano de 1936. Estudios críticos*. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 41.

Por lo demás, la revocación puede ser total (de todo el testamento o de todos los testamentos precedentes) o parcial (de parte del testamento precedente o de partes de los testamentos precedentes); expresa (cuando se señale que se está modificando el testamento tal o cual) o tácita, encontrándonos en este último caso cuando las disposiciones del testamento posterior resultan incompatibles con las del testamento precedente o con las de los testamentos precedentes.

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 2983-2003-Lima, de fecha 30 de noviembre de 2004, que señala, «Revocabilidad del testamento. *Tercero.* El testamento es un acto unilateral, revocable, unipersonal y formal, que surte sus efectos al producirse el fallecimiento de su otorgante, momento en el cual se produce la sucesión. Mientras no se produzca el óbito, el testamento puede ser modificado a voluntad del testador, total o parcialmente, sea de manera expresa o tácita. Será expresa cuando se hace por medio de un testamento posterior, y tácita cuando las disposiciones de un nuevo testamento o de un acto de voluntad indubitable sean incompatibles con las del testamento anterior. *Cuarto.* En consecuencia, el anticipo de herencia efectuado a favor de la demandante, que concuerda con el anuncio que contiene el testamento en su cláusula cuarta, modificó parcialmente el testamento original y es de aplicación pertinente el artículo 798 del Código Civil.»[464]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(464) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 637.

### Forma de revocar el testamento

**Artículo 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.

Importante la disposición contenida en el artículo 799, cuando establece que la revocación expresa del testamento, total o parcial, o de algunas de sus disposiciones, sólo puede ser hecha por otro testamento, cualquiera que sea su forma. Los testamentos sólo pueden ser revocados por otros testamentos. No existe otro acto jurídico por el cual se pueda revocar un testamento. Ninguno.

Además, resulta muy importante subrayar que todo testamento tiene igual valor. En ese sentido, si hablamos de los ordinarios, el ológrafo vale lo mismo que el cerrado y el cerrado vale lo mismo que el otorgado por escritura pública. No mencionamos los especiales, dadas las particularidades que estos tienen, pero queda claro que mientras ellos se encuentren vigentes y no caduquen, valdrán lo mismo que cualquier otro testamento o especial u ordinario. Nótese cómo en esta materia, a diferencia de lo que ocurre con muchos actos jurídicos *inter vivos*, la formalidad no tiene importancia para dejar sin efecto actos precedentes. Citamos como ejemplo el artículo 1413 del Código Civil, precepto que establece que «Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.»

Para Guillermo Lohmann, «Lo que se ha querido decir con el precepto contenido en el artículo 799 C.C. es que la revocación (salvo que se haga de otra manera) debe reunir las características y solemnidades testamentarias. La razón es muy lógica: si la ley ordena que la última voluntad se ajuste a determinadas exigencias, la revocación (como derogación o modificación) implica una nueva última voluntad y de ello se desprende que esta última, para ser tenida como tal, debe sujetarse a las formalidades testamentarias.»[465]

Resulta interesante anotar lo señalado por Fabián Elorriaga respecto a la forma de revocar en otras partes del mundo, «Algunos autores ponen énfasis en que la revocación es un acto que se efectúa mediante testamento. Así, por

(465) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, pp. 291-292.

ejemplo, CLARO SOLAR la define como "el acto testamentario en el que el testador modifica o retracta, o anula y deja sin efecto en todo o parte un testamento anterior". Sin embargo, como se verá, en algunas partes del mundo se admite la revocación de un testamento por medio de actos que no son testamentos.»[466]

Para finalizar, en materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 3740-2006-Huaura, de fecha 29 de mayo de 2007, que dispone, «La revocación del testamento anterior no debe necesariamente estipularse expresamente en el último, pues la ley solo requiere el otorgamiento de otro testamento. Quinto. En cuanto a lo que respecta a lo establecido por el artículo 799 del Código Civil, debe tenerse en cuenta que dicha norma no prevé como requisito que el testamento posterior indique expresamente que se revoca el testamento anterior, sino que reconoce que hay revocación expresa cuando se otorga otro testamento; por lo que al señalar el colegiado superior en el presente caso, que si bien existió un testamento otorgado por el causante con fecha 09 de enero de 1958, sin embargo, al haberse otorgado un nuevo testamento de fecha 26 de agosto de 1993, el testamento anterior ha quedado revocado automáticamente, se ha interpretado correctamente la norma antes aludida, por lo que al ser así no se configura la causal denunciada.»[467]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(466) Elorriaga de Bonis, Fabián. *Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 263.
(467) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 638.

## Reviviscencia de testamento anterior

**Artículo 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.

---

En materia de actos jurídicos y contratos en general, si uno modifica un primer acto por uno segundo y luego, a través de un tercer acto, deja sin efecto este segundo acto, no vuelven a surtir efectos las disposiciones de aquel primer acto que fue dejado sin efecto por el segundo. Simplemente se requeriría de un cuarto acto para que las partes acuerden que se restablece la vigencia de las disposiciones del primero.

Por ejemplo, se celebró un contrato de compraventa sobre la joya A (primer acto).

Luego, las partes modifican el objeto del primer contrato, de modo tal que el mismo no será la joya A, sino la joya B (segundo acto).

Posteriormente, las partes dejan sin efecto el segundo acto (a través de un tercer acto, naturalmente). Aquí queda claro que el contrato sobre la joya B ha quedado sin efecto, pero no por ello «vuelven a la vida jurídica» los efectos del primer acto, dado que ese primer acto ya había sido dejado sin efecto por el segundo.

Resulta claro que, si las partes, luego de celebrado el tercer acto, deseasen que el primer acto retomara sus efectos, tendrían que celebrar un cuarto acto por el que dispongan en ese sentido y el primer acto únicamente volvería a surtir efectos desde el momento en que se celebró ese cuarto acto, pues durante todo el tiempo anterior dejó de tenerlos (desde que fue dejado sin efecto por el segundo acto).

Hemos recurrido a este ejemplo para ilustrar cuán diferente es el tema en materia testamentaria. Como indica el artículo 800, si el testamento que revoca uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, aquí sí reviven las disposiciones del primero, a menos que el testador exprese su voluntad contraria. Pensamos que la finalidad de esta norma se basa en el hecho de que será preferible que exista alguna voluntad vigente a la muerte del otorgante y, se entiende que, si una segunda voluntad dejó sin efecto una primera, entonces, dejada sin efecto (revocada) la segunda, suena lógico que se restablezca la primera.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Además, no olvidemos que una situación de esta naturaleza no perjudica a nadie ni atenta contra la seguridad jurídica, como sí ocurriría en el caso de los actos *inter vivos*, donde este razonamiento seguramente implicaría afectación de derechos de terceros.

La excepción estará dada por el caso en el cual el testador exprese su voluntad en contrario. Vale la excepción y la preferimos como excepción a la regla.

No obstante, creemos que hubiese sido mejor que la norma sucesoria guardase consonancia con la regla que rige en materia de actos jurídicos y legislación en general.

En ese sentido, Juan Olavarría comenta que, «En el caso de las leyes la razón para que la ley derogada no recobre su vigencia está dada por la presunción lex novi, es decir, se entiende que toda ley nueva es mejor que la anterior, por lo que no tiene sentido que las leyes precedentemente derogadas recobren su vigencia. Mientras que en el caso de los testamentos y dado que en materia de Derecho Sucesorio la voluntad del causante debe primar y prevalecer por regla general, y considerando que no existe una mejor voluntad testamentaria, sino en todo caso una diferente, debe entenderse que el testamento inicialmente revocado regirá la sucesión del causante junto con el último testamento, pues la decisión de dejar sin efecto el primer testamento quedó a su vez írrita y sin valor alguno al haber sido también revocada.»[468]

Para Fernández Arce, «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.»[469]

Sobre el particular, Benjamín Aguilar señala, «[...] discrepamos de la forma cómo el legislador ha tratado este tema, conocido como la revocación de la revocación o retractación de la revocación; y en función a que el legislador para llegar a esta fórmula, presume la voluntad del testador, de que si un tercer testamento, revoca a un segundo, el cual a su vez había revocado a un primer testamento; entonces al quedar revocado el segundo, debemos presumir que el testador quiere que revivan las disposiciones del primer testamento. Pues bien,

(468) Olavarría Vivian, Juan. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 413.
(469) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 811.

si efectivamente esa fuera la voluntad del testador, debió decirlo, y no interpretar el silencio como si fuera expresión de voluntad de crear algo. Creemos que la solución debió ser a la inversa, esto es, que el primer testamento no renace, salvo que el testador exprese que esa es su voluntad.»[470]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[471] decíamos que el artículo 800 del Código Civil debería cambiar su redacción, alineando el tema con el resto del cuerpo normativo.

Planteábamos que la norma tuviere el siguiente texto: «Si el testamento que revoca uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, las disposiciones del primero no reviven, a menos que el testador exprese lo contrario en el último testamento.»

Hacíamos nuestra la propuesta de modificación que había planteado el profesor Augusto Ferrero,[472] la misma que se basaba en los argumentos que reproducimos seguidamente:

> «El artículo 800 del Código actual establece la regla de que si el testamento que revoca uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, reviven las disposiciones del primero, a menos que el testador exprese su voluntad contraria. Como explica Cicu, en este caso puede interpretarse que el testamento vuelve a existir tal cual era o bien que el acto de revocación de la revocación da nueva vida a sus disposiciones, inclinándose por la primera tesis. Igualmente, Messineo opina que, en este caso, el testamento vuelve a ser como era antes de la revocación, siendo válido *ab origine*, toda vez que le es restituida la validez. Estamos de acuerdo con el criterio expuesto. Precisamente, ello es posible por ser el testamento un acto *mortis causa*. Tratándose de un acto *inter vivos*, o del caso de la ley que se deroga que se explica más adelante, ello no es posible pues significaría admitir la vigencia de dos instrumentos incompatibles simultáneamente. Así, las disposiciones del testamento revivido no tendrán eficacia a partir de su reviviscencia sino, por el contrario, desde su otorgamiento. Lo expuesto es importante para tener en cuenta

(470) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 445.
(471) Castillo Freyre, Mario *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 553-555.
(472) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 36-39.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la capacidad del testador, así como la prioridad entre el testamento revivido y otros que puedan existir.

Se trata, como señala el ponente, de una presunción *juris tantum*. En el Código Bello la presunción es a la inversa: «no revive por esta revocación el primer testamento, a menos que el testador manifieste voluntad contraria» (artículos 1214 del Código Civil de Chile y 1272 del Código Civil de Colombia). Con la misma sabiduría, el artículo 1758 del Código portugués derogado consagraba el principio de que el testamento anterior recobraba su fuerza si el testador, revocando el posterior, declaraba que era su voluntad que el primero subsistiera.

Nuestra norma expone –en cierta forma– un sentido contrario al principio que informa el tercer párrafo del artículo I del Título Preliminar, el cual señala que por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado. Lo expuesto en este último artículo resulta lógico. La derogatoria de una norma no implica la revivificación de la primera ley, como nos enseña León Barandiarán en la Exposición de Motivos. Simplemente, agrega el Maestro, la materia respectiva deja de ser normada. Ello quiere decir que la regla es que la primera ley no revive. La excepción, que se permite, es que la tercera ley exprese que la primera recobra vigencia, lo cual equivale, en realidad, a promulgarla de nuevo.

Pensamos que el legislador debió guardar concordancia con este principio al tratar la revocación del testamento, pues aquélla es a éste como la derogatoria a una ley. Y es que en Derecho las vinculaciones jurídicas nacen en virtud de una voluntad; que es legal cuando proviene del legislador expresada en una norma; y que es particular cuando es manifestada por una persona con el deseo de crear una consecuencia jurídica. Por ello, somos de opinión que la solución legislativa en uno u otro caso debió ser la misma. Máxime, aún, cuando la disposición referida a la voluntad de la ley se encuentra en el Título Preliminar, en el cual se enuncian los principios generales en los que se inspira nuestro ordenamiento. La regla respecto a la voluntad legal es que derogada ésta no recobra vigencia, aunque la norma derogatoria sea derogada, a su vez. Ello no obsta para que ocurra lo contrario, es decir, para que recobre vigencia la ley primigenia. Pero

ESTUDIO VARGAS CORTEZ PERÚ

para ello la tercera ley debe declararlo, como señala León Barandiarán. Resulta, pues, en este caso, la excepción a la regla. El artículo 800, que comentamos, enuncia una disposición, al contrario; o sea, que si un testamento es revocado por otro, renace el anterior a aquél. Es la regla. La excepción es que no reviva. ¿Cuándo? Cuando el testador exprese su voluntad contraria. Ello implica que el legislador está reconociendo que el silencio importa, en este caso, manifestación de voluntad, caso al que se refiere el artículo 142 respecto a la teoría general del acto jurídico. Pero siendo esta imputación más endeble que la manifestación tácita –ni qué decir de la expresa– no resulta lógico aplicarla al testamento, en el cual la voluntad no sólo debe ser escrita sino solemne. Por ello, concluimos en que es un error del legislador reactualizar, mediante el silencio, una voluntad testamentaria revocada.

La fuente de la nueva norma la encontramos en el Código Civil argentino, que en su artículo 3831 señala que la retractación del testamento hace revivir las primeras disposiciones; y en el Código Civil italiano, cuyo artículo 681 destaca que, si se revoca total o parcialmente un testamento, reviven, a su vez, las disposiciones antes revocadas.

En resumen, hacemos la invocación para que la solución respecto a la reviviscencia del testamento guarde concordancia con la norma sobre la recuperación de vigencia de la ley contenida en el Título Preliminar.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Revocación parcial de testamento

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

En materia testamentaria, también existen otras particularidades, las mismas que consisten en que la revocación de un testamento anterior puede ser hecha de manera total; y que tal revocación puede ser expresa o no serlo (ser tácita).

En caso se tratare de una revocación total y expresa, queda claro que no subsistirá disposición alguna del testamento revocado, por más de que algunos de los puntos tratados en él no sean materia de abordaje en el testamento posterior.

Por el contrario, si en el testamento posterior no se hubiese señalado de manera expresa que el testamento precedente era revocado de modo total, resultará aplicable lo dispuesto por el artículo 801, bajo comentario, en el sentido de que subsistirán las disposiciones del testamento precedente que no sean incompatibles con las del testamento de fecha posterior.

En esa línea, Juan Olavarria explica que «La hipótesis del legislador es aquella en la que la revocación es expresa y también aquella en la que la revocación es tácita. En ambos casos es posible una revocación parcial del testamento, con lo cual las disposiciones de los testamentos anteriores recobrarán vigencia en tanto no sean incompatibles con las disposiciones del último testamento. Así por ejemplo, si en un testamento anterior se dejan los bienes de la herencia a Carlos, se deja un legado a Manuel y se nombra albacea a Roberto, y posteriormente el testador otorga un segundo testamento dejando los mismos bienes a María y el mismo legado a José, debe entenderse que el primero ha sido revocado salvo en cuanto al nombramiento de Roberto como albacea de la sucesión.»[473]

Para Fernández Arce, «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

(473) Olavarría Vivian, Juan. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 414.

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.»[474]

Ello es lógico, en la medida en que muchas veces se piensa que la revocación de un testamento implica necesariamente un cambio total en la voluntad del testador, de manera tal que en el nuevo señale aspectos en su integridad contradictorios con las disposiciones contenidas en el primero. Pero ello no siempre será así. Por ejemplo, uno puede otorgar un nuevo testamento con el único propósito de instituir un legado, en tanto en el primer testamento sólo instituyó herederos. Es evidente que el legado, si bien reduce la masa de los herederos, no tiene por qué alterar en un ápice lo dispuesto con respecto a los herederos, razón por la cual en el caso materia de este ejemplo, el segundo testamento complementa al primero; no lo sustituye. En buena cuenta, las disposiciones de ambos testamentos subsisten o conviven en el tiempo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(474) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 813.

## Revocación del testamento cerrado

**Artículo 802.**- El testamento cerrado queda revocado si el testador lo retira de la custodia del notario.

Hemos analizado en su momento la regulación del testamento cerrado. En esta clase de testamento, de lo único que dan fe el notario ante quien se otorga y los dos testigos es de que el testador afirma que, dentro del sobre o la cubierta correspondiente, en la cual van a firmar notario, testigos y testador, el otorgante declara que está contenido su testamento.

La fortaleza del testamento cerrado se halla determinada por la custodia que de él hace el notario. Es lógico, por tanto, que cuando el testador pide al notario que le devuelva el sobre que lo contiene, ese testamento habrá dejado de tener valor como testamento cerrado y sólo podrá tener valor como ológrafo, naturalmente si reuniese los requisitos que la ley establece para este último.

En ese orden de ideas, debe entenderse que cuando el artículo 802, bajo comentario, señala que el testamento cerrado queda revocado si el testador lo retira de la custodia del notario, sólo se está refiriendo a su condición de testamento cerrado, como veremos en el artículo siguiente.

Al respecto, Aguilar Llanos comenta, «Obsérvese que lo que queda revocado es la forma de otorgar el testamento, en este caso, la vía cerrada, pues si el testador que ha retirado de la notaría su testamento, ha redactado su pliego testamentario de puño y letra, y lo conserva, y luego de ocurrido su deceso, se encuentra dicho pliego, entonces valdrá el testamento, en su forma ológrafa, mas como ya quedó señalado no como testamento cerrado. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 803 que, en la parte pertinente, señala "el testamento cerrado vale como ológrafo si se conserva el pliego interior, y este reúne las formalidades señaladas en la primera parte del artículo 707". Este numeral en su primera parte, está referido a la redacción del testamento para que sea considerado como ológrafo, esto es, que sea redactado de puño y letra por el testador.»[475]

(475) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 444.

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Para finalizar, Augusto Ferrero precisa que, «Este es un caso de revocación tácita que concuerda con la forma como el actual Código legisla el testamento cerrado, al señalar que este queda en poder del notario (artículo 700); obligación que no contenía el Código derogado. En consecuencia, es lógico que el retiro del testamento cerrado de la custodia del notario deje sin efecto toda la diligencia actuada al entregárselo.»[476]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(476) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 593-594.

## Validez del testamento cerrado como ológrafo

**Artículo 803.-** Tanto en el caso previsto en el artículo 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 artículo 707.

Ya nos hemos referido a este tema en el tratamiento del precepto inmediato precedente. El testamento deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 707, relativo al testamento ológrafo, norma que señala que «Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 699.»

El sentido de lo dispuesto en el artículo 803 es tratar de preservar la voluntad del testador, por más de que se trate de otra modalidad testamentaria, aunque ambos son testamentos ordinarios.

Se podría decir que esto no debería ser así, pues el retiro voluntario de la custodia notarial del testamento cerrado, por parte del otorgante, debería significar, simple y llanamente, la revocación del testamento. Pero en realidad esto no es necesariamente así, pues si el testador no hubiese querido que el documento contenido en el sobre tenga validez alguna, lo que debió haber hecho es destruir su contenido. No obstante, admitimos que se trata de una materia discutible.

Para Juan Olavarría, «[...] debe advertirse que si el legislador patrio optó por la solución de la conversión del testamento cerrado en ológrafo siempre que se conserven cuando menos los requisitos formales de este último, es por la primacía, preponderancia y preferencia que tiene la sucesión testamentaria sobre la sucesión intestada.»[477]

Sobre el tema, Guillermo Lohmann comenta que, «La regla del artículo 803 C.C., en parte reproducida del último párrafo del artículo 700 C.C., no es novedosa. El principio ya estaba recogido en el artículo 693 del Código

(477) Olavarría Vivian, Juan. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 417.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Civil derogado. Se trata de un supuesto de conversión impropia. En esencia se trata de que el documento interno protegido por el sobre o cubierta en el que conste la voluntad no haya sido sustituido y que posea las características del ológrafo.»[478]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(478) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 310.

## Revocación del testamento ológrafo

**Artículo 804.-** El testamento ológrafo queda revocado si el testador lo rompe, destruye o inutiliza de cualquier otra manera.

La única razón de validez del testamento ológrafo está constituida por su propia existencia, de modo tal que, si el documento no existiera, simple y llanamente no habría testamento. Por esa razón es que el artículo 804 del Código Civil, última de las normas relativas a la revocación de los testamentos, dispone que el testamento ológrafo queda revocado si el testador lo rompe, destruye o inutiliza de cualquier otra manera. La solución es evidente.

Sobre el particular, Augusto Ferrero precisa que, «El rompimiento puede estar referido a la simple separación en dos partes de la hoja que contiene el testamento desmembrando su unión, mientras la destrucción significa el deshacer el mismo. La inutilización implica hacer inservible el testamento, lo cual puede lograrse, por ejemplo, cruzándolo con rayas o poniéndole la palabra revocado, inutilizado o cancelado. A este respecto, deben distinguirse los conceptos de alteración y destrucción. La alteración no debe influir en la validez del testamento si es accidental o por hecho de un tercero; la destrucción, por cualquier causa, impide a los sucesores probar el contenido del testamento. Este enunciado ratifica el principio de que no es de aplicación al testamento la norma del artículo 225 de nuestro Código, que preceptúa que no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo, y que puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo.»[479]

Finalmente, Fernández Arce comenta que, «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

(479) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 596-597.

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.»[480]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(480) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 815.

# CAPÍTULO SEGUNDO
# CADUCIDAD

## CADUCIDAD DE TESTAMENTO

**Artículo 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 desheredación, sin dejar descendientes que puedan representarlo.

---

El capítulo segundo trata acerca de la caducidad de los testamentos y el artículo 805 se encarga de regular los supuestos de caducidad en lo que respecta a la institución de heredero. Veamos:

a) 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 (inciso 1)

Como sabemos, a través del testamento, el otorgante puede instituir herederos voluntarios, lo que podría hacer, en caso de no tener herederos forzosos o, aun teniéndolos, siempre que respete la legítima de quienes son, precisamente, sus herederos forzosos.

Pero pueden ocurrir circunstancias que determinen que todo varíe. Ello podría presentarse si, teniendo herederos forzosos al momento de otorgar el testamento, haya sobrevenido la presencia de otros herederos. Por

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ejemplo, el causante tenía esposa, pero no hijos al momento de otorgar el testamento; en tanto que cuando muere, sigue teniendo a su esposa, pero han nacido dos hijos en su matrimonio.

O, simplemente, de quien no tenía herederos forzosos al momento en que otorgó testamento (ni descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge) y, cuando muere, deja un hijo.

También es el caso en el cual el causante hubiere otorgado testamento al momento en que no tenía herederos forzosos, pero cuando muere existía un hijo concebido que nace vivo después de la muerte del causante (hijo póstumo).

En todos estos casos, el inciso 1 del artículo 805 establece que caduca el testamento. La caducidad del testamento es una figura que en estos supuestos se basa en que quien otorgó testamento instituyendo herederos voluntarios, al desconocer cuál sería la realidad al momento de su muerte en materia de herederos forzosos, tal vez no hubiera instituido tales herederos voluntarios o, si lo hubiese hecho, de repente lo habría hecho de otra manera. Si se quiere, la aplicación de la figura de la caducidad testamentaria constituye una norma de resguardo de los intereses de los herederos forzosos, por sobre la de los herederos voluntarios y legatarios.

Sobre este inciso, Benjamín Aguilar comenta que, «La norma invita a hacer algunos comentarios, en primer lugar, no se trata de una preterición, esto es, olvido de algún heredero forzoso, pues cuando se testa no existían los legitimarios, en esa medida, el testamento era arreglado a ley. En segundo lugar, al referirse a la caducidad de la institución de heredero, es obvio que nos estamos refiriendo al heredero voluntario convocado, y cuya caducidad termina afectándolo; pues es sabido que solo se puede convocar herederos voluntarios ante la ausencia de los forzosos. En tercer lugar, que la sobrevivencia de herederos forzosos, implica que estos tienen mejor derecho, preferencia hereditaria, que los herederos voluntarios; de allí, que estos tienen que ceder su lugar a los forzosos, y por ello, se trata como caducidad de la institución de heredero, pues siendo válida su convocatoria, no llegan a producir efectos por la carencia de un presupuesto indispensable para que tenga vida, y en el caso bajo comentario, el presupuesto sería que no existan herederos forzosos.»[481]

(481) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 449.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[482] pensábamos que el inciso 1 del artículo 805, bajo comentario, podría tener una distinta redacción: «Si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento y que vivan o que desconociera tenerlos, o que creyéndolos muertos, resulten vivos; o que estén concebidos al momento de su muerte, a condición de que nazcan vivos.»

Decíamos en *Tentaciones académicas* que el texto vigente del artículo 805 sólo contempla el caso de una persona que hubiera otorgado testamento instituyendo heredero a alguien, por no tener herederos forzosos que vivan.

No obstante, a la muerte del testador ya han sobrevenido tales herederos forzosos, como sería el caso en el cual el testador, soltero y cuyos ascendientes hubiesen fallecido al momento de otorgar testamento, haya contraído matrimonio o procreado hijos.

Pero el referido inciso no contempla el caso en el cual el testador haya instituido heredero en la equivocada creencia de que había muerto el heredero forzoso que tenía; así como tampoco contempla el supuesto en el cual simplemente desconocía tener herederos forzosos, como sería el caso de aquel testador que otorga testamento creyendo tener la libre disposición de todo su patrimonio sin saber que ha procreado un hijo, que luego es judicialmente declarado como tal.

b) Si el heredero renuncia a la herencia o muere antes que el testador sin dejar representación sucesoria (inciso 2)

Como hemos visto en su oportunidad, en caso un heredero renuncie a la herencia, sus descendientes heredarán en su representación. Pero podría ocurrir que aquel que renuncia a la herencia no deje descendientes que lo representen para estos efectos. Lo propio ocurrirá si el heredero forzoso muere antes que el testador. En ambos casos, si el renunciante a la herencia carece de personas que lo representen o el heredero forzoso premuera al testador, se producirá la caducidad de las disposiciones testamentarias referidas a ellos. Entendemos que la caducidad de estas disposiciones no determina la caducidad de todo el testamento. Ello, naturalmente, en la medida en que del contenido del testamento se pueda apreciar la subsistencia de otras disposiciones.

(482) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 556-557.

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Para Augusto Ferrero, «En los casos de la renuncia o la premoriencia no se extingue por caducidad el derecho del heredero que tiene descendientes, los cuales recogerán lo que a aquel le correspondía por la figura de la representación sucesoria. La disposición se refiere, por ello, a estos casos cuando no se da la representación.»[483]

c) Si el heredero es el cónyuge y se declara la separación judicial por culpa propia o el divorcio (inciso 2).

Si en el testamento se establecía disposiciones en torno a la herencia del cónyuge y éste último, habiendo sido instituido heredero testamentario, fuese culpable de una declaración de separación judicial o divorcio, basados en culpa propia del cónyuge beneficiado con la institución de heredero, resulta evidente que tales disposiciones testamentarias habrán caducado.

d) Si el heredero pierde la herencia por declaración de indignidad o por desheredación, sin dejar descendientes que puedan representarlo (inciso 3)

Hemos estudiado en su momento las causales de indignidad para suceder y de desheredación. Todas ellas se basan en actos reprobables, dignos de sanción. Sabemos también que, si un heredero es desheredado o declarado indigno para suceder, sus descendientes lo representarán en materia hereditaria. Pero podría ocurrir que el desheredado o indigno no tenga herederos forzosos. En este caso, las disposiciones testamentarias relativas al indigno o desheredado se consideran caducas.

Sobre este particular, Guillermo Lohmann precisa que, «[...]la norma del inciso 3) que comentamos no solo es superflua y absurda compañera del artificio que es la regulación de caducidad. Peor aún, la referencia en este lugar a la desheredación es errada y desafortunada. Porque la desheredación (privación de la legítima por causa que la ley estima justa) es facultad privativa del testador y por lo tanto solamente él puede hacerlo. Y cuando lo hace, priva de legítima al legitimario, lo que sin embargo no significa privarle de todo derecho hereditario, porque puede dejarle algo de la herencia excluyéndolo de la legítima. Pero aunque lo prive de tal derecho, no puede caducar lo que nunca nació, porque el tal supuesto heredero nunca fue instituido como tal, sino que precisamente fue un no-instituido adrede.»[484]

(483) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 606.
(484) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 424.

## Preterición de heredero forzoso

**Artículo 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.

Resulta evidente que, en materia testamentaria, deben ser respetados los órdenes sucesorios. En ese sentido, hace bien el artículo 806 al establecer que la preterición de uno o más herederos forzosos, invalida la institución de herederos en cuanto resulte afectada la legítima que corresponde a los preteridos. Por ejemplo, no hay duda de que un padre, si desea otorgar testamento, debería considerar a sus hijos dentro de su testamento, al ser herederos forzosos. Pero qué pasaría en caso no considere a alguno de esos hijos. Sin duda, estará pretiriendo a alguno de sus herederos forzosos.

El artículo bajo comentario establece que, luego de haber sido pagada la legítima que corresponde a los preteridos, la porción disponible pertenece a quienes hubieren sido instituidos indebidamente herederos, a quienes la ley asigna la verdadera condición legal de legatarios.

En buena cuenta, si se tiene herederos forzosos, los herederos voluntarios tendrían la calidad de legatarios en lo que afecte la legítima de los herederos forzosos.

Al respecto, Augusto Ferrero precisa que, «La norma comentada se refiere al caso de institución de herederos voluntarios cuando no hay herederos forzosos, situación a la que se refiere también el artículo 737, prohibiéndola. Siendo condición para instituir herederos voluntarios no tener herederos forzosos, su institución debe reputarse como de legatarios, pudiendo suceder dentro de la porción de libre disposición.»[485]

Para Fernández Arce, «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

(485) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 603.

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 latín *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.»[486]

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 182-98-Huánuco, de fecha 14 de septiembre de 1999, que dispone, «*Quinto.* En caso de preterición de un heredero forzoso, es nulo el testamento cuando afecta su participación en la legítima, la misma que está constituida por la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.»[487]

Finalmente, observamos también la Casación n.° 3347-2014-Arequipa, de fecha 16 de marzo de 2015, que establece que, «La preterición de uno o más herederos forzosos trae como consecuencia la afectación de la legítima que corresponde a los preteridos. *Sexto.* La decisión adoptada por la sala de mérito ha sido expedida con arreglo a ley al concluir que ha quedado acreditado que la actora heredera forzosa ha sido preterida del testamento dejado por su padre y como consecuencia de ello se ha afectado su derecho a la legítima contrariamente a lo señalado por el juez de la causa quien determinó que la misma no se calcula sobre el patrimonio del testador al momento de otorgar el testamento el cual sería el momento de aplicar la limitación a la capacidad dispositiva sino sobre todo aquello que hubiera transferido a título de liberalidad, por lo que el menoscabo o afectación de la legítima de algunos de los herederos no puede establecerse sino únicamente después de instituirse en definitiva a estos y a los legatarios que concurran a la herencia y que las liberalidades que hayan podido recibir algunos de los herederos pueden hacerse valer vía colación, fallo con el que esta suprema sala concuerda al advertir que el mismo ha sido expedido de acuerdo a ley.»[488]

(486) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 828.

(487) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 639 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 409.

(488) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 639-640 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 410.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Reducción de disposiciones testamentarias

**Artículo 807.-** Las disposiciones testamentarias que menoscaban la legítima de los herederos, se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren excesivas.

Hemos estudiado en su momento que no puede vulnerarse la legítima de los herederos forzosos. Esta disposición es de orden público y la única manera en que el Derecho permitiría esa vulneración sería si es que éstos la consientan después de abierta la sucesión.

Podría ocurrir, por ejemplo, que un testador incluya en su testamento una serie de disposiciones relativas a la institución de diversos legados, pero que tales legados afecten la legítima hereditaria, en la medida en que el testador tiene hijos y cónyuge y los legados suman el 40 % de su patrimonio. En este caso, el testador únicamente podría haber dispuesto de hasta un tercio de su patrimonio y en los hechos ha dispuesto del 40 %, lo que significa que los herederos forzosos del testador podrían pedir que los legados se reduzcan en lo que fueren excesivos, vale decir, en lo que supere el 33.33 % al infinito.

En esa línea, Guillermo Lohmann explica que, «[...] de la lectura de esta norma en contraste con la precedente de preterición debe quedar claro que solo puede aludirse rectamente a menoscabo cuando hay un derecho firme de sucesor y la legítima es lesionada. Si bien el Código circunscribe la lesión (menoscabo) a disposiciones testamentarias, ciertamente también cabe preterición basada en iguales razones cuando la lesión encuentra origen en actos extratestamentarios. Esto es, que solo puede acudirse a este numeral 807 cuando se intenta completar los derechos del legitimario que, sin haber sido preterido, por efecto del régimen sucesoral dispuesto por el causante no puede recibir todo lo que la ley quiere que por legítima reciba (a la que debe imputarse, creo que ya lo he dicho, lo que el reclamante hubiera recibido por anticipos o por legados, salvo que otra cosa resulte de la voluntad del de cujus).»[(489)]

Asimismo, la Casación n.° 1026-2002-Huánuco, de fecha 6 de noviembre de 2002, dispone, «Herederos forzosos que hubiesen recibido por concepto de legítima menos de lo que les corresponde, puedan pedir su reintegro, lo que se

(489) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 432.

hará reduciendo las disposiciones testamentarias. *Quinto.* Habiéndose menoscabado la legítima de uno de los herederos forzosos es aplicable el artículo 807 del Código Civil según el cual las disposiciones testamentarias que menoscaban la legítima de los herederos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren excesivas, norma prevista para aquellos herederos forzosos que hubiesen recibido por concepto de legítima menos de lo que les corresponde, puedan a través de esta norma pedir su reintegro, lo que se hará consecuentemente, reduciendo las disposiciones testamentarias.»[490]

Finalmente, tenemos la Casación n.° 2870-2007-Cajamarca, de fecha 23 de julio de 2008, la misma que dispone que, «El heredero que alegue daño a sus derechos expectaticios ostenta legitimidad para demandar nulidad de donación de inmueble *sub litis*. *Quinto.* La actora ha afirmado que, en su calidad futura de heredera forzosa de su madre, le asiste el derecho de demandar la nulidad del acto jurídico de donación que esta hiciera del único bien de su propiedad, afirmación que resulta suficiente para otorgarle la legitimidad que reclama. Si la demandante tiene o no la calidad actual de heredera forzosa de su madre, si tal calidad es requisito indispensable para interponer una demanda de nulidad de acto jurídico, si la donación del inmueble sublitis afecta o no el tercio de libre disponibilidad, o si correspondía dilucidar la presente causa en una vía distinta a la nulidad entre otros posibles cuestionamientos, constituyen aspectos que de ninguna manera pueden ser analizados a través de una defensa de forma como la planteada, sino que corresponden ser dilucidados al emitir el respectivo juicio de fundabilidad; exponiendo la debida motivación fáctica, jurídica y doctrinaria que sustente la decisión de los magistrados. Basta entonces que la actora señale tener derechos expectaticios sobre el inmueble donado para que su legitimidad se configure y pueda considerársele como parte activa de la relación jurídica procesal.»[491]

(490) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 640 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, pp. 410-411.

(491) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 640.

# CAPÍTULO TERCERO
# NULIDAD

## NULIDAD Y ANULABILIDAD DE TESTAMENTO

**Artículo 808**.- Es nulo el testamento otorgado por menores de edad. Es anulable el de las demás personas comprendidas en el artículo 687.

*El texto del artículo 808 no responde al texto del Código de 1984. Es fruto de la modificación introducida por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, decreto legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. El texto original del precepto era el siguiente:*

***Artículo 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 artículo 687.*

---

Estudiamos en su momento los supuestos que la ley peruana contempla sobre las personas que se hallan en la imposibilidad de otorgar testamento. Recordaremos que son, en primer lugar, los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46 (cuando cesa la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio) y, en segundo lugar, los comprendidos en el artículo 44, incisos 6, 7 y 9 (los ebrios habituales, los toxicómanos y las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad).

Para el caso de las personas menores de edad (salvo lo dispuesto en el artículo 46, antes recordado), tengan la edad que tengan, el testamento que

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

ellas otorguen es nulo. Esto a diferencia de lo que ocurre con los demás actos jurídicos,[492] en los que algunos actos serán nulos y otros anulables.

Ahora bien, entendemos que, en los casos de las personas indicadas en los incisos 6 y 7 del artículo 44, el testamento no sea nulo, sino anulable, en la medida en que en tales supuestos tanto los ebrios habituales como los toxicómanos podrían otorgar testamento en momentos en que no se hallen bajo el efecto de tales sustancias. Creemos que, si éste fuere el caso, no habría problema para que sean considerados actos válidos; pero si hubiesen sido otorgados en estado de ebriedad o bajo la influencia de las drogas, se trataría de actos anulables.

Pero resulta absurdo que se considere que los testamentos otorgados por una persona que se encuentra en estado de coma sean válidos, en la medida en que, precisamente por encontrarse en ese estado (el mismo que implica inconsciencia absoluta), no podría otorgar testamento. De modo tal que, si hubiere un testamento otorgado por una persona en estado de coma, en el tiempo en el que se encontraba en ese estado, no cabe duda de que deberá ser un testamento falsificado, es decir nulo; y, de ninguna manera, anulable. Por lo demás, queda claro que los apoyos de esa persona no tienen la facultad de otorgar testamento por ella. El testamento es un acto personalísimo.

En esa línea, sobre la incapacidad para testar, la Casación n.° 3008-2011-Lima, de fecha 23 de julio de 2012, ha establecido que, «La incapacidad para testar debe existir y se juzgará con referencia al momento en que el testamento fue otorgado. *Séptimo.* Nuestro Código Civil regula determinados supuestos en los que una persona se encuentra incapacitada para otorgar testamento. En efecto, el inciso tercero del artículo 787 del Código Civil, establece que son incapaces de otorgar testamento los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesaria para el otorgamiento de este acto. *Octavo.* Al respecto, Zárate Del Pino, comentando sobre dicha causal de incapacidad refiere que ésta se encuentra referida a aquellas personas que sin padecer enfermedades mentales, retardo mental, deterioro mental, ebriedad habitual o toxicomanía, se encuentran transitoriamente privadas del uso normal de sus facultades psíquicas al momento de otorgar testamento; es decir, nos encontramos frente a un estado de anormalidad meramente pasajera, tales como la embriaguez, estados

(492) Sobre este particular, recomendamos la lectura de nuestra obra Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las Personas. Naturales y jurídicas.* Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 111-115. Ver también: Castillo Freyre, Mario. «El artículo 1358 del Código Civil». En: *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje.* (Quinta parte). Biblioteca de Arbitraje. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2020, volumen 81, pp. 63-73.

hipnóticos, estados de alteración intensa, entre otros. *Noveno.* Un aspecto que resulta relevante destacar en cuanto a dicha causal es que la incapacidad para testar debe existir y se juzgará con referencia al momento en que el testamento fue otorgado, no siendo relevante determinar si dicha capacidad existía o no en el momento del fallecimiento del testador pues la capacidad sobrevenida no logra convalidar los actos practicados por la persona cuando era incapaz. Sobre el particular, Lohmann Luca de Tena, refiere que lo que importa en este caso en particular es que la duración de la incapacidad por lucidez mental o de la libertad sea lo suficientemente extensa como para cubrir el tiempo en que se supone fue confeccionado el testamento.»[493]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[494] pensábamos que el artículo 808 podría tener otra redacción: «La nulidad y anulabilidad del testamento se rigen por lo dispuesto en los artículos 219 a 225, en cuanto resulten aplicables, además de lo dispuesto en este capítulo.»

En esa oportunidad señalábamos que tal como había sido expresado por nosotros en los conceptos generales de la segunda parte de esta obra, estimamos que una de las variaciones sustanciales que debía operar en el Código Civil es la de que cada vez con mayor amplitud sean aplicables las disposiciones generales del Título Preliminar y de los libros de Acto Jurídico y Derecho de las Obligaciones.

En tal sentido, considerábamos conveniente que los rubros de nulidad y anulabilidad de los testamentos se rijan precisamente por las disposiciones generales de nulidad y anulabilidad, que para el caso que nos ocupa resultan ser los artículos 219 a 225, en lo que fueren aplicables.

Dentro de tal orden de ideas, procedíamos también a derogar la mayoría de normas del capítulo tercero del Título IX.

Señalábamos que era claro que el artículo 809 era prescindible al referirse a supuestos de vicios de la voluntad que afectan a los testamentos.

Por otra parte, el tema regulado por el artículo 810, que hoy es un supuesto de nulidad, pasaba a ser –dentro de nuestras ideas expresadas en 1998– un supuesto de caducidad testamentaria, al haber sido incluido dentro de los casos contemplados en el inciso 1 del artículo 805.

(493) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 640-641.
(494) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 557-558.

EDITORIAL MANUEL CASTILLO FREYRE

De otro lado, señalábamos que el artículo 811 no aporta nada nuevo, ya que –en otras palabras– lo que establece es que el testamento es nulo cuando se incumpla con cualquiera de los requisitos esenciales prescritos por la ley para cada uno de los testamentos ordinarios; y dichas nulidades se deducen claramente de cada uno de los supuestos ahí señalados. Lo mismo podría decirse de la nulidad de los testamentos especiales (artículo 813). Por lo demás, la regulación del tema de la anulabilidad testamentaria por defectos en la forma, regulada en los artículos 812 y 813, más que aclarar las cosas, las confunde. El único artículo del capítulo tercero que hacíamos subsistir con su redacción original era el 814, que establece la nulidad del testamento otorgado en común por dos o más personas.

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[495] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la modificación del artículo 808, por una norma de texto siguiente:

> **Artículo 808**.- Nulidad de testamento.
>
> Es nulo el testamento otorgado por persona que, al momento de testar, carece de capacidad de discernimiento.

Como hemos estudiado, este artículo dispone que «Es nulo el testamento otorgado por menores de edad. Es anulable el de las demás personas comprendidas en el artículo 687.»

Debemos dejar sentado que la comisión no partió en su análisis del tema, del artículo en vigencia, sino del texto que ya se encontraba modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384.

La norma propuesta por el grupo de trabajo era altamente defectuosa, pues planteaba que sea nulo el testamento otorgado por persona que, al momento de testar, carece de capacidad de discernimiento.

Era defectuosa, en primer término, porque no hacía referencia a los casos del artículo 687, que comprenden (inciso 1) a los menores de edad, salvo lo previsto en el artículo 46 (relativo a la capacidad adquirida por matrimonio o título oficial), lo que significaría que los menores de edad, en la lógica del anteproyecto, estarían imposibilitados de otorgar testamento, pero si lo otorgasen

(495) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 194.

(y tuvieren discernimiento, naturalmente), tal testamento no sería nulo. Lo propio ocurriría con el testamento de los ebrios habituales, los toxicómanos y el de las personas que se encuentren en estado de coma (aplicación del artículo 44, incisos 6, 7 y 9, por remisión del artículo 687).

Queremos dejar sentado que debería eliminarse, eso sí, la remisión al artículo 687, inciso 9, por razones obvias, pues, como ya lo hemos expresado, quien se halla en estado de coma no puede otorgar testamento, no por el hecho de que una norma legal se lo impida, sino simple y llanamente porque su estado no se lo permite.

Es obvio que, si otorga testamento, es porque ya salió del estado de coma.

En conclusión, creemos que la norma en vigencia (artículo 808) es adecuada, no habiendo necesidad de modificarla; menos aún en el sentido que proponía el grupo de trabajo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## ANULABILIDAD DE TESTAMENTO POR VICIOS DE LA VOLUNTAD

**Artículo 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.

El artículo 809 se encarga de regular los testamentos afectados por algún vicio de la voluntad.

Nosotros ya hemos estudiado el tema de los vicios de la voluntad, en otra obra a la que remitimos al lector.(496) Pero el tema es abordado de manera particular en sede testamentaria. Veamos:

a) Testamento viciado por dolo, intimidación o violencia

En estos casos, regirán las disposiciones generales de acto jurídico respecto de la posibilidad de anular el testamento que se encontrare viciado por alguna de estas causales, razón por la cual no abundaremos sobre el particular. Solamente debemos decir que la nulidad podrá ser total o parcial; en este último caso, si la nulidad de una o más disposiciones del testamento no perjudicara a las otras (argumento del primer párrafo del artículo 224 del propio Código Civil).

Al respecto, Emilia Bustamante Oyague comenta que, «Estos vicios de la voluntad están relacionados a la libertad con la que procede el testador, pues se exige que la manifestación de voluntad testamentaria sea libre y consciente. La violencia o intimidación en el otorgamiento de un testamento es la coacción física o moral que una persona puede ejercer sobre el testador con fines de obtener del mismo un provecho indebido para sí o para otros, de modo tal que las disposiciones puestas en el testamento están afectadas de vicios de la voluntad.»(497)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(496) Se trata de CASTILLO FREYRE, Mario y Giannina MOLINA AGUI. *Acto jurídico. Op. cit.*, pp. 257-298.
(497) BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 441.

b) Testamento viciado por error

El artículo 809 señala que 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.

De la lectura de la norma pareciera que se quiere restringir la anulación del testamento por error a los casos señalados en el precepto, vale decir, a casos de errores que sean manifiestos en el mismo texto del testamento. No obstante, ella no podría interpretarse de esa forma (argumento a contrario o *a contrario sensu*), pues no se trata de un supuesto restrictivo ("sólo", "únicamente", etc.), razón por la cual, por más de que ésta no haya sido la voluntad del legislador de 1984, la interpretación correcta es aquella que permite anular un testamento por cualquiera de los tipos de error, naturalmente, en cuanto sean pertinentes a la naturaleza de este acto jurídico.

Al respecto, observamos la Casación n.° 1507-2002-Lima, de fecha 2 de noviembre de 2003, que dispone, «Anulabilidad del testamento porque el otorgante erróneamente ha declarado como suyos algunos bienes. *Sétimo*. La Sala superior, al emitir su decisión, ha aplicado la norma contenida en el artículo 809 del Código Civil. Dicha norma señala que 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 para disponer de sus bienes. En el presente caso es evidente que existe un error esencial en la cláusula cuarta del referido testamento al declarar el otorgante como de su exclusiva propiedad los bienes descritos en dicha cláusula, situación que inclusive se ratificó en la parte final de la cláusula sexta del mismo instrumento, verificándose asimismo que ha sido dicho error el motivo esencial que ha dado lugar a que el testador disponga de sus bienes en la forma cómo lo hizo en las cláusulas quinta y sétima del aludido testamento sólo en favor de sus hijos. Por lo que los hechos invocados por la actora en la presente demanda para proponer la nulidad de la cláusula sexta y la anulabilidad de la cláusula cuarta del testamento se subsumen perfectamente en la forma antes glosada.»[498]

(498) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 641.

En 1998, en *Tentaciones académicas*[499] pensábamos que el artículo 809 podría ser derogado, teniendo como fundamento lo expresado en esa misma oportunidad en razón del análisis del artículo 808.

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[500] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la modificación del artículo 809, por una norma de texto siguiente:

> **Artículo 809.-** Anulabilidad de testamento por vicios de voluntad.
>
> Es anulable el testamento obtenido por la intimidación, el dolo o la captación.
>
> Son anulables las disposiciones testamentarias motivadas por error esencial de hecho o de derecho del testador.

La comisión del 2019 planteaba hacer un desarrollo mayor de las causales de anulabilidad del testamento. Estimamos innecesaria la modificación, en la medida en que no aportaba nada nuevo, salvo el incluir a la «captación» como causal de anulabilidad del testamento. El problema es que la «captación» i) no es causal de anulación de los actos jurídicos ni en el Código Civil vigente, ni en el anteproyecto del 2019; y ii) la «captación» es un término cuyos alcances pueden estar deferidos a la doctrina, pero que no es precisado en el Código Civil vigente, ni en el anteproyecto (incluida su exposición de motivos).

La norma en vigencia resulta suficiente y no ofrece problemas prácticos, que es lo fundamental que debió valorar la comisión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(499) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 558.

(500) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 194-195.

**NULIDAD POR FALSA NOTICIA DE LA MUERTE DEL HEREDERO**

**Artículo 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.

Un caso como el señalado en el artículo 810 sería de tal claridad que estaría recogiendo un supuesto manifiesto de error, pues el propio testador habrá puesto de evidencia en su segundo testamento, que éste se otorga por haber muerto la persona que había sido instituida heredera en el primer testamento. En ese orden de ideas, si resultara falsa la noticia de la muerte de la persona que había sido instituida heredera, el segundo testamento se tendrá por no otorgado y el primero se estimará como válido.

Entendemos que cuando el artículo 810 hace referencia a que el segundo testamento se considerará como no otorgado, a lo que se está refiriendo es a que el segundo resulta nulo o ineficaz. Pero estimamos que se trataría de un caso especial de nulidad y no de invalidez. Primero, porque la norma se encuentra dentro del título relativo a la nulidad de los testamentos; y, en segundo lugar, porque si el testamento se considera como no otorgado, se está refiriendo a como si no existiera. Si bien el Código Civil de 1984 no trata acerca de la inexistencia de los actos jurídicos, ocurre que la nulidad cubre en nuestro ordenamiento legal los supuestos de inexistencia.

En esa línea, Emilia Bustamante Oyague explica que, «[...] el legislador ha establecido la causal de nulidad de testamento emitido con error por falsa causa, cuando el testamento posterior fue otorgado bajo la creencia de la muerte de un heredero que fue instituido en un testamento anterior; de modo que, si este presupuesto deviene en falso o es contradicho por la realidad, entonces se considerará válido el primer testamento, mientras que el segundo testamento no surtirá efecto alguno por adolecer de dicho vicio de nulidad.»[501]

Para Guillermo Lohmann, «La sana interpretación de la norma es que el segundo testamento se tenga por no otorgado solamente en aquella parte que lesione la institución o asignaciones del heredero referido en el primero y dado

(501) BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 445.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

equivocadamente por muerto en el segundo. En todo lo demás no afectado por la errónea creencia, soy del parecer que este segundo debe valer.»[502]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[503] pensábamos que el artículo 810 podría ser derogado, teniendo como fundamento lo expresado en esa misma oportunidad en razón del análisis del artículo 808.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(502) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 400.
(503) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 558.

## NULIDAD POR DEFECTOS DE FORMA

**Artículo 811**.- El testamento es nulo de pleno derecho, por defectos de forma, si es infractorio [*sic*] de lo dispuesto en el artículo 695 o, en su caso, de los artículos 696, 699 y 707, salvo lo previsto en el artículo 697.

Como se recuerda, el artículo 695 del Código Civil establece que las formalidades de todo testamento son la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, salvo lo dispuesto en el artículo 697. Las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a los de otra.

Por su parte, el artículo 696 señala las formalidades del testamento por escritura pública; el 699, las formalidades del testamento cerrado y el 707, las formalidades del testamento ológrafo.

El artículo 811 es muy claro al establecer que el testamento es nulo de pleno derecho, por defectos de forma, si infringe lo dispuesto en el artículo 695 o, en su caso, de los artículos 696, 699 y 707, salvo lo previsto en el artículo 697. La norma bajo comentario es muy importante, en la medida en que los testamentos, como hemos estudiado, son actos fundamentalmente formales. Queda en evidencia que los testamentos, por lo dispuesto en el artículo 811, son actos de forma solemne (*ad solemnitatem*), de ahí que la infracción a la norma ocasiona la nulidad del acto, al existir un precepto (el artículo 811), que dispone esa nulidad de manera expresa.

Esta disposición guarda concordancia con lo establecido en el inciso 6 del artículo 219 del Código Civil, que regula las causales de nulidad del acto jurídico:

> **Artículo 219.-** El acto jurídico es nulo:
>
> 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
>
> 2.- Derogado.
>
> 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
>
> 4.- Cuando su fin sea ilícito.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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 artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Al respecto, Fernández Arce comenta que, «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 realmente 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.»(504)

En materia jurisprudencial observamos la Casación n.° 5507-2009-Cusco, de fecha 26 de abril de 2010, que dispone, «*Octavo.* [...] [En] la sentencia de vista se determinó que el testamento objeto de litis es nulo en razón a que no fue redactado por el notario y porque no todas sus hojas fueron suscritas por el testador, el mismo notario y los testigos, cuando estas circunstancias ya fueron plenamente acreditadas en las instancias respectivas, por lo que la sala superior aplicó la consecuencia jurídica contenida en el artículo 811 del Código Civil que sanciona con nulidad del testamento otorgado por escritura pública, cuando se infracciona lo dispuesto en artículo 696, incisos 3 y 4; pretendiendo entonces la recurrente una revaloración de las pruebas, lo cual no está permitido en sede casatoria por contravenir los fines del recurso de casación.»(505)

En el mismo sentido, la Casación n.° 2202-99-Lima, de fecha 7 de diciembre de 1999, señala, «*Décimo segundo.* [El] Código sustantivo en su artículo 811 sanciona con nulidad el testamento otorgado con defectos de forma y dispone que el testamento es nulo de pleno derecho por defectos de forma si es infractorio de lo dispuesto en el artículo 695 o en su caso de los artículos 696, 699 y 707, salvo lo previsto en el artículo 697. *Décimo Tercero.* [A] pesar de esta clara disposición legal y de incumplirse en el testamento materia del proceso la condición esencial prevista en el inciso 3 del artículo 699 del acotado,

(504) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 843-844.
(505) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 642.

lo que determina que el testamento es nulo de pleno Derecho, las sentencias inferiores han declarado fundada la demanda de comprobación de testamento cerrado, aplicando indebidamente el artículo 695 del Código Civil e inaplicando los artículos 699 y 811 del Código acotado.»[506]

Adicionalmente, la Casación n.° 4327-2007-Lima, de fecha 15 de noviembre de 2007, determina, «*Décimo sexto.* [Teniendo] el testamento ológrafo una forma *ad solemnitatem*, [...] la inobservancia en cuanto a su forma prevista en el artículo 707 del Código Civil se sanciona con nulidad.»[507]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[508] pensábamos que el artículo 811 podría ser derogado, teniendo como fundamento lo expresado en esa misma oportunidad en razón del análisis del artículo 808.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(506) *Loc. cit.*

(507) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 642 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 412.

(508) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 558.

### Anulabilidad por defectos de forma

**Artículo 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.

Complicado comentar los alcances del artículo 812, en la medida en que el artículo 811 establece sanción de nulidad para cuando se produzca el incumplimiento de los requisitos formales establecidos por la ley para la generalidad de testamentos y para cada modalidad en particular.

Entonces, la pregunta que fluye de la lectura del artículo 812 es la relativa a cuáles podrían ser esos otros defectos de formalidad que podrían dar lugar, no a la nulidad, sino a la anulación del testamento.

En el testamento por escritura pública queda claro que la infracción de alguno de los requisitos del artículo 696 dará lugar a la nulidad del testamento, pero también queda claro que la infracción de lo dispuesto en alguna de las otras normas que regulan este tipo de testamento debería dar lugar a la nulidad. Por ejemplo, no debería ser válido el testamento en el supuesto del artículo 697, relativo al testigo testamentario a ruego, en caso el testador sea analfabeto.

Entonces se podría pensar en el supuesto de interrupción del acto testamentario y su reinicio, regulado en el artículo 698, pero ocurre que ese es, precisamente, el primer requisito contenido en el artículo 696 y cuyo incumplimiento se sanciona con nulidad por el artículo 811.

Entonces, no nos quedarían más normas del testamento por escritura pública, cuya infracción u omisión no dé lugar a la nulidad del testamento, sino a su anulación, lo que dejaría sin supuestos de anulación el contravenir las formalidades del testamento por escritura pública.

En lo que respecta al testamento cerrado, el artículo 811 sanciona con nulidad los defectos de forma establecidos por el artículo 699, razón por la cual tendríamos que ver si alguna infracción de los siguientes artículos (700 a 703) podría configurar una causal de anulación. El artículo 700 se refiere a la revocación del testamento, es decir, no tiene que ver con el tema; el artículo 701,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sobre la custodia y presentación judicial del testamento, lo que podría abrir una rendija relativa a un problema en la custodia, pero en realidad pensar esto implicaría la pérdida de la garantía relativa al contenido del sobre dentro del cual se halla el testamento, lo que no debería determinar su anulación, sino su nulidad (salvo que finalmente valga como ológrafo, tema solucionado por el artículo 703). El artículo 702, relativo a la apertura del testamento cerrado, tampoco podría dar lugar a una causal de nulidad del testamento cerrado, a menos que se considere que la infracción de las normas procesales a las que ahí se hace remisión, no constituya un tema de orden público (lo que, obviamente, no es así).

Y, finalmente, en lo relativo al testamento ológrafo, el artículo 811 sanciona con nulidad la infracción de alguna de las formalidades establecidas en el artículo 707, de manera tal que cuáles serían las otras formalidades cuyo incumplimiento podría dar lugar a la anulación del acto y no a su nulidad. Ello, además, habida cuenta de que el resto de normas que rigen la materia no se refieren a las formalidades del testamento, propiamente dichas, sino a su presentación ante el juez (artículo 708), a la apertura del testamento (artículo 709), a la traducción oficial del testamento (artículo 710) y a la protocolización del expediente (artículo 711).

Como vemos, al tiempo en que el artículo 812 señala que 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, en realidad está haciendo una indicación general y vacía de contenido, salvo que a lo que se estuviera refiriendo es a las causales de anulación de los actos jurídicos en general, lo que, obviamente, carecería de sentido.

Luego de establecer este supuesto vacío de contenido, el artículo 812 señala que 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. La nula aplicación del artículo 812 nos releva de tener que comentar este extremo de la norma.

Sobre la disposición bajo análisis, Augusto Ferrero comenta, «Tal como hemos explicado al analizar el artículo 811, al calificar este de nulos los testamentos que carezcan de las formalidades generales establecidas en el artículo 695 y de las esenciales prescritas para el testamento en escritura pública, el cerrado y el ológrafo, la anulabilidad dispuesta en el artículo 812 opera solo para el testamento militar y el testamento marítimo. Originalmente, la norma estuvo proyectada para que la anulabilidad procediera contra las disposiciones menos importantes, quedando sujetas las fundamentales a la nulidad prevista

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en el artículo 811. La inclusión por el legislador de todos los requisitos esenciales de los testamentos ordinarios como causas de nulidad ha producido, como consecuencia, que el artículo 812 se aplique solo a la anulabilidad de los testamentos especiales.»[509]

En contraste, Guillermo Lohmann señala que, «En materia de formalidades el legislador ha dedicado todo un título. Y al referirse a los testamentos ordinarios hay sendos artículos –696, 699 y 707 C.C.– que mencionan lo que califican de formalidades esenciales. O sea, que hay formalidades que no son esenciales y que por eso no han sido mentadas en esos artículos. Lo que ocurre (y en eso respetuosamente disiento de Lanatta y de Ferrero), es que en este (numeral 811 C.C.) o en aquellos (numerales 696, 699 y 707 C.C.) no están todas las formalidades. [...] Pero hay otras dos razones además de la anterior. La primera está en el propio precepto. Alude a "las demás formalidades señaladas para la clase de testamento empleada por el testador". Y esa clase puede ser cualquiera, no necesariamente especial militar o marítima. Y eso entronca con la segunda razón. Y es que el último párrafo del artículo 813 C.C. establece la anulabilidad de los testamentos especiales "en el caso del artículo 812". O sea, cuando no se cumplen las formalidades no esenciales (es decir, las demás). La segunda regla del artículo 812 C.C. sobre anulabilidad tampoco es razonable que quede restringida a los testamentos especiales y sin efecto para los ordinarios, como propugnan Lanatta y Ferrero. Esta segunda regla recoge principios perfectamente aplicables a todos los testamentos anulables: la implícita confirmación y la prescripción a los dos años, mal llamada caducidad en la norma que se analiza. Estos dos principios son comunes a todos los casos de anulabilidad y ya se encuentran previstos en nuestro Código Civil.»[510]

Adicionalmente, Benjamín Aguilar señala, «Un comentario obligatorio que tenemos que hacer de la norma referida, es que peca de no tener claridad, y más bien lleva a la confusión, en tanto que pareciera ser que el legislador trata las formalidades ordinarias del testamento graduándolas, por lo que habrían unas tan trascendentes que su incumplimiento llevaría a la declaración de nulidad, como serían los casos de los artículos 811 y 813, mientras que otras simplemente llevarían a la nulidad relativa, pero ello no es así; ya que en sede de testamentos, la formalidad es esencial. Sobre el particular, ya hemos revisado los alcances del artículo 695 del Código Civil, en consecuencia, el no cumplimiento de las formalidades, trae como consecuencia la nulidad del

(509) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 621.
(510) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, pp. 407-408.

testamento y no su anulabilidad; entonces a qué supuesto se está refiriendo la norma, qué otras formalidades existen en el testamento cuyo incumplimiento no demandaría su nulidad.»[511]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[512] pensábamos que el artículo 812 podría ser derogado, teniendo como fundamento lo expresado en esa misma oportunidad en razón del análisis del artículo 808.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(511) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones*. *Op. cit.*, p. 469.
(512) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. *Op. cit.*, tomo I, p. 559.

## NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LOS TESTAMENTOS ESPECIALES

**Artículo 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 artículo 812.

La lógica del artículo 813 es la misma que la del artículo inmediato precedente. Las formalidades de los testamentos especiales deben cumplirse y su infracción acarrea la nulidad, pero en casos muy específicos señalados por la ley. Concretamente, el artículo bajo comentario se refiere a la forma escrita, la firma del testador o de la persona autorizada para recibirlos, vale decir a tres requisitos concretos.

En este caso, la ley no tiene la severidad del artículo 812, en la medida en que, como todos sabemos, los testamentos especiales se otorgan en condiciones, también, especiales (una guerra, un viaje marítimo o aéreo, en el extranjero, en peligro de muerte, etc.). En ese sentido, resulta explicable que la ley sea más permisiva ante la omisión o infracción de alguna formalidad establecida por el Código Civil, salvo en lo que respecta a la forma escrita, la firma del testador o de la persona autorizada para recibirlos, dado que estos tres requisitos de forma se consideran básicos. Entonces, tiene lógica la disposición del artículo 813, bajo comentario, en la medida en que ante el incumplimiento de alguna de las otras tantas formalidades que establece la ley para estos testamentos especiales, la sanción no sea la nulidad sino la anulabilidad.

Para terminar, debemos decir que el artículo 813 no establece algo similar a la parte final del artículo 812, cuando señala que la acción no puede ser ejercida en este caso por quienes ejecutaron voluntariamente el testamento, y que caduca a los dos años contados desde la fecha en que el heredero tuvo conocimiento del mismo. En ese sentido, al tratarse de una norma de excepción, ella no puede aplicarse por extensión o por analogía al artículo 813, lo que determina que no exista para el 813 la restricción relativa a quienes ejecutaron voluntariamente el testamento; y el plazo de caducidad de dos años. Aquí se aplica la norma general de prescripción de la acción (pretensión) personal, vale decir, diez años, según lo dispuesto por el artículo 2001, inciso 1 del propio Código Civil. Ello puede parecer muy extenso, pero esto no es sino el resultado de no haber repetido la fórmula del artículo 812 en el artículo 813.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Parecer diferente tiene Juan Olavarría, quien señala que, «Es también aplicable a este artículo la solución contenida en la segunda parte de la norma anterior, en el sentido de que la acción no podrá ser ejercida por quienes ejecutaron voluntariamente el testamento al margen de que hayan o no sacado algún provecho o beneficio de las disposiciones testamentarias, en razón a que la norma no distingue ni discrimina en ese sentido.»(513)

Discrepamos del profesor Olavarría por las razones señaladas anteriormente.

Respecto de la presente disposición, Guillermo Lohmann precisa, «Solo quiero reiterar aquí lo ya dicho en otras ocasiones: no existe nulidad de pleno derecho. Toda nulidad debe ser solicitada y declarada judicialmente.»(514)

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(515) pensábamos que el artículo 813 podría ser derogado, teniendo como fundamento aquello que expresamos en esa misma oportunidad en razón del análisis del artículo 808.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(513) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 195.
(514) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 409.
(515) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 559.

## Nulidad de testamento común

**Artículo 814.-** Es nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas.

En el Derecho peruano el testamento es un acto de carácter absolutamente personalísimo y unilateral. Personalísimo, en el sentido de que el mismo no puede ser otorgado por representante, por más de que éste tuviere las facultades e instrucciones específicas para el contenido del futuro testamento. Y es unilateral, en la medida en que se halla prohibido el otorgamiento conjunto. Lo establecido en el artículo bajo comentario no es novedad, habida cuenta de que en el Perú ello siempre ha sido así y, hasta donde llega nuestro conocimiento, sólo existen dos excepciones legislativas que establecen lo contrario dentro de la tradición jurídica romano germánica.

El carácter unilateral del testamento obedece a que el Derecho lo que busca es que el testamento refleje la auténtica voluntad de quien lo otorga y que el testador no se halle presionado por terceras personas, con quienes pueda tener cercanía familiar o afectiva.

En ese sentido, Fabián Elorriaga comenta que, «El testamento es un acto jurídico unilateral. Se perfecciona con la declaración de voluntad de una sola persona. Por eso es de aquellos negocios subjetivamente simples, puesto que no sólo es unilateral sino que además necesariamente el emisor de la voluntad es una sola persona, quedando excluida, entre nosotros, la posibilidad de que el testamento lo otorguen varios sujetos.»(516)

Para Guillermo A. Borda, «Sólo puede ser otorgado personalmente por el causante; éste no puede dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero. Es ésta una solución tradicional, de fundamentos incontestables. Se desea asegurar que el testamento sea la expresión auténtica de la voluntad del causante; se quiere evitar que el representante traicione el pensamiento de aquél y disponga de sus bienes de una manera distinta a la que era su voluntad, cosa tanto más fácil cuanto que, habiendo muerto el

(516) Elorriaga de Bonis, Fabián. *Derecho Sucesorio. Op. cit.*, p. 156.

mandante, será prácticamente imposible probar que se ha desviado del mandato y responsabilizarlo por las consecuencias de su culpa o dolo.»[517]

Para Benjamín Aguilar, «Sólo el testador puede manifestar su voluntad para ordenar su sucesión, no cabe que esta facultad se delegue. Así Holgado Valer dice que no puede delegarse su otorgamiento a otra persona, ya que el testamento es la fiel expresión independiente de la última voluntad de la persona. En este mismo sentido, Fornieles nos dice: (repugna a su naturaleza el concurso o la intervención en este de otra persona que no sea el otorgante). En el caso peruano, esta característica aparece con nitidez, no solo en el artículo 690, el cual expresa claramente que las disposiciones deben ser directa expresión de la voluntad del testador, sino también en el artículo 696, a propósito del testamento por escritura pública, en la que claramente se deja establecido que el testador deberá expresar por sí mismo su voluntad, y los artículos 690, 699, inciso 2, y 707 del Código Civil, relativos a los testamentos cerrado y ológrafo, que contienen reglas similares; por lo tanto, se prohíbe dar libertad a otro para testar en nombre del testador, y dejar disposiciones al arbitrio de un tercero, aun cuando se trate de la figura del nuncio, persona esta que, según la doctrina, lo que hace simplemente es repetir textualmente lo que es la voluntad de otra persona expresada en un documento.»[518]

Bustamante Oyague, citando a León Barandiarán, señala que, «Siendo el testamento por excelencia un acto personalísimo, es además una disposición de última voluntad de los bienes y derechos de los cuales es titular una persona, por ello debe hallarse al margen de toda coacción, de toda influencia para tener la garantía de disponer libremente. Por lo tanto, si se hace un testamento en común con otra u otras personas, ese testamento no tendría ninguna garantía porque hay que suponer que aquel que hace el testamento en común con otro se halla, indudablemente bajo la influencia de este, no tendrá la suficiente independencia, lo que la ley no puede permitir, porque de permitirla será hacer en realidad un contrato entre los que han participado en el testamento.»[519]

Es distinto el caso de los testigos en el testamento otorgado por escritura pública. Si bien es cierto que ellos escucharán el dictado del testamento al notario público, los testigos son escogidos libremente por el testador; y es obvio que el acto de otorgamiento ni siquiera tendría que ser de conocimiento por parte de los parientes o allegados del testador.

(517) Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones. Op. cit.*, tomo II, p. 138.
(518) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 304.
(519) Bustamante Oyague, Emilia. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 452.

EDICIONES CASTILLO FREYRE

Por lo demás, el otorgamiento de testamento conjunto promovería que, en el acto mismo de su otorgamiento, la otra persona exija el otorgamiento de beneficios recíprocos. Eso implica, sin duda, un arma de presión que el Derecho rechaza en aras de que el testamento refleje la auténtica voluntad de quien lo otorga.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SECCIÓN TERCERA

# SUCESIÓN INTESTADA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# TÍTULO I
# DISPOSICIONES GENERALES

## CASOS DE SUCESIÓN INTESTADA

**Artículo 815.-** La herencia corresponde a los herederos legales cuando:

1.- El causante muere sin dejar testamento; el que otorgó ha sido declarado nulo total o parcialmente; ha caducado por falta de comprobación judicial; o se declara inválida la desheredación.

2.- El testamento no contiene institución de heredero, o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye.

3.- El heredero forzoso muere antes que el testador, renuncia a la herencia o la pierde por indignidad o desheredación y no tiene descendientes.

4.- El heredero voluntario o el legatario muere antes que el testador; o por no haberse cumplido la condición establecida por éste; o por renuncia, o por haberse declarado indignos a estos sucesores sin sustitutos designados.

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.

La declaración judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada, no impide al preterido por la declaración haga valer los derechos que le confiere el artículo 664.

*El texto de este artículo no responde a la versión original del Código de 1984. El mismo fue introducido en virtud de la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. El texto de 1984 era el siguiente:*

***Artículo 815.-** La herencia corresponde a los herederos legales en los siguientes casos, cuando:*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> *1.- El causante muere sin dejar testamento, o el que otorgó fue declarado nulo.*
>
> *2.- El testamento no contiene institución de herederos, o se ha declarado la caducidad de la que contenía.*
>
> *3.- El heredero forzoso muere antes que el testador, renuncia a la herencia o la pierde por indignidad o desheredación y no tiene descendientes.*
>
> *4.- El heredero voluntario o el legatario muere antes que el testador; o por no haberse cumplido la condición puesta por éste; o por renuncia o por haberse declarado indignos a estos sucesores, sin designarse sustitutos.*
>
> *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.*

El artículo 815 trata acerca de cuáles son los supuestos de sucesión intestada. Veamos:

a) <u>El causante muere sin dejar testamento (inciso 1)</u>

El primer caso de sucesión intestada es el más obvio y común, y se presenta cuando el causante muere sin dejar testamento. En este supuesto, al no haber testamento, no existe alternativa en el plano jurídico. La sucesión será intestada.

b) <u>El testamento que otorgó el causante ha sido declarado nulo total o parcialmente (inciso 1)</u>

Se entiende claramente que, si el testamento que hubiese otorgado el causante se hubiese declarado nulo en su totalidad, corresponde una sucesión intestada. Pero si la nulidad hubiese sido sólo parcial, será sólo sobre alguna de sus disposiciones.

En esa línea, Bustamante Oyague comenta que se «Prevé el caso en que el causante sí hizo testamento, pero en este documento no instituyó herederos, entonces opera la sucesión intestada; aquí el supuesto se refiere a que, habiendo testamento, este no contiene la designación de herederos, y ello puede ocurrir cuando el testamento solo contiene disposiciones de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

carácter no patrimonial, como puede ser el reconocimiento de un hijo, o cuando solo se han hecho disposiciones de legados.»[520]

Adicionalmente, Aguilar señala que, «En cuanto al testamento declarado nulo total o parcialmente, implica que el causante sí otorgó testamento pero éste fue declarado nulo en su totalidad, como puede ser el caso del testamento que es atacado por insanía mental del causante cuando otorgó el testamento, o declarado nulo parcialmente, supuesto en el cual estaremos cuando la nulidad no es de todo el testamento sino de alguna cláusula, por ejemplo, nulidad de la cláusula en la que se legan bienes para destinarlos a fines ilícitos. En este caso, como es natural, tal cláusula no vale, pero sí las otras cláusulas que no se han visto afectadas por vicio alguno.»[521]

c) Si el testamento del causante ha caducado por falta de comprobación judicial (inciso 1).

Ya hemos estudiado el tema de la caducidad de los testamentos. Esa figura determina que el testamento deja de tener valor como tal. Podría conservar algún valor como medio de prueba de otra cosa, pero de nada en materia sucesoria. Entonces, si el testamento caduca es como si nunca se hubiese otorgado.

En esa línea, Fernández Arce precisa que este supuesto puede ocurrir en los siguientes casos, «i) 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 y ii) Cuando vence el plazo de un año desde la muerte del testador sin haberse solicitado la comprobación y protocolización del testamento ológrafo, Art. 707, segunda parte del Código Civil.»[522]

d) Si se declara inválida la desheredación (inciso 1)

Como sabemos, la desheredación se hace por testamento. Entonces, si ella fuese declarada nula, la sucesión de aquél que fue desheredado ilegalmente deberá conocerse en una sucesión intestada.

(520) Bustamante Oyague, Emilia. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 457.
(521) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 177.
(522) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 669.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

e) El testamento no contiene institución de heredero (inciso 2)

Si el testamento contuviere disposiciones de diverso tipo, patrimoniales (como institución de legatarios) o extrapatrimoniales, pero no hubiese institución de heredero, la sucesión será intestada para ellos. En buena cuenta, la pregunta es si pueden convivir una sucesión intestada con una testamentaria sobre el mismo causante.

Al respecto, Augusto Ferrero comenta, «La sucesión es mixta cuando el testamento no contiene institución de herederos (se supone que comprende únicamente disposiciones de carácter no patrimonial o que deja solo legados), o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye (artículo 815, inciso 2), o cuando el testador, que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos en testamento, no ha dispuesto de todos sus bienes en legados.»

Para Guillermo Lohmann, «La necesidad de llamamiento legal en este caso se hace evidente por las razones ya expresadas. Esto es, tiene que haber un continuador de las posiciones jurídicas del causante que no hayan sido asignadas testamentariamente a otra persona, de manera directa o indirecta (por sustitución, representación o acrecencia).»[523]

f) Si se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que instituye heredero (inciso 2)

En este caso, al no haber heredero testamentario, la sucesión, por fuerza de las circunstancias, será intestada.

g) El heredero forzoso muere antes que el testador (inciso 3)

Si el heredero forzoso muere antes que el testador, es claro que ese heredero no tendrá tal condición con respecto al testador. A lo mejor, el testador termina heredando al heredero forzoso que murió antes que él.

Para Augusto Ferrero, «Este inciso resulta innecesario por cuanto se refiere en todos los casos a la caducidad de la institución de heredero, figura contemplada en el inciso anterior. Además, la redacción no es precisa, pues hay herederos forzosos que pueden estar en esa situación y tener descendientes, y sin embargo caducar su institución por no darse la representación, cual es el caso de los ascendientes y del cónyuge. La

(523) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 427.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

disposición debería haber dicho "cuando no hay representación" en lugar de "y no tiene descendientes".»[524]

h) El heredero renuncia a la herencia y no tiene descendientes (inciso 3)

Hemos visto en reiteradas ocasiones que la renuncia a la herencia tiene efectos personales y que, si el renunciante tuviera herederos forzosos, éstos heredarán en representación del renunciante. Pero si este último careciera de herederos, entonces simplemente no habrá heredero testamentario y la sucesión será intestada.

i) El heredero pierde la herencia por indignidad y no tiene descendientes (inciso 3)

Idéntica situación ocurre en este supuesto, habida cuenta de que el indigno para suceder pierde la herencia, pero sus descendientes lo representan. En caso no hubiera descendientes, el heredero testamentario dejará de serlo y la sucesión deberá ser intestada.

j) El heredero pierde la herencia por desheredación y no tiene descendientes (inciso 3)

Aplicamos a este supuesto, *mutatis mutandis*, lo señalado en el acápite inmediato anterior.

k) El heredero voluntario o el legatario muere antes que el testador (inciso 4)

En este caso, al producirse primero la muerte del heredero voluntario o del legatario instituidos por testamento, se abre paso la sucesión intestada.

Para Benjamín Aguilar, «Debe entenderse este supuesto referido a la designación de un solo heredero voluntario, que no resulta hábil para heredar por premorencia, indignidad o renuncia, pues si fueran varios herederos voluntarios y uno de ellos es inhábil su parte acrecerá la de los otros herederos voluntarios, si se da el supuesto del artículo 774 del Código Civil; o si se trata de varios herederos voluntarios, todos ellos hermanos del causante y uno de ellos resulta inhábil y deja descendientes, entonces aquí cabe la representación sucesoria.»[525]

(524) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 114.
(525) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 178.

FONDO MARIO CASTILLO FREYRE

l) Por no haberse cumplido la condición establecida por el testador (inciso 4)

Si la institución de heredero voluntario o de legatario fue hecha mediando una condición suspensiva que no se verificó, entonces, ese heredero o ese legatario no tendrán tal calidad, razón por la cual corresponde la sucesión intestada.

m) Por renuncia de los sucesores designados y no haber sustitutos legales (inciso 4)

Si los herederos voluntarios o los legatarios renunciasen a la herencia o legado y el testador no hubiere contemplado sustitutos en el testamento, la sucesión también será intestada.

n) Por haberse declarado indignos a los sucesores legales y no haber sustitutos designados (inciso 4)

Lo propio ocurre cuando se ha declarado indignos a los sucesores legales y no haya sustitutos designados.

o) El testador que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos en testamento (inciso 5)

Resulta claro que, si el testador no tuviere herederos forzosos ni voluntarios, la sucesión será intestada.

p) El testador 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 (inciso 5).

Si el testador no hubiere dispuesto de todos sus bienes en legados, ello significará que existe otra porción sin titular específico, razón por la cual allí corresponderá una sucesión intestada, precisamente respecto de aquellos bienes sobre los cuales no dispuso.

Al respecto, Guillermo Lohmann comenta que, «Lo que puede ocurrir es que al momento de hacer el testamento su autor creyera haber dispuesto de todo, pero olvidara o ignorara tener derecho sobre algo más, o que después de haber hecho el testamento adquiera patrimonio adicional. Sobre este patrimonio no

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

dispuesto o adicional, respecto de lo cual no hay disposición, debe llamarse a los herederos legales, en defecto de institución testamentaria.»[526]

El artículo 815 contiene un párrafo final en el cual establece que la declaración judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada no impide al preterido por la declaración que haga valer los derechos que le confiere el artículo 664. Como se recuerda, este precepto señala que el derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él. La norma agrega que, a esta pretensión, puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos. Finaliza el precepto indicando que las pretensiones a que se refiere este artículo son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento. La referencia al artículo 664, citado, resulta pertinente en salvaguarda de los derechos de los herederos vía la acción (pretensión) petitoria de herencia.

Finalmente, en materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 1380-T-97-Junín, de fecha 24 de abril de 1998, que precisa los supuestos de la sucesión intestada, «Procedencia de la sucesión intestada. Supuestos. *Quinto.* [El artículo 815 del Código Civil] establece claramente los casos de procedencia de la sucesión intestada, cuando no existe testamento, cuando éste no contiene institución de heredero o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye, que el heredero forzoso muere antes que el testador, renuncie a la herencia o la pierde por indignidad, desheredación o no tiene descendientes, que el heredero voluntario o el legatario muere antes que el testador o por no haberse cumplido la condición establecida por éste, por renuncia o por haberse declarado indignos a estos sucesores sin sustitutos designados y cuando el testador que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos en testamento, no ha dispuesto de todos sus bienes en legado.»[527]

(526) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 431.
(527) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 644 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 414.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Órdenes sucesorios

**Artículo 816**.- Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

*El texto de este artículo no responde al texto original de 1984. El precepto en vigencia es fruto de la modificación operada por el artículo 6 de la Ley n.° 30007, publicada el 17 de abril de 2013. La norma de 1984 era la siguiente:*

***Artículo 816**.- Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grados de consanguinidad.*

*El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.*

---

El artículo 816 es el relativo a los órdenes sucesorios, los mismos que pueden ser esquematizados de la siguiente manera:

- Primer orden: Los hijos y demás descendientes; y, si hubiere cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho, concurre con ellos en la herencia.
- Segundo orden: Los padres y demás ascendientes; y, si hubiere cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho, concurre con ellos en la herencia.
- Tercer orden: El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Cuarto orden: Los parientes colaterales del segundo grado de consanguinidad.
- Quinto orden: Los parientes colaterales del tercer grado de consanguinidad.
- Sexto orden: Los parientes colaterales del cuarto grado de consanguinidad.

La norma es muy clara. Sólo queremos precisar que, en relación con los grados de parentesco, remitimos al lector a las consideraciones vertidas en nuestro libro de Derecho de Familia.(528)

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 2026-2016-Junín, de fecha 21 de octubre de 2016, «El yerno puede solicitar la partición de la herencia dejada por su suegra a su esposa fallecida. *Sexto.* [...] [De] lo actuado se advierte que [...] el actor [el yerno] no pretende heredar por representación a su suegra [...] G. G. P., dado que, en los términos del artículo 681 del Código Civil, ello exigiría ser descendiente de dicha señora y que su esposa hubiera muerto antes que esta, sino el derecho que alega es el de sucesor directo de H. O. G. [su esposa], dado que ella sobrevivió a su causante (G. G. P.) y los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia ya ingresaron a su patrimonio. De allí que sus herederos, entre ellos su cónyuge [H. O. G.], puedan reclamar el porcentaje que les corresponde. En tal sentido, no siendo los hechos que se exponen en el recurso congruente con lo establecido en el proceso, el recurso debe ser declarado improcedente.»(529)

Asimismo, la Casación n.° 2731-98-Lima, de fecha 3 de mayo de 1999, determina, «Órdenes sucesorios. Aplicación del principio de mejor derecho. Concurrencia de herederos en línea colateral ascendente y descendente. *Primero.* [El] artículo 816 del Código Civil establece de manera taxativa el orden sucesorio, del modo siguiente, que son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grados de consanguinidad. Asimismo, que el cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en el referido artículo. [...] *Octavo.* [Consecuentemente, teniendo en consideración que la causante a su fallecimiento no dejó ascendientes ni descendientes en línea recta, entonces

(528) Castillo Freyre, Mario. *Derecho de Familia. Op. cit.*, tomo I, pp. 78-84.
(529) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 645.

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

les corresponde heredar a los parientes colaterales, teniendo mejor derecho los más próximos a los más remotos. Siendo que, son parientes colaterales de la causante, en un mismo orden sucesorio tanto sus tías (demandantes) como sus sobrinos (demandados), encontrándose todos ellos en el quinto orden sucesorio por el tercer grado de consanguinidad respecto a la causante [...]. Por ello, debe concluirse que tanto las actoras como los demandados tienen derechos sobre la herencia dejada por la citada causante en partes iguales.»[530]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[531] pensábamos que el artículo 816 podría tener un texto diferente, el mismo que, considerando la modificación legislativa operada en la norma en el año 2013, podría leerse así: «Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto orden, los hermanos y sus descendientes; del quinto y sexto órdenes, respectivamente, los demás parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.– El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.»

Ocurría que al haber hecho nuestra la idea del profesor Augusto Ferrero en relación con el artículo 683, cuyos fundamentos reprodujimos oportunamente, nos correspondía también asumir sus consideraciones sobre el artículo 816,[532] respecto del cual anota que el cambio del cuarto orden sucesorio deviene en concordancia indispensable con el texto que él proponía para el artículo 683.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(530) *Loc. cit.*

(531) Castillo Freyre, Mario *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 559.

(532) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, p. 43.

## Exclusión sucesoria

**Artículo 817**.- Los parientes de la línea recta descendente excluyen a los de la ascendente. Los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos, salvo el derecho de representación.

El tema de los órdenes sucesorios tiene por objeto, precisamente, el determinar quiénes deben heredar; razón por la cual, resulta evidente que tales órdenes deberán ser excluyentes o, a lo más, complementarios, como ocurre en el caso del tercer orden, que complementa o participa con los herederos de primer orden o segundo orden, según corresponda.

En ese sentido, la ley prefiere a los parientes de línea recta descendente por sobre los parientes de línea recta ascendente. Esto es así, en razón a que el legislador entiende, como ya ha sido expresado por nosotros en esta obra, que los parientes en línea recta descendente, es más probable que tengan más requerimientos o necesidades económicas que los de línea recta ascendente. Sabemos que esto no siempre es así, pero se trata de una opción que, a nuestro modo de ver, no admitiría una solución legislativa en sentido opuesto.

Sobre la presente disposición, Guillermo Lohmann precisa que, «Aunque el precepto solo alude a parientes, para sus fines y en conexión con el artículo anterior, debe entenderse que, por excepción, esta norma incluye al cónyuge, aunque no sea pariente, o en su caso al integrante sobreviviente de la unión de hecho. Por lo tanto, no habiendo descendiente (primer orden) ni ascendientes (segundo orden) con los cuales el cónyuge o el integrante sobreviviente de la unión de hecho, tiene derecho de concurrencia, la herencia le es deferida exclusiva y totalmente, con preferencia a los hermanos y demás parientes colaterales.»[533]

En esa línea, Bustamante sostiene que, «Si bien los órdenes sucesorios son excluyentes entre sí, debe considerarse como primera excepción al orden prelatorio que establece el artículo 816, al cónyuge sobreviviente o al integrante sobreviviente de una unión de hecho, acorde a la modificación establecida en aplicación de la Ley n.° 30007), quien tiene derecho concurrente con los descendientes y los ascendientes. En efecto, el cónyuge sobreviviente o el

(533) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 435.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

conviviente sobreviviente, según sea el caso, no tiene vínculo de parentesco consanguíneo con el causante, pero por haber tenido el vínculo matrimonial o de unión de hecho con el causante tiene derecho a concurrir con otros parientes consanguíneos, que se ubiquen en el primer y segundo grado, quienes coheredarán con el cónyuge o conviviente sobreviviente. En caso de que no hubiera parientes del primer y segundo grado, entonces el cónyuge sobreviviente o el conviviente sobreviviente, tendrá derecho a heredar como único heredero.»[534]

En esa línea la Casación n.° 1285-2009-Lima, de fecha 15 de septiembre de 2009, dispone lo siguiente, «A la muerte de la causante, mientras se encontraba casada, su único y universal heredero debió ser su cónyuge supérstite, con exclusión de sus parientes colaterales. *Sétimo.* [El] juzgador ha aplicado indebidamente los supuestos de hecho contenidos en los artículos 816 y 817 del Código Civil, respecto a la sucesión intestada de EQ, ya que al haber muerto ésta el 4 de mayo de 1994, mientras se encontraba casada con JZ, su único y universal heredero debió ser su cónyuge supérstite, con exclusión de sus parientes colaterales (hermanos y sobrinos); entonces, el patrimonio de EQ fue transferido vía sucesoria a su cónyuge supérstite, siendo que si éste luego contrajo matrimonio el 24 de marzo de 1999 [con DA]; entonces, al fallecer JZ el 15 de enero del 2000, su patrimonio (que incluye el adquirido por vía hereditaria de su primera cónyuge EQ) se traslada a su cónyuge supérstite DA.»[535]

Por último, lo relativo a que los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos (salvo el derecho de representación) se basa en el hecho de la cercanía de relación en la vida. Uno tiene más relación e historias acumuladas con los hijos que con los nietos; al igual que con los padres en comparación con los abuelos. Sabemos que esto no siempre es así, pero creemos se trata de la solución más razonable y pertinente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(534) Bustamante Oyague, Emilia. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 467.
(535) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 646.

# TÍTULO II
# SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES

## IGUALDAD DE DERECHOS SUCESORIOS DE LOS HIJOS

**Artículo 818.-** Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, y a los hijos adoptivos.

---

Uno de los avances del Código de 1984 en relación con el de 1936 fue la equiparación de los derechos de todos los hijos, tengan éstos la condición que tengan. Simple y llanamente, todos son hijos y todos heredan por igual.

El Código, en el artículo 818, bajo comentario, en primer lugar, hace referencia a los hijos matrimoniales, de quienes nunca se ha dudado de que tienen todos los derechos hereditarios con respecto a sus progenitores.

En segundo lugar, se menciona a los hijos extramatrimoniales, los mismos que el Código de 1936 denominaba ilegítimos y otorgaba derechos hereditarios limitados al 50 % de los derechos del hijo matrimonial. Desde 1984 ellos tienen los mismos derechos hereditarios que los hijos matrimoniales. Nótese, además, que el artículo bajo examen trata tanto de los hijos extramatrimoniales reconocidos voluntariamente como de los declarados por sentencia. Este elemento no constituye materia distintiva al respecto.

En esa línea, Juan Olavarría comenta que, «Esta norma no hace sino corroborar la consagración de la abrogación de la antigua y nociva discriminación que había entre los hijos del causante, como si de ellos hubiese dependido nacer dentro o fuera del matrimonio, o como si ellos al nacer fuesen responsables de los actos de sus progenitores. Los hijos fuera del matrimonio

INSTITUTO MARIO CASTILLO FREYRE

resultaban siendo perjudicados injustamente en función a los cánones de una sociedad conservadora.»(536)

También menciona a los hijos adoptivos, los mismos que, como sabemos, son jurídicamente hablando, tan hijos como los hijos naturales o biológicos, sean matrimoniales o extramatrimoniales.

De otro lado, Augusto Ferrero, sobre la temporalidad para la aplicación de la presente norma, precisa que, «[...] el Código Civil indica en sus disposiciones transitorias, artículo 2116, que las disposiciones de los artículos 818 y 819 se aplican a los derechos sucesorios causados a partir del 28 de julio de 1980.»

El artículo 818 concluye indicando que estos derechos hereditarios no sólo corresponderán a la herencia del padre o madre fallecidos, sino también a la de los parientes de éstos.

En materia jurisprudencial observamos la Casación n.° 3079-2014-Lima, de fecha 31 de agosto de 2015, que dispone, «Es menester que el peticionante de herencia acredite la filiación con el causante. Aplicación ultractiva de las normas anteriores para acreditar el reconocimiento paterno filial. *Primero.* [...] [La] presente demanda interpuesta por EPG tiene como pretensión que se le declare heredero a título universal y como consecuencia de ello a participar en la masa hereditaria dejada por el causante APA, para concurrir con [el demandado] JPS [que había sido declarado único heredero]. [...] Tercero. [El juez] declara fundada la demanda [...]. *Cuarto.* Apelada que fue la sentencia, la sala superior [...] revoca la sentencia apelada, y reformándola declara infundada, considerando que [...] el reconocimiento paterno filial por parte de APA, se habría producido [...] bajo la vigencia del Código Civil de 1936 y el ROF de los Registros del Estado Civil de 1937 y según el artículo [2] 120 del Código Civil corresponde aplicarlo de manera ultraactiva para la solución de la controversia; [verificada la documentación,] dicho reconocimiento no tiene validez legal; por consiguiente, resulta necesario la existencia de una sentencia judicial firme que determine el entroncamiento entre el actor y [el causante], [...] *Noveno.* [Este] supremo colegiado considera que si bien los fundamentos citados concuerdan con lo señalado por la sala superior; sin embargo, al declararse infundada la demanda, se vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que tiene el demandante de pretender su pretensión, quien ha señalado ser hijo del causante [...] y que el presente proceso no resulta idóneo para demostrar la filiación del demandante por lo que debe aplicarse el artículo

(536) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 203.

121 parte *in fine* del Código Procesal Civil, por lo que [...] deberá declararse fundado el recurso de casación; en consecuencia, nula la sentencia de vista y actuando en sede de instancia revocar la resolución de primera instancia que declara fundada la demanda, y reformándola declarar improcedente la misma, a fin de que el recurrente pueda realizar las acciones pertinentes para que pueda acreditar su filiación y luego de allí, de ser el caso, solicitar la pretensión materia de litis.»[537]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[538] pensábamos que el artículo 818 podía ser más breve y con la siguiente redacción: «Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres.»

Suprimíamos la parte del artículo 818 que establece que esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, y a los hijos adoptivos; supresión que obedecía a diversas razones.

En primer término, lo anotado constituye una enumeración de todos aquellos que tienen la condición de hijos, materia perfectamente delimitada por las normas de Derecho de Familia.

En segundo lugar, la nomenclatura empleada por el artículo 818 resulta actualmente discriminatoria en razón a que inconstitucionalmente se procede a clasificar a los hijos, según su origen, punto con el que estamos en pleno desacuerdo y planteábamos suprimirla. Y, por último, cuando el actual artículo 818 hace alusión a que los derechos sucesorios se refieren a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, ello resulta de una evidencia palmaria, ya que, si fuesen hijos o descendientes de solamente uno de los padres, sus derechos sucesorios se limitarían a aquél del cual son descendientes; jamás se extenderían al otro.

(537) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 647.
(538) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 560 y 561.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Sucesión por cabeza y por estirpe

**Artículo 819**.- La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Estos heredan a sus ascendientes por cabeza, si concurren solos, y por estirpe, cuando concurren con hijos del causante.

La sucesión por cabeza es aquella en la que los herederos heredan por sí mismos y no por derecho de representación. Por ejemplo, si el causante deja tres hijos, los tres heredan por cabeza y por partes iguales, razón por la cual cada uno heredará lo mismo que le «corresponde a la cabeza de cada uno de los otros.»

La sucesión por estirpe es aquella en la cual los herederos heredan en representación de un heredero fallecido y ocupan el lugar que patrimonialmente le hubiere correspondido.

Sobre la primera parte del articulo bajo comentario no hay problema alguno. No obstante, la doctrina ha resaltado la conflictividad de la segunda.

En esa línea, Guillermo Lohmann comenta que, «Conforme al numeral 682 C.C., en la línea descendente la representación es ilimitada, sin distinción alguna. Y el artículo 684 C.C. expresa que quienes concurren por representación reciben por estirpes. En cambio, el artículo 819 solamente reconoce la representación por estirpes en los casos en que haya diferencia generacional (por ejemplo, concurrencia a la herencia del causante de sus hijos con nietos, hijos de otro hijo). Pero suprime la representación y la participación por estirpes si todos sus nietos concurren solos (o sea, sin hijos del causante).»[539]

Imaginemos el caso en el cual el causante deja un hijo vivo y tres nietos, que son hijos de un hijo premuerto del causante. En este caso, los nietos heredarán por estirpe, lo que significa que todos los nietos, en conjunto (los tres juntos) heredarán una parte igual a la que herede su tío. En otras palabras, cada nieto no hereda como el tío; entre los tres heredan una porción igual que la del tío. Pero esta situación de heredar por estirpe se presenta sólo cuando los nietos concurren con un tío, pero no cuando, por ejemplo, sólo hubiera nietos, aunque sean hijos de padres diferentes (es decir, de diferentes hijos del causante).

(539) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 438.

Imaginemos que cuando muera el causante, tenga como herederos a ocho nietos, seis de ellos, hijos de su hijo mayor, premuerto; y otros dos nietos, hijos de su hijo menor, también premuerto. Aquí, como todos los herederos son nietos y no concurren a heredar con un hijo del causante, la pregunta sería si cada uno de esos nietos heredará una porción o porcentaje igual al de sus otros hermanos o primos hermanos, con prescindencia de cuánto hubiese heredado el padre de cada grupo de hermanos, si estuviese vivo. Es obvio que, si los padres de esos nietos estuviesen vivos, cada uno de ellos heredaría el 50 % de la fortuna del abuelo, pero ese no es el caso, pues ambos hijos del causante ya han fallecido y, por tanto, el tema en debate es si esta consideración se debe tener en cuenta para la herencia de los nietos de la persona fallecida, los que heredarían por cabeza y no por estirpe.

Entendemos la conflictividad del tema, pues habría casos en que el no considerar la representación podría considerarse una interpretación abusiva.

Augusto Ferrero señala también un ejemplo similar, en el que se puede apreciar la eventual injusticia de la norma contenida en el artículo 819, bajo comentario.

Ferrero dice: «[...] si un padre tiene dos hijos: A y B. A tiene un hijo: C. B tiene nueve hijos. Si A ha premuerto, la herencia del padre se repartirá en dos partes: la mitad para C en representación de A y la mitad para B en su condición de hijo sobreviviente. Sin embargo, le bastará a B renunciar a la herencia para que su estirpe reciba 9/10 partes de la herencia en perjuicio de la estirpe de A que recogerá 1/10 parte, heredando los nietos por cabezas. Ya hemos dejado anotadas las razones por las cuales no es de aplicación el abuso del Derecho. El ejemplo plantea el caso más sencillo que puede presentarse, pues al margen de la renuncia el heredero podrá incurrir en una causal de indignidad o convenir con el causante en su desheredación, para beneficio de su estirpe. En el primer caso serán sus herederos, o sea sus representantes, quienes pueden promover el juicio para que se declare su indignidad (artículo 668), y en el segundo caso, bastará que ni él ni sus sucesores, que son los únicos a quienes la ley reconoce acción (además del causante), contradigan la desheredación (artículo 750).»[540]

Sin duda los casos anotados por el profesor Ferrero constituirían supuestos o de abuso del Derecho, o de fraude a la ley o, simplemente de situaciones de extrema injusticia, según el caso.

(540) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado, Op. cit.*, tomo IV, p. 475.

No obstante, el artículo 819 consagra para esos casos una norma distinta a la que, a mi entender, debería haberse contemplado.

Pero, en lo personal, descartamos su aplicación para los casos de indignidad para suceder y desheredación, al igual que para los casos de renuncia a la herencia, en los cuales los hijos del heredero indigno, desheredado o renunciante deberían heredar por representación y no por cabeza. En los demás supuestos, sí debería resultar aplicable lo dispuesto por el artículo 819, heredando por representación. Creemos que al interpretarse la norma de esta manera se suprimiría una aplicación injusta del precepto bajo comentario.

Entendemos que la razón por la cual el artículo 819 dice lo que dice se basa en el hecho de que, al haber fallecido los hijos del causante, no se considera justo, ni lógico, traer a cuenta cuánto hubiese heredado el padre de cada grupo de nietos; simplemente, porque nunca heredó, así como tampoco se produjo la concurrencia de hijos y nietos en la herencia.

En esa línea, Luis Echecopar García comenta, «Vemos cómo cuando los descendientes concurren solos, heredan por cabeza. No interesa, en este caso, el número de ellos y están en igualdad de relación con el causante y las obligaciones de éste en el orden sucesorio. Solamente heredan por estirpe cuando concurren con descendientes de un grado inmediato superior, por ejemplo, con los hijos del causante.»[541]

En contraste, para Aguilar Llanos, «[...] sí cabe representación sucesoria, incluso cuando todos los descendientes del causante son de igual grado, circunstancia en la cual la herencia se divide por estirpes y no por cabeza. Además, no olvidemos que la representación ayuda igualmente a que funcione la colación en el caso de que alguno de los hijos del causante hubiera recibido un anticipo de herencia, tornando la situación mucho más justa y equitativa en cuanto a su distribución ya que al funcionar la representación, el representante no sólo adquiere bienes y derechos, sino también las obligaciones del representado, en este caso, la colación.»[542]

Como vemos, se trata de un tema harto conflictivo. En lo personal, nos ratificamos en lo sostenido hace un cuarto de siglo, cuando, en 1998, en *Tentaciones académicas*,[543] pensábamos que el artículo 819 podría tener la siguiente

(541) Echecopar García, Luis. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 223.
(542) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 154.
(543) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 561.

redacción: «La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Éstos heredan a sus ascendientes por cabeza, o por estirpe, cuando se da la representación.»

Nuestro texto se basaba en la modificatoria a este artículo que había planteado el profesor Augusto Ferrero,(544) la misma que se sustentaba en los siguientes fundamentos: «El cambio de redacción es necesario al no haber optado el legislador –lo cual nos parece correcto– por la fórmula ideada por Lanatta según la cual no operaba la representación sucesoria cuando los descendientes tuvieran el mismo grado de parentesco. La nueva redacción es coherente con lo establecido en el artículo 682, en el sentido de que la representación es ilimitada en la línea de los descendientes.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(544) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 43 y 44.

# TÍTULO III
# SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES

### SUCESIÓN DE LOS PADRES

**Artículo 820.-** A falta de hijos y otros descendientes heredan los padres por partes iguales. Si existiera sólo uno de ellos, a éste le corresponde la herencia.

---

Con el artículo 820 comienza la regulación de la sucesión de los ascendientes. Este precepto señala que a falta de hijos y otros descendientes heredan los padres por partes iguales. Si existiera sólo uno de ellos, a éste le corresponde la herencia.

Si no hubiese descendientes, la herencia corresponderá a los ascendientes.

Si vivieran los dos padres del causante, cada uno de ellos heredará el 50 % del patrimonio hereditario. Si sólo viviera uno de ellos, éste heredará el 100 % del patrimonio hereditario.

Si viviera uno de los padres y los abuelos del otro progenitor premuerto, el padre heredará la totalidad de la herencia, no existiendo representación para los abuelos del progenitor premuerto. Vale decir, que los abuelos no heredarían nada. Así lo establece expresamente el artículo 820, bajo comentario.

Creemos que esta solución legal no es justa, ya que el padre supérstite debería heredar el 50 % y los dos abuelos (padres del progenitor premuerto) deberían heredar por estirpe, juntos, el 50 % restante del patrimonio hereditario.

ESTUDIO JUAN CASTILLO FREYRE

## Sucesión de los abuelos

**Artículo 821**.- Si no hubiere padres, heredan los abuelos, en igual forma que la indicada en el artículo 820.

Si ambos padres hubieran muerto y vivieran los cuatro abuelos, a cada uno de corresponderá, el 25 % del patrimonio hereditario. Ellos heredarán por cabeza y no por estirpe, es decir, con independencia de los que hubiesen sido los derechos hereditarios del hijo premuerto.

Si vivieran tres abuelos, dos de ellos (los padres del padre del causante) heredarán por cabeza, cada uno, el 33.33 % del patrimonio hereditario, en tanto el padre del otro padre del causante heredará, también por cabeza, el 33.33 % restante. Aquí nadie hereda por estirpe, ya que los abuelos no concurren a la herencia con el padre o madre del causante.

Creemos que la solución legal tampoco es justa, por las razones que venimos comentando en artículos precedentes. La fórmula legal debería variar para permitir que los abuelos supérstites no hereden por cabeza, sino en representación de sus hijos premuertos, a pesar de que ellos, en verdad (dada su premoriencia), nunca tuvieron la condición de herederos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# TÍTULO IV
# SUCESIÓN DEL CÓNYUGE

## Concurrencia del cónyuge con descendientes

**Artículo 822.-** El cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo.

Con el artículo 822 comienza la regulación de la sucesión del cónyuge. Ya hemos visto que el artículo 816 establece que el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los hijos y demás descendientes.

El artículo 822 señala que el cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante hereda una parte igual a la de un hijo. Esto significa que, si el cónyuge o integrante supérstite de la unión de hecho (argumento del artículo 816) concurriese con un hijo, heredaría cada uno de ellos el 50 % del patrimonio hereditario. Si el cónyuge o integrante supérstite de la unión de hecho concurriera con dos hijos del causante, cada uno de los tres heredaría el 33.33 % del patrimonio hereditario.

Pero si concurriera con nietos, siempre heredaría lo que hubiera correspondido al hijo premuerto o a los hijos premuertos. En otras palabras, su porcentaje, ante la premoriencia de todos los hijos, no se diluiría por la existencia de multiplicidad de nietos.

Sobre el particular, Guillermo Lohmann comenta que, «El artículo 822 C.C. que ahora se examina puntualiza que la concurrencia del cónyuge puede ser con hijos u otros descendientes del causante. Ello obliga a hacer dos precisiones. La primera es que el cónyuge hereda igual que un hijo del causante aunque dicho hijo no lo sea del cónyuge sobreviviente. La segunda, que el artículo se atiene a las normas generales de representación. Esto es, el cónyuge hereda lo que le hubiera tocado heredar a un hijo, haya o no hijos sobrevivientes y con aptitud para suceder. Sirva lo dicho para ratificar, de paso, la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

opinión ya señalada al comentar el artículo 819 C.C., en el sentido de que no encaja en nuestro ordenamiento la tesis de sucesión por cabeza ni por estirpe, cuando los nietos no concurran con hijos del causante. Esto se debe a que si el cónyuge debe heredar igual que un hijo, lo natural es que los hijos de cada hijo(a) hereden, todos ellos en conjunto, lo mismo que hubiera heredado su respectivo padre o madre.»(545)

En ese orden de ideas, Augusto Ferrero comenta que, «En realidad, el cónyuge es heredero de tres niveles, pues tal como dispone el artículo 816, concurre con los herederos de los dos primeros órdenes. Inclusive, es heredero preferencial, pues es el único que puede optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia cuando concurre con hijos o con otros descendientes; y ejercer el derecho de habitación sobre el hogar conyugal, cuando concurre con cualquier heredero.»(546)

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la presente disposición a través de la Casación n.° 128-2008-Apurímac, de fecha 29 de septiembre de 2008, que dispone, «La cónyuge hereda una parte igual a la de un hijo los bienes propios de quien fue su cónyuge, toda vez de que este los recibió de su padre como herencia. *Octavo.* [La] recurrida al resolver la litis, ha concluido que la actora no ha acompañado prueba que acredite la existencia de los bienes de su extinto cónyuge, y en el entendido que sea real, los referidos bienes no son bienes sujetos a división y partición por estar excluidos de la sociedad de gananciales, por tratarse de bienes propios; que no obstante el aludido razonamiento, no se advierte que aun cuando la recurrente no cumplió con acompañar la ficha registral respectiva de los respectivos inmuebles, lo cierto y concreto conforme aparece del testamento presentado por los propios demandados, el [bien inmueble] fue recibido por el cónyuge de la demandante en herencia de su padre, hecho reconocido por sus hijos al contestar la demanda, siendo evidente, que no se ha efectuado una valoración conjunta y razonada de los medios probatorios [...], toda vez que si bien no acredita la inscripción registral, sí se determina su existencia con tal instrumental, motivo suficiente para casar la sentencia recurrida. *Noveno.* [En] cuanto al razonamiento arribado por la sala de juez [*sic*, entendemos que no corresponden las palabras "de juez"] el bien tiene la condición de propio y por ende no forma parte de la masa hereditaria dejada por el extinto cónyuge de la actora, sin establecer aún dicha situación,

(545) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 445.

(546) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 476.

no puede perderse de vista la condición de heredera que tiene la cónyuge conforme a lo normado en el numeral 822 del Código Civil, que establece que la cónyuge hereda una parte igual a la de un hijo, aspecto que no ha sido analizado en el caso presente.»[547]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(547) POZO SÁNCHEZ, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 648.

## Opción usufructuaria del cónyuge

**Artículo 823**.- En los casos del artículo 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 artículos 731 y 732.

El artículo 823 establece que, si el cónyuge concurriese con hijos u otros descendientes del causante, puede optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia. Entendemos que se trataría de un usufructo gratuito. No obstante, admitimos que el sentido del precepto es discutible, dado que al señalarse que se trata de una opción, se entiende que ella versará entre esta solución y otra distinta, la misma que podría estarse refiriendo a los derechos hereditarios del cónyuge. Así lo considera la doctrina peruana en materia sucesoria.

Para Augusto Ferrero, «Este derecho de usufructo constituye propiamente una opción. Si el cónyuge escoge el usufructo, no hereda. La propiedad de los bienes que usufructúe será para los hijos y demás descendientes, quienes tendrán sobre ellos la nuda propiedad. Cuando el cónyuge opta por el usufructo, ¿se le considera heredero? Creemos con Albaladejo y con Mengoni que no, pues al no recibir todos los derechos y obligaciones de la herencia sino solo el derecho de usufructo sobre todos y cada uno de los bienes de la misma, no resulta ser un sucesor a título universal. "El usufructuario no es heredero porque no sucede en el *universum jus*, sino en un solo derecho, aquel de usufructo". Precisamente, el heredero será el titular de la nuda propiedad, con la carga del usufructo. Y es que el usufructuario no sucede ni en los bienes ni en la persona, pues respecto a los primeros lo hace en un solo derecho de los mismos: el usufructo, y en relación a la segunda, lo hace en una situación jurídica distinta de ella. Al optar por el usufructo, como bien señala Mengoni, el cónyuge se encuentra con los descendientes del *de cujus* en una comunión incidental de goce, coexistiendo sobre los bienes hereditarios dos derechos desiguales de goce.»[548]

En esa línea, Aguilar comenta, «Entiéndase que se trata de un derecho, lo cual significa que el cónyuge puede ejercerlo o no. Ahora bien, si el cónyuge elige esta opción del usufructo entonces pierde su cuota hereditaria, a diferencia del derecho de habitación del cónyuge supérstite, regulada en los artículos

(548) Ferrero Costa, Augusto. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, pp. 481-482.

731, y 732 del Código Civil, en la que no hay opción, sino que se trata de un derecho adicional, por cuanto el cónyuge ejerce el derecho de habitación y conserva su derecho hereditario.»[549]

Ahora bien, este camino podrá ser transitado única y exclusivamente si el cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho, no hubiere obtenido los derechos que le conceden los artículos 731 y 732. Ello, porque se entendería que obtendría un doble beneficio.

En esa línea, Fernández Arce comenta, «El cónyuge puede optar alternativamente entre el régimen que le acuerda el dispositivo legal anterior o el usufructo de la tercera parte de la herencia, a no ser que hubiera optado por el derecho real vitalicio e inmobiliario y gratuito que señalan los arts. 731 y 732. Esta regla sugiere tres reflexiones: -Que el derecho de opción que la ley concede al cónyuge sobreviviente para escoger entre el derecho de propiedad limitada a su cuota parte o el de usufructo de la tercera parte de la herencia ha sido establecido para beneficio de éste, según sea el número de herederos concurrentes y el valor de la herencia. -Que la opción no funciona si el cónyuge ya ejercitó el derecho de habitación o de usufructo que señalan los arts. 731 y 732 del Código Civil. -Que finalmente los derechos de habitación o de usufructo a que alude el art. 823 no son privativos de la sucesión testamentaria. Alcanza también a la sucesión legal o intestada.»[550]

Como recordamos, el artículo 731 señala que cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales. La norma agrega que 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.

Por su parte, el artículo 732 establece que si en el caso del artículo 731 el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial,

(549) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 200.
(550) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, pp. 956-957.

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 artículo 731. El precepto agrega que mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar. Y concluye señalando que, si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos.

Sobre los artículos 731 y 732 y sus alcances, remitimos a los comentarios vertidos en oportunidad de su tratamiento.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[551] pensábamos que el artículo 823 podría ser derogado.

Señalábamos que, teniendo en cuenta la existencia de los beneficios que otorgan al cónyuge supérstite los artículos 731 y 732 por sobre los demás herederos forzosos, nos parecía redundante el beneficio que se le otorga en el actual artículo 823, cuando concurriendo con hijos o con otros descendientes del causante, pueda optar entre heredar una parte igual a la de un hijo (una «hijuela») o por el usufructo de la tercera parte de la herencia, salvo que hubiere obtenido los derechos que le conceden los citados artículos 731 y 732.

Pensábamos que la opción que se otorga al cónyuge en el artículo 823 es injusta, pues lo coloca en una posición de preeminencia por sobre los demás herederos forzosos, quienes no gozan de tal prerrogativa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(551) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 562.

## Concurrencia del cónyuge con ascendientes

**Artículo 824.-** El cónyuge que concurra con los padres o con otros ascendientes del causante, hereda una parte igual a la de uno de ellos.

El artículo 822 señala que el cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante hereda una parte igual a la de un hijo. Y el artículo 824 agrega que el cónyuge que concurra con los padres o con otros ascendientes del causante hereda una parte igual a la de uno de ellos.

Esto significa que, si el cónyuge o integrante supérstite de la unión de hecho concurriese con los dos padres del causante, entonces heredará el 33.33 % del patrimonio hereditario, porcentaje idéntico al del padre (33.33 %) y al de la madre (33.33 %). Y si concurriese con sólo uno de los progenitores del causante, el cónyuge heredará lo mismo que el causante, es decir el 50 % del patrimonio hereditario cada uno.

Si el cónyuge concurriese a la herencia con los cuatro abuelos del causante, cada una de estas cinco personas heredará el 20 % del patrimonio hereditario. Si concurriese con tres abuelos, cada uno de los abuelos y el cónyuge heredarán el 25 % de la herencia. Si concurriese con dos abuelos, cada uno de los tres herederos recibiría el 33.33 % de la herencia; en tanto que, si concurriese con un abuelo, éste y el cónyuge o sobreviviente de la unión de hecho supérstite, heredarán el 50 % del patrimonio hereditario.

Para Guillermo Lohmann, «La disposición rompe, en el caso de ascendientes, la regla que sí se aplica para los descendientes. A saber, que sea cual sea el grado de los descendientes respecto del causante, el cónyuge siempre hereda lo mismo que un hijo.»[552]

Coincidimos plenamente con él.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[553] pensábamos que el artículo 824 podría tener una redacción distinta. Adecuando el tema a las modificaciones legales efectuadas sobre la herencia del cónyuge, la norma que proponíamos,

(552) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 451.
(553) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 562 y 563.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

actualizada, podría leerse de la siguiente manera: «El cónyuge o miembro de la unión de hecho que concurra con los padres hereda una parte igual a la de uno de ellos, y si concurre con otros ascendientes hereda la mitad de la herencia.»

La propuesta de modificación anotada no nos pertenecía. Ella correspondía al profesor Augusto Ferrero Costa,[554] quien la sustentaba en los fundamentos que nos permitimos transcribir seguidamente, las mismas que compartimos a plenitud:

> «El artículo 824 expresa que el cónyuge que concurre con los padres o con otros ascendientes del causante hereda una parte igual a la de uno de ellos.
>
> Nosotros nos permitimos criticar esta disposición desde que conocimos su formulación en los proyectos, pues no encontramos lógico ni equitativo que cuando el cónyuge concurra con dos padres, herede la tercera parte, y que cuando concurra con cuatro abuelos herede la quinta parte.
>
> Efectivamente, cuanto más lejano es el parentesco de los ascendientes con el causante, menor debería ser la participación que les corresponda cuando concurran con el cónyuge, siguiendo toda la sistemática del Derecho Sucesorio. El legislador ha optado por lo contrario. En el hipotético caso de concurrencia con ocho bisabuelos, la herencia del cónyuge se reduciría a la novena parte de la herencia.
>
> En este sentido, más congruencia guardaba el ordenamiento anterior, el cual declaraba que si había padres, el cónyuge heredaba una parte igual a uno de ellos (artículo 767), y que si había otros ascendientes solos o con hermanos, o éstos solos, la porción del cónyuge era igual a la mitad de la herencia (artículo 768).
>
> La solución dada por el nuevo Código está inspirada en la que formuló Vélez Sarsfield en el artículo 3571 del Código argentino, disponiendo que el cónyuge viudo concurría con los ascendientes por cabeza. Lafaille criticó la notoria falta de equidad de la norma, expresando que con ella se llega «a esta conclusión inaceptable: a medida que se aleja el grado de los otros

(554) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 44 y 45.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

candidatos, se reduce la porción del esposo, lo que no está ni dentro del orden de la familia, ni dentro del afecto presunto, ni dentro de la lógica.» En razón de ello, la reforma de la Ley 17.711 plasmó una solución más justa –siguiendo la expresión de Maffia– igual a la que planteó nuestro Código de 1936 en su artículo 768 para el caso de concurrencia del cónyuge con hermanos y los demás ascendientes distintos a los padres, por la cual el viudo recibe la mitad de la herencia cuando concurre con otros ascendientes distintos a los padres.

Comprendemos que se trata de una remota posibilidad, pero abogamos para que las disposiciones tengan una lógica irreductible, como formulación consecuente del legislador, que deben guardar relación con todo el ordenamiento.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREIRE

## Sucesión exclusiva del cónyuge

**Artículo 825**.- Si el causante no ha dejado descendientes ni ascendientes con derecho a heredar, la herencia corresponde al cónyuge sobreviviente.

Hemos visto que el artículo 816 establece que el cónyuge o, en su caso, el integrante supérstite de la unión de hecho, son herederos del tercer orden, pero que concurren en la herencia con los del primer orden (descendientes) y los del segundo orden (ascendientes). Pero, si es que no existiera herederos de primer orden y tampoco herederos del segundo orden, entonces el cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho sería el único llamado a heredar, al constituir el tercer orden sucesorio. Si este fuese el caso, heredaría la totalidad del patrimonio hereditario, conforme a lo dispuesto por el artículo 825.

Para Augusto Ferrero, «Esta disposición resulta inane [...]. No hace sino recalcar que el cónyuge excluye a los parientes colaterales, lo cual se desprende claramente del orden sucesorio que establece el artículo 816.»(555)

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.º 1285-2009-Lima, de fecha 15 de septiembre de 2009, que determinó, «Sucesión exclusiva del cónyuge sobreviviente. Sucesión de los parientes colaterales. *Quinto*. El artículo 660 del Código Civil no puede ser aplicado de manera aislada, sino en el contexto del artículo 825 del Código Civil, en atención a los hechos que se han producido y a los vínculos sucesorios entre JZ y la demandante [DA, su cónyuge supérstite]; en ese sentido, el artículo 825 del Código Civil regula la denominada sucesión exclusiva del cónyuge, en virtud a la cual, el cónyuge es el único heredero de su cónyuge causante, en defecto de descendientes y ascendientes, con preferencia de los parientes colaterales. Por tanto, los supuestos de hechos de los artículos 660 y 825 del Código Civil resultan plenamente aplicables a los autos, en virtud a los siguientes hechos acontecidos (según fechas indicadas en el considerando segundo de esta sentencia suprema): a la muerte de MD, le heredaron sus cuatro hermanos, MxD, ED, ErD y MtD. Según el orden cronológico en que los hermanos han ido fallecido, primero murió MxD, dejando como herederos a su cónyuge supérstite y a sus dos hijos; luego al morir ED, en aplicación de la regla contenida en el artículo 828 del Código Civil, los

(555) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 658-659.

herederos de ED vendrían a ser sus hermanos sobrevivientes ErD, M tD y los hijos de MxD (en representación); luego a la muerte de ErD, su único y universal heredero viene a ser su cónyuge sobreviviente JZ, excluyendo a los parientes colaterales (según regla prevista en el artículo 825 del Código Civil); y, al fallecer JZ [que se volvió a casar], su única y universal heredera viene a ser su cónyuge supérstite DA [la demandante]; no se indica la situación de MtD, en atención a que no forma parte de los puntos controvertidos.»[556]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(556) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 649.

## Improcedencia de la sucesión del cónyuge

**Artículo 826.-** La sucesión que corresponde al viudo o a la viuda no procede, cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio hubiera sido celebrado para regularizar una situación de hecho.

En una situación de normalidad, en la que de acuerdo a ley corresponda heredar al cónyuge supérstite, resulta claro que el mismo heredará al cónyuge causante. No obstante, la ley establece en el artículo 826 un supuesto de excepción, el cual consiste en que el cónyuge supérstite haya contraído matrimonio cuando el causante ya estaba enfermo, precisamente, de la enfermedad de la que falleció; y la muerte del causante se produzca dentro de los treinta días siguientes. Lo que se quiere es evitar la celebración de matrimonios por interés en situaciones tan penosas como éstas.

En esa línea, Benjamín Aguilar señala que, «Se trata de cautelar los intereses del cónyuge próximo a morir y, por ende, de los futuros sucesores, librándolos de la persona que se acerca al cónyuge enfermo con el propósito de que, vía la celebración de un matrimonio, pueda tener acceso a su patrimonio.»(557)

El artículo bajo análisis hace la excepción de que el matrimonio hubiera sido celebrado para regularizar una situación de hecho; pero no se contempla como excepción el caso en que la pareja no hubiese convivido, pero fueran enamorados o novios desde hace algún tiempo, dentro de una relación estable, pero no de concubinato o unión de hecho. En estos casos, el viudo o viuda no heredaría y, tal vez, se trate de situaciones en las que se consagre una injusticia.

En verdad, no sabemos si lo mejor sea la norma, tal como está, que evita cualquier aprovechamiento de la situación, o ampliar los supuestos de excepción, para no excluir de la herencia a personas que no actúen de mala fe. Bueno, en la realidad normativa actual, quien se casa con alguien en estas penosas circunstancias, sabe a qué atenerse en materia hereditaria. La excepción, naturalmente, estará dada por el hecho de que el causante pudiera haber incorporado a su nuevo esposo o esposa como heredero voluntario o legatario en su testamento.

(557) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 202.

En materia jurisprudencial observamos la Casación n.º 1770-2007-Lima, de fecha 14 de abril de 2008, que dispone, «Si no se prueba que el matrimonio es celebrado para regularizar una situación de hecho, no se puede demostrar la vocación hereditaria. *Sexto.* [Del] examen de la sentencia impugnada se advierte que el *ad quem* ha determinado que la posesión de la demandada es precaria, por cuanto no tiene un título válido que justifique su posesión, habiendo arribado a esta conclusión luego de determinar que al no haber acreditado (la demandada) que el matrimonio que celebrara con [...] se ha celebrado para regularizar una situación de hecho, por tanto no ha probado ser la sucesora del causante [...]. A este respecto, debe manifestarse que dada la naturaleza de la vía procedimental en que se sustancia la presente litis (proceso sumarísimo) no corresponde ventilar en esta una materia como la señalada, existiendo para ello vías procedimentales más amplias e idóneas en que se pueda dilucidar si la demandada acredita o no que el matrimonio que contrajera con [...] se [ha] celebrado para regularizar una situación de hecho, con miras a demostrar su vocación hereditaria, conforme a lo estipulado en el artículo 826 del Código Civil.»[558]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(558) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 649.

## Derecho sucesorio del cónyuge de buena fe

**Artículo 827**.- La nulidad del matrimonio por haber sido celebrado con persona que estaba impedida de contraerlo no afecta los derechos sucesorios del cónyuge que lo contrajo de buena fe, salvo que el primer cónyuge sobreviva al causante.

Tema complejo el de la sucesión de quien contrae matrimonio con alguien que está casado con otra persona.

En primer lugar, es necesario decir que quien contrae matrimonio con alguien que está casado, está celebrando un acto nulo, pues en el Perú no se acepta la bigamia en materia matrimonial.

En ese orden de ideas, si el bígamo falleciera y lo sobreviviera su esposa, sería esta última quien lo heredaría, conforme a las normas y reglas que venimos estudiando.

Si el primer cónyuge (por ejemplo, la primera esposa) hubiese fallecido y le sobrevivieran el viudo (bígamo) y la segunda esposa de éste, podría ocurrir que después fallezca el bígamo. En este caso la ley establece un tratamiento diferenciado en relación a si la segunda esposa del bígamo conocía o no de la existencia del primer matrimonio al momento de casarse con el bígamo.

Si lo conocía, esta segunda esposa estará excluida de la sucesión del viudo, cuando éste muera. En cambio, si la segunda esposa hubiere contraído matrimonio con el bígamo, de buena fe, es decir, en desconocimiento de la existencia de su primer matrimonio, el artículo 827 le concede derechos hereditarios. Nótese cómo este precepto otorga ciertos efectos al segundo matrimonio, contraído por alguien que ya estaba casado. Sin duda se trata de un supuesto de excepción que tiende a proteger al contrayente de buena fe, y bajo el supuesto de que el primer cónyuge del bígamo hubiese muerto antes que el bígamo de cuya sucesión estamos hablando, precisamente.

Además, y no por decirlo al final deja de ser algo en extremo importante todo esto, luego de que el segundo matrimonio hubiese sido declarado judicialmente nulo, supuesto del que parte el artículo 827, bajo análisis.

A Benjamín Aguilar le «(...) parece injusta la norma al apartar al cónyuge que contrajo el matrimonio de buena fe, no sólo porque se deja de aplicar el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

artículo 284 del Código Civil, sino porque se estaría sancionando a una persona que, pese a haber actuado de buena fe, lo que implica haber sido engañado y sorprendido, no le alcanzan los efectos de un matrimonio al que llegó sanamente.»[559]

Para Guillermo Lohmann, «Se trata de una disposición bien intencionada, que consagra un principio justo, como dice Ferrero, pero es de imperfecta redacción. En efecto, conforme al artículo 274, inciso 3, en concordancia con el artículo 241 C.C., es nulo el matrimonio de quien ya estuviera casado. Sin embargo, esa nulidad necesariamente debe ser declarada a pedido de parte interesada. Sostengo, una vez más, que no hay nulidad automática en nuestro Derecho. Por lo tanto, no puede hablarse de genuino cónyuge de un matrimonio declarado nulo, porque entonces no es cónyuge. Así es, de acuerdo al artículo 284 C.C., el matrimonio invalidado se equipara al que fue disuelto por divorcio, y como los cónyuges divorciados no heredan entre sí (art. 353 C.C.), tampoco lo hacen los cónyuges del vínculo declarado nulo. Por tanto, si se declara la nulidad del matrimonio no hay válida relación conyugal que habilite para ostentar derechos sucesorios, aunque el cónyuge llamado putativo, ignorante del impedimento del otro, lo hubiera contraído de buena fe.»[560]

De otro lado, la Casación n.° 226-94-Ica, de fecha 15 de octubre de 1996, señala, «No constituye bigamia el contraer matrimonio mientras se espera que se cumpla el trámite de aprobación en consulta de la disolución del primer vínculo matrimonial. Error de derecho no perjudica la buena fe (art. 274.3).»[561]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[562] pensábamos que el artículo 827 podría ser derogado.

Estimábamos que si se declarase la nulidad del matrimonio por haber sido celebrado por persona que estaba impedida de contraerlo, tal situación deberá acarrear todas las consecuencias de una nulidad, independientemente de la eventual buena fe con que haya actuado el otro cónyuge, no existiendo razones jurídicas para establecer –como lo hace el artículo 827– que tal buena fe haría que no se afecten los derechos sucesorios del cónyuge que lo contrajo en tales condiciones, salvo que el primer cónyuge sobreviva al causante.

(559) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 205.
(560) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 455.
(561) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 650.
(562) Castillo Freyre, Mario *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 563 y 564.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Señalábamos que esta norma además ignora que con tal disposición eventualmente se estarían afectando los derechos sucesorios de otros herederos, quienes podrían concurrir con dicho cónyuge, cuando en realidad deberían excluirlo de la sucesión, como es el caso de los descendientes o ascendientes del causante.

Todo ello, además del argumento de Guillermo Lohmann, en el sentido de que, si ese matrimonio fuese declarado nulo, entonces, simplemente no tendría efectos válidos para el Derecho y, obviamente, no debería afectar a los demás herederos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# TÍTULO V
# SUCESIÓN DE LOS PARIENTES COLATERALES

## Sucesión de parientes colaterales

**Artículo 828**.- Si no hay descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge con derecho a heredar, la herencia corresponde a los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad inclusive, excluyendo los más próximos a los más remotos, salvo el derecho de los sobrinos para concurrir con sus tíos en representación de sus padres, de conformidad con el artículo 683.

---

Como indica el artículo 828, si no hay descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge con derecho a heredar, la herencia corresponde a los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad inclusive, excluyendo los más próximos a los más remotos. Esto significa que heredarán los tíos del causante (tercer grado de consanguinidad) o los primos del causante (cuarto grado de consanguinidad).

En esa línea, Benjamín Aguilar precisa, «Así, al no existir los tres primeros órdenes hereditarios la ley llama a los hermanos del causante (quienes ocupan el cuarto orden) en su calidad de parientes colaterales de segundo grado con respecto al causante; de no haberlos, se convoca a los tíos y sobrinos del causante (que ocupan el quinto orden) al ser parientes colaterales de tercer grado del causante; y en defecto de todos ellos se llama a los primos hermanos, sobrinos nietos y tíos abuelos del causante (parientes colaterales del cuarto grado de consanguinidad), que ocupan el sexto y último orden hereditario.»[563]

Es evidente que, si hubiera tíos vivos, éstos heredarán y no los primos del causante. Pero, adecuadamente, la norma bajo comentario establece que, queda a salvo el derecho de los sobrinos para concurrir con sus tíos en representación

(563) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 209.

ESTUDIO MANUEL CASTRO FREYRE

de sus padres, de conformidad con el artículo 683. Esto es muy claro y no requiere de mayor explicación.

Antes de concluir, sólo queremos señalar que la ley establece, entonces, como herederos legales, hasta los parientes del cuarto grado de consanguinidad colateral. Todos los demás parientes consanguíneos (a partir del quinto grado de consanguinidad en orden colateral) no tienen la condición de herederos legales. Eso no impide que el causante los haya instituido como herederos voluntarios o legatarios, pero si se tratase de una sucesión intestada, ellos no tendrán vocación hereditaria.

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.º 2731-98-Lima, de fecha 3 de mayo de 1999, que dispone, «Sucesión en línea colateral. Representación de los sobrinos del causante. *Sétimo.* [...] [Los] sucesores de un hermano premuerto tienen derecho de representación siempre y cuando concurran con los hermanos sobrevivientes del causante. Así, al haber fallecido la causante sin dejar hermanos sobrevivientes, no resulta de aplicación la previsión establecida en el artículo 683 del [Código Civil]. Por tanto, los derechos a heredar de los demandados como hijos del hermano premuerto, no se basan en el derecho de representación sino en sus propios derechos hereditarios en razón de ser sobrinos de la causante, como parientes colaterales en línea descendiente, del quinto orden sucesorio. *Octavo.* Consecuentemente, teniendo en consideración que la causante a su fallecimiento no dejó ascendientes ni descendientes en línea recta, entonces les corresponde heredar a los parientes colaterales, teniendo mejor derecho los más próximos a los más remotos. Siendo que, son parientes colaterales de la causante, en un mismo orden sucesorio tanto sus tías (demandantes) como sus sobrinos (demandados), encontrándose todos ellos en el quinto orden sucesorio por el tercer grado de consanguinidad respecto a la causante [...]. Por ello, debe concluirse que tanto las actoras como los demandados tienen derechos sobre la herencia dejada por la citada causante en partes iguales.»[564]

(564) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 650 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 417.

## Concurrencia de medio hermanos

**Artículo 829.-** En los casos de concurrencia de hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos recibirán doble porción que éstos.

En primer lugar, debemos decir que la sumilla del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, contiene un error, al señalar «medios hermanos», cuando la expresión correcta es «medio hermanos.»

En segundo término, consideramos que la distinción que efectúa el artículo 829, entre hermanos y medio hermanos con vocación hereditaria, resulta adecuada.

Como sabemos, los hermanos del causante (herederos legales) son parientes por consanguinidad en segundo grado colateral. Entonces, si el causante hubiere dejado hermanos de padre y madre y hermanos de padre o hermanos de madre, los primeros heredarán el doble de los segundos. Ello se explica en razón a que los lazos parentales con los primeros son mucho mayores que con los segundos (precisamente el doble). De ahí la solución legal.

Resulta evidente, también, que, si el causante sólo dejara como herederos legales a medio hermanos, cada uno de éstos heredará una parte igual a la de los demás; ello, habida cuenta de que todos estarán en la misma condición (precisamente, la de medio hermanos).

Para Guillermo Lohmann, «La repartición por igual entre los del mismo grado y sin diferencia de líneas (paterna o materna) ha quedado implícita en el actual artículo 828 C.C., que ya se ha comentado. Lo que ha tenido cambios es lo tocante al vínculo sencillo (unilateral o de solamente un progenitor común) entre hermanos, pero curiosamente no establece igual regla para el caso de sobrinos, dispensando para estos igual tratamiento, sean hijos de hermanos enteros, o de medio hermanos (conocidos como consanguíneos si solo tienen padre común, o uterinos si el vínculo es solo materno).»(565)

(565) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 459.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, la Casación n.º 1680-2009-Tumbes, de fecha 1 de diciembre de 2009, dispone, «Concurrencia de hermanos de padre y madre con medio hermanos. *Cuarto.* [Si] bien [...] la Sala de mérito ha resuelto desaprobar la sentencia subida en consulta en el extremo que asigna las cuotas a favor de cada uno de los herederos del causante en un porcentaje del 11.11 %, disponiendo que la división del predio sub litis sea 50 % a título de gananciales a favor de la sucesión de doña C Vda. de A, y el restante 50 % dividido proporcionalmente a 1/9 para cada uno de los herederos legales del causante QAC, no obstante, la sala incurre en error al incluir en este último porcentaje proporcional a doña GAE, quien al tener la condición de media hermana [*sic*] de los hijos habidos entre el *de cujus* y doña C Vda. de A, solo concurriría a la masa hereditaria del causante en una proporción equivalente a la mitad de la porción que le corresponde a los hermanos de padre y madre conforme lo establece en el artículo 829 del Código Civil. *Quinto.* [En] los casos de concurrencia de hermanos de padre y madre con medios hermanos [*sic*], la norma sustantiva resulta clara cuando dispone que aquellos recibirán doble porción que estos. En el caso de autos, habiéndose verificado que doña GAE es hermana solamente por parte de padre, le corresponde una porción equivalente a 1/16.»[566]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(566) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 651.

# TÍTULO VI
# SUCESIÓN DEL ESTADO Y DE LAS BENEFICENCIAS PÚBLICAS

## SUCESIÓN DEL ESTADO Y DE LAS BENEFICENCIAS PÚBLICAS

**Artículo 830**.- A falta de sucesores testamentarios o legales el juez o notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada, adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria, a la Sociedad de Beneficencia o a falta de ésta, a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante en el país o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana si estuvo domiciliado en el extranjero.

Es obligación de la entidad adjudicataria pagar las deudas del causante si las hubiera, hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados.

Corresponde al gestor del proceso o trámite de sucesión intestada, el diez por ciento del valor neto de los bienes adjudicados, el mismo que será abonado por la entidad respectiva, con el producto de la venta de dichos bienes u otros, mediante la adjudicación de alguno de ellos.

*El texto de este artículo no pertenece al Código de 1984. Él es fruto de la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley n.º 26680, publicada el 8 de noviembre de 1996. El texto original del precepto era el siguiente:*

***Artículo 830**.- A falta de sucesores testamentarios o legales, el juez que conoce del procedimiento de declaratoria de herederos, adjudicará los predios rústicos, ganado, maquinaria e instalaciones que los integren al correspondiente organismo del Estado, y los demás bienes a la Beneficencia Pública del lugar del último domicilio que tuvo el causante en el país, o de la capital de la República si estuvo domiciliado en el extranjero o al organismo que haga sus veces. Es obligación de las entidades adjudicatarias pagar las deudas del causante hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados.*

*Corresponde al gestor de la declaratoria respectiva, el cuarenta por ciento de su valor neto.*

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

El artículo 830 del Código Civil regula el supuesto de la sucesión del Estado y de las Beneficencias Públicas. La norma señala que a falta de sucesores testamentarios o legales el juez o notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada, adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria, a la Sociedad de Beneficencia o a falta de ésta, a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante en el país o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana si estuvo domiciliado en el extranjero.

El propósito del precepto es que los bienes de la herencia, finalmente, tienen que pertenecer a alguien. El supuesto de que se parte es que no exista sucesores testamentarios o legales, caso en el cual no se podría declarar heredero a persona alguna. Las Sociedades de Beneficencia Pública y las Juntas de Participación Social son entidades del sector público que realizan funciones de bienestar y tienen como finalidad la promoción, atención y apoyo a niños, jóvenes, adolescentes, mujeres, ancianos y en general a toda persona en situación de riesgo, abandono o con problemas psíquicos, sociales o corporales que menoscaben su desarrollo humano.(567)

No obstante, en estos casos debe considerarse que si bien es cierto no existe testamento ni herederos legales, lo más probable es que haya personas que se encuentren poseyendo los bienes del causante y que los hayan adquirido por prescripción adquisitiva, caso en el cual habrá que respetar sus derechos de propiedad.

El artículo 830, bajo comentario, también señala que es obligación de la entidad adjudicataria pagar las deudas del causante si las hubiera, hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados. Esto es natural, en la medida en que la entidad estatal se convierte en heredera del causante; ella no adquiere su patrimonio como legado (que no existe y que sería a título singular), sino como herencia. Así, estará obligada a pagar las deudas del causante.

Para que la herencia del causante termine en manos de una entidad estatal, alguien debe haber iniciado los trámites de la sucesión intestada (notarial o judicial). Según establece el último párrafo del artículo 830 del Código Civil, corresponde al gestor del proceso o trámite de sucesión intestada, el diez por ciento del valor neto de los bienes adjudicados, el mismo que será abonado por la entidad respectiva, con el producto de la venta de dichos bienes u otros, mediante la adjudicación de alguno de ellos. Sin duda, se trata de un incentivo en favor de la persona que, habiendo advertido el tema de una herencia

(567) Artículo 1 del Decreto Supremo n.° 008-98-PROMUDEH.

sin aparente titular, se haya preocupado de encaminar los trámites para que, finalmente, ella pase formalmente a manos del Estado. Lo que no queda claro de la norma es si el diez por ciento que le corresponde se le abonará necesariamente en dinero o si es posible pagarle con la adjudicación de alguno de los bienes del causante. Nos parece que antes de la expresión «mediante la adjudicación de alguno de ellos» faltaría la palabra «o.»

Sobre el particular, Fernández Arce comenta, «Nosotros consideramos que, en realidad, es discutible la materia, pero nos inclinamos a considerar que el Estado no debería tener la calidad de heredero legal como expresa el art. 830 porque para serlo, como dicen Planiol y Ripert, citados por Ferrero, «hay que ser jurídicamente apto para tener derechos semejantes a los de esa persona.» Aquellos autores llaman al derecho del Estado frente a los bienes del causante como adjudicatario con «derecho a la desherencia» por el principio de soberanía, en virtud del cual, el Estado recoge todos los bienes hereditarios en situación de desherencia, porque no existe en el Derecho moderno las *res nullius*.»(568)

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.º 696-2001-Lima, de fecha 9 de julio de 2001, que dispone, «Si la adjudicación del bien a la beneficencia se da luego de que haya sido vendido por la causante, tal adjudicación deviene en nula por objeto jurídicamente imposible y por mandato de la ley. *Segundo*. [...] [La] accionante adquirió el inmueble submateria mediante el contrato de compraventa de fecha 13 de noviembre de 1992; dándose por ello las causales de nulidad de acto jurídico contempladas en los incisos 3 y 7 del artículo 219 del Código Sustantivo, dispositivos legales que sirvieron de sustento al escrito de demanda mencionado. *Tercero*. [La] demandante adquirió el inmueble sublitis de su vendedora [...], según minuta de compraventa [...], habiendo incluso iniciado el proceso [...] sobre otorgamiento de escritura pública contra la sucesión de doña MSL [la vendedora] que falleciera el 2 de junio de 1994 en donde obra [...] el Dictamen Pericial Grafotécnico donde se advierte que la firma de la vendedora es auténtica [...]. *Cuarto*. [D]icho proceso de otorgamiento de escritura pública fue interpuesto el 7 de noviembre de 1994, resultándose favorable a la demandante [...], tal como lo indicó el juez de la causa. *Quinto*. [De] otro lado, es pertinente acotar que a fin de que opere la sucesión intestada a favor de la Beneficencia Pública los bienes deben corresponder al patrimonio del causante, en conformidad con lo establecido por el artículo 830 del Código Adjetivo. *Sexto*. [El] bien submateria dejó de ser propiedad de MSL [la causante], pasando a integrar el patrimonio de la demandante, en mérito del

(568) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, p. 1103.

contrato de compraventa de fecha 13 de noviembre de 1992 y en tal sentido, el derecho de la recurrente se encuentra amparado por los artículos 923, 1351 y siguientes del Código Sustantivo denunciados en el recurso casatorio.»[569]

Adicionalmente, también encontramos la Casación n.° 1225-99-Lima, de fecha 19 de septiembre de 2001, que establece, «*Tercero.* [El] artículo 830 del Código Civil, referido a la Sucesión del Estado y de las Beneficencias Públicas, establece con claridad que procede la adjudicación de los bienes a nombre de la Beneficencia Pública del lugar del último domicilio que tuvo el causante en el país cuando falten los sucesores testamentarios o legales en el proceso de Declaratoria de Herederos, correspondiendo al gestor de la declaratoria respectiva el 40 % de su valor neto; [...] en ese sentido, debe entenderse como Gestor de Herencia a aquella persona que plantea la demanda de Declaratoria de Herederos, sin ser uno de ellos, y que, como consecuencia, logra un beneficio patrimonial a favor del Estado o Beneficencia Pública.»[570]

Finalmente, observamos lo dispuesto en la Casación n.° 1362-03-Lima, de fecha 26 de septiembre de 2003, «Derecho que le corresponde al gestor del proceso o trámite de la sucesión intestada. *Cuarto.* [En] lo referente a la denuncia de interpretación errónea del artículo 830 del Código Civil, debe destacarse que el contenido esencial de la norma legal en mención, se encuentra orientado a consagrar el derecho que le corresponde al gestor del proceso o trámite de la sucesión intestada, correspondiéndole un determinado porcentaje del valor neto de los bienes adjudicados que será abonado por la entidad respectiva con el producto de la venta de dichos bienes u otros. *Quinto.* [En] ese mismo sentido se ha pronunciado la entidad demandada [la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana] en [una] Resolución de Gerencia General [...], cuando [...] refiere que la suma a abonarse a favor del gestor de la declaratoria de herederos, se hará con el producto de la venta del bien inmueble adjudicado a la demandada antes mencionado u otros. *Sexto.* [De] la lectura de ambas fuentes, de donde emerge el derecho del demandante, se advierte que la venta del bien adjudicado, constituye una condición sine qua non, cuya verificación tornará en exigible la obligación que pretende el actor, permaneciendo una condición suspensiva hasta el cumplimiento de la condición establecida en la Ley.»[571]

(569) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 652.

(570) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 652 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 418.

(571) *Loc. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SECCIÓN CUARTA

# MASA HEREDITARIA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# TÍTULO I
# COLACIÓN

## Concepto de colación

**Artículo 831.-** Las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título, hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se considerarán como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél.

---

Según la Real Academia Española[572], colación de bienes, en términos jurídicos, es la «Manifestación que al partir una herencia se hace de los bienes que un heredero forzoso recibió gratuitamente del causante en vida de este, para que sean contados en la computación de legítimas y mejoras.»

En materia jurisprudencial, la Casación n.º 896-2003-Ucayali, de fecha 15 de agosto de 2003, ha definido a la colación de la siguiente manera, «Concepto de colación. Pluralidad de herederos. *Quinto.* [La] figura de la indivisión es la copropiedad existente como consecuencia de la transmisión sucesoria, que se da cuando hay pluralidad de herederos; la colación es la operación por la cual debe agregarse a la masa hereditaria el valor de los bienes recibidos por determinado heredero a título gratuito, a fin de restablecerse la igualdad entre todos los herederos.»[573]

El Código Civil destina los artículos 831 a 843 al tratamiento del tema. Comencemos por la primera de las normas citadas, la misma que establece que las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título, hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se considerarán como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél.

ESTUDIO CASTILLO FREYRE

(572) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española.* En: https://dle.rae.es/grave. Visitado el 8 de septiembre de 2023.

(573) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 653-654.

Cuando iniciamos el estudio de la legítima hereditaria, mencionamos como referencia el artículo 1629 del Código Civil, precepto que establece que nadie puede dar por vía de donación, más de lo que puede disponer por testamento. La norma agrega que la donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida; regulándose el exceso por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante. No hay duda de que el defecto del artículo 1629 es no hacer referencia a cualquier otro acto de liberalidad distinto a la donación, por lo que, si bien cerró la puerta, dejó todas las ventanas abiertas.

Pero más allá de ese defecto, como sabemos, las normas de disposición testamentaria se hallan reguladas en Derecho de Sucesiones y, específicamente, en materia de legítima, donde el ordenamiento jurídico no permite que el futuro causante, en vida y por actos distintos al testamento, viole las normas de la propia legítima, afectando la de quienes en el futuro serían sus herederos forzosos. Si el Derecho Civil no estableciera límites a los actos entre vivos de esta naturaleza, bien podría prescindir de regular el tema de la legítima hereditaria, en razón a que sus disposiciones devendrían en letra muerta.

En ese orden de ideas, la Casación n.° 1026-99-Lima, de fecha 14 de septiembre de 1999, establece que, «Ninguna persona puede disponer de la totalidad de sus bienes vía anticipo de herencia, a favor de uno o más herederos y en perjuicio de algún heredero forzoso. *Sexto.* [El] artículo 831 del Código Sustantivo menciona que las donaciones u otras liberalidades que por cualquier título hayan recibido del causante sus herederos forzosos se considerarán como anticipo de herencia para los efectos de colacionarse, salvo dispensa de aquel y el artículo 833 del mismo define que la colación se hace devolviendo el bien a la masa hereditaria o reintegrando a esta su valor. *Sétimo.* [Eso] significa que ninguna persona puede disponer de la totalidad de sus bienes vía anticipo de herencia, a favor de uno o más herederos y en perjuicio de algún heredero forzoso, que resulta así desplazado de la herencia y sin tener derecho a ningún bien.»[574]

Dentro de tal orden de ideas, se explica que el Código de 1984 regule el tema de la colación, que no es otra cosa que el necesario cálculo de los bienes que el ahora causante dispuso en vida a título de donación o cualquier otra liberalidad en favor de sus herederos forzosos. Esto significa que tales actos de liberalidad cuentan como si el causante hubiere dispuesto de ellos en testamento en favor de los herederos forzosos en cuyo favor dispuso de los mismos,

(574) *Ibidem*, p. 654.

precisamente, por donación o cualquier otra liberalidad. Si no hubiera colación, a través de actos de liberalidad celebrados *inter vivos*, el causante podría burlarse de la legítima hereditaria de sus futuros herederos forzosos.

En esa línea, la Casación n.º 64-98-Cusco, de fecha 14 de agosto de 1998, dispuso que, «*Sexto*. [El] artículo 831 del Código Civil está referido a las donaciones u otras liberalidades que por cualquier título hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se considerarán como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél: la colación tiene como finalidad igualdad de participación en la herencia de quienes como legitimarios tienen derecho a una cuota intangible.»(575)

De este modo, los bienes que hubiesen sido donados o dispuestos a título de liberalidad en favor de esos futuros herederos forzosos se van a considerar como anticipo de herencia, lo que implica que servirán para determinar si el causante vulneró la legítima hereditaria de alguno o algunos de sus herederos forzosos.

Resulta usual que los ascendientes transfieran a sus descendientes la propiedad de algunos de sus bienes, vía la figura del anticipo de legítima. El anticipo de legítima no es otra cosa que la disposición en vida de aquella parte de la futura herencia que correspondería al beneficiado, quien necesariamente debe tener la calidad de heredero forzoso de quien le transfiere el bien.

Resulta evidente que los bienes transferidos por anticipo de legítima serán colacionables, en la medida en que ellos han sido transferidos a través de actos de liberalidad a favor de herederos forzosos. La naturaleza jurídica de los anticipos de legítima es dual. Por un lado, se trata de un anticipo de herencia; en tanto que, por otro, al ser un acto *inter vivos*, es propiamente una donación. No vemos inconveniente conceptual alguno en asignarles esa naturaleza dual, pues resulta innegable que la tienen, en la medida en que implica la transferencia de propiedad de determinados bienes en favor de otra persona y a título gratuito. La distinción particular radica en que quien recibe el bien en propiedad es, a la par, potencial heredero forzoso del transferente.

Además, tanto como donación como en su carácter de anticipo de legítima, el acto debe ser aceptado por el beneficiario. No obstante, claro está que, si fuera donación, el acto deberá ser celebrado también por el donatario; en tanto que si fuere solamente un anticipo de legítima (no considerado donación), el

(575) *Ibidem*, p. 653.

anticipo, como acto jurídico, bastará que sea unilateral, pero tratándose de una herencia, la misma debe ser aceptada por el heredero forzoso, con lo cual, si bien el anticipo será unilateral, para que el mismo surta efectos deberá contar con la aceptación del heredero forzoso, como en cualquier sucesión.

Por otra parte, no se piense que los actos de liberalidad están constituidos únicamente por las donaciones. Decimos esto, en la medida en que, por ejemplo, un acto de liberalidad podría ser el vender a un heredero forzoso, un bien inmueble que valga un millón de dólares americanos, por un precio de cien mil dólares americanos. Sin duda, esta no sería propiamente una donación, en los términos de la figura típica (aunque podría ser considerada como una donación indirecta o atípica), sino una compraventa (en la que no hay simulación, por si acaso), pero más allá de eso, este acto también podría ser considerado para la colación, en lo que respecta, naturalmente, a aquella porción de su valor que no se vio reflejada en el precio pagado por el heredero forzoso.

Los actos de liberalidad también podrán consistir en la condonación de una deuda que el heredero forzoso tuviere con el futuro causante, por ejemplo, así como cualquier otro acto jurídico, unilateral o bilateral, a título gratuito u oneroso, por el cual el futuro causante beneficie patrimonialmente a un heredero forzoso. En todos estos actos, para efectos de la colación habrá que ver si ellos fueron enteramente gratuitos, con lo cual el valor de los mismos será colacionable, o si ese valor fue parcialmente cubierto por el heredero forzoso (como en el caso de la donación indirecta o atípica), con lo cual habrá que colacionar la porción del valor que no fue pagada por el heredero forzoso.

Por otra parte, en lo que respecta a los actos jurídicos simulados, por ejemplo, que el futuro causante simule celebrar un contrato de compraventa de un bien inmueble con precio de mercado, pero en la cual ambas partes sepan que en el fondo hay una donación y no una compraventa (supuesto de simulación relativa). En casos como éstos, lo que deberán hacer los otros herederos forzosos, es demandar la anulación de la compraventa simulada, a efectos de que el bien retorne formalmente al patrimonio del futuro causante. Queda claro que, si se hubiera dejado pasar el plazo de prescripción de dos años que la ley prevé para tales efectos, la compraventa será válida y ese inmueble no podrá ser incluido en la colación, por la sencilla razón de que no pertenecía al causante al momento de su fallecimiento. Es evidente que el mismo proceder sería exigible con respecto a los herederos forzosos del futuro causante si el bien hubiese sido «vendido» en una compraventa viciada de simulación absoluta (contrato nulo), caso para el cual la ley contempla un plazo de prescripción de diez años.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Además, debemos advertir que la ley establece en diversos artículos que estudiaremos con posterioridad, los casos en que determinados beneficios efectuados por el futuro causante en favor de sus herederos forzosos no son colacionables; todo ello, naturalmente, más allá del supuesto de dispensa de colación sobre el que trata el artículo 832.

Por último, resulta conveniente precisar que los detalles con respecto a la manera cómo debe valorizarse los bienes, serán estudiados con ocasión del tratamiento de otras normas del Código Civil que se ocupan de ellos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Límites de la dispensa de colación

**Artículo 832.-** La dispensa está permitida dentro de la porción disponible y debe establecerla expresamente el testador en su testamento o en otro instrumento público.

La dispensa de colación[576] es la «Exoneración por el donante del deber legal de colacionar. Tal dispensa no produce efecto si la donación debe reducirse por inoficiosa.»

La regla es que los actos de liberalidad efectuados por el futuro causante sean colacionables, vale decir, que, a su muerte, ingresen al cómputo de lo que recibe cada uno de sus herederos forzosos beneficiados con tales actos de liberalidad.

En un ejemplo, si un heredero forzoso hubiese recibido en donación, por parte de su padre, un inmueble valorizado en un millón de dólares americanos, y su padre muere intestado, dejando solamente dos herederos, es claro que cada uno de ellos heredará el 50 % del patrimonio del causante. Si el patrimonio ascendiese a US$ 10´000,000.00, correspondería a cada hermano un valor de US$ 5'000,000.00, pero como uno de los hermanos recibió ese millón en vida del causante, ese valor se sumará a la masa hereditaria, con lo cual la herencia tendrá un valor de 11'000,000.00, de la cual a cada hermano correspondería el 50 %, es decir un valor de US$ 5'500,000.00. Pero ocurre que uno de los herederos ya ha recibido US$ 1'000,000.00, con lo cual su porción de la herencia, considerando lo recibido en anticipo de legítima, será de US$ 4'500,000.00 (habida cuenta del millón que ya recibió con anterioridad).

Es esto, precisamente, lo que la ley y el Derecho entienden como colación, vale decir, el cómputo de los bienes colacionados en la herencia, lo que implica agregar el valor de los mismos a la masa hereditaria del causante y, luego, detraer ese valor del heredero forzoso beneficiado con el acto de liberalidad realizado en vida del causante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(576) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. En: https://dpej.rae.es/. Visitado el 8 de septiembre de 2023.

Pero el Derecho admite la dispensa de colación, que no es otra cosa que el acto de liberalidad efectuado en vida por el futuro causante en favor de uno de sus herederos forzosos contenga esta disposición de dispensa de colación, lo que implica que los valores de los bienes objeto de la liberalidad *inter vivos* no se detraerán de la legítima hereditaria del heredero forzoso beneficiado, sino se computarán como parte de la cuota de libre disposición del causante.

Si retornamos al ejemplo anterior de la donación del inmueble a uno de los dos futuros herederos forzosos, es claro que cuando muere el causante habrá dejado un patrimonio valorizado en US$ 10'000,000.00, al que se debe sumar el millón del valor de la casa que fue dada en anticipo de legítima en favor de uno de los herederos forzosos. Entonces, el valor del patrimonio hereditario asciende a US$ 11'000,000.00.

Como el causante murió dejando dos hijos como herederos forzosos, resulta de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 725, precepto que señala que el que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

Un tercio de US$ 11'000,000.00 es aproximadamente, US$ 3'666,666.66. El bien dado en anticipo de legítima a uno de los herederos forzosos tiene un valor menor al tercio de libre disposición, razón por la cual, como la liberalidad se hizo con dispensa de colación, se entenderá que el causante pudo disponer sin problemas de ese bien.

Queda claro que, al ser dos herederos, a cada uno corresponde el 50 % de la masa hereditaria del causante, por lo que a cada uno le corresponderá una herencia por valor de US$ 5'000,000.00, pero el hermano beneficiado con el anticipo de legítima terminará recibiendo un millón más. Ello, porque el millón del valor del bien dado en anticipo de legítima no cuenta para la división, en la medida en que se trató de una liberalidad (anticipo de legítima) con dispensa de colación. Y ello es así, porque el valor del bien donado por el futuro causante no excede el porcentaje de libre disposición del causante y, por tanto, no lesiona o vulnera la legítima hereditaria de sus futuros herederos forzosos.

Como se puede observar del desarrollo de nuestro ejemplo en ambos casos, es decir ante un anticipo de legítima sin dispensa de colación y ante un anticipo de legítima con dispensa de colación, los resultados de aquello que recibe cada hermano como herencia son distintos. Cuando no existe dispensa de colación, ambos recibirán la herencia por partes iguales (US$ 5'500,000.00), en tanto que en caso hubiere habido dispensa de colación, el hermano que fue beneficiado en vida por su padre recibirá una herencia por valor de US$ 6'000,000.00 y el

ESTUDIO MARIO CASTRO PALOMINO

otro hermano recibirá una herencia valorizada en US$ 5'000,000.00. Como es claro, esta disparidad no hubiese sido posible si el anticipo de legítima no hubiese incluido una dispensa de colación.

Por otra parte, también es importante señalar con respecto al artículo 832, bajo comentario, que la dispensa de colación está permitida dentro de la porción disponible. Esto es correcto, pues si la excediera se estaría vulnerando la legítima de los herederos forzosos que no han sido beneficiados con el anticipo de legítima.

En el caso de nuestro ejemplo, imaginemos que el inmueble dado en anticipo de legítima se hubiese hecho con dispensa de colación, pero que el inmueble no hubiera valido US$ 1'000,000.00, sino US$ 6'000,000.00. Como dijimos, agregando el valor de ese bien a la masa hereditaria, es decir, US$ 10'000,000.00 dejados al morir, más US$ 6'000,000.00, que valía el inmueble dado en anticipo a uno de los herederos forzosos, tenemos que el valor total de la masa hereditaria ascendería a US$ 16'000,000.00. Aquí hubo dispensa de colación, razón por la cual el valor del bien donado podrá haber mejorado a un heredero forzoso a costa de la cuota de libre disposición, pero sin afectar la legítima de alguno de los herederos.

Por lo demás, resulta conveniente señalar que la valorización de los bienes dados en anticipo de legítima se hará al momento de la apertura de la sucesión (es decir, a la muerte del causante), pues será ese el momento en que habrá patrimonio hereditario; no antes. Ello implica que no interesará el valor que tenían los bienes cuando fueron dados en anticipo de legítima. El valor histórico de los mismos será irrelevante para efectos de la colación.

Entonces, el tercio de libre disposición de US$ 16'000,000.00 asciende a US$ 5'333,333.33. Como vemos, el anticipo de legítima con dispensa de colación excede en US$ 666,666.66 el tercio de libre disposición del causante, razón por la cual esta última cantidad afecta el referido porcentaje de libre disposición y debe ser restituido al patrimonio hereditario por el heredero beneficiario del anticipo de legítima, pues corresponde en un 50 % a él y en el otro 50 % a su coheredero. No obstante, aquí operaría la compensación, en virtud de la cual el problema se solucionaría haciendo que el heredero que se benefició con el exceso entregue al otro la cantidad de US$ 333,333.33, con lo cual la herencia se podrá dividir en partes iguales sin que se vea afectada la legítima hereditaria de alguno de los herederos forzosos.

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.º 4020-2001-Lima, de fecha 5 de junio de 2002, que establece, «Si no media dispensa de colación,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE S.A.

es imperativo el retomo de los bienes a la masa hereditaria al momento de la sucesión. *Quinto.* [De] acuerdo al artículo 832 del Código Civil la figura del anticipo de legítima prevé la posibilidad que los bienes anticipados no retornen a la masa hereditaria vía colación, para lo cual es requisito indispensable que la liberalidad esté incluida dentro de la porción de libre disponibilidad y en forma expresa indique tal decisión en su testamento u otro instrumento público, siendo que de no existir tal constancia se entiende que la voluntad del testador es que los bienes anticipados retornen a la masa hereditaria al momento de abrirse la sucesión, regla que no admite supuesto alguno en contrario por ser de carácter imperativo. *Sexto.* [En] el caso de autos el padre de las demandadas al proceder a cederle los derechos y acciones que tenía respecto de los bienes inmuebles materia de discusión no incluyó la dispensa a que se hace referencia líneas arriba, razón por la cual al existir una nueva heredera forzosa, según lo prevé el artículo 724 del Código acotado, al momento de abrirse la sucesión respectiva es procedente que tales derechos y acciones anticipados retornen a la masa hereditaria por imperio del artículo 831 del Código Civil, debiendo la recurrente concurrir con las demandadas en partes iguales por mandato del artículo 822 del mismo cuerpo normativo.»[577]

Adicionalmente, en fórmula negativa, la Casación n.° 1802-98-Santa, de fecha 12 de marzo de 1999, determinó en qué supuesto no procede la dispensa de la colación, «Anticipo de herencia. No exigibilidad del inventario de bienes. Exceso de anticipo de herencia. *Segundo.* [El artículo] 1629 del Código Civil [...] dispone que el exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante. *Tercero.* [La] sentencia de vista ha considerado que para que el anticipo sea válido debe estar debidamente acreditado con el inventario de bienes y su correspondiente valorización, para determinar el tercio de libre disposición, a pesar de que los anticipantes o donantes se encuentran vivos, es decir que mantiene el criterio del Código Civil de 1936, a pesar de que ha sido modificado por el Código Civil vigente en su artículo 1629, que así resulta inaplicado. *Cuarto.* [Ello] determina también que exista una interpretación errónea del artículo 832 del Código Sustantivo porque la sentencia de vista tampoco acepta la dispensa de colación, a pesar de estar establecida expresamente en la escritura pública correspondiente de anticipo de herencia, porque no se ha probado que está dentro del tercio de libre disposición y como se ha expresado anteriormente ello sólo se

(577) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 655 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 421.

puede determinar al momento del fallecimiento de los anticipantes o donantes, que no ha ocurrido.»[578]

Finalmente, debemos señalar que el artículo 832 establece que la dispensa de colación debe ser establecida de manera expresa por el testador (en realidad sería por el causante, pues no necesariamente deberá hacer testamento) en su testamento o en otro instrumento público, como podría ser en la escritura pública de anticipo de legítima, como ocurre en el caso de nuestro ejemplo.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[579] pensábamos que el artículo 832 podría modificarse con la siguiente redacción: «La dispensa está permitida dentro de la porción disponible y debe establecerla expresamente quien hace la liberalidad en el título de ésta o en su testamento.»

La modificación no nos correspondía. Pertenecía, en redacción y fundamento, al profesor Augusto Ferrero,[580] cuyos alcances reproducimos a continuación:

> «La dispensa debe ser expresa, siendo su título, por disposición del artículo 832, el testamento u otro instrumento público.
>
> Si bien la donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública (artículo 1625), la de cosas muebles puede verificarse verbalmente cuando verse sobre objetos de pequeño valor, que el Código fija hasta en un monto equivalente al 25 % de la Unidad Impositiva Tributaria (artículo 1623, modificado por la Ley 26189). Si excede este límite, la donación se hará por escrito de fecha cierta, bajo pena de nulidad (artículo 1624). El Código expresa que, en este caso, en el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan.
>
> Lo expuesto indica que si el acto de liberalidad comprende una cosa mueble cuya donación no requiere instrumento público, éste tendrá que otorgarse obligadamente en el acto de la donación o con posterioridad para que opere la dispensa. Esta exigencia no tiene sentido si comprobamos, por otro lado, que la dispensa

(578) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 655 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 420-421.

(579) Castillo Freyre, Mario *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 565 y 566.

(580) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 45 y 47.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

puede otorgarse simplemente por testamento; vale decir, no sólo por el de escritura pública sino también por el cerrado e inclusive por el ológrafo.

En conclusión: pensamos que, si puede *dispensarse* la colación mediante un testamento ológrafo, igualmente debería poder hacerse en el acto en que se otorga la liberalidad sin necesidad de que constituya instrumento público. Así lo estableció el ponente en su Anteproyecto, al expresar el artículo 173 del mismo que la dispensa debía establecerla quien hacía la liberalidad, en el título de ésta o en su testamento; texto que fue recogido del artículo 737 del Código italiano, que, con más propiedad aún, indica que la dispensa puede otorgarse por testamento o en el mismo acto de donación. En efecto, al hablar de acto en lugar de título incluye la donación verbal, que no consta físicamente. Por ello, Forchielli ha anotado que no es improbable que cualquier intérprete se sienta alarmado por la posibilidad de una dispensa meramente verbal. El texto propuesto por Lanatta fue ratificado por el Proyecto de la Comisión Reformadora, en su artículo 879.

Este fundado criterio, que en nuestro concepto la reforma debe consagrar, fue modificado por la Comisión Revisora, estableciendo en su Proyecto la misma exigencia del Código derogado (artículo 832), siendo recogida así por el Código vigente.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Colación de bienes

**Artículo 833.-** La colación de los bienes se hace a elección de quien colaciona, devolviendo el bien a la masa hereditaria o reintegrando a ésta su valor. Si el bien hubiese sido enajenado o hipotecado, la colación se hará también por su valor. En ambos casos, el valor del bien es el que tenga en el momento de la apertura de la sucesión.

El artículo 833 trata acerca de la manera cómo se efectúa la colación de los bienes, en caso ello resulte pertinente. Las reglas son las que desarrollamos a continuación:

a) La colación de los bienes se hace a elección de quien colaciona, devolviendo el bien a la masa hereditaria o reintegrando a ésta su valor

Cuando la norma se refiere a «quien colaciona», está aludiendo a la persona que va a tener que restituir los bienes recibidos en exceso, precisamente por haberse afectado la legítima de algún o de algunos herederos. Como pudimos apreciar en la última variante de nuestro ejemplo citado con ocasión de los comentarios al artículo inmediato precedente, en ese caso, aquel heredero forzoso beneficiado en exceso por algún acto de liberalidad del testador está obligado a devolver lo recibido en exceso.

Si lo recibido fuere dinero o cualquier otro bien de cantidades fungibles, será claro que lo más fácil para cumplir con el artículo 833 será que la persona que tenga que hacer la colación, entregue bienes idénticos a los recibidos. Lo propio ocurrirá si aquello que hubiese que devolver fuera de igual o mayor valor que el bien o los bienes recibidos. En este caso, por más que se trate de bienes ciertos, se podrá cumplir con la entrega de los mismos y, si fuese el caso, de un remanente en dinero.

Pero, si se hubiese recibido bienes que excedan el valor de aquello que hay que colacionar, lo lógico sería, como ocurre en el ejemplo propuesto por nosotros en nuestros comentarios al artículo 832, que aquel que tenga que colacionar, colacione el valor en dinero y conserve el bien recibido o, por último, que lo venda a un tercero y entregue la parte del precio que corresponda al cumplimiento del deber de colacionar.

Antes de terminar estos comentarios, debemos señalar que la obligación de que trata este extremo de la norma es de carácter alternativo, en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la medida en que la elección corresponderá ser hecha libremente por el heredero obligado a colacionar. Ello, en tanto y en cuanto el bien siga teniendo existencia y no hubiese sido enajenado a un tercero, claro está.

b) Si el bien hubiese sido enajenado o hipotecado, la colación se hará también por su valor

Es probable que el bien recibido a título de liberalidad por el heredero forzoso, en vida del futuro causante, haya sido enajenado a una tercera persona. En este caso, es obvio que esa tercera persona no tendrá que responder por la colación, en la medida en que se trató de un adquirente a título oneroso y de buena fe. Pero el heredero forzoso que deba hacer colación, deberá hacerla en dinero. No obstante, debemos subrayar que quien adquiera un bien del heredero forzoso, en estas circunstancias, deberá tomar las precauciones del caso, dado que en la información registral aparecía que el bien había sido transferido en anticipo de legítima al vendedor, por su futuro causante. Pero el artículo 833, bajo comentario, no hace responsable al adquirente a título oneroso, en caso de colación de su vendedor frente a los demás herederos forzosos. Sin embargo, debemos tener cuidado con los casos de compraventas simuladas o de donaciones indirectas o atípicas a los que ya hicimos referencia con ocasión de nuestros comentarios al artículo 832, precedente.

En esa línea, la jurisprudencia mediante la Casación n.º 3441-2007-Moquegua, de fecha 25 de septiembre de 2007, determina, «No está prohibida la venta del bien dado como anticipo de legítima, pues en caso de colación se reintegrará el valor del bien. *Octavo*. [En] el segundo considerando de la resolución de primera instancia, el juez de la causa afirmó que "no está prohibido [*sic*] la venta del bien dada en anticipo de legítima, pero si ocurre el caso de colación y ya se vendió el bien, solo se puede reclamar su valor", por tanto, luego de afirmar que el bien ha sido vendido con anterioridad a la medida cautelar inscrita, se concluye que no hay mala fe registral, por lo que la demanda es declarada improcedente por las causales previstas en los incisos 5 y 6 del artículo 427 del Código Civil [...]. *Décimo*. [En] el caso de autos no existe interpretación errónea del artículo 833 del Código Civil, toda vez que, conforme han concluido ambas instancias, la glosada norma regula dos supuestos: El primer caso, cuando el bien no ha sido enajenado ni hipotecado, supuesto en el cual la colación de los bienes se hace a elección de quien colaciona, devolviendo el bien a la masa hereditaria o reintegrando a esta su valor. El segundo caso, que

se presenta cuando el bien hubiese sido enajenado o hipotecado, supuesto en el cual la colación se hará también por su valor.»[581]

Esta disposición también resulta aplicable cuando los bienes adquiridos por un heredero del causante a título de liberalidad hubiesen sido hipotecados y luego ese heredero se viera en la obligación de colacionar. Aquí también deberá reintegrar el valor del bien a los herederos forzosos que corresponda.

Para Augusto Ferrero, «La referencia del artículo 833 al bien hipotecado es un tanto ambigua. En efecto, la hipoteca es un derecho real de garantía, al igual que la prenda, la anticresis y el derecho de retención, y los bienes pueden estar afectos a derechos reales principales distintos a la propiedad como la posesión, el usufructo, el uso y habitación, la superficie y la servidumbre. Todos estos derechos inciden en el valor del bien, disminuyéndolo cuando recaen en él, lo cual no debe tenerse en cuenta para efectos de la colación cuando dichos derechos han sido otorgados por el colacionante. Pero la disposición no dice quién hipotecó el bien, aunque debe entenderse que se refiere a quien colaciona. Por otro lado, la hipoteca está referida únicamente a inmuebles, y por ser accesoria, está condicionada a una obligación principal. En realidad, el valor de un bien prendado o hipotecado es el mismo que el de uno realengo, salvo que el adquiriente asuma la obligación que garantizan. Nosotros creemos que el valor de un bien para efectos de la colación debe tomarse independientemente de los derechos otorgados sobre el mismo por el anticipado, a excepción del caso de disposición del mismo que hemos comentado.»[582]

c) En ambos casos, el valor del bien es el que tenga en el momento de la apertura de la sucesión

Esta disposición es de gran importancia, en la medida en que, como es natural y ya hemos explicado, el valor que se va a considerar para los bienes que el futuro causante dispuso a través de actos de liberalidad en favor de algún o de algunos herederos forzosos, no será el valor histórico de los mismos, sino el valor que tienen o debieran haber tenido al momento de la apertura de la sucesión, vale decir, al momento de la muerte del causante. Ello es así, porque si se dispusiera lo contrario se estaría beneficiando al heredero forzoso que recibió tales beneficios del futuro causante; ello,

(581) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 656.
(582) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 697.

habida cuenta de que los valores de esos bienes deben ser mantenidos constantes en el tiempo, prescindiendo de cuál era ese valor al momento en que se efectuó el acto de liberalidad en favor del heredero forzoso.

En esa línea, Guillermo Lohmann comenta, «La regla legal vigente establece que el valor del bien es el que tenga al momento de la muerte del causante. El texto puede entenderse de dos maneras diferentes: (a) que el bien donado es tasado para determinar el valor que pudiera tener al abrirse la sucesión, con independencia del que hubiera tenido al hacerse la liberalidad, o (b) que el valor que tenía al momento de la liberalidad es actualizado a la fecha de muerte en función de criterios más o menos objetivos. La diferencia es importante, ya que en el primer caso se reexamina intrínsecamente cuál es el valor presente del bien al efectuarse la colación, prescindiendo del valor que hubiera tenido cuando se hizo la donación; en el segundo caso, se toma como bueno el valor al tiempo de la donación (que es el valor que causó detrimento en el donante y correlativo enriquecimiento del donatario), y ese valor es traído al presente, al margen de las vicisitudes del bien. Cuando se trata de colación en valor, no tengo dudas de que debe optarse por la segunda alternativa. Y aunque reconozco que el asunto es cuestionable si se trata de colación real, creo que se le debe dispensar el mismo tratamiento.»[583]

Por nuestra parte, consideramos que no hay duda de que ésta es una obligación cuya naturaleza es de valor y que tal naturaleza ha sido expresamente recogida por el artículo 833 del propio Código Civil. Se trata de una obligación de valor a la que resulta aplicable lo dispuesto por la norma que regula esta materia, el artículo 1236, el mismo que establece que «Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.»[584]

Adicionalmente, resulta pertinente referirnos a la Casación n.° 64-98-Cusco, de fecha 14 de agosto de 1998, que explica la finalidad de la acción de colación, «*Sexto.* [...] [La] colación tiene como finalidad la igualdad de participación en la herencia de quienes como legitimarios tienen derecho a una cuota intangible. *Sétimo.* [Habiéndose] disminuido indebidamente la porción de la legítima debe reintegrarse a ésta la parte que se ha disminuido indebidamente, es decir en la parte que se ha excedido.»

(583) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 491.
(584) Sobre este particular, recomendamos la lectura de los temas pertinentes en nuestras obras de Derecho de Obligaciones, tantas veces citadas.

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2,*[585] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso la modificación del artículo 833, por un precepto de texto siguiente:

> **Artículo 833**.- Manera de colacionar.
>
> 1. La colación se hace incluyendo el valor de la liberalidad en la masa distribuible entre los legitimarios, para recalcular las cuotas a fin de que el colacionante tome de menos en la partición un tanto igual al valor de la liberalidad actualizado a la fecha de partición.
> 2. En caso la liberalidad importe bienes, se autoriza al obligado a colacionar a descontar los gastos e inversiones que hubiere realizado para mantener el bien o incrementar su valor.

La comisión anterior también propuso modificar el artículo 833

En verdad consideramos que el artículo que se propuso el 2019 era muy explicativo (propio de un manual de Derecho y no de un Código Civil, especialmente, su inciso 1).

Con respecto a la propuesta de inciso 2, estimamos que se trataba de una norma de contenido altamente discutible, en la medida en que disponía que «En caso la liberalidad importe bienes, se autoriza al obligado a colacionar a descontar los gastos e inversiones que hubiere realizado para mantener el bien o incrementar su valor.» Decimos que era discutible, pues no olvidemos que el que hoy está obligado a colacionar hizo esos gastos en el bien para conservarlo y disfrutarlo para sí, en exclusiva, lo que tal vez ocurrió durante un lapso apreciable de tiempo.

Entendemos que los gastos de conservación le deberían ser reembolsados, al igual que las mejoras necesarias, a menos que sean de fecha inmediata anterior a la colación.

En cuanto al reembolso de las mejoras útiles y de recreo que hubiere hecho en el bien, no obstante que ellas beneficiarían a toda la sucesión, el tema seguiría siendo discutible, pues –de repente– tales mejoras sólo son de interés de ese heredero y no de los demás.

Tema complejo, sin duda, sobre el cual creo que sería preferible no legislar y dejarlo al camino que siga la jurisprudencia.

(585) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 195-196.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Colación en especie

**Artículo 834**.- El que colaciona en especie deducirá en su favor el valor de las mejoras que hubiere hecho, y resarcirá a la masa hereditaria el valor de los deterioros que el bien haya sufrido por culpa suya.

El artículo 834 se encarga de regular la colación en especie, estableciendo que el que colaciona en especie deducirá en su favor el valor de las mejoras que hubiere hecho, y resarcirá a la masa hereditaria el valor de los deterioros que el bien haya sufrido por culpa suya.

Para continuar con el ejemplo citado en los últimos artículos (el del anticipo de legítima sobre un inmueble), imaginemos que lo que correspondiera sea que el heredero forzoso que recibió el inmueble en anticipo de legítima tenga que efectuar colación sobre la integridad y no sólo sobre una parte del mismo.

De acuerdo a los preceptos que venimos estudiando, el heredero forzoso obligado a colación podrá escoger entre colacionar el bien en especie o en dinero, a valor actual. Si optara por el primer camino, será claro que deberá entregar el mismo bien que recibió.

No obstante, cabe la posibilidad de que el heredero forzoso le haya hecho mejoras. En este caso, tendrá derecho a deducir el valor de dichas mejoras, sean de la naturaleza que fueren. La lógica es que cuando se restituya ese bien a la masa hereditaria, el mismo valdrá más o, en el peor de los casos, no habría dejado de valer lo que valía antes, precisamente en virtud de las mejoras efectuadas en él.

Sobre las mejoras que señala la norma, Guillermo Lohmann precisa, «Repárese en que la norma se refiere a mejoras en general, sin distinguir su naturaleza, esto es, incluye las necesarias y las útiles según son definidas en el artículo 916 del Código. No parece, sin embargo, que deban comprenderse las mejoras de recreo. En el caso de mejoras, como el colacionante regresa un bien que, por las mejoras, supuestamente tiene mayor valor, el monto de este valor debe serle resarcido.»[586]

(586) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 511.

ENRIQUE MAGRO CASTILLO PEREZ

No obstante, no creemos que haya problema en considerar también las mejoras de recreo, en la medida en que ellas también habrían incrementado el valor del bien.

Con respecto a los deterioros que el bien haya sufrido por culpa suya (en realidad es por causa imputable al heredero forzoso que lo recibió del futuro causante a título de liberalidad o anticipo de legítima), el artículo 834 dispone que ellos deberán ser resarcidos (pagados) a la masa hereditaria. Ello, siempre se realizará conforme a la tesis valorista, que para el caso se rige por los artículos 833 y 1236 del Código Civil.

Sobre el tema, Benjamín Aguilar comenta, «Esta forma de colacionar es cada vez menos frecuente, por la inconveniencia para los otros sucesores, a quienes obviamente no les interesará recibir un bien que ya ha sido usado, e incluso con el deterioro normal de las cosas [...].»[587]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(587) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 522.

## Colación de dinero, créditos o títulos valores

**Artículo 835**.- Si la liberalidad consistió en dinero, créditos, o títulos valores, se hará un equitativo reajuste, según las circunstancias del caso, para determinar el valor colacionable al tiempo de la apertura de la sucesión.

En caso de discrepancia entre los herederos, el valor será determinado, en la vía incidental, por el juez a quien corresponde conocer de la sucesión.

El artículo 835 se refiere a la colación de dinero, créditos o títulos valores, señalando que, si la liberalidad consistió en dinero, créditos, o títulos valores, se hará un equitativo reajuste, según las circunstancias del caso, para determinar el valor colacionable al tiempo de la apertura de la sucesión.

En estos casos, consideramos que lo que corresponde a ese «equitativo reajuste» no es otra cosa que aplicar, si se tratare de valores expresados en moneda nacional, el reajuste correspondiente al Índice de Precios al Consumidor (IPC) del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), fórmula que recoge la variación del costo de vida en el Perú, con carácter oficial. Entendemos que cualquier otro cálculo podría distorsionar el resultado.

En esa línea, Benjamín Aguilar comenta, «Siempre en el tema de la colación de dinero, nos preguntamos cómo debería colacionarse si el dinero recibido por el heredero dejó de circular. Por ejemplo, si en vida del causante, este, el año de 1989 regaló a su hijo la suma de dos millones de intis, y la sucesión se abre en el 2007, cuando ya no existe esa moneda. Entonces, el problema que surge es, cómo opera en estos casos la colación. Deberá el anticipado devolver los dos millones de intis convirtiéndolos a los nuevos soles, con lo cual perjudica enormemente a sus coherederos, o será que estos soliciten que la colación se haga tomando como referencia una moneda fuerte, dura, como por ejemplo el dólar, y pidiendo que se colacione por el valor a que ascendía los dos millones de intis con respecto al dólar, cuando se hizo la liberalidad, con lo cual los coherederos recibirán un trato mucho más equitativo. En esa circunstancia, obviamente tendrá que intervenir el juez para dilucidar el problema, juez a quien corresponde conocer la sucesión tal como lo refiere la norma comentada;

MARIO CASTILLO FREYRE

y, para resolver, tendrá un elemento que le proporciona la misma norma. En este caso, deberá hacer un equitativo reajuste.»[588]

Nosotros consideramos que el reajuste no se podría hacer con respecto al dólar estadounidense o cualquier otra moneda extranjera o alguna mercancía, en la medida en que estamos hablando de la depreciación del poder adquisitivo de la moneda peruana dentro del territorio de la República y no de su depreciación con respecto a otras monedas o mercancías.

Lo que habría que hacer, tratándose de una deuda de valor, es aplicar el artículo 1236 del Código Civil y reajustar el valor para que el mismo sea pagado en la moneda nacional en actual vigencia, creemos que reajustando el valor con el Índice de Precios al Consumidor (vale decir, con el índice inflacionario) del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), relativo al período correspondiente (el transcurrido entre el anticipo de legítima y la apertura de la sucesión).

En caso de discrepancia entre los herederos, el valor será determinado, en la vía incidental, por el juez a quien corresponde conocer de la sucesión.

Por otra parte, si el dinero, créditos o títulos valores a colacionar estuvieron expresados en alguna moneda extranjera, lo que habría que hacer es reajustar esa cifra con la inflación oficial del país respectivo. Si fuese dólares, con la inflación de los Estados Unidos de América para el período en que corresponda hacer el reajuste. Si fuesen euros, con la inflación oficial promedio ponderado de los países integrantes de la Unión Europea, para el período de cálculo correspondiente; y, así en adelante, como corresponda.

El segundo párrafo del artículo 835 señala que, en caso de discrepancia entre los herederos, el valor será determinado, en la vía incidental, por el juez a quien corresponde conocer de la sucesión. Se trata de una norma de carácter procedimental que no amerita mayores comentarios.

Sobre el particular, Fernández Arce comenta, «Respecto al art. 835 de nuestro Código Civil debemos señalar que las sumas de dinero no comprenden los regalos que por costumbre el donante hace, porque éstos no son colacionables; pero sí la cesión de créditos a título gratuito a favor del heredero forzoso. Tampoco comprenderá los frutos de los bienes dados en donación.»[589]

(588) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 525.
(589) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, p. 1156.

Compartimos lo señalado por Fernández Arce, agregando además que tampoco pueden ser colacionables las pequeñas liberalidades que reciben los herederos como parte de la vida cotidiana (por ejemplo, en los casos de padres e hijos).

En 1998, en *Tentaciones académicas*, pensábamos que el artículo 835 podía ser modificado con la siguiente redacción: «Si la liberalidad consistió en dinero, créditos, o títulos valores, se hará un equitativo reajuste, según las circunstancias del caso, teniendo en cuenta el valor y la importancia de dichos bienes al momento de la liberalidad, para determinar el valor colacionable al tiempo de la apertura de la sucesión.– En caso de discrepancia entre los herederos, el valor será determinado, en proceso sumarísimo, por el juez a quien corresponde conocer de la sucesión.»

Nuestra primera modificación apuntaba a tener en cuenta el valor, la importancia o la calidad de los bienes que fueron objeto de los actos de liberalidad por parte del causante en favor de algún heredero forzoso.

Esto, pues cabe la posibilidad no sólo de que el bien haya disminuido o aumentado de valor, sino incluso de que ya no existan similares monedas, créditos o títulos en circulación al tiempo de la apertura de la sucesión.

Nuestra segunda modificación era de orden meramente procesal, sustituyendo la referencia a la vía incidental (trámite de los incidentes) del Código de Procedimientos Civiles de 1912, por el proceso sumarísimo del vigente Código Procesal Civil de 1993.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Bienes no colacionables

**Artículo 836.-** No son colacionables los bienes que por causas no imputables al heredero, hubieren perecido antes de la apertura de la sucesión.

El artículo 836 se encarga de tratar acerca de los bienes que no son colacionables. En ese sentido indica que no son colacionables los bienes que, por causas no imputables al heredero, hubieren perecido antes de la apertura de la sucesión.

El tema no es sencillo.

Si se tratare de bienes fungibles, como es el caso del dinero, la regla en Derecho de Obligaciones es que el género nunca perece, razón por la cual si los bienes recibidos a título de liberalidad, por el heredero forzoso por parte del futuro causante, consistiesen en dinero, el heredero estará obligado a devolverlos. Nótese que el artículo 836 sólo exceptúa la obligación de devolver los bienes en caso de «perecimiento» de los mismos, y, como sabemos, el dinero nunca perece. En otras palabras, aunque esté probado que ese dinero le fue robado al heredero forzoso que lo recibió como liberalidad del futuro causante, aquél estaría obligado a restituirlo por concepto de colación, si fuera el caso.

En la misma línea, Juan Olavarría señala, «Consideramos que se trata de una norma con claro contenido de Justicia, pero que solo resulta aplicable tratándose de bienes ciertos, ya que si la liberalidad consistió en la entrega de bienes inciertos como el dinero, por ejemplo, la obligación subsiste en razón a que los bienes genéricos no perecen –*genus nunquam perit*–.»[590]

El perecimiento será aplicable para el caso de bienes ciertos, entendiendo el concepto de «perecimiento» como uno de los supuestos de «pérdida» del bien de que trata el artículo 1137 del propio Código. Como se recuerda, el artículo 1137 señala que la pérdida del bien cierto puede producirse: 1.- Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial; 2.- Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar; y 3.- Por quedar fuera del comercio.

(590) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 222.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No cabe duda de que el perecimiento del bien, en los términos de los artículos 835 y 1137, debe entenderse como la muerte, en caso se tratare de seres vivos o la destrucción total del bien, en cualquier otro caso. En estos supuestos, si el bien perece por causa imputable (dolo o culpa) al heredero forzoso que lo había recibido a título de liberalidad de parte del futuro causante, el bien sí será colacionable. En cambio, no será colacionable si el bien hubiere perecido por causa no imputable a ese heredero forzoso. La solución legal nos parece muy justa.

No obstante, manifestamos nuestra duda, en el sentido de que, si se interpretase el término «perecimiento» empleado por el artículo 836 como equivalente a la «pérdida» del 1137, ello tampoco traería problemas. Además, debemos partir de la idea de que ambas expresiones no necesariamente han sido empleadas por el legislador de 1984 con acepciones distintas en Derecho de Sucesiones y Derecho de Obligaciones, en la medida en que los ponentes de ambos libros no fueron los mismos y la labor de unificación de criterios realizada por la Comisión Reformadora y luego por la Comisión Revisora, no necesariamente ingresó a estos detalles.

Pero más allá de lo que acabamos de expresar, si nos ceñimos a la interpretación literal de los términos, tendríamos que supuestos de causas no imputables, serían, por ejemplo, si el bien fuere una joya conformada por piedras preciosas de extraordinario valor, que se destruye por un terremoto, al caerle encima el techo de la casa de su propietario. En este caso el bien que ha perecido antes de la apertura de la sucesión no sería colacionable, pues su perecimiento ha obedecido a un supuesto de caso fortuito.

Distinto sería el caso en el cual el bien donado al heredero forzoso por el causante haya sido un automóvil antiguo de colección, que el mencionado heredero maneja en estado de ebriedad, sufriendo un aparatoso accidente que ocasiona la destrucción total del vehículo. En este caso, si el accidente se hubiere producido antes de la apertura de la sucesión, el bien destruido sí sería colacionable, evidentemente por su valor actualizado al momento de la muerte del causante.

Sobre el particular, Guillermo Lohmann comenta, «Repárese, de todos modos, en dos cosas. En primer lugar, que la regla se refiere a bienes, no a valores. Por tanto, soy del parecer que si el bien se ha perdido por causa no imputable al legitimario, subsiste el deber de colacionar el valor en la medida que el donatario en cuya propiedad pereció el bien tenga a su disposición alguna acción (quiero decir, pretensión jurídica), que también hubiera tenido el causante si el bien no lo hubiera donado y si formara parte de la sucesión. En

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

consecuencia, habrá que hacer colación por las sumas recibidas como indemnización, o inclusive de las acciones legales contra terceros que hubieran sido responsables del perecimiento. En segundo lugar, que no basta ignorancia de existencia actual o de ubicación de la cosa, esto es, extravío, sino efectivo perecimiento, de manera que si el bien aparece tendrá que colacionarse o, en su caso, hacer los reajustes particionales.»[591]

Coincidimos plenamente con el citado profesor en lo que respecta a las acciones frente a terceros; dudamos de lo referido al extravío; ello, en la medida en que el extravío es uno de los supuestos que integran la pérdida del bien en los términos del artículo 1137 del propio Código, cuando hace referencia a la desaparición del bien, de modo que no se tenga noticias de él. El problema está (en Obligaciones y en Sucesiones) en cuál será el tiempo razonable que habrá que esperar para, estando el bien desaparecido, decidir que el mismo se ha perdido. El tema no es fácil. En Obligaciones, hemos dicho que se deberá considerar, simplemente el momento en que debía cumplirse la obligación, lo que determinará que, si a ese tiempo el bien sigue desaparecido, entonces, se estimará perdido. No estamos seguros si idéntica solución se debería aplicar en el caso de los bienes perdidos por el heredero beneficiado con el anticipo de legítima antes de la muerte del causante, si ellos siguen perdidos al momento de la apertura de la sucesión, o si es que hay que esperar algún tiempo prudencial.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[592] pensábamos que el artículo 836 podría cambiar la expresión «hubieren perecido» por «se hubiesen perdido», buscando guardar congruencia con el texto del artículo 1137 del propio Código.

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[593] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso la derogatoria del artículo 836.

La comisión proponía derogar este artículo en razón de que se consideraba inadecuado que la norma dispense al legitimario un tratamiento diverso del que se confiere a terceros cuyo bien hubiera perecido, porque para este caso no hay norma alguna que diga que la donación a terceros del bien perecido

(591) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, pp. 515-516.

(592) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 567.

(593) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 196.

no debe computarse para la legítima y que no está expuesta a reducción por inoficiosa, cuando correspondiera, por lo que –a decir del grupo de trabajo– correspondería su derogación.

Coincidíamos con la comisión, pues donde hay la misma razón, hay el mismo derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Gastos no colacionables

**Artículo 837.-** No es colacionable lo que se hubiese gastado en alimentos del heredero, o en darle alguna profesión, arte u oficio. Tampoco son colacionables los demás gastos hechos en favor de él, mientras estén de acuerdo con la condición de quien los hace y con la costumbre.

El artículo 837 se encarga de regular cuáles son los gastos no colacionables. Veamos:

a) Lo que se hubiese gastado en alimentos del heredero forzoso

De conformidad a lo establecido por el artículo 472 del Código Civil, «Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.»

Es de justicia que, si el futuro causante está cumpliendo con una obligación legal y moral, como es el caso de la obligación alimentaria, estos gastos no sean colacionables en favor del heredero forzoso para quien los haya hecho. Recordemos, no obstante, que la obligación recíproca de alimentos no abarca solamente a herederos forzosos, como es el caso de los cónyuges, ascendientes y descendientes, sino que también se extiende a los hermanos, quienes no tienen la calidad de herederos forzosos (artículo 474).

Es muy raro que, por ejemplo, un hermano reclame la colación de los gastos que el causante destinó a otro hermano, salvo, claro está, que el padre común hubiere hecho distinciones groseras en el trato brindado a sus hijos, como sería el caso en que a uno de ellos le hubiera dado todos los lujos en cada uno de los rubros que componen la prestación alimentaria, en tanto al otro le hubiese dado sólo lo indispensable para cumplir. Entendemos que, en este caso, si ellos fueran los dos únicos herederos, por supuesto que sí procedería que el hermano postergado reclame la colación del otro.

Al respecto, Augusto Ferrero comenta, «De no existir esta norma, podría sostenerse válidamente que el mayor gasto incurrido en un hijo en alimentos y en estudios sería colacionable en razón del mayor tiempo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

transcurrido. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en el caso que el causante tenga al fallecer un hijo mayor de edad al cual le ha facilitado inclusive educación en el exterior, y otro hijo menor de edad sin estudios superiores. En este caso, lo gastado en alimentos y en educación en el hijo mayor puede ser superior a la totalidad de la herencia. Sin embargo, la intención del legislador es que ese valor no se reste de la parte que le corresponde al heredero beneficiado [...].»(594)

b) Lo que se hubiese gastado en darle una profesión, arte u oficio al heredero forzoso

Este rubro también se halla comprendido dentro del concepto de alimentos y sobre él hacemos aplicables, *mutatis mutandis*, las consideraciones vertidas en el rubro inmediato anterior.

c) Los gastos hechos en favor del heredero forzoso, mientras estén de acuerdo con la condición de quien los hace y con la costumbre

Con estas expresiones el Código Civil hace referencia a gastos desmedidos que no guarden relación o proporción con la condición económica de quien los hace. Es natural que, si estos gastos, como podría ser los de un padre que pide un cuantioso préstamo bancario para pagar los estudios doctorales de uno de sus hijos en una prestigiosa universidad de los Estados Unidos de América, préstamo que las condiciones económicas del mutuatario le llevan al compromiso de pago por veinte años; ello, precisamente, porque la situación económica del futuro causante le obligaba a hacer grandes esfuerzos económicos para poder pagarlo. Esto, a diferencia de sus otros hermanos, a quienes ni siquiera les cubrió sus estudios de maestría ni de doctorado en el Perú.

Sobre el particular, Benjamín Aguilar comenta, «Aquí debemos entender el término costumbre, relacionando los conceptos de habitualidad y usos principalmente regionales, pero siempre teniendo como referente, la capacidad económica de quien la cumple, y así por ejemplo, no será colacionable lo que el causante regaló a su heredero forzoso, en la fecha en que se realizaba una festividad de la zona.»(595)

(594) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 706.
(595) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 580.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Inexigibilidad de colacionar el seguro y primas pagadas

**Artículo 838.-** 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 artículo 837.

Lo primero que tenemos que advertir es la existencia de un error en el texto del artículo publicado en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dado que se consigna la expresión «de heredero», cuando la correcta y consignada en el Código de 1984 es «del heredero.»

El artículo 838 se refiere al carácter no colacionable del importe del seguro de vida contratado en favor del heredero, ni las primas pagadas al asegurador. Se entiende que, si el futuro causante ha contratado un seguro de vida en favor de un heredero y, a su muerte, ese heredero cobra el monto asegurado, esta suma no será colacionable. Lo que ocurre es que cuando alguien contrata un seguro en favor de un heredero forzoso y no de otros, puede que lo haya hecho en razón de considerar que esa persona era particularmente más vulnerable que sus demás futuros herederos. En tal sentido, no son colacionables ni la indemnización y tampoco las primas pagadas por concepto de dicha póliza.

Todo esto será no colacionable, en tanto y en cuanto los montos comprometidos estén de acuerdo con la condición del futuro causante y con la costumbre, tal como refiere la segunda parte del artículo 837, precepto que el artículo 838 hace aplicable a sí mismo.

En esa línea, Juan Olavarría comenta que, «[...] las primas del seguro o el precio o costo de dicho seguro, tratándose del seguro de vida comercial, sí podrían estar sujetos a colación si es que las cantidades pagadas por el causante excedían de su capacidad económica. *Verbi gratia*, si un padre haciendo grandes esfuerzos y privando a la familia de ciertas comodidades y ventajas destina gran parte de los ahorros de muchos años, y opta por contratar un seguro de vida caro o costoso –dada la fuerte suma asegurada que se obtendrá cuando ocurra el evento– y designa como único y exclusivo beneficiario de la póliza al menor de sus hijos; consideramos que las primas pagadas por el causante deben ser objeto de colación en este caso, pero más [*sic*, entendemos que la

GRUPO MARIO CASTILLO FREYRE

palabra "más" está sobrando] no el importe que desembolse la compañía aseguradora, puesto que las primas sí salieron del patrimonio del causante.»[596]

Finalmente, resulta interesante observar el comentario del profesor Augusto Ferrero, «Obsérvese bien que el seguro cobrado no se colaciona jamás, a diferencia de las primas pagadas, las cuales, de no estar acordes por su monto con la condición de quien las paga o con la costumbre, deberán colacionarse. Para el primer concepto rige un criterio objetivo, mientras para el segundo es de aplicación una posición subjetiva. No obstante, como dice Maffía la obligación no puede ir más allá del premio obtenido, aunque las primas pagadas lo excedieran, dado que aquel marca el límite de lo colacionable. Asimismo, la obligación se extiende no solo a las primas pagadas desde que el beneficiario ha sido designado, sino a la totalidad de ellas, ya que trata del mismo contrato al que todas las primas han contribuido a mantener en vigencia desde su constitución hasta la muerte del beneficiario.»[597]

ESTUDIO MARIO CASTILLO RIVAS

(596) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 222.
(597) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 708.

## Inexigibilidad de colacionar las utilidades

**Artículo 839.-** No son colacionables las utilidades obtenidas por el heredero como consecuencia de contratos celebrados con el causante, siempre que éstos, al tiempo de su celebración, no afecten el derecho de los demás herederos.

El artículo 839 trata acerca de las utilidades y su eventual colación. Para tal efecto, señala que no son colacionables las utilidades obtenidas por el heredero como consecuencia de contratos celebrados con el causante, siempre que éstos, al tiempo de su celebración, no afecten el derecho de los demás herederos.

Al referirse a contratos celebrados con el causante por alguno de los herederos forzosos, entendemos que se está aludiendo a cualquier emprendimiento comercial, de cualquier naturaleza contractual que fuere, que hubiesen tenido el causante y uno de los herederos forzosos. Se podría pensar en estos casos, que los beneficios obtenidos por el heredero forzoso en cuestión habrían sido percibidos dada la experiencia en los negocios del futuro causante; no obstante, ello no necesariamente será así, habida cuenta de que esas utilidades percibidas por el heredero forzoso podrían haber provenido de las habilidades propias del heredero y no del futuro causante.

Debemos advertir en este punto, que el artículo 839, bajo comentario, creemos que no resultaría aplicable a contratos de tipo asociativo, en la medida en que en estos casos, la sucesión se regirá por las acciones o participaciones del causante y las utilidades que él haya percibido de la sociedad; y nada tendrá que ver con las utilidades del heredero que se asoció con el futuro causante, ya que aquél tendrá su propio patrimonio y habrá percibido, a lo largo del funcionamiento de la sociedad, sus respectivas utilidades.

No obstante, la ley no efectúa distinción alguna en lo que respecta a la naturaleza de los contratos, razón por la cual habría que aplicar el principio de que no cabe distinguir allí donde la ley no distingue.

El artículo 839 concluye señalando que las utilidades de las que trata no serán colacionables siempre que los contratos celebrados por el causante, al tiempo de su celebración, no afecten el derecho de los demás herederos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entendemos que este extremo de la norma se refiere a que los contratos puedan estar comprometiendo recursos del causante destinados contractualmente en exclusiva a un negocio que sólo beneficia a uno de sus herederos forzosos. En este caso, las utilidades obtenidas por el heredero sí serían colacionables.

En esa línea, Fernández Arce comenta que, «El art. 839 analizado significa que no existe restricción legal alguna que impide al causante celebrar toda clase de contratos con quienes a futuro serán sus herederos forzosos como sí lo hay entre cónyuges cuando el matrimonio está organizado bajo el régimen de sociedad de gananciales [...] Significa además que es posible que a consecuencia de tales contratos el heredero pueda alcanzar utilidades a no ser que resulten perjudicados en alguna forma los derechos patrimoniales de los otros herederos cuando aquellos contratos quedaron perfeccionados, es decir, que se trate de donaciones disfrazadas en un acto a título oneroso. Esto es así porque resulta que a veces en los contratos puede haber verdaderas liberalidades onerosas que favorecen notablemente al heredero y perjudican a los demás injustificadamente, como por ejemplo en la transferencia de créditos por parte del causante en vida, al heredero forzoso a título gratuito o cuando a éste se le concede por un año el aprovechamiento de los frutos de un predio propiedad del causante.»(598)

Para Guillermo Lohmann, «Nada tiene de reprobable que quien es presumible heredero forzoso celebre un contrato con su presumible causante y que obtenga beneficio como consecuencia de tal contrato. Pero el artículo dice que se trate de contratos que, "al tiempo de su celebración, no afecten el derecho de los demás herederos". Y esta exigencia sí es censurable, porque, en rigor, cuando el contrato se celebra no hay herederos. Tanto el legitimario contratante como los otros posibles futuros herederos todavía no son herederos (solo tienen una expectativa: son sucesibles), y además el *quantum* legitimario se determina al momento de la muerte. Quiero decir, es imposible jurídicamente que al tiempo de su celebración el contrato afecte un derecho de legítima inexistente de herederos que todavía no lo son, pues no hay causante y, por tanto, son herederos inexistentes. Acaso pueda haberse pensado en contratos simulados, o cuyas contraprestaciones resulten tan desfavorables para el futuro causante que hagan pensar que se trataba de una donación disimulada. Pero si en eso se estaba pensando, no hacía falta tratar el tema con rodeos y en la forma que se ha hecho, sino haberlo dicho claramente.»(599)

(598) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, pp. 1159-1160.
(599) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 504.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[600] pensábamos que el artículo 839 podría tener la siguiente redacción: «Cuando el causante haya celebrado contratos a título oneroso con el heredero, se colacionarán los beneficios que se consideren actos de liberalidad a favor de éste.»

La autoría del precepto no nos correspondía. Pertenecía en redacción y fundamento al profesor Augusto Ferrero,[601] quien al respecto sostenía lo siguiente:

> «El Código agrega un concepto más que no contenía el de 1936, al declarar en su artículo 839 que "no son colacionables las utilidades obtenidas por el heredero como consecuencia de contratos celebrados con el causante, siempre que éstos, al tiempo de su celebración, no afecten el derecho de los demás herederos".
>
> En nuestro concepto, esta inclusión era innecesaria, pues rompe el esquema de la colación, referida a actos a título gratuito otorgados por el causante antes de su fallecimiento. El término "utilidades", además de parecernos impropio (no se sabe si se refiere a la contraprestación patrimonial o al beneficio que excede ésta), denuncia un contrato a título oneroso. Y de éste sólo deberá colacionarse la parte que tenga la calidad de liberalidad otorgada por el *de cujus*. La norma se remite a la donación remuneratoria u onerosa, las cuales como nos dicen Planiol y Ripert, son colacionables "pero sólo en la medida en que ostenten un carácter verdaderamente gratuito, o sea, en cuanto al exceso neto del valor del bien donado sobre el valor del servicio prestado o de la carga impuesta". En el mismo sentido y refiriéndose a la donación remunerativa, Echecopar expresaba que debía ser materia de colación con la reserva de tener en cuenta, en favor del donatario, el monto de la remuneración que corresponda a sus servicios.
>
> La intención de la norma es expresar que los beneficios serán colacionables en la medida en que un contrato celebrado por el heredero con el causante perjudique a los demás herederos. Es decir, la excesiva onerosidad del causante en beneficio de un

(600) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 567 y 568.

(601) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 49 y 50.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

heredero afectando a los demás se considera como una liberalidad a favor de aquél.

Troplong manifiesta que esta clase de donación no es novedad, narrando que los corintios, deseando gratificar a los atenienses con veinte naves, no podían hacerlo en virtud de una ley que impedía la donación, optando por convertir ésta en una venta a cinco dracmas la pieza.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Colación de intereses legales y frutos

**Artículo 840.-** Los intereses legales y los frutos que produzcan el dinero y demás bienes colacionables integran la masa hereditaria desde la apertura de la sucesión.

Tema debatible el relativo a la colación de intereses legales y frutos. Decimos esto, dado que la solución legal establecida en el artículo 840, en el sentido de que los intereses legales y los frutos que produzcan el dinero y demás bienes colacionables integran la masa hereditaria desde la apertura de la sucesión, se basa en el hecho de que antes de que se abra la sucesión, no se conocía con certeza si los bienes que generaron esos intereses y frutos iban a ser colacionables; de ahí que la obligación de colacionar intereses y frutos comience con la apertura de la sucesión.

Pero nótese que en el momento de la muerte del causante tampoco se conocerá si tales bienes (los intereses y los frutos) deberán ser colacionables o no, ya que eso seguramente se conocerá mucho después, cuando se haga el inventario de la herencia.

Ahora bien, es claro que los intereses y frutos percibidos por el heredero forzoso del bien que va a colacionar han sido, indudablemente, bienes que han beneficiado en el terreno patrimonial a ese heredero forzoso, razón por la cual tampoco sería injusto si la solución legal del artículo 840, bajo comentario, fuese la inversa. Pero entendemos que el legislador de 1984 no ha querido perjudicar a ese heredero forzoso, en la medida en que los intereses y frutos percibidos a lo largo del tiempo podrían representar cantidades importantes que ese heredero tendría que colacionar de golpe, a la muerte del causante.

Si bien la solución legal no es mala, creemos que hubiese sido preferible que el heredero en cuestión sea obligado al reembolso de un porcentaje de tales intereses y frutos que hubieren producido el dinero y los demás bienes colacionables, el mismo que podría ser de la tercera o quinta parte de ellos.

Debemos señalar que la doctrina peruana no es pacífica en aceptar la solución recogida por la norma.

Benjamín Aguilar comenta, «Sobre este tema diremos que nos parece acertada la forma como ha regulado el legislador, en tanto que conforme lo señala el artículo 840, los intereses legales y los frutos que produzcan el dinero

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y demás bienes colacionables integran la masa hereditaria desde la apertura de la sucesión, lo que significa que esos rendimientos del bien anticipado desde que se abre la sucesión, ya no son de exclusividad del que recibió el bien, sino ahora les corresponden a todos los herederos, aun cuando el legislador en forma confusa dice que integran la masa hereditaria; pero esta masa no se incrementa, pues desde la muerte del causante la masa existente al momento del deceso es lo que se transmite, quedando intacta, resultando por ende que esos frutos e intereses van a corresponder en propiedad a los sucesores, dentro de los cuales se encuentra el heredero que fue anticipado.»(602)

En contraste, León Barandiarán, citado por Guillermo Lohmann señala que, «[...] la solución más justa debe ser que el heredero que recibió el bien pague el interés no desde la muerte del causante, sino desde que recibe el bien, en el monto mismo.»(603)

En sentido contrario se pronuncia Juan Olavarría, cuando advierte que «La disposición contenida en esta norma resulta errada y se puede prestar a grave confusión o cuando menos a una mala interpretación. Primero que nada debemos de partir de la premisa que establece el artículo 843 del Código Civil, cuyo comentario y análisis nos reservamos para más adelante, y en virtud de la cual la colación solo debe favorecer a los coherederos del causante y no beneficia ni aprovecha a los acreedores de la sucesión ni a los legatarios, en consecuencia, mal hace nuestro el legislador en aseverar que los intereses y los frutos que generen los bienes colacionables integran la herencia desde el momento de la muerte del causante, porque ello puede dar a entender que dichos frutos e intereses cuentan también para el pago de las acreencias y para establecer la cuota de libre disponibilidad en la entrega de los legados. Lo que no es correcto desde ninguna perspectiva.»(604)

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(605) pensábamos que el artículo 840 podría tener la siguiente redacción: «Los intereses y los frutos que produzcan el dinero y demás bienes colacionables pertenecen a los herederos como copropietarios desde la apertura de la sucesión.»

La autoría del texto transcrito no nos pertenecía, pero era asumida por nosotros. Correspondía al profesor Augusto Ferrero, quien al respecto sostenía lo siguiente:

(602) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 516.
(603) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 520.
(604) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 225.
(605) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 568 y 569.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

«El artículo 840 indica que "los intereses legales y los frutos que produzcan el dinero y demás bienes colacionables integran la masa hereditaria desde la apertura de la sucesión", es decir, desde la muerte del causante. En nuestra opinión, la redacción de este artículo es errada. Si bien se entiende que la intención del legislador es colacionar el bien y no los frutos percibidos por el heredero anticipado antes de la muerte del causante, debemos aclarar que los que se devenguen o produzcan a partir de la apertura de la sucesión mal pueden integrar la masa hereditaria, la cual deja de incrementarse a la muerte del causante. A partir de ese instante, dichos frutos serán percibidos directamente por los herederos, en copropiedad. Este error viene del Código de 1936, cuyo artículo 783 contenía la misma regla. Su antecedente es el artículo 1049 del Código Civil español. Tal como recalcan Planiol y Ripert, solamente deben comprenderse en el caudal los frutos civiles ya vencidos y los frutos naturales o industriales ya percibidos al tiempo de la muerte, pues los frutos percibidos después del fallecimiento, civiles o naturales, posteriores a la muerte, nunca han entrado en el patrimonio del *de cujus*, perteneciendo a los herederos en su carácter de copropietarios y no a título de herederos legítimos. Por tanto, no han de incluirse en el caudal. Como el bien donado constituye el objeto principal siendo los frutos los accesorios, es importante determinar desde qué momento estos últimos aumentan la masa hereditaria. La respuesta la da el artículo en comentario.

Al haberse referido el Código a los frutos, no debió remitirse a los intereses legales, pues el interés es fruto. Esta reiteración es repetición del artículo del Código español citado, la cual fue criticada por De Buen por considerar ambos conceptos como dos cosas distintas, cuando la palabra intereses es equivalente a frutos civiles. En todo caso, la referencia deberá ser únicamente a los intereses, por cuanto la parte de los mismos que exceda la tasa legal también debe pasar a los herederos desde el fallecimiento del actor.»[606]

(606) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 50 y 51.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Colación del heredero por representación

**Artículo 841.-** En los casos de representación el heredero colacionará lo recibido por su representado.

Hemos estudiado en su oportunidad que en caso falleciera un heredero forzoso antes que el causante, sus descendientes heredarán por representación, a menos que no concurran con hermanos del premuerto, caso en el cual heredarían por cabeza y no por representación. Tema discutible, como lo señalamos en ese momento.

En el supuesto en que esos descendientes hereden por representación, su posición en la herencia deberá ser la misma que tenía su ascendiente, tanto en materia de cuota o porción hereditaria (en conjunto), como en lo relativo a la colación.

Al respecto, Guillermo Lohmann precisa que, «La disposición legal se aplica únicamente a los descendientes, pues aunque los ascendientes y el cónyuge sean legitimarios, no hay representación en sus líneas, y aunque pueda haber representación en la línea colateral, los hermanos y los sobrinos no son legitimarios. En resumen, lo dispuesto en el artículo 841 C.C. se aplica solamente para los nietos y demás descendientes, respecto de lo recibido de su abuelo por su padre; no se exige que los abuelos del causante colacionen lo recibido por los padres del causante, porque aun siendo todos los legitimarios (y en este sentido, herederos forzosos), no hay representación para los ascendientes.»[607]

Será muy probable que ninguno de los representantes herederos haya sido beneficiado por el causante con alguna liberalidad que diera lugar a colación, pero eso no tendría importancia, porque ellos están heredando como representantes de su ascendiente premuerto y este último sí podría haber sido beneficiado por el causante con liberalidades que ameriten colación. De ahí que fluye claramente la regla impuesta por el artículo 841, bajo comentario, en el sentido de que en los casos de representación el heredero colacionará lo recibido por su representado. A pesar de que la norma menciona al heredero, ella se aplica también cuando se trata de varios herederos. En este caso, como todos ellos, en conjunto, representan al heredero premuerto, todos ellos también deberán

(607) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 507.

hacer colación de lo que hubiese correspondido al heredero premuerto. El tema resulta muy claro y estimamos que el mismo no requiere de mayor explicación.

Para Benjamín Aguilar, «El artículo 841 no deja lugar a dudas de que el representante debe colacionar en todos los supuestos en que se da la representación, esto es, cuando el representado murió antes que el causante (premorencia), o cuando el convocado, libre y voluntariamente, se apartó de la sucesión vía la renuncia, o cuando contra su voluntad fue excluido de la sucesión por indignidad o desheredación por esto creemos que sobre este tema no debe haber otras interpretaciones, en tanto que el representante, al tomar la posición del representado, no solo tiene derechos, sino también obligaciones, y resultaría injusto e inequitativo con respecto a los otros herederos, que no haya colación.»(608)

Finalmente, sobre la situación del cónyuge, Guillermo A. Borda comenta, «Adviértase que, no habiendo entrado en nuestras costumbres las donaciones prenupciales, es poco menos que imposible que el cónyuge sea obligado a colacionar; pero, en cambio, podrá exigir la colación de los otros herederos forzosos, puesto que el derecho a pedirla y la obligación de hacerla son recíprocos. El reconocimiento de la obligación de colacionar mejora y no empeora la situación del cónyuge.»(609)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(608) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 504.
(609) Borda, Guillermo A. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 243.

## Colación del exceso de la porción disponible

**Artículo 842.-** La renuncia de la legítima no exime al heredero de devolver lo recibido, en cuanto exceda de la porción disponible del causante.

Cuando estudiamos las normas de nuestro Código Civil relativas a la legítima hereditaria, señalamos que el tema era de orden público. Y lo es, en varios aspectos. Por ejemplo, en lo relativo a que el causante no puede vulnerar ni por testamento ni por acto entre vivos, la legítima de sus herederos forzosos. Sobre esto ya hemos nos hemos pronunciado. Pero ello no significa que el heredero no pueda renunciar a la legítima.

Nos explicamos.

Como sabemos, los pactos sucesorios se encuentran prohibidos en la ley civil peruana y, concretamente, el artículo 678 establece que no hay aceptación ni renuncia de herencia futura, de modo tal que un heredero no podría renunciar a su condición de tal antes de muerto el futuro causante. Pero lo que sí cabe, y lo hemos estudiado en extenso, es la renuncia a la herencia ya causada (artículos 672 y siguientes).

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que, si un heredero puede renunciar a la herencia ya causada, también podría renunciar a su legítima hereditaria, es decir, a los límites que, salvo esa renuncia, serían invulnerables para el Derecho de Sucesiones. Es evidente que el heredero no puede renunciar a la legítima antes de la muerte del causante, pero sí podría renunciar a ella luego de muerto este último.

La renuncia a la legítima implica que el heredero, que sí ha aceptado tener la condición o calidad de tal, acepta que su legítima sea vulnerada por actos que fueron celebrados *inter vivos* por el ahora causante, o por el testamento del propio causante. Por ejemplo, podría aceptar la validez de legados cuantiosos en favor de terceros que excedan su legítima hereditaria. Naturalmente que la renuncia a la legítima podrá ser expresa o tácita. Sobre esto la ley no establece restricción alguna.

EDUARDO CASTILLO FREYRE

Pero la renuncia a la legítima no autoriza al heredero renunciante a no responder por colación, si ésta correspondiese. En ese sentido, el artículo 842, bajo comentario, señala que la renuncia de la legítima no exime al heredero de devolver lo recibido, en cuanto exceda de la porción disponible del causante. En otras palabras, para efectos de las liberalidades recibidas del causante por ese heredero forzoso, este último deberá responder frente a los demás herederos. Esta responsabilidad tomará como referencia, para efectos del cálculo de los bienes a colacionar, como si el heredero que ha renunciado a su legítima no hubiese renunciado a ella.

La solución del artículo 842 es justa, en la medida en que por más de que la renuncia a la legítima pueda acrecer los porcentajes hereditarios de sus coherederos, tal situación no le ha sido impuesta al heredero renunciante, en la medida en que su renuncia a la legítima ha sido voluntaria. Es obvio que este heredero se va a terminar perjudicado patrimonialmente, pero ese es el camino que escogió seguir.

Para Benjamín Aguilar, «El artículo 842 que regula esta materia, sin proponérselo, posibilita que la renuncia pueda ser usada a favor del heredero que recibió un anticipo, con la finalidad de quedarse con esa liberalidad, porque le resulta mucho más conveniente que una participación en la herencia. Veamos con un ejemplo lo que puede pasar. El causante tiene 10 hijos, y solo a uno de ellos le ha anticipado con un bien de un valor de 30 000; al abrirse la sucesión, deja como patrimonio hereditario la suma de 90 000; por lo tanto los hermanos que no fueron anticipados tienen el derecho de pedirle al beneficiado que colacione los 30 000, y si ello se da, entonces el patrimonio a dividir será 120,000, correspondiéndole a cada uno de ellos la suma de 12 000, y como el anticipado recibió 30 000 está condenado a devolver 18 000. En esa circunstancia, el anticipado piensa que una renuncia a la herencia le sería mucho más provechosa, debido a que lo recibido en vida del causante llega a 30,000, suma esta que no supera la porción.»[610]

Finalmente, resulta interesante mencionar que, para Fernández Arce, «El art. 842 del vigente Código Civil nos lleva a preguntarnos ¿si esta obligación de devolución a la masa hereditaria está supeditada a que el causante hubiera dispensado o no de colación al renunciante? La respuesta es negativa por una sencilla razón: La colación es sólo para los herederos forzosos con vocación

(610) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 507-508.

preferente a la herencia en el momento de la muerte del testador, y el renunciante dejó de serlo para convertirse en un tercero ajeno a la sucesión, siendo entonces de aplicación el numeral 1629 del Código Civil (salvo en los casos del artículo 841 cuando media la representación sucesoria).»[611]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(611) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, p. 1166.

## Beneficios exclusivos de la colación

**Artículo 843**.- La colación es sólo en favor de los herederos y no aprovecha a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión.

El artículo 843 señala que la colación es sólo en favor de los herederos y no aprovecha a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión.

Como venimos señalando, la colación se relaciona de manera directa con la legítima hereditaria, la misma que según el artículo 723, constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos. En adición a lo señalado por el artículo 723, tenemos lo dispuesto por el 831, en el sentido de que las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título, hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se considerarán como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél.

Entonces, queda claro que la aplicación de la colación funciona única y exclusivamente con respecto a los herederos forzosos. Primero, porque mide las liberalidades efectuadas por el causante en favor de algún o algunos herederos forzosos; y, en segundo lugar, porque la responsabilidad por colación de estos beneficiarios se producirá, también única y exclusivamente, en favor de los demás herederos forzosos, conforme a las reglas de la colación, incluidas las relativas a la dispensa de colación y sus límites legales.

Al respecto, Guillermo Lohmann precisa que, «[...] los acreedores de la sucesión no pueden considerar que el activo de ella queda aumentado por la colación, pues para todos los efectos sobre ellos la liberalidad fue bien hecha y fue válidamente transferida, de modo que, en lo que toca a los acreedores del causante, cuando este fallece el objeto de la liberalidad no formaba parte de su patrimonio. [...] En lo que a legatarios concierne, es relativa la afirmación legal de que la colación no les aprovecha. En efecto, la colación puede beneficiarles indirectamente, en la medida que se aumenta la masa legitimaria y, correlativamente, se evita o reduce la posibilidad de reducción de los legados que, de otra manera, se verían perjudicados si es necesario disminuir lo asignado a la porción disponible.»

De este modo, en estricto Derecho, resulta innecesario lo dispuesto por el artículo 843 del Código Civil. No obstante, entendemos el sentido del precepto

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y el del legislador al incluirlo, habida cuenta de que la colación no es, precisamente, un tema fácil de comprender y el Código está dirigido a su aplicación general a toda la población. En buena cuenta, con el precepto bajo comentario queda expresamente prohibido cualquier atisbo de aprovechamiento de la colación por parte de los legatarios y acreedores de la sucesión. Los legatarios, estarán sujetos a lo dispuesto por los artículos 756 a 773; en tanto los acreedores de la sucesión tendrán la masa hereditaria como prenda común de sus créditos. La masa hereditaria, incluidos los bienes que el testador hubiese dispuesto dar como legados, responde en su integridad por el conjunto de deudas del causante; ello, naturalmente, sólo hasta donde alcancen los bienes de la herencia (argumento del artículo 661 del propio Código).

Fernández Arce, citando a Pérez Lassala, señala que, «Aquí no cabe acudir al recurso de la acción subrogatoria, en la cual el legatario se subrogaría en la posición del heredero para exigir la colación, pues aunque al legatario se le considere como acreedor del heredero, su situación es diferente.»(612)

Finalmente, como indica Augusto Ferrero, sobre los remedios que pueden ejercer los acreedores y legatarios a quienes no se les entiende como beneficiarios de la colación, la ley precisa que, «En vida del causante, los acreedores podrán interponer la acción revocatoria dentro de los dos años de efectuada la liberalidad, plazo de prescripción que señala el artículo 2007, inciso 4, cuando la donación ponga en peligro el cumplimiento de la obligación. Es menester distinguir aquí entre el carácter de beneficiarios de la colación que la ley le niega a los acreedores y el de titularidad de la acción que tienen conforme a lo expuesto, antes del fallecimiento del causante. Este plazo prescriptorio tan corto puede permitir que el causante, o cualquier persona, pueda disponer de parte importante de su patrimonio sin que los acreedores afectados tengan acción.»(613)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(612) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, p. 1168.
(613) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 710.

# TÍTULO II
# INDIVISIÓN Y PARTICIÓN

## CAPÍTULO PRIMERO
## INDIVISIÓN

### COPROPIEDAD DE LOS HEREDEROS

**Artículo 844.-** Si hay varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar.

---

Como sabemos, la copropiedad está regulada en el libro de los Derechos Reales y el artículo 969 establece que hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas. Queda claro que la copropiedad regulada en los artículos 969 a 998 se refiere a la propiedad de bienes, sean éstos materiales o incorporales. Es evidente que la copropiedad podría provenir de un acto voluntario, como sería cuando alguien compre un departamento en un edificio, caso en el cual adquirirá también la copropiedad sobre las áreas comunes del inmueble; pero en otros muchos casos provendrá de una situación involuntaria, y el ejemplo clásico es la muerte.

Cuando muere una persona, usualmente deja herederos y, conforme a lo dispuesto por el artículo 660 del Código Civil, desde ese momento ellos se convierten en propietarios de los bienes, derechos y obligaciones (deudas) del causante.

En esa línea, Silva Bascuñán comenta, «Por el hecho de la muerte de una persona, el patrimonio que le perteneció en vida se traslada, con el nombre de herencia, a sus herederos, y se produce entre ellos un estado de indivisión en el que cada uno es dueño de la cuota en la universalidad hereditaria que le

ESTUDIO ALVARO CASTILLO FREYRE

corresponde en conformidad al testamento o la ley y a todos en conjunto pertenece cada una de las cosas que constituyen esa universalidad.»[614]

Pero en lo que respecta a los herederos, si hubiese más de uno, como es obvio, ellos no serán copropietarios de los bienes, en lo que en Derechos Reales y copropiedad se conoce como alícuotas. Es evidente que los herederos (imaginemos que son dos) serán «copropietarios», pero no de los bienes de la herencia, sino de la integridad del patrimonio hereditario, visto como un todo. Son «copropietarios» (con el perdón de la expresión) de cada crédito, de cada deuda y de cada bien dejado por el causante, pero no específicamente de cada uno de ellos, porque todos ellos integran un patrimonio hereditario del cual esos dos herederos son «copropietarios» en un 50 % cada uno.

Pero en temas de orden práctico, la copropiedad sobre el patrimonio hereditario se maneja usualmente con similares criterios que la copropiedad sobre bienes específicos. Así, los dos herederos seguramente venderán un inmueble de la herencia y se repartirán el precio por mitad; pagarán una deuda de la herencia aportando cada uno la mitad de los recursos; y cuando cobren un crédito de la herencia se repartirán por partes iguales lo cobrado.

Es en ese sentido que el artículo 844, para facilitar el manejo del patrimonio hereditario, señala que, si hay varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar. Esta norma no describe, en realidad, lo que es la «copropiedad» en materia hereditaria, pero facilita el desempeño y entendimiento de los herederos, a efectos de proceder, de seguro de manera paulatina, a liquidar o a repartirse la herencia.

Al respecto, Guillermo A. Borda comenta, «Puede ocurrir que, al fallecer el causante, quede un solo heredero; en tal caso éste será dueño de todos los bienes, desde el instante del fallecimiento, y cargará con todas las deudas. Pero puede también que haya varios. Cuando ello ocurre, los bienes no pertenecen a ningún heredero en particular, sino a todos en común (salvo lo que se dirá más adelante respecto de los créditos) de manera que no podrán alegar derecho a ningún bien determinado, sino a partes o porciones ideales de ellos. He ahí lo que se conoce como comunidad hereditaria [...].»[615]

(614) Silva Bascuñán, Marcos. *La partición de bienes*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1948, p. 31.

(615) Borda, Guillermo A. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 193.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.º 896-2003-Ucayali, de fecha 15 de agosto de 2003, la misma que define el concepto de indivisión, «*Quinto.* [La] figura de la indivisión es la copropiedad existente como consecuencia de la transmisión sucesoria, que se da cuando hay pluralidad de herederos; la colación es la operación por la cual debe agregarse a la masa hereditaria el valor de los bienes recibidos por determinado heredero a título gratuito, a fin de restablecerse la igualdad entre todos los herederos.»[616]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[617] pensábamos que el artículo 844 podría tener la siguiente redacción: «Si hay varios herederos, cada uno de ellos es copropietario del patrimonio hereditario, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar.»

Señalábamos que, como ya habíamos indicado en pasajes anteriores de la misma obra, la herencia no está compuesta solamente por los bienes que el causante deje al morir, sino también por los demás derechos, créditos y deudas de los que sea titular. De ahí que lo correcto sería referirse al «patrimonio hereditario» y no a los «bienes de la herencia», como expresa el texto vigente. Pero debemos precisar que, como estudiaremos seguidamente, no se trata de una copropiedad en sentido estricto, pues no recae sólo sobre bienes, como es el caso de la típica copropiedad, sino de algo muy parecido a ella, que recae sobre el patrimonio hereditario, vale decir, sobre el conjunto indiviso de bienes, créditos y deudas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(616) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, pp. 657-658.
(617) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 570.

**APLICACIÓN SUPLETORIA DE NORMAS SOBRE COPROPIEDAD**

**Artículo 845**.- El estado de indivisión hereditaria se rige por las disposiciones relativas a la copropiedad, en lo que no estuviera previsto en este capítulo.

Como hemos recordado en nuestros comentarios al artículo anterior, la copropiedad se rige por los artículos 969 a 998 del Código Civil.(618) Recordamos lo señalado con ocasión del artículo precedente, en el sentido de que la «copropiedad» en materia hereditaria, es decir aquélla que recae sobre todo un patrimonio hereditario, dista conceptualmente de la copropiedad inherente a los Derechos Reales. Esto ya fue explicado. No obstante, entendemos la razón por la cual el legislador de 1984 ha establecido en el artículo 845 que el estado de indivisión hereditaria se rige por las disposiciones relativas a la copropiedad, en lo que no estuviera previsto en este capítulo primero del Título II, artículos 844 a 851. Esta disposición reviste gran utilidad, en la medida en que facilita las relaciones entre los herederos antes de que se produzca la partición de la herencia, en base a una normativa que, si bien no está pensada para estos efectos, ayuda mucho en el tema hereditario.

Aún con ello, debemos mencionar que la doctrina ha tenido algunos reparos al aceptar la asimilación que realiza el Código de la masa hereditaria con las disposiciones de la copropiedad, «La copropiedad como tesis próxima a lo que acontece a los herederos frente a la masa hereditaria no resulta sin embargo totalmente satisfactoria, si se considera la copropiedad en su sentido técnico-jurídico. La copropiedad sólo puede darse en bienes concretos y determinados, no para las universalidades para las que cabe el concepto más amplio de comunidad.»(619)

Para concluir es importante resaltar que el artículo 845 hace la salvedad de aquello que estuviera previsto en el referido Título II. Se trata, como veremos a continuación, de normas específicas referidas al tema hereditario, que deberán primar por especificidad sobre las relativas al derecho real de copropiedad.

(618) A este respecto, remitimos al lector a la consulta de nuestros comentarios sobre el particular, en CASTILLO FREYRE, Mario. *Derechos reales. Principales y de garantía*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 177-186.

(619) FERNÁNDEZ ARCE, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, p. 1239.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 87-96-Tacna, de fecha 22 de julio de 1997, que señala que, «La disposición testamentaria que establece la indivisión sobre empresas o negocios no es nula, sin embargo, los condóminos no están obligados a respetarla. *Sexto.* [La] disposición testamentaria que establece la indivisión en supuestos diferentes al del artículo 845 del Código Civil, es decir, sobre empresas o negocios no es nula, sin embargo, los condóminos no están obligados a respetarla. *Sétimo.* [...] [Dicho] principio se desprende de concordar lo dispuesto en los artículos 846, 847 y 854 del Código Civil.»(620)

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,(621) la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso la modificación del artículo 845, en los términos siguientes:

> **Artículo 845**.- Régimen de indivisión.
>
> 1. La masa sucesoria indivisa constituye un patrimonio autónomo. Los derechos de los partícipes sobre el patrimonio indiviso no se confunden con los derechos u obligaciones que, por título diferente, los partícipes tengan respecto de dicho patrimonio o los elementos que lo componen.
> 2. En defecto de albacea u otro administrador de bienes, cualquiera de los partícipes puede realizar los actos a que se refiere el artículo 680, numeral 1.

La comisión del 2019 proponía modificar el artículo 845, en razón de un supuesto error del mismo. En la exposición de motivos se señalaba que: «El vigente artículo 845 establece, erradamente, que el derecho herencial [*sic*] del heredero se puede asimilar al derecho de cuota del copropietario en el derecho de propiedad. Debe tenerse presente que el Código Civil no distingue la comunidad de la copropiedad, por lo que debe entenderse para todos los efectos que el Código intenta aplicar las mismas reglas de la copropiedad a la comunidad hereditaria, en atención a la nota común de presentarse un estado de indivisión, en ambos casos. En la propuesta se plantea diferenciar ambos conceptos claramente.»(622)

(620) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 658.
(621) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 196-197.
(622) Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil peruano de 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil. Op. cit.*, p. 77.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero ocurre que la norma en vigencia no dice que el derecho de un heredero sea lo mismo que el derecho de un copropietario. Es clave la diferencia, en la medida en que el copropietario es dueño de una alícuota de un bien, en tanto el coheredero es dueño de una alícuota de una masa hereditaria, integrada por un conjunto de bienes, créditos y deudas.

En ese sentido, resulta muy importante el artículo 845 en actual vigencia, que establece que «El estado de indivisión hereditaria se rige por las disposiciones relativas a la copropiedad, en lo que no estuviera previsto en este capítulo.»

El desarrollo que se hacía en el inciso 1, propuesto, es teoría; en tanto lo señalado en el inciso 2 que proponía la comisión, precisamente resulta innecesario por el artículo 845 en actual vigencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Plazo de indivisión de la empresa

**Artículo 846.-** El testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de cuatro años, sin perjuicio de que los herederos se distribuyan normalmente las utilidades.

Tratándose de explotaciones agrícolas y ganaderas se estará a lo dispuesto por la ley de la materia.

Asimismo, a partir de la publicación e inscripción registral del sometimiento de la sucesión a cualquiera de los procedimientos concursales previstos en la legislación nacional se producirá la indivisión de la masa hereditaria testamentaria o intestada.

*El texto de este artículo no corresponde al Código de 1984, sino a la modificación efectuada por la primera disposición modificatoria de la Ley n.° 27809, publicada el 8 de agosto de 2002, que entró en vigencia a los sesenta días siguientes de su publicación. El texto original de 1984 era el siguiente:*

***Artículo 846.-** El testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de cuatro años, sin perjuicio de que los herederos se distribuyan normalmente las utilidades.*

*Tratándose de explotaciones agrícolas y ganaderas se estará a lo dispuesto por la ley de la materia.*

El artículo 846 trata acerca de dos temas distintos: la indivisión de una empresa y la que surge del concurso de la herencia. Veamos:

a) Indivisión de una empresa

Según refiere la norma bajo comentario, el testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de cuatro años, sin perjuicio de que los herederos se distribuyan normalmente las utilidades.

La razón de este dispositivo se basa en el ánimo del testador de que la empresa de su propiedad siga su curso normal, mientras los herederos puedan entenderse y llegar a acuerdos que les permitan o un adecuado manejo de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la misma o, también poniéndose de acuerdo, adjudicar la empresa a alguno o algunos de ellos o, incluso, venderla a un tercero.

Al respecto, comenta Benjamín Aguilar que, «[...] hay dos precisiones que es necesario comentar, la primera, que esta indivisión solo puede ser establecida por el causante en forma testamentaria, esto es, no cabe establecerla por documento público o privado, en conclusión, solo puede aparecer por testamento; y la segunda, que no le está permitido al causante establecer indivisión de toda la herencia, sino que debe circunscribirse a una empresa que es parte integrante de la herencia.»(623)

El supuesto bajo análisis, puede obedecer a la aspiración del testador de que la empresa que ha creado o contribuido a crear o engrandecer, no deje de operar por los que pudieren ser los legítimos intereses de sus herederos de proceder a la división y partición de la herencia. Esta es una razón, de entre muchas, que pueden conducir a que el causante haya dispuesto tal estipulación testamentaria.

Es obvio que la herencia se ha trasmitido a sus herederos al momento de la muerte del causante. Sobre esto no hay duda. Ella no tiene otros propietarios. Lo que ocurre es solamente que esos herederos no podrán dividir la empresa antes del vencimiento del plazo establecido por el testador.

La ley señala que el plazo máximo es de cuatro años, el mismo que, como todo plazo, es arbitrario, pero el señalado nos parece razonable.

La norma agrega que esta indivisión no perjudica el que los herederos se repartan las utilidades que genere la empresa en situación de indivisión.

Luego se indica que tratándose de explotaciones agrícolas y ganaderas se estará a lo dispuesto por la ley de la materia. Hasta donde llegan nuestros conocimientos no existiría norma especial al respecto.

b) Indivisión surgida del concurso de la herencia

La modificación a la norma efectuada en el año 2002, como vimos, tuvo por objeto agregar un tercer párrafo al artículo 846, en relación a la situación de concurso de una herencia. La norma señala que, asimismo, a partir de la publicación e inscripción registral del sometimiento de la sucesión a cualquiera de los procedimientos concursales previstos en la

(623) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 531.

legislación nacional, se producirá la indivisión de la masa hereditaria testamentaria o intestada.

Esta norma es de gran importancia; ello, en la medida en que, como hemos expresado en reiteradas ocasiones, la masa hereditaria responde, *in totum*, por las deudas de la herencia. Se trata de un procedimiento normal, dado que, si la herencia entra a concurso, automáticamente se deberá detener cualquier paso que deseen seguir los herederos para proceder a dividir la herencia, en la medida en que ello vulneraría el derecho de los acreedores de cobrar con la integridad del patrimonio hereditario. Esta situación se activará apenas se produzca la publicación e inscripción registral del sometimiento de la sucesión a cualquiera de los procedimientos concursales previstos en la legislación nacional.

Para Guillermo A. Borda, «Esta disposición viene a colmar una sensible laguna de nuestro ordenamiento jurídico. Era frecuente, en efecto, que a través de una larga vida de trabajo, el padre llegase a formar un establecimiento comercial o industrial; como se trataba de un bien adquirido durante el matrimonio, a la muerte de la esposa los hijos quedaban convertidos en condóminos y exigían la partición, lo que, en buena parte de los casos significa la liquidación del negocio o empresa. La solución que ahora brinda la ley protege al creador de una riqueza, lo pone a salvo contra el peligro de ver interrumpidos sus negocios bruscamente y le permite ir haciendo sus previsiones para el día en que no puedan ya retardar la partición.»[624]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[625] pensábamos que el artículo 846 podría tener la siguiente redacción: «El testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de cuatro años, sin perjuicio de que los herederos se distribuyan normalmente las utilidades.»

Señalábamos entonces, que al haber operado en el Perú, desde 1991, severos cambios en lo que respecta a la vigencia de la normatividad privativa en materia agraria, especialmente por la promulgación del Decreto Legislativo n.º 653, de fecha 1 de agosto de 1991, y, en forma particular con la derogatoria del artículo 883 del Código Civil de 1984, que establecía que los derechos reales sobre predios rústicos se regían por la legislación de la materia, carecía de sentido que la ley civil continúe estableciendo la distinción que actualmente

(624) Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo II, p. 212.
(625) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, pp. 570 y 571.

hace el artículo 846 del Código Civil en torno a las explotaciones agrícolas y ganaderas.

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[626] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso la modificación del artículo 846, en los términos siguientes:

> **Artículo 846.-** Indivisión testamentaria y legal.
>
> 1. El testador puede establecer la indivisión forzosa de todo o parte de la herencia, hasta por un plazo máximo de diez años. Salvo disposición distinta del testador, los copartícipes podrán distribuirse los beneficios que resulten, sin perjuicio de los derechos de los acreedores de la masa sucesoria.
> 2. La indivisión a que se refiere el numeral 1 solamente podrá quedar sin efecto por acuerdo unánime de todos los herederos capaces o en el caso del artículo 850.
> 3. Lo dispuesto en los numerales 1 y 2 es sin perjuicio de lo estipulado en el pacto de familia conforme al artículo 663-A.
> 4. La sucesión también permanecerá indivisa a partir de la publicación del sometimiento de la sucesión indivisa a cualquiera de los procedimientos concursales.

A entender nuestro, la comisión del 2019 se equivocaba al proponer que los alcances del actual artículo 846, que permite que el testador pueda establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia hasta por un plazo de cuatro años, se extienda a todo o parte de la herencia, hasta por un máximo de diez años.

Y se equivocaba por varias razones.

En primer lugar, porque la norma actual restringe la indivisión a una empresa, en el entendido de que el negocio requiere de unidad para su desarrollo y no admitir la posibilidad de que el mismo sea sometido a división o partición. Tenemos aquí el clásico ejemplo de un ingenio azucarero. Nótese, además, la cautela del legislador de 1984 y de la reforma del precepto en el año 2002, en el sentido de mantener el plazo máximo de cuatro años.

(626) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 197-199.

Extender la posibilidad de que el testador disponga esta indivisión sobre todo o parte de la herencia y hasta por diez años, resulta atentatorio contra el derecho de propiedad y la natural disposición que sobre la herencia deben tener los herederos. Sería algo así como una herencia a recibir diez años después de la apertura de la sucesión, con las consiguientes innumerables dificultades que acarrea el estado de indivisión, no sobre una empresa en particular, sino sobre todo o una parte de la herencia. En muchos casos una situación de esta naturaleza sería equivalente al caos, más allá de que en el lapso de diez años es muy probable que mueran algunos herederos y pasen a ser miembros de la sucesión sus hijos, cónyuges o demás familiares.

Por lo demás, el artículo 846 que se proponía en el anteproyecto del 2019 se basaba en el artículo del mismo número que propuso una antigua comisión el 2006 y sobre el cual ya opinamos en contra en su momento.(627)

En el inciso 2 se proponía una norma que, por obvia, carecía de sentido; a saber, que «La indivisión a que se refiere el numeral 1 solamente podrá quedar sin efecto por acuerdo unánime de todos los herederos capaces o en el caso del artículo 850 (referido a la partición judicial antes del plazo).»

El texto propuesto ya estaba cubierto por el artículo 845, que la comisión buscaba modificar, precepto que señala que el estado de indivisión hereditaria se rige por las disposiciones relativas a la copropiedad, en lo que no estuviera previsto en este capítulo (el de indivisión hereditaria).

En lo que respecta a la remisión al artículo 850, ella era innecesaria. El 850 se aplica por sí mismo.

Por otra parte, la comisión proponía un inciso 3 para el artículo 846, que establecía que «Lo dispuesto en los numerales 1 y 2 es sin perjuicio de lo estipulado en el pacto de familia conforme al artículo 663-A.»

La comisión se equivocaba con el nombre de esta figura, pues ella misma la denomina en el 663-A, que propone, como «protocolo de familia.»

Además, si bien se proponía regularla en el Libro de Derecho de Sucesiones, es un pacto típicamente contractual.

Finalmente, la comisión planteaba incluir un inciso 4 al artículo 846, que establezca que la sucesión también permanecerá indivisa a partir de la

(627) Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 363-364.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

publicación del sometimiento de la sucesión indivisa a cualquiera de los procedimientos concursales.

Esta norma reproducía textualmente el último párrafo del actual artículo 846, que fuera introducido por la primera disposición modificatoria de la Ley n.° 27809, publicada el 8 de agosto de 2002 y que entró en vigencia a los sesenta días siguientes de su publicación.

En síntesis, no creíamos en la conveniencia de modificar el artículo 846 en actual vigencia, menos aún en los términos propuestos por el grupo de trabajo en el anteproyecto del 2019.

Por lo demás, el artículo 846 propuesto en el 2019 se basaba en el artículo del mismo número que propuso la antigua comisión del 2006 y sobre el cual ya opinamos en contra en su momento.(628)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(628) *Loc. cit.*

## Indivisión pactada entre herederos

**Artículo 847**.- Los herederos pueden pactar la indivisión total o parcial de la herencia por el mismo plazo establecido en el artículo 846 y también renovarla.

Como vimos en nuestros comentarios al artículo 846, precedente, la indivisión ahí regulada era establecida por el testador, a efectos de que ella obligara a sus herederos. El artículo 847 regula el caso en el cual la indivisión no esté dispuesta por testamento, sino que luego de producida la muerte del causante (antes, no, porque son nulos los pactos sucesorios), los herederos puedan pactar la indivisión no sólo de una empresa (materia a la que se restringe el artículo 846), sino de toda la herencia.

Esta situación no es muy usual por varias razones. La primera, porque generalmente los herederos buscan disfrutar de manera exclusiva de parte de los bienes de la herencia o del dinero que resulte luego de liquidarlos. La segunda, porque si bien algunos herederos pueden querer la indivisión por conveniencia de mediano plazo, no todos gozarán de la misma solvencia como para esperar que la herencia se mantenga indivisa. La tercera, porque el pacto de indivisión requiere del acuerdo de todos los herederos (unanimidad), a pesar de lo que da a entender el sumamente defectuoso texto del artículo 849, cuando señala que en los casos de indivisión se pagará la porción de los herederos que no la acepten.

En esa línea, Benjamín Aguilar comenta, «Resulta importante precisar que, para que proceda este pacto, el acuerdo tiene que ser unánime, y en todo caso, si algún sucesor disintiera con el acuerdo de no partir, deberá pagársele el importe de su cuota a fin de posibilitar el pacto; pues en caso contrario no será procedente. En efecto, el artículo 849 del Código Civil señala: "En los casos de indivisión se pagará la porción de los herederos que no la acepten". Esta norma tiene sentido en tanto que como ya lo hemos dejado establecido, no se puede forzar a un legitimario para que acepte una suspensión de partición, yendo contra sus derechos de heredero forzoso amparado por normas de orden público, y que por lo tanto, tratándose de normas de legítima, estas son intangibles.»[629]

(629) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 532.

Pero ya nos ocuparemos del artículo 849.

De otro lado, Juan Olavarría señala que, «El pacto de indivisión debe ser adoptado por acuerdo unánime, en ese sentido se requiere el concurso de todos los coherederos del causante. Basta que haya un solo heredero por más pequeña que sea su participación en la herencia y que éste se oponga o no acepte el acuerdo o la renovación de la indivisión sucesoria –aun cuando carezca de motivos atendibles– para que dicha indivisión no prospere y pueda así ulteriormente ser dividida y partida la masa hereditaria en cualquier oportunidad, sea a nivel judicial o extrajudicial.»(630)

Por lo expuesto, se trata, sin duda, de una situación que en la práctica es muy raro que se produzca. Pero si se diere, el plazo máximo para su vigencia será de cuatro años. Como se trata de un pacto entre los herederos y no de una disposición testamentaria, el referido plazo podrá ser prorrogado por cuantas veces acuerden esos herederos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(630) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 231.

## Inscripción de la indivisión

**Artículo 848.-** La indivisión surte efectos contra terceros, sólo desde que es inscrita en el registro correspondiente.

No cabe duda de que el pacto de indivisión surtirá efectos desde el momento en que se produzca el acuerdo entre los herederos. El mismo, por tanto, será válido y eficaz entre ellos desde ese instante. Por lo demás, se trata de un acto con libertad de forma, al no haberse previsto una especial, ni *ad solemnitatem*, ni *ad probationem*.

Pero cosa distinta será la oponibilidad de ese pacto con respecto a terceros, lo cual sólo se producirá desde el momento en que la indivisión se inscriba en el registro correspondiente.

Al respecto, actualmente se encuentra vigente el Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 156-2012-SUNARP-SN, cuyo artículo 8 dispone que la indivisión dispuesta por testamento se inscribe en dicho Registro de Disposiciones Testamentarias(631).

(631) Artículo 8.- Actos Inscribibles
Son actos inscribibles en el Registro de Testamentos:
a) El otorgamiento del testamento, cualquiera sea su modalidad, así como su protocolización, cuando corresponda.
b) La revocación total o parcial del testamento.
c) La modificación del testamento.
d) Las disposiciones testamentarias; que pueden ser las siguientes:
- Las instituciones de herederos o legatarios, así como las condiciones, plazos o cargos que los afecten, cuando corresponda.
- El nombramiento del cargo de albacea testamentario;
- Las facultades de los albaceas y su ejercicio en forma individual, conjunta, sucesiva o indistinta en los casos de pluralidad de albaceas.
- La desheredación y su revocatoria, de ser el caso.
- La indivisión dispuesta por testamento de conformidad con el artículo 846 del Código Civil.
- El fideicomiso testamentario.
- Y demás disposiciones testamentarias con relevancia jurídica.
e) La aceptación, excusa, y extinción del albacea testamentario.
f) El nombramiento, excusa, y extinción del cargo de albacea dativo.
g) La revocatoria de la desheredación por escritura pública.
h) La caducidad de la institución de heredero o legatario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Asimismo, el citado Reglamento también dispone que es inscribible el acuerdo de indivisión adoptado por los herederos testamentarios.

Finalmente, sobre los terceros a que hace referencia la norma, Guillermo Lohmann precisa que, «Del texto del artículo comentado se infiere que el pacto produce efecto entre los herederos, esté o no inscrita la indivisión, pero que respecto de terceros solo tiene eficacia desde la inscripción. Sin embargo, podemos preguntarnos: ¿a qué terceros puede referirse?; ¿de qué efectos se trata? Los únicos terceros, me parece, serían: (a) los acreedores de la sucesión o de cualquiera de los herederos, porque, a su vez, ellos son los únicos terceros legitimados para solicitar la partición, según establece el inciso 2 del artículo 854 C.C., que debe concordarse con el 984 C.C.; (b) quien adquiera una cuota hereditaria (art. 1209 C.C.), que es un tercero *sui generis*, que deja de serlo cuando uno de los copartícipes transfiere su parte alícuota, con lo cual este adquiriente ingresa a la comunidad y deja de ser tercero. Este tercero no está obligado a respetar un acuerdo de indivisión no inscrito, salvo que se demuestre que lo conocía o que debía conocerlo. Tocante a efectos, el único que puede existir es el de impedir que los terceros mencionados soliciten la partición.»[632]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

i) La renuncia a la herencia o al legado.
j) Las resoluciones judiciales, sean cautelares o firmes, sobre testamentos o disposiciones testamentarias, incluyendo las de nulidad o anulabilidad, falsedad o caducidad, o sobre justificación o contradicción de la desheredación, cuando corresponda.
k) El laudo arbitral que resuelve controversias entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa sucesoria, su valoración, administración y partición.
l) Acuerdo de indivisión o partición adoptado por los herederos testamentarios.
m) Los demás que establezca la ley.
[El subrayado es nuestro]

(632) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 547.

## Pago a herederos en desacuerdo con indivisión

**Artículo 849.-** En los casos de indivisión se pagará la porción de los herederos que no la acepten.

Como hemos señalado en nuestros comentarios al artículo 847, en apariencia, el artículo 849 permitiría a los herederos que el acuerdo de indivisión sea adoptado por mayoría absoluta. Es en ese sentido que se explicaría lo dispuesto por el último de los artículos citados, cuando establece que en estos casos los herederos que hubieren pactado la indivisión deberán pagar a los que no la acepten sus respectivas porciones.

Pero esto no es así, pues, como ya lo hemos expresado, el acuerdo de indivisión debe ser adoptado por la totalidad de los herederos; y, si ese fuese el caso, tal acuerdo deberá ser respetado rigurosamente por todos ellos durante el lapso convenido.

Esto conduce a que, con mucha razón, diversos autores critiquen la técnica legislativa aplicada en este artículo, por impracticable; entre ellos, el profesor Guillermo Lohmann, «[...] leído con rigurosa lógica, encuentro que el artículo 849 C.C. es de imposible aplicación. En primer lugar, debe indicarse que no se trata de indivisión testamentaria, porque en tales casos, si está hecha correctamente, los herederos o legatarios no pueden oponerse a ella; obligatoriamente tienen que respetarla. Dejando a salvo posibles rectificaciones por lesión a la legítima, o aceptan la sucesión como viene dispuesta por el causante, o la renuncian, pero no se admite aceptación condicionada o, mejor dicho, supeditada a que se haga la partición o a que cese la indivisión en función de los intereses del llamado. Por eso es que supongo que la versión final del Código aceptó la propuesta de la Comisión Revisora y no la de la Reformadora que, recogiendo la ponencia de Lanatta, se refería a la indivisión prevista "en los casos previstos en los dos artículos anteriores, que era (y son) los de indivisión testamentaria y convencional. Tampoco puede tratarse, desde luego, de la indivisión que surge naturalmente por la apertura de la sucesión y de pleno derecho, sin la voluntad del testador o de los sucesores. Es decir, el heredero o legatario de cuota que acepte la delación acepta la herencia en el estado indiviso como viene, por la fuerza de las circunstancias. Lo que puede, si quiere, es solicitar la división, como pretensión irrenunciable e imprescriptible. Quiero decir, no es que no se acepte la indivisión que surge con la apertura de la sucesión,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que es la hipótesis del artículo comentado, sino que la indivisión ya existe, y se desea ponerle fin. El artículo, entonces, solo puede ser pertinente cuando se trata de indivisión convencional. Empero, como claramente se entiende, lo que hace la indivisión convencional es estipular que continúe un estado de indivisión que viene dado por la sucesión misma. Vale decir, la apertura de la sucesión origina una situación de hecho natural de indivisión sucesoria, que puede transformarse –aunque continúa jurídicamente un mismo estatus sobre los activos y pasivos– en indivisión voluntariamente querida. Siendo esto así y resultando que la partición puede ser pedida (art. 854 inc. 1 C.C.) por cualquiera de los herederos, es ilógico que la disposición se refiera a los herederos que no acepten la indivisión.»(633)

También en línea crítica con el precepto bajo comentario, Juan Olavarría sostiene, «[...] no entendemos cómo el legislador impone la obligación de contratar yendo en contra de la dogmática jurídica y de los Principios Jurídicos de la Autonomía de la Voluntad y de la Libertad Contractual, al establecer que al heredero renuente de la indivisión sucesoria se le tenga necesariamente que pagar la cuota o porción que le corresponde, pues pagar cuota significa establecer un precio el cual debe ser producto del acuerdo de las partes, y si no hay acuerdo no es posible proceder a la compra o a la adquisición del derecho hereditario que se pretende pagar. ¿O es que acaso el legislador quiso establecer una venta forzada?. Se trata de una pésima técnica legislativa y letra muerta por impracticable, salvo que haya consenso de las partes de negociar y de ponerse de acuerdo para el pago del precio por la cuota que le corresponde al coheredero opositor de la indivisión hereditaria.»(634)

Coincidimos con los citados comentarios, razón por la cual resulta evidente que el artículo 849 debería ser derogado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(633) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, pp. 548-549.

(634) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 233.

## Partición judicial antes del plazo

**Artículo 850.-** El juez puede ordenar, a petición de cualquiera de los herederos, la partición total o parcial de los bienes hereditarios antes del vencimiento del plazo de la indivisión, si sobrevienen circunstancias graves que la justifiquen.

Independientemente de lo señalado en el discutible artículo 849, precedente, debemos indicar que el artículo 850, bajo comentario, establece un supuesto excepcional de partición judicial de la herencia. La norma prescribe que el juez puede ordenar, a petición de cualquiera de los herederos, la partición total o parcial de los bienes hereditarios antes del vencimiento del plazo de la indivisión, si sobrevienen circunstancias graves que la justifiquen.

Entendemos que estas circunstancias bien podrían derivarse de la falta de pago a los herederos que no estuvieron de acuerdo con el pacto de indivisión; pero también podría referirse a aquellos casos en los cuales alguno o algunos de los herederos que pactaron la indivisión de la herencia tenga una necesidad urgente de dinero para destinarlo a fines superiores, como podría ser el caso de una urgente y muy costosa operación quirúrgica a uno de sus hijos. En casos como éste (y, seguramente, muchos más) el heredero puede pedir al juez que ordene la partición total o parcial de los bienes hereditarios, a pesar de no haber vencido el plazo de indivisión acordado por todos o la mayoría de los herederos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## ADMINISTRACIÓN DE HERENCIA INDIVISA

**Artículo 851.-** Mientras la herencia permanezca indivisa será administrada por el albacea, o por el apoderado común nombrado por todos los herederos o por un administrador judicial.

Siempre hemos sostenido que la administración de bienes comunes deviene mucho más complicada que la que recae sobre bienes de propiedad exclusiva de una persona. Ello es natural, en la medida en que la toma de decisiones por una sola persona es mucho más expeditiva por naturaleza que el acuerdo que se tenga que adoptar entre dos o más.

Hemos estudiado que el albacea será el encargado de administrar la herencia mientras ésta permanezca indivisa. El albacea es el encargado por el testador para hacer que su voluntad se cumpla; no obstante, también hemos señalado que el albacea no es el representante de la herencia, pues ella corresponde a todos los herederos, como titulares del patrimonio heredado.

Pero puede ocurrir que el testador no haya contemplado la existencia de un albacea, en cuyo caso los herederos pueden nombrar a un apoderado (representante) común, a efectos de que los represente. En razón a las características propias de la figura de la representación, el nombramiento de ese representante deberá ser hecho por todos los herederos. Si sólo lo nombrara una parte de ellos, entonces ese representante deberá coordinar con el resto de herederos a efectos de poder adoptar decisiones con respecto a la administración del patrimonio hereditario.

Al respecto, Fernández Arce comenta que, «La herencia indivisa no puede quedar abandonada hasta que se haga la división y partición de la herencia. Es indispensable por el bien de los herederos, legatarios, acreedores y del propio Estado, que alguien asuma su administración, no sólo para velar por su existencia e indemnidad sino también para explotar sus frutos y repartirlos entre los interesados. Es por eso que la regla comentada señala que mientras se encuentre indivisa –que es una situación transitoria– debe ser administrada por el albacea o por el apoderado común o por un administrador judicial, en ese orden.»[635]

(635) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, p. 1255.

En la vida se presentan casos en los cuales el entendimiento entre los herederos de una sucesión resulta muy complicado, por las más diversas razones. En tal situación, si ni siquiera fuera posible el entendimiento entre los herederos o sus representantes, o cuando las desavenencias o desconfianzas son tan grandes, cualquiera de los herederos puede pedir el nombramiento de un administrador judicial.

Para concluir, en materia jurisprudencial observamos la Casación n.º 1888-2000-Huaura, de fecha 19 de octubre de 2000, que señala, «Si ha quedado establecido que el albacea asume la administración de solo el 50 % del arrendamiento de un inmueble, no está facultado para percibir el íntegro de la renta que abonaba en forma mensual el arrendatario por concepto de alquiler. Véase la jurisprudencia del artículo 787.»[636]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(636) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 659.

# CAPÍTULO SEGUNDO
# PARTICIÓN

## Partición testamentaria

**Artículo 852.-** No hay lugar a partición cuando el testador la ha dejado hecha en el testamento, pudiendo pedirse, en este caso, sólo la reducción en la parte que excede lo permitido por la ley.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, no cabe en ningún supuesto la partición en tanto permanezca vigente el procedimiento concursal al que se encuentra sometida la sucesión indivisa, de ser el caso que ello ocurra.

*El texto vigente de la norma no corresponde al Código de 1984. Ella es fruto de la modificación efectuada por la primera disposición modificatoria de la Ley n.° 27809, publicada el 8 de agosto de 2002, que entró en vigencia a los sesenta días siguientes de su publicación. El texto original era el siguiente:*

***Artículo 852.-*** *No hay lugar a partición cuando el testador la ha dejado hecha en el testamento, pudiendo pedirse, en este caso, sólo la reducción en la parte que excede lo permitido por la ley.*

---

El artículo 852 se refiere a la partición testamentaria, es decir a aquella que es realizada por el testador en el propio acto testamentario, no dejando el tema para que esté a cargo de sus herederos.

Siempre he pensado que otorgar un testamento para decir en él lo mismo que se deduciría de una pacífica declaratoria de herederos, en realidad carecería de sentido. Por lo demás, suponiendo que haya varios herederos, el hecho de que el testador disponga que su herencia se dividirá por partes iguales entre ellos, en realidad no aporta nada. Es claro que esa persona bien pudo ahorrarse el trámite y los costos de otorgar un testamento que no va a servir de gran cosa.

Además, los herederos tendrán ahora en sus manos el problema, las más de veces complicado, de efectuar la partición de la masa hereditaria. Esto se

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

solucionaría si el testador dispone la división de la herencia entre sus herederos de manera concreta, vale decir, esta casa para A; estos automóviles para B; este paquete de acciones de la compañía, para C; etc.

Por lo demás, resulta claro en base a todo lo estudiado, que el testador que proceda de esta manera deberá respetar la legítima de todos sus herederos; y si alguno de ellos tuviere un mejor tratamiento que los demás en el testamento, esas disposiciones se deberán respetar escrupulosamente. Es en ese sentido que el artículo 852 señala que no hay lugar a partición cuando el testador la ha dejado hecha en el testamento, pudiendo pedirse, en este caso, sólo la reducción en la parte que excede lo permitido por la ley.

Debe quedar claro, no obstante, que esta división y partición de bienes hecha en el testamento, podría implicar también la división de créditos y deudas de la masa hereditaria. Pero ello no resulta oponible a los acreedores del causante, en la medida en que de lo contrario estaríamos ante una manera de burlar eventualmente los derechos de esos acreedores. Para ellos la masa hereditaria es patrimonio común a efectos del cobro de sus créditos.

Sobre el particular, Silva Bascuñán precisa que, «Por el hecho de la muerte de una persona, el patrimonio que le perteneció en vida se traslada, con el nombre de herencia, a sus herederos, y se produce entre ellos un estado de indivisión en el que cada uno es dueño de la cuota en la universalidad hereditaria que le corresponde en conformidad al testamento o la ley y a todos en conjunto pertenece cada una de las cosas que constituyen esa universalidad.»[637]

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo bajo comentario, establece que no obstante lo señalado en el párrafo precedente, no cabe en ningún supuesto la partición en tanto permanezca vigente el procedimiento concursal al que se encuentra sometida la sucesión indivisa, de ser el caso que ello ocurra. La norma tiene plena lógica y ella guarda concordancia con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 846, comentado oportunamente. Hacemos aplicables a este extremo de la norma, *mutatis mutandis*, aquello que expresamos en esa oportunidad.

Por lo demás, el tercer párrafo del artículo 852 también fue agregado al Código Civil en el año 2002 por la Ley n.º 27809.

Sobre la norma bajo comentario, Augusto Ferrero comenta que, «La partición realizada por el causante conocida como la división de ascendientes,

(637) Silva Bascuñán, Marcos. *La partición de bienes. Op. cit.*, p. 24.

ha sido justificada plenamente por la doctrina como una manera de impedir discordias entre los herederos y por la relevancia de la autoridad del padre de familia, quien está en condiciones de conocer las necesidades de sus hijos y el estado de sus bienes, presumiéndose que sabrá partirlos en la forma más conveniente. Tributariamente, ofrece la ventaja de que se realiza una sola transferencia del causante a los herederos, evitándose así la copropiedad. De otra manera, hay dos transferencias. Una, del causante a los herederos, y, otra, representada por la permuta de derechos que efectúan los herederos al momento de la partición.»(638)

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 1026-2002-Huánuco, de fecha 6 de noviembre de 2002, la misma que señala que, «No procede anular la división y partición de los bienes dejados por la causante, que ya han sido dispuestos por la testadora a favor de sus sucesores mediante testamento; solo se puede reducir las disposiciones testamentarias respecto de algún heredero en lo que fuera excesiva. *Sétimo*. [No] procede anular la división y partición de los bienes dejados por la causante, los mismos que ya han sido dispuestos por la testadora a favor de sus sucesores mediante el testamento sub litis, siendo factible solamente que se reduzcan las disposiciones testamentarias respecto de su hermana coheredera [...] en lo que fuera excesiva para lo cual se hace necesaria la valorización del bien inmueble dejado a ésta [...] a efectos de determinar los porcentajes que corresponden a cada heredera [...].»(639)

Asimismo, el Tribunal Registral, mediante Sesión extraordinaria presencial del XC Pleno, realizada los días 27 y 28 de junio de 2012, determinó que, «No es inscribible la partición de bienes efectuada mediante testamento, cuando no se cumplen los actos previos necesarios para la independización de los bienes transferidos.»(640)

En esa línea, mediante Resolución n.° 2497-2014-SUNARP-TR-L, de fecha 31 de diciembre de 2014, el Tribunal Registral determinó que, «No es inscribible la partición de bienes efectuada mediante testamento, cuando no se cumplen los actos previos necesarios para la independización de los bienes transferidos. 5. [En] el caso concreto de la transferencia de alícuotas de copropiedad sobre un predio, la calificación implica verificar que el transferente efectivamente tenga registrado su derecho de propiedad, que sea titular de las alícuotas que transfiere y que las alícuotas recaigan sobre un predio determinado. La

(638) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 732.
(639) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 660.
(640) *Loc. cit.*

obligación de verificar la adecuación del título con el antecedente registral tiene como sustento [...] en el principio registral de tracto sucesivo contemplado en el artículo 2015 del Código Civil según el cual "ninguna inscripción, salvo la primera se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane el acto previo necesario o adecuado para su extensión, salvo disposición en contrario". 6. [Si] en el Registro no constan los inmuebles adjudicados por el testador debidamente independizados, el objeto inscribible no existe para el registro y no hay partida sobre la cual extender los asientos. En este caso estamos ante una falta en el principio de especialidad (ausencia de objeto). En ese sentido, el artículo 115 del actual Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, señala que para inscribir actos que impliquen variación de titularidad dominial respecto de parte de predios inscritos debe procederse a su previa independización, de conformidad con los requisitos previstos en este Reglamento. 7. Siendo que en el presente caso, ha quedado claramente establecido que la testadora [...] no solamente instituye herederos, sino que también distribuye los bienes; sin embargo, los bienes adjudicados no se encuentran independizados, por lo que no es procedente su inscripción. 8. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Registral, mediante su XC Pleno Registral [...], en la que [*sic*] adoptó el siguiente acuerdo, que resulta vinculante para los miembros del Tribunal Registral: "Partición efectuada por testamento: No es inscribible la partición de bienes efectuada mediante testamento, cuando no se cumplen los actos previos necesarios para la independización de los bienes transferidos". Por las razones expuestas, corresponde confirmar la observación formulada por el Registrador Público del Registro de Predios de Lima ubicado en el Pasaje denominado Huaychulo situado en la provincia de Concepción, departamento de Junín.»[(641)]

Por otra parte, es necesario recordar que, como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[(642)] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso la creación del artículo 852-A, en los términos siguientes:

> **Artículo 852-A.-** Liquidación de deudas y cargas antes de la división y partición
>
> 1. Los herederos y, de ser el caso, el albacea serán responsables de la liquidación de deudas y cargas de la herencia antes de proceder a la división y partición.

(641) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 661.

(642) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 199-200.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. En caso se pruebe que los herederos y, de ser el caso, del albacea han realizado actos de disposición de la masa hereditaria por razones distintas a la liquidación de deudas y cargas de la herencia, o no incluidas en el artículo 680, asumirán la responsabilidad de los daños que ellos ocasionen a sus co-herederos, legatarios o los acreedores de estos.
3. Con excepción de los pactos de indivisión, la masa hereditaria deberá ser dividida en el plazo máximo de dos años de inscrita la sucesión.

Si los herederos, y de ser el caso el albacea, no llevan adelante la liquidación de deudas y cargas, división y partición de la masa hereditaria asumirán de manera solidaria, la responsabilidad que el retraso genere en terceros.

La comisión del 2019 proponía incluir este artículo con la finalidad de regular la liquidación de deudas y cargas antes de la división y partición, dado que el Código Civil no contiene una norma que regule el particular.

En el inciso 1 se proponía que «Los herederos y, de ser el caso, el albacea *(faltaba una coma)* serán responsables de la liquidación de deudas y cargas de la herencia antes de proceder a la división y partición.»

En el plano conceptual, el precepto señalado era inobjetable. En lo personal, les hubiéramos asignado responsabilidad de carácter solidario.

En el inciso 2 se proponía señalar que, «En caso se pruebe que los herederos y de ser el caso, el del [*sic: debería decir «el»*] albacea han realizado actos de disposición de la masa hereditaria, por razones distintas a la liquidación de deudas y cargas de la herencia, o no incluidas en el artículo 680, asumirán la responsabilidad de los daños que ellos ocasionen a sus co-herederos [*sic: la palabra se escribe junta*], legatarios o los acreedores de éstos.

La idea era correcta. En lo personal, también les habríamos asignado responsabilidad de carácter solidario.

El inciso 3 señalaba que «Con excepción de los pactos de indivisión, la masa hereditaria deberá ser dividida en el plazo máximo de dos años de inscrita la sucesión.»

Esta norma no correspondía, dado que ella formaba parte de las buenas intenciones, pues la fecha en que los herederos harán división y partición de la herencia dependerá de ellos mismos. Ninguna norma los podría obligar a

ESTUDIO MAXO CASTILLO FREYRE

hacerlo en un plazo determinado, porque son ellos los que disponen de sus tiempos y porque la división y partición pasa por un acuerdo de todos los coherederos, el mismo que no necesariamente se producirá dentro de los dos años contados desde que se inscriba la sucesión.

Es por ello, que la comisión más allá del buen deseo expresado en la propuesta de artículo bajo comentario, no establecía (ni podría haberlo hecho) sanción alguna ante el incumplimiento del plazo.

Finalmente, el inciso 4 que proponía el grupo de trabajo, establecía que «Si los herederos, y de ser el caso el albacea, no llevan adelante la liquidación de deudas y cargas, división y partición de la masa hereditaria asumirán [*sic: no se entiende la redacción*] de manera solidaria, la [*sic: la coma está de más*] responsabilidad que el retraso genere en terceros.»

Disentíamos de la norma propuesta en este inciso, pues el llevar a cabo la división y partición de la masa hereditaria es un acto que responde a la libre voluntad de los herederos. Ellos podrían hacerlo o no.

En segundo lugar, tal división y partición es absolutamente independiente del cumplimiento de las deudas y cargas que la sucesión deba cumplir con respecto a determinadas personas, lo que se tendría que hacer de todas maneras, más allá de si los herederos realicen la división y partición de la herencia.

De este modo, la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 852-A, propuesto por la comisión, sólo puede referirse al incumplimiento en el pago o liquidación de las deudas y cargas de la herencia, mas no de la ausencia de división y partición de la misma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**FORMALIDAD DE LA PARTICIÓN**

**Artículo 853**.- Cuando todos los herederos son capaces y están de acuerdo en la partición, se hará por escritura pública tratándose de bienes inscritos en registros públicos. En los demás casos, es suficiente documento privado con firmas notarialmente legalizadas.

*El texto de este artículo no responde a la versión original de 1984. Ella es fruto de la modificación efectuada por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. El texto original era el siguiente:*

***Artículo 853**.- Cuando todos los herederos son capaces y están de acuerdo en la partición, pueden hacerla por escritura pública o ante el juez, por acta que se protocolizará.*

El artículo 853 versa sobre los requisitos exigidos para la partición. Veamos:

a) Que todos los herederos sean capaces

La partición sólo puede hacerse por personas capaces. Entendemos que no podrán celebrarla quienes no tengan tal capacidad, vale decir, los incapaces absolutos (los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley, artículo 43, inciso 1) o por personas con capacidad de ejercicio restringida (artículo 44, incisos 1, 4 al 9). Estos últimos actúan a través de representante legal o curador (artículo 45-A). En todos estos casos, para que los representantes de estos incapaces puedan celebrar partición sobre la herencia del incapaz, se deberá contar con autorización judicial y ella sólo procederá ante circunstancias especiales (artículo 855, incisos 1 y 2 del Código Civil).

b) Que el acuerdo sea unánime

La partición no puede acordarse por mayoría de herederos, por más aplastante que sea esta mayoría. Ello es así, en la medida en que se trata de un acto a través del cual se va a realizar una asignación definitiva de los bienes de la herencia y el legislador requiere que todos ellos estén convencidos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de la pertinencia de que determinados bienes queden en propiedad exclusiva de unos y otros bienes, en propiedad exclusiva de otros herederos.

c) Que se haga, al menos, por documento privado con firmas legalizadas notarialmente, si se trata de bienes no inscritos en Registros Públicos

Si la partición no recayera sobre bienes inscritos en Registros Públicos y, agregamos, aunque no lo dice la norma, sobre bienes susceptibles de inscripción, no resultará necesaria su celebración por escritura pública. Aquí la ley ha querido simplificar los requerimientos y costos para celebrar la partición. Si se tratare sólo de bienes no registrables, es muy probable que, en algunos casos, el costo de una escritura pública sea tan elevado como los bienes adjudicados a cada heredero.

Por lo demás, la realidad demuestra que, en la inmensa mayoría de particiones de herencia, cuando los bienes a repartir no son de valor considerable, el acto se celebra de manera verbal y, por supuesto, nadie reclama posteriormente su nulidad. Por lo demás, el artículo 853 cuando establece la formalidad escrita no lo hace bajo sanción de nulidad, razón por la cual estamos ante una formalidad *ad probationem* y no ante una formalidad *ad solemnitatem*.

El requisito de que las firmas estén legalizadas notarialmente se establece con la finalidad de que luego no se vaya a abrir una discusión acerca de si tal heredero firmó o no la partición. La legalización notarial de la firma otorgará mayores seguridades y será un elemento disuasivo para ulteriores cuestionamientos de herederos arrepentidos, que siempre los hay.

d) Que se haga por escritura pública, tratándose de bienes inscritos en Registros Públicos

Tratándose de bienes inscritos (la ley sólo habla de los inscritos y no de los inscribibles, que son aquellos susceptibles de inscripción) se establece como formalidad la escritura pública, en el entendido de que ella facilitará la ulterior inscripción registral de la partición y, así, no se requerirá entablar procesos judiciales para lograr tal efecto. Por lo demás, aquí también estamos ante una formalidad *ad probationem* y no ante una *ad solemnitatem*.

Para Benjamín Aguilar, «Esta forma de partir es la más conveniente no solo desde el ámbito jurídico, sino principalmente en el ámbito familiar,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pues si la sucesión a partir es entre familiares del causante, así se evita resquebrajamientos de los lazos familiares, y encono entre ellos.»[643]

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 1929-2005-Arequipa, de fecha 20 de septiembre de 2006, que dispone las formalidades de la partición, «*Séptimo*. [La recurrente] pretende sostener [...] que por el hecho de encontrarse registrado el bien la partición debió efectuarse necesariamente por escritura pública, sin que exista norma que disponga tal formalidad como una *ad solemnitatem*, debiendo considerarse que de acuerdo al artículo 143 del Código Civil existe libertad de forma, por lo que los interesados pueden utilizar la que juzguen conveniente; y que cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, como es el caso del artículo 853 del Código Civil, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto [...].»[644]

Finalmente, encontramos también la Casación n.° 650-2009-Puno, de fecha 31 de agosto de 2009, que establece que, «El que no tiene la calidad de heredero, no tenía por qué participar en la partición extrajudicial. *Noveno*. [El] actor alega que se ha inaplicado el artículo 853 del Código Civil, porque en la partición extrajudicial no se ha considerado su participación en calidad de copropietario. Sin embargo, la citada norma es impertinente para dilucidar la controversia, primero, porque la demanda de nulidad del acto jurídico se sustenta en las causales previstas en los incisos 3 y 4 del artículo 219 del Código Civil, por lo que el órgano jurisdiccional debe circunscribir su análisis únicamente a la configuración o no de dichas causales de nulidad; segundo, porque no se ha demandado la nulidad del acto jurídico por falta de la formalidad prescrita en la norma en comento; y tercero, porque siendo el bien objeto de partición uno dejado en herencia a los demandados por su causante [...], y no siendo el recurrente heredero del *de cujus*, no tenía por qué participar en la partición extrajudicial celebrada por sus herederos [...].»[645]

(643) Aguilar Llanos, Benjamín. *Derecho de Sucesiones*. *Op. cit.*, p. 558.
(644) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil*. *Op. cit.*, p. 661 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil*. *Op. cit.*, p. 421.
(645) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil*. *Op. cit.*, pp. 661-662.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Titulares de la acción de partición

**Artículo 854.-** Si no existe régimen de indivisión, la partición judicial de la herencia puede ser solicitada:

1.- Por cualquier heredero.

2.- Por cualquier acreedor de la sucesión o de cualquiera de los herederos.

El artículo 854 se encarga de establecer quiénes son titulares de la acción (pretensión) de partición. Veamos:

a) Cualquier heredero

En el caso de la indivisión impuesta por la muerte del causante, al tratarse de una situación jurídica que usualmente genera problemas, la ley facilita que ella termine, facultando a cualquiera de los herederos para solicitar la partición judicial. Nótese que la partición judicial no podrá ser detenida, salvo la existencia de un acuerdo de partición extrajudicial suscrito por todos los herederos. Lo que la ley busca es que la situación de indivisión acabe lo más pronto posible y que los herederos que quieren proceder en ese sentido tengan el apoyo de la ley. El pedido de partición judicial es, sin lugar a dudas, disuasivo para no llegar a una partición convencional. Decimos esto, pues al tratarse de una partición judicial, los bienes de la herencia saldrán a remate público y se sabe que los precios que alcanzan siempre son notoriamente más bajos que los de mercado. Así que si hubiere herederos que presionen para una partición judicial, lo mejor será, o comprarles su parte de la herencia, o llegar con ellos, de común acuerdo, a una partición convencional.

Sobre este inciso, precisa Benjamín Aguilar, «Refiere el artículo 854 del Código Civil, que de no existir régimen de indivisión, la partición judicial puede ser solicitada por cualquier heredero o por cualquier acreedor de la sucesión misma, o acreedor de alguno de los herederos. Sobre el particular debemos hacer dos alcances a la norma, en primer lugar, que solo procederá la partición judicial, si es que no estamos frente a una indivisión forzosa, o una indivisión voluntaria, sin embargo y como ya lo hemos manifestado, aun en esos casos, y por circunstancias que justifiquen, el juez puede autorizar la partición; y en segundo lugar, reiteramos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

un concepto ya trabajado, no hay término para solicitar partición, en tanto que el derecho a solicitarlo no prescribe.»[646]

b) Cualquier acreedor de la sucesión

Si bien la ley concede la facultad de solicitar la partición judicial a cualquier acreedor de la sucesión, en realidad, ello no sería necesario para satisfacer su crédito, en la medida en que, como lo hemos expresado reiteradas veces, la masa hereditaria responderá por el pago de las deudas del causante.

Sobre el particular, Juan Olavarría comenta que, «Los acreedores del causante y los acreedores de los coherederos tendrán interés en que se verifique previamente la partición toda vez que ello facilita el cobro de sus acreencias, pues una cosa es demandar a uno en vez de a todos los herederos del causante, sobremanera [*sic*] cuando la acreencia está respaldada con una garantía real que afecta a un bien concreto y específico de la herencia. Del mismo modo, es más fácil realizar la venta judicial de un bien íntegro que acceder al remate de solo acciones y derechos sobre dicho bien.»[647]

c) Cualquier acreedor de cualquiera de los herederos

Este supuesto es distinto que el inmediato anterior. En el anterior, la deuda es de la herencia; en aquel bajo comentario, la deuda es de uno de los herederos de la sucesión. Dentro de tal orden de ideas, si el deudor careciere de patrimonio suficiente para afrontar el pago de la deuda, antes de convertirse en heredero, es obvio que resultará necesario que se incorpore materialmente identificado el patrimonio que reciba como herencia. Así, su acreedor le podrá cobrar más fácilmente. Pero debemos dejar sentado que, incluso si no se realizara la partición de la herencia, ese acreedor del heredero podrá embargar su cuota hereditaria y rematarla. Pero es lógico que no quiera hacerlo, en la medida en que el precio que se pueda obtener en un remate público por la cuota hereditaria es sustancialmente menor del que se obtendría en el remate de bienes determinados que ya hubiesen pasado a integrar el patrimonio del heredero deudor.

(646) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 543.
(647) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 237.

EL AUTOR MARIO CASTILLO FREYRE

> Para Guillermo Lohmann, «El interés del acreedor del heredero para solicitar la partición se explica por dos razones. La primera es que le permitirá hacer efectivo el cobro de su crédito no sobre la cuota sucesoria indivisa, de carácter abstracto, de su deudor, sino directamente sobre los bienes singulares en que dicha cuota se llegue a concretar como consecuencia de la partición. La segunda, que acaso debiera ser la primera por importancia, es para evitar que mediante la partición sean perjudicados sus derechos de crédito, por indebidas computaciones de créditos sucesorios, o incorrectas valoraciones de bienes y, en suma, para evitar que por irregulares operaciones particionales su deudor no reciba todo a lo que tendría derecho, en cantidad o calidad. En resumen, la intervención del acreedor en el proceso particional se justifica por la misma razón en que se apoya la denominada acción pauliana: impedir que por actos de su deudor se ponga en riesgo la satisfacción del crédito.»(648)

De otro lado, observamos que mediante Casación n.° 2001-99-Jaén, de fecha 11 de julio de 2000, la jurisprudencia ha definido la acción de petición de herencia y acción de partición sucesoria, «*Segundo.* [La] acción de petición de herencia es el derecho que tiene el heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen dirigida contra quien los posea a título sucesorio, para concurrir con él; en cambio la acción de partición sucesoria es el acto jurídico mediante el cual se pone fin al condominio de la herencia, adjudicándosele a cada sucesor lo que le corresponde. *Tercero.* [...] [La] acción de petición de herencia se debe tramitar como proceso de conocimiento; mientras que la acción de partición sucesoria debe seguir la vía del proceso abreviado [...].»(649)

Para concluir, nos remitimos a la Casación n.° 2893-2001-Cono Norte, de fecha 23 de diciembre de 2002, «Si el título de propiedad no ha sido declarado nulo, dicho acto jurídico conserva todo su valor jurídico, ya que solo mediante sentencia judicial se puede declarar la nulidad e invalidez del acto jurídico. *Quinto.* Del análisis de lo actuado se advierte que es un hecho establecido que el título de propiedad de los actores consistente en la escritura pública de compraventa del 21 de abril de 1992 debidamente inscrita en la Oficina Registral respectiva, no ha sido declarado nulo, por tanto dicho acto jurídico conserva todo su valor jurídico, ya que solo mediante sentencia judicial se puede declarar la nulidad e invalidez del acto jurídico y consecuentemente la nulidad de la

(648) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 571.
(649) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 662 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 422.

inscripción registral. *Sexto.* Siendo ello así, se ha interpretado erróneamente el artículo 854 del Código Civil, toda vez que al no existir régimen de indivisión, la partición judicial de la herencia puede ser solicitada por cualquier heredero y por cualquier acreedor de la sucesión.»[650]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(650) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 662.

### Causales de partición judicial

**Artículo 855**.- La partición judicial es obligatoria en los siguientes casos:

1.- Cuando hay heredero incapaz, a solicitud de su representante.

2.- Cuando hay heredero declarado ausente, a solicitud de las personas a quienes se haya dado posesión temporal de sus bienes.

El artículo 855 regula los supuestos en que la partición judicial resulta obligatoria. Veamos:

a) Cuando hay heredero incapaz, a solicitud de su representante

Ya hemos señalado que la partición requiere el acuerdo de todos los herederos y que todos ellos sean personas capaces (artículo 853). En ese orden de ideas, si hubiese al menos un heredero incapaz, la partición tendrá que ser judicial y ella deberá ser solicitada, como es obvio, por el representante del incapaz.

b) Cuando hay heredero declarado ausente, a solicitud de las personas a quienes se haya dado posesión temporal de sus bienes

Como sabemos, transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración de ausencia de esa persona (argumento del artículo 49 del Código Civil). Podría ocurrir que uno de los herederos del causante haya sido declarado ausente, caso en el cual alguna de las personas a quienes se haya dado posesión temporal de sus bienes (artículo 50), deberá pedir la partición judicial de los bienes de la herencia.

En los dos supuestos bajo tratamiento, la partición judicial no es una opción a considerar aparte de la partición convencional. Ello, pues la primera tiene carácter obligatorio e ineludible, en resguardo de las personas señaladas, cuyos intereses (patrimonio) se trata de resguardar.

Sobre el particular, Guillermo Lohmann precisa que, «Por la lógica operación de las normas, en los casos de incapaces o de ausentes la situación será la siguiente: a) Si el representante del incapaz o los poseedores temporales de los bienes del ausente han llegado a un acuerdo con los

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

demás copartícipes, dicho acuerdo queda subordinado a aprobación judicial preceptiva, que se tramita como disponen los artículos 786 y siguientes del Código Procesal Civil. El juez y el representante del Ministerio Público, por lo tanto, no parten ni dividen, ni se sustituyen a la voluntad de todas o alguna de las partes, sino que se limitan a examinar si hay o no perjuicio a los derechos del incapaz o del ausente. Si la decisión judicial considera que no han sido respetados tales derechos, se limitará a no aprobar el acto particional, pero no puede reemplazarlo por otro diferente con estipulaciones distintas, creando o modificando voluntades, que no solamente son de quien intervino en la propuesta de acto particional en nombre del incapaz o ausente, sino que también lo son de los demás coherederos, que, por cierto, no son parte del trámite judicial no contencioso. b) Si no hay acuerdo con los demás copartícipes, el representante del incapaz o los poseedores de bienes del ausente tendrán que solicitar la orden judicial de partición, legitimados por lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 854.»[651]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(651) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 573.

**SUSPENSIÓN DE LA PARTICIÓN POR HEREDERO CONCEBIDO**

**Artículo 856.-** La partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento. En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos.

En primer término, debemos reparar en que la sumilla colocada a este artículo en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, tiene un error notorio, consistente en haber puesto «Suspensión de la participación por heredero concebido», cuando a lo que se refiere es, obviamente, a la suspensión de la «partición» de la herencia.

Como hemos visto en el tratamiento del artículo 855, en caso se trate de incapaces, la partición necesariamente deberá ser judicial. Dentro de los incapaces se comprende a las personas menores de dieciséis años (artículo 43, inciso 1). Resulta claro que estas personas son vulnerables y por esa razón se les protege. Con mayor razón, entonces si se tratare de un concebido.

En esa línea, Fernández Arce comenta que, «La necesidad es el motivo determinante para el amparo de este derecho de disfrute porque todo aquello que puede afectar la salud de la madre redundará en detrimento de la salud del hijo por nacer. Los principios de humanidad y de solidaridad especialmente en esta materia familiar, sustentan al artículo 856 del Código Civil.»(652)

Sabemos que el artículo 1 del Código Civil establece que la persona es sujeto de derecho desde su nacimiento; agregando que la vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. En ese sentido, el artículo 856 es perfectamente concordante con el precepto citado, en la medida en que señala que la partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento. Esta disposición es correcta, ya que en tanto todavía no nazca el niño, no se tendrá la certeza de si va a beneficiarse con la herencia.

(652) FERNÁNDEZ ARCE, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, p. 1265.

Se puede decir que una vez producidas la concepción y la muerte del causante de quien heredaría ese concebido, se presenta una situación de latencia, ya que sólo si nace vivo será beneficiado con tales derechos hereditarios. Si naciera muerto, esos derechos no le van a beneficiar, por lo que no habría tenido la condición o calidad de heredero. Entonces, habrá que esperar a que nazca vivo para proceder a la partición de la herencia. Antes no se le puede ni considerar ni descartar como heredero, motivo por el cual mal podría procederse a realizar la partición de una herencia de la cual no se sabe siquiera si el concebido es heredero. Por eso la partición se tendrá que suspender hasta que se produzca el nacimiento del niño.

El artículo 856 establece también que en el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos; norma importante, pues la madre (quien no es heredera) está gestando a un heredero. Por tal razón ella deberá beneficiarse de la herencia en lo que sea atinente a sus derechos alimenticios, que, por supuesto, también son los del niño que viene gestando. Si el niño nace vivo, no habrá problema alguno con los alimentos que recibió su madre, pues él también los habrá recibido. Si naciera muerto, elementales razones de orden moral y jurídico impedirían a los herederos reclamar a esa señora lo percibido por alimentos, pues no se trató de un pago indebido, sino en beneficio de un heredero que, al nacer muerto, perdió sus derechos hereditarios.

Ahora bien, como señala Benjamín Aguilar, «La norma no tendría sentido si es que la madre fuera también una sucesora, pues para qué normar un derecho de alimentos, que podría cubrirlo la sucesora con los bienes de la herencia, en tanto que ella también sería partícipe del patrimonio hereditario. Se señala y creemos con acierto, que en los alimentos de la madre del concebido existe una suerte de carga de la herencia, que afecta a la masa hereditaria antes de su partición.»(653)

En esa línea, Guillermo Lohmann comenta, «Unas palabras sobre los alimentos antes de terminar con este artículo. Si bien la norma menciona alimentos en general, apostilla que estos se proporcionarán "en cuanto se tenga necesidad" de ellos. Por tanto, debe discernirse entre la madre que a su vez sea heredera y la que no tenga tal carácter, porque ciertamente la situación económica será distinta.»(654)

(653) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 545.
(654) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 576.

Estamos de acuerdo con la distinción efectuada por los profesores citados.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[655] pensábamos que el artículo 856 podría modificarse, de la siguiente manera: «La partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento. En el intervalo la madre disfruta de la porción correspondiente del patrimonio hereditario, en cuanto tenga necesidad de alimentos.»

Nuestra modificación obedecía a que la madre no disfruta de la herencia, sino del patrimonio hereditario; y no en su integridad, sino solamente en proporción al porcentaje o cuota que le corresponda al hijo concebido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(655) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 572.

**SUSPENSIÓN DE LA PARTICIÓN POR ACUERDO O RESOLUCIÓN JUDICIAL**

**Artículo 857.-** Puede también diferirse o suspenderse la partición respecto de todos los bienes o de parte de ellos, por acuerdo de todos los herederos o por resolución judicial y por un plazo no mayor de dos años, cuando la ejecución inmediata pueda ocasionar notable perjuicio al patrimonio hereditario, o si es preciso para asegurar el pago de deudas o legados.

La suspensión de una partición judicial, por supuesto que puede producirse, en la medida en que todos los herederos lo acuerden.

También podría producirse si alguno o algunos de ellos lo solicitan al juez que conoce de la causa. Es claro que, si se produjese este pedido, ello obedecerá a que la suspensión conviene a los intereses de los herederos, en la medida en que evita, como dice la ley, un notable perjuicio al patrimonio hereditario, razón por la cual los solicitantes tendrían que entrar en detalle sobre aquello que los motiva a pedir la suspensión y probar esas eventuales consecuencias de notable perjuicio.

La ley establece para el caso un plazo máximo de suspensión de dos años, pero entendemos que no habría problema en que, una vez finalizado o por finalizar ese plazo, los herederos vuelvan a pedir sucesivas suspensiones de la partición judicial, sea por los mismos motivos o por otros, pero siempre acreditando que lo que se quiere es evitar un notable perjuicio a la sucesión.

El artículo 857 establece que la suspensión también podrá responder a cuando se pretenda asegurar el pago de deudas o legados.

El tema del perjuicio siempre deberá ser notable, lo que implica que uno de características leves o moderadas no debería justificar esa suspensión.

Sobre el "perjuicio" referido por la norma, Guillermo Lohmann señala que, «[...] la existencia de perjuicio es consideración que debe quedar a criterio discrecional de los propios interesados. Es más complejo, en cambio, cuando la controversia se somete a la decisión de un juez (o, para el caso, un árbitro), como permite la norma. En este caso, la decisión judicial dependerá de lo que exponga la demanda y de los medios probatorios que ofrezca. Lo que sí me

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

parece claro, por cierto, son dos cosas de interés: La primera es que el solicitante tendrá que especificar si pretende posposición total o parcial, y el tiempo por el cual la quiere, pues ello no queda librado *per se* a criterio del juez o del árbitro. La segunda, que para decidir a favor o en contra de la pretensión habrá que sopesar –por supuesto, siempre que haya oposición– si, a la inversa, hay otras razones más pertinentes que puedan aconsejar la partición total o parcial, como contempla el artículo 850. Nótese que el numeral 857 ahora bajo comentario exige "notable perjuicio", de suerte que ello ha de significar, por lo menos, que el perjuicio sea de importancia y actual o inminente; este no debe ser una simple posibilidad o conjetura.»[656]

La segunda razón, consistente en asegurar el pago de deudas o legados, también es importante, en la medida en que los herederos pueden ver amenazado el monto de la herencia por un remate judicial, cuyo resultado no les permita, eventualmente, cumplir con los pagos de las deudas de la herencia o de los legados dispuestos por el testador.

Sobre el plazo, Augusto Ferrero comenta que, «El plazo que establece el artículo no tiene sentido, pues el diferimiento equivale a un pacto de indivisión, debiendo regir el máximo de cuatro años que la ley establece para este.»[657]

Estamos de acuerdo con él.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[658] pensábamos que el artículo 857 resultaría susceptible de modificarse de la siguiente manera: «Puede también diferirse o suspenderse la partición respecto de todo el patrimonio hereditario o parte de él, por acuerdo de todos los herederos o por resolución judicial y por un plazo no mayor de dos años, cuando la ejecución inmediata pueda ocasionar notable perjuicio al patrimonio hereditario, o si es preciso para asegurar el pago de deudas o legados.»

(656) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 570.
(657) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 731.
(658) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 572.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Partición con garantías

**Artículo 858**.- Si hay desacuerdo entre los herederos sobre los derechos de alguno de ellos, sobre la obligación de colacionar o acerca del valor de los bienes colacionables, se hará la partición prestando garantía para los resultados del juicio que se promoviere.

El artículo 858 trata acerca de la partición en la que resulte necesario el otorgamiento de garantías. Como sabemos, la regla general es que la partición no requiere otorgamiento de garantía alguno, en la medida en que ella determina la división de los bienes entre los diversos herederos; y tal división tendrá carácter irreversible y definitivo, como ocurre con cualquier partición, no sólo en la relativa a la partición de una herencia.

No obstante, el artículo bajo comentario regula un supuesto bastante especial; y es que, en no pocos casos, en las sucesiones se discute una serie de pretensiones dentro y fuera de procesos judiciales. El referido precepto menciona algunas de ellas, tal vez las que puedan considerarse como las más frecuentes e importantes, a saber: los derechos de alguno de los herederos; la obligación de colacionar; y el valor de los bienes colacionables. El precepto señala que en estos casos se hará la partición prestando (otorgando) garantía para los resultados del juicio que se promoviere.

Con el artículo 858 lo que se busca es que este tipo de conflictos no entorpezcan que se realice una partición de la herencia, pero por experiencia podemos decir que ello no es así, en tanto cuando se presenta esta clase de problemas, el encono entre los herederos o probables herederos es enorme y les impide llegar a cualquier acuerdo. Por otra parte, para recurrir a este mecanismo se tendría que otorgar garantía (fianza, hipoteca, prenda –que, como he expuesto muchas veces, todavía existe–, garantía mobiliaria, anticresis, etc.) y ello implica que el costo de ese proceder sería considerable, a la par que riesgoso. Y, finalmente, ocurre que los herederos generalmente buscan que se les asigne los mejores bienes de la herencia, lo que no necesariamente ocurriría ante situaciones de inseguridad jurídica tan grandes como las previstas en el artículo bajo comentario.

Fernández Arce comenta que, «La garantía, que debe ser constituida por los coherederos que hagan la partición, es con el propósito de asegurar los resultados del juicio que pueda ser promovido por quienes están directamente

involucrados en cualquiera de estos tres casos, para evitar el perjuicio irreparable que pudieran sufrir si ganan el juicio y no pueden hacer efectivos sus créditos por haberse dividido ya, la herencia entre los demás. La garantía es pecuniaria y se constituye como reserva de parte de la herencia a partirse, a no ser que pueda ser sustituida con otros bienes diferentes que garanticen de modo seguro y efectivo los derechos hereditarios cuestionados.»[659]

En esa línea, Benjamín Aguilar señala que, «Con la finalidad de no interrumpir la partición, en tanto que entre los coherederos puede producirse controversias sobre los bienes a dividir, sobre la colación, o el valor de la colación, sobre las deudas, y demás; entonces el legislador con mucho tino señala, que aun cuando se suscite, estas diferencias, no tienen por qué producir la suspensión de la partición, sino que esta pueda seguir adelante, y para ello se prestará garantía para los resultados del juicio que se promueva. En efecto, el artículo 858 del Código Civil dispone tal exigencia, sin embargo, no dice quién es el que debe otorgar la garantía, pensamos, que lo hará el interesado en que la partición siga adelante, cuyo derecho estaría siendo cuestionado por los demás herederos.»[660]

De otro lado, resulta pertinente traer a colación el comentario de Guillermo Lohmann respecto a quién debe prestar la garantía, «[...] la norma no dice quién y cómo debe prestar la garantía. Sobre lo primero, lo razonable es pensar que tendrá que otorgarla u obtenerla quien, como consecuencia de la partición provisional, obtuviera un beneficio, conveniencia o provecho inciertos sobre su subsistencia. Es decir, quien por efecto de la partición, recibiera un valor o porcentaje mayor al que otro u otros de los copartícipes considera que debe tener, o que quedaría disminuido si se determinan otros eventuales sujetos con derecho (por ejemplo, un llamado bajo condición suspensiva).»[661]

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 1348-2005-Huaura, de fecha 3 de abril de 2006, en el sentido de que «La colación no resulta incompatible dentro de un proceso de división y partición. *Quinto.* [...] [El] artículo 858 del Código Civil [...] establece que "Si hay desacuerdo entre los herederos sobre los derechos, de alguno de ellos, sobre la obligación de colacionar o acerca del valor de los bienes colacionables, se hará la partición prestando garantía para los resultados del juicio que se promoviere". *Sexto.* [De] estos dispositivos se infiere que la pretensión de división y partición no es incompatible con

(659) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, p. 1267.
(660) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 548.
(661) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 573.

la colación, pudiéndose, determinar esta última dentro del mismo proceso de partición en caso de presentarse.»[662]

Para concluir, nos remitimos también a lo dispuesto en la Casación n.° 972-2010-Lima, de fecha 30 de marzo de 2011, la misma que dispone que, «Si bien no se ha acreditado que el bien no sea susceptible de división material, ello no impide que se declare el derecho de las partes, puesto que tal circunstancia debe establecerse en ejecución de sentencia. *Octavo.* Finalmente, [...] se debió requerir que la actora presente una garantía para los resultados del juicio de partición porque existe un evidente desacuerdo entre los derechos hereditarios conforme al artículo 858 del Código Civil; al respecto debe señalarse que si bien el Juez al declarar fundada la presente demanda ordenó de que [*sic*] en ejecución de sentencia se disponga la venta en subasta pública del bien inmueble materia de litis, al verificar que las partes no están de acuerdo ni han convenido unánimemente la forma de dicha división y adjudicación a cada una de las partes, el Colegiado Superior ha establecido que en el caso de autos no se ha acreditado que el bien no sea susceptible de división material; sin embargo ello no impide que se declare el derecho de las partes, puesto que tal circunstancia debe establecerse en ejecución de sentencia, debiendo procederse de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 988 y 989 del Código Civil, otorgándose el derecho de tanteo o de preferencia, por tanto la denuncia debe desestimarse. *Noveno.* En cuanto a la denuncia de que se debió solicitar el otorgamiento de garantía en la partición conforme lo prevé el artículo 858 del Código Civil, que señala: "si hay desacuerdo entre los herederos sobre los derechos de alguno de ellos, sobre la obligación de colacionar o acerca del valor de los bienes colacionables, se hará la partición prestando garantía para los resultados del juicio que se promoviera"; al respecto debe señalarse que en el caso de autos no se dan los supuestos de la norma acotada, por tanto la denuncia debe desestimarse.»[663]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(662) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 663.
(663) *Loc. cit.*

## Forma de adjudicar los bienes hereditarios

**Artículo 859.-** Los bienes se adjudicarán en especie a cada uno de los herederos. De no ser posible, el valor de sus cuotas le será pagado en dinero.

Lo ideal en materia de partición es que ella se produzca con la asignación de los bienes de la herencia a cada uno de los herederos. Naturalmente si hubiese un acuerdo que satisfaga a tales herederos, en virtud del cual se adjudique los bienes, con ello bastará. Eso será posible, sobre todo, luego de que se hubiera hecho una tasación de todos los bienes que conforman la herencia, con el propósito de que los herederos puedan compensar bienes que alcancen valores similares y, de esta manera, poder acordar una partición extrajudicial equitativa.

Nótese que estas consideraciones son aplicables únicamente a la partición extrajudicial o convencional, en la medida en que en la judicial se procederá a la venta de los bienes de la herencia y con el dinero obtenido se realizará los pagos correspondientes a los herederos.

En esa línea, Juan Olavarría comenta que, «La entrega en especie operará siempre que sea materialmente posible, sin embargo, ello estará siempre sujeto al consentimiento de todos los herederos, más aún, cuando se trata de los herederos forzosos cuya cuota legitimaria es igual para cada uno de ellos, y cuando dicho acuerdo unánime no se produzca, la solución alternativa es que se proceda a la realización del patrimonio causado mediante la venta forzada en pública subasta. Así, el producto dinerario que se obtenga será siempre más fácil de repartir por su cualidad de ser divisible. En este último caso, la experiencia aconseja ponerse de acuerdo y tratar de conseguir una venta consensual o extrajudicial, a fin de obtener un mejor precio del bien hereditario, por las consecuencias engorrosas y costosas que supone un remate judicial.»[(664)]

Ahora bien, el artículo 859, bajo estudio, indica que, de no ser posible la adjudicación de los bienes en especie a cada uno de los herederos, el valor de sus cuotas le será pagado en dinero. Esta situación, propia por naturaleza de la partición judicial, también se presentará cuando en la partición convencional los herederos no pudieren hacer una asignación de los bienes entre sí. Sería

(664) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 242.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el caso, por ejemplo, en que cinco personas hereden un departamento, único bien de la herencia. En este caso, no habría forma de repartir los bienes de la herencia entre los cinco herederos, dado que resulta imposible fraccionar el departamento y que éste siga siendo de utilidad. En casos como éstos, lo más viable sería acordar que uno de los coherederos se quede con la propiedad del departamento y pague a los demás herederos, en dinero, el valor de sus cuotas hereditarias; o, en caso ninguno de ellos desee quedarse con el inmueble, venderlo y repartir el precio recibido entre los cinco herederos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Venta de bienes hereditarios para pago de adjudicación

**Artículo 860.-** Si no hubiera el dinero necesario para el pago a que se refiere el artículo 859, se procederá a la venta de los bienes hereditarios que sea menester, previo acuerdo mayoritario de los herederos y con aprobación judicial.

Entendemos que el artículo 860 se coloca en el supuesto en el cual no hubiese acuerdo por parte de los herederos para liquidar los bienes y transformarlos en dinero para poder pagar las cuotas hereditarias de cada uno. Aquí, ¿acaso una parte de los herederos podría proceder a vender bienes de la herencia para pagar a los demás? Pensamos que no. Creemos que, al no haber acuerdo unánime para vender alguno, algunos o todos los bienes que integran la herencia, correspondería que el o los interesados en liquidar total o parcialmente la herencia recurran al órgano jurisdiccional y soliciten la división y partición judicial.

Entonces, el artículo 860, bajo comentario, aparte de partir de un supuesto errado, no explica cómo funcionaría aquello que señala, porque en buena cuenta, la mayoría de herederos (pero también la minoría) podría llevar adelante una partición, vendiendo unos bienes para pagar a determinados herederos. Pero en cualquiera de los casos, la división y partición tendría que ser judicial, dado que no existe unanimidad.

Asimismo, sobre la norma bajo comentario, Guillermo Lohmann precisa que, «La regla parte de la premisa de que "no hubiera el dinero necesario para el pago" de las cuotas. ¿Si no lo hubiera dónde? Pareciera que se ha pensado que no haya dinero en la masa hereditaria original. Y eso puede ser cierto, pero no solo eso lo es. Porque, bien pensado, lo importante es que haya dinero, no importa su origen. Y el origen de este dinero puede ser diverso [...] En el supuesto de que no se hubiera podido obtener el dinero y que los bienes no puedan ser partibles o que, siéndolo, se tenga que hacer la partición desmereciendo su valor, "se procederá a la venta de los bienes hereditarios que sea menester". Esta venta, insisto, solo tiene razón de ser cuando ninguno de los copartícipes está dispuesto a compensar a los demás, con bienes o dinero

EDUARDO CASTRO REYES

extrahereditarios. Por tanto, cuando se habla de venta, lo lógico es que se está pensando en venta a terceros.»[665]

Finalmente, Juan Olavarría precisa que, «[...] la adjudicación en especie para unos y el pago de la cuota hereditaria para otros pasa necesariamente porque se pongan todos de acuerdo y así lo determinen y acepten, pues de lo contrario, no queda otra solución que vender todos los bienes comunes y el producto que se obtenga de la venta –dinero– sea finalmente repartido entre todos los coherederos.»[666]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(665) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 578.
(666) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 242.

## Partición de bienes divisibles

**Artículo 861.-** Si en la herencia hay bienes que pueden ser cómodamente partibles, su partición material se efectuará adjudicándose a cada heredero los bienes que corresponda.

Nótese cómo el artículo 861 tiende a facilitar la partición, por más de que no haya habido un acuerdo integral para efectuarla con respecto a todos los bienes de la herencia. En el caso concreto, la norma se refiere al supuesto en el cual en la herencia haya bienes que puedan ser cómodamente partibles, caso en el cual su partición material se efectuará adjudicándose a cada heredero los bienes que corresponda.

Por ejemplo, hay un patrimonio hereditario considerable, conformado por inmuebles (de distinto valor y naturaleza), vehículos (de distintas marcas y antigüedad), acciones de empresas, dinero en cuentas bancarias, etc.

Al respecto, Benjamín Aguilar comenta que, «Esta forma de partir puede darse incluso a propio pedido de los coherederos, quienes tienen el derecho de decidir no solo la entrega de bienes de la herencia, sino también dinero en efectivo; además, esta forma de cancelación de las cuotas, es similar a lo que ocurre con el albacea cuando debe pagar deudas de la herencia e incluso legados.»[667]

Resulta claro que la partición de los inmuebles y de los vehículos puede resultar más compleja, a la par que diferirse en el tiempo. Pero no ocurrirá lo mismo con las acciones de las compañías, que fácilmente se pueden dividir, a la par que el dinero que obre en las cuentas bancarias del causante. De esta forma se irá aligerando la partición, comenzando con aquellos bienes que son fáciles de partir y continuando con los demás. Como se observa, el legislador de 1984 ha tenido el propósito de promover la partición, al saber que mantener indivisa la herencia probablemente no traiga nada bueno para los herederos.

Esta situación también se podría presentar ante bienes que no sean fungibles, sino parecidos o de la misma especie, como ocurriría con joyas, caso en el cual, lo recomendable es que los herederos procedan a su división y partición de común acuerdo o por sorteo.

(667) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 548.

GUSTAVO MARIO CAPILLO FREYRE

Sobre el particular, Guillermo Lohmann comenta que, «Lo que sin duda se ha querido decir –no cabe discurrir de otra manera– es que se adjudicarán a cada uno de ellos bienes separados en lotes, en la proporción de la cuota a que respectivamente tengan derecho, de manera que, en lo posible, sobre el mismo elemento patrimonial no haya concurrencia de titulares. Salvo que otra cosa haya dispuesto el testador, lo más frecuente es que la adjudicación se haga mediante sorteo de los lotes.»

Sobre este modo de partición, Guillermo A. Borda comenta que, «En materia sucesoria rige el principio de que la división de los bienes debe hacerse en especie, en tanto sea posible. Era ya la solución admitida por la jurisprudencia, antes que la Ley 17.711 la consagrara expresamente: Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir la venta de ellos (art. 3475 bis). Es lógico que así sea, pues los bienes no tienen solamente un valor económico, sino también uno sentimental; y es bueno respetar el amor por los que pertenecieron a la familia. Además, el principio de la división en especie es una precisión aportada a la regla de la igualdad o proporcionalidad de los lotes. La refuerza y la confirma, exigiendo una igualdad material, tangible, exenta de los riesgos, imprecisiones y errores que supone la tasación, a la que hay que recurrir cuando unos valores se compensan con otros para establecer la igualdad de las hijuelas.»[668]

En 1998, en *Tentaciones académicas*,[669] pensábamos que el artículo 861 podría ser derogado; habida cuenta de que el principio contenido en el mismo, si bien implica una buena intención, no es certero, en la medida en que la división y partición de la masa o patrimonio hereditario deberá efectuarse teniendo en cuenta el resultado de apreciar –en su conjunto– los bienes, derechos, créditos y deudas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(668) Borda, Guillermo A. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 219.
(669) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, p. 573.

## Reducción a prorrateo del exceso en la partición

**Artículo 862**.- Las porciones asignadas por el testador que reunidas exceden del total de la herencia se reducirán, a prorrata, salvo lo dispuesto por aquél.

Cuando se produce una sucesión intestada, es claro que la herencia se dividirá entre los herederos en función a sus porciones hereditarias, por lo que en lo que respecta a este tema no existirá mayor inconveniente.

En caso se trate de una sucesión testamentaria, y el testador hubiere dispuesto la asignación de los bienes de la herencia en función de cada uno de sus herederos, podría ocurrir que, al momento de la muerte del testador, ninguno de los bienes asignados exista dentro de su patrimonio, caso en el cual la asignación se entenderá ineficaz, debiendo regirse la herencia por las normas generales y respetarse los porcentajes o cuotas de legítima hereditaria de cada uno de los herederos.

En caso el testador hubiese hecho asignación de bienes y sólo algunos de ellos permanezcan en su patrimonio al momento de su muerte, será obvio que tales bienes deberán ser asignados a ese heredero. No obstante, si tal asignación vulnerase la legítima de los demás herederos, obviamente ella se reducirá, pudiendo llegar al extremo en que los bienes asignados a determinados herederos hagan que tales asignaciones resulten excesivas con relación a la masa hereditaria. En casos como éstos, las referidas asignaciones, seguramente terminarán siendo ineficaces.

Por otra parte, el artículo 862, que corresponde tratar, señala que las porciones asignadas por el testador que reunidas exceden el total de la herencia se reducirán, a prorrata, salvo lo dispuesto por aquél.

Entendemos que el supuesto abordado por la norma se refiere a cuando el testador hubiere asignado a sus herederos una serie de bienes que, tal vez tenía en su patrimonio al momento del otorgamiento del testamento, pero que con el paso de los años dejó de tener en propiedad. En este caso será muy probable que la suma de las porciones asignadas a los herederos exceda el total de la herencia, razón por la cual habrá que proceder a adecuar la voluntad testamentaria con la realidad al momento de la muerte del causante.

ESTUDIO ENRIQUE CASTILLO FREYRE

En ese sentido, el artículo 862 dispone que los excesos deberán ser reducidos a prorrata. Se entiende que esa reducción se deberá calcular en función al valor de lo dispuesto en el testamento para cada uno de los herederos, donde tal vez algunos de ellos eran más beneficiados que otros con los bienes de la herencia. La idea del artículo 862 es que la adecuación a la realidad del patrimonio hereditario guarde plena proporción con los porcentajes de valor dispuestos en el testamento por los bienes que asignó a cada uno de sus herederos. No obstante, podría presentarse el caso en el cual, por más de que se respete este tema de orden proporcional, se afecte la legítima de alguno o algunos de los herederos, caso en el cual los herederos beneficiados en exceso en el testamento tendrán que sufrir el recorte del valor de sus respectivas porciones hereditarias, para ajustarse al porcentaje de libre disposición del causante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Partición de créditos heredados

**Artículo 863.-** Los créditos que constituyen parte del activo hereditario, se dividirán entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia.

Como recordamos, el artículo 861, oportunamente comentado, señala que en caso existan en la herencia bienes que puedan ser cómodamente partibles (divisibles), su partición material se efectuará adjudicándose a cada heredero los bienes que corresponda. Dijimos en su momento que esta norma facilita mucho la partición de la herencia, a afectos de que los herederos puedan partir los bienes fácilmente divisibles y concentrar sus esfuerzos de acuerdo en aquéllos que no tienen esa calidad.

Similar camino sigue el legislador en el artículo 863, relativo a los créditos, al señalar que los créditos que constituyen parte del activo hereditario, se dividirán entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia. Pero este tema debe ser concordado con nuestro análisis de la manera cómo se heredan las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias.

Dentro de tal orden de ideas, entendemos que si estamos en presencia de una obligación divisible (por ejemplo, que recaiga sobre una suma de dinero) y mancomunada, de la cual era acreedor el causante, no habrá duda de que sus herederos la heredarán en la misma condición, vale decir, de manera divisible y mancomunada, lo que equivale a decir que si el causante era acreedor de US$ 100,000.00, dejando cinco herederos, ese crédito se dividirá proporcionalmente entre tales herederos, convirtiéndose (siempre en el entendido de que la obligación de la cual era acreedor el causante haya sido divisible y mancomunada), en virtud de lo dispuesto por el artículo 863 en un crédito dividido por partes iguales entre esos cinco herederos, cada uno de los cuales será, por tanto, acreedor de la suma de US$ 20,000.00.

Ahora bien, Guillermo Lohmann, citando la interpretación de Rómulo Lanatta, señala que la intención del legislador fue estipular lo siguiente, «[...] los créditos divisibles se dividían directamente entre los herederos, de manera que no integran la partición, pues quedan partidos automáticamente desde el instante de la muerte.»

PUCP FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

No obstante, sobre este particular, remitimos al lector a lo expresado cuando analizamos cómo se heredan los créditos y deudas en las obligaciones con pluralidad de sujetos.

Para Fernández Arce la presente disposición se justifica por dos razones, «1. La herencia es una unidad y las cuotas de los coherederos es en función de ella. La propiedad de la herencia corresponde a todos los herederos sin excepción. Por tanto, nadie puede imponer su voluntad sobre la de los demás porque todos tienen iguales derechos y recíprocas obligaciones que derivan precisamente de esta situación. El derecho de los copropietarios no tiene un sustento material concreto, no son copropietarios de partes materiales; sus derechos se refieren a cuotas ideales con relación a algo abstracto: la herencia. Es por eso que esta parte del activo como las restantes que integran la herencia se dividirán en proporción a las cuotas ideales de cada cual. 2. Si las cuotas de los herederos fueran partes materiales y cada cual pudiera escoger, lógicamente que ninguno de los coherederos desearía para sí, en la partición, los créditos dejados por el causante dadas las dificultades para cobrarlos y la incertidumbre de sus pagos.»(670)

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(671) pensábamos que el artículo 866 podría tener un texto distinto: «Vencido el heredero en un proceso sobre los bienes que se le adjudicaron, tendrá derecho de solicitar a sus coherederos, en forma proporcional, los pagos que corresponden de conformidad con el artículo 1495. Si alguno resulta insolvente, la responsabilidad la asumen los solventes y el que la pide.»

La modificación y su fundamento no nos correspondían. Pertenecían al profesor Augusto Ferrero,(672) con cuyo sustento, que transcribimos a continuación, estábamos de acuerdo:

> «Es principio reconocido que cuando el adquirente de un bien pierde la propiedad del mismo, en forma total o parcial, por un derecho de un tercero anterior a la transferencia, en virtud de una resolución judicial, el transferente está obligado a responder por la evicción.

(670) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, p. 1272.
(671) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 573-575.
(672) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 52 y 54.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por ello, en el subcapítulo de los derechos y obligaciones de los copropietarios en el Libro de los Derechos Reales, el artículo 982 establece la responsabilidad mancomunada de los propietarios, al declarar que están recíprocamente obligados al saneamiento en caso de evicción, en proporción a la parte de cada uno. Quiere decir que no tienen responsabilidad solidaria frente al adquirente si enajenan el bien, respondiendo en todo caso proporcionalmente. Este artículo corrige la equivocada redacción del artículo 921 del Código derogado, que declaraba que los condóminos estaban recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento, en proporción a la parte de cada uno.

Es en base a este principio que el artículo 866 dice a la letra: "Vencido el heredero en un juicio sobre los bienes que se le adjudicaron, sus coherederos le indemnizarán, a prorrata, el valor que ellos tenían al momento de la evicción. Si alguno resulta insolvente, la responsabilidad la asumen los solventes y el que la pide". Es decir, el heredero propietario puede repetir contra cada uno de los coherederos proporcionalmente, para que respondan por el valor de los bienes al momento de la pérdida del mismo. Si uno resulta insolvente, la indemnización que a éste le correspondía será repartida proporcionalmente entre los demás, incluido el adjudicatario perjudicado.

En nuestra opinión, esta disposición adolece de dos defectos. En primer lugar, se refiere únicamente a la indemnización, cuando ésta es sólo uno de los siete conceptos –y el último– que el adquirente puede pedirle al transferente en virtud del saneamiento, conforme lo dispone el artículo 1495; y solamente en el caso de que el transferente haya incurrido en dolo o culpa al celebrar el contrato. Los otros son el valor del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido; los intereses legales desde que se produce la evicción; los frutos devengados por el bien durante el tiempo que lo poseyó de buena fe o su valor, si fue obligado a devolverlos con el mismo bien; las costas del juicio de evicción, en caso de haber sido obligado a pagarlas; los tributos y gastos del contrato que hayan sido de cargo del adquirente; y las mejoras hechas de buena fe por el adquirente, no abonadas por el evincente. Así, podrá apreciarse que en el caso de la partición sucesoria a que se refiere el artículo 866 citado, lo que procede es que el transferente

ESTUDIO GACETA JURÍDICA

entregue al adquirente el valor del bien y los demás conceptos señalados; mas no así una indemnización. Indudablemente, el término "indemnizarán" ha sido usado impropiamente por el legislador en lugar de la voz "pagarán" o "entregarán".

En segundo lugar, aunque la disposición no lo dice, debe interpretarse que el heredero vencido puede exigir a sus coherederos el saneamiento, a prorrata, con exclusión de su parte, y no la totalidad. Por ejemplo, si la partición se hizo sobre 100 y eran cinco herederos con igual derecho y cinco bienes de igual valor, cada uno recibió un bien por valor de 20, que sería la totalidad, sino sólo por 16; es decir, descontando del pago la parte del heredero vencido, pues la pérdida del bien implica una disminución de la masa hereditaria, que debe afectar a todos por igual. De esta manera cada uno recibe igual valor; en el ejemplo, 16. De otra forma, si el saneamiento se entendiera por el total, el afectado recibiría 20, o sea toda su cuota hereditaria, y los demás verían reducida la suya a 15. La norma comentada yerra al no aclarar tan importante asunto. Dice sólo, a continuación, que el heredero vencido también asume la responsabilidad del insolvente, junto con los demás. Pero no solamente participa en la parte del saneamiento que no puede cubrir el insolvente, sino también en la proporción en que ha participado él mismo en la partición, por el pago que le toca recibir. El error de técnica de redacción viene del artículo 793 del Código anterior, del cual es transcripción literal.

Si el bien se pierde en juicio por causa expresamente excluida de la partición, o posterior a esta o por culpa exclusiva del heredero, no hay saneamiento por evicción (artículo 867); y, en consecuencia, el heredero propietario no recibirá compensación alguna.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Partición de bienes omitidos

**Artículo 864**.- La omisión de algunos bienes en la partición no es motivo para que ésta no continúe, para dejarla sin efecto, ni para pedir la nulidad de la practicada. Los bienes omitidos deben ser partidos complementariamente.

Cuando muere una persona, a veces ocurre que el contenido de su patrimonio es de pleno conocimiento por parte de sus herederos, de manera tal que en esos casos la partición de la herencia podrá empezar a ser realizada acto seguido de la muerte del causante.

Pero habrá otros casos en los cuales los herederos conozcan algunos bienes que eran de propiedad del causante, sin embargo desconozcan completamente la existencia de otros bienes que tenían la misma condición, no obstante tal vez ellos estaban a nombre de terceras personas (testaferros) o de empresas en otros países, en donde se resguarda la titularidad de los propietarios, como es el caso de Suiza, Panamá o Gran Caimán, por citar algunos ejemplos conocidos.

Puede ocurrir, entonces, que luego de efectuada la partición, se descubra la existencia de otros bienes que también eran de propiedad del causante. Para estos casos, lo que establece el artículo 864 es que la omisión de algunos bienes en la partición no es motivo para que ésta no continúe, para dejarla sin efecto, ni para pedir la nulidad de la practicada. Los bienes omitidos deben ser partidos complementariamente.

En otras palabras, habrá una doble partición. La primera, con respecto a los bienes conocidos en un inicio; y, la segunda, con los bienes descubiertos posteriormente. No obstante, es claro que podrá haber múltiples acuerdos de partición, sea porque los herederos se irán poniendo de acuerdo de a pocos, sea por la aparición de nuevos bienes que no eran conocidos al comienzo. Sobre esto no existe restricción o límite alguno impuesto por la ley.

Sobre el proceso de partición, Fernández Arce comenta que, «La partición no exige imperativamente se haga en un solo proceso, lo cual, sin embargo, es indudablemente mejor porque pone, definitivamente, fin a la copropiedad y, además, porque permite una elección con visión integral de los bienes y valores que componen la herencia y finalmente, porque resulta menos onerosa que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

si se lleva a cabo por partes. En consecuencia: Se puede realizar por partes, y no pudiendo ser motivo de rescisión ni de nulidad la ya practicada.»[673]

Para concluir, en materia jurisprudencial observamos lo dispuesto en la Casación n.° 853-2004-Camaná, de fecha 7 de marzo de 2006, «Omisión de algunos bienes en la partición. *Sexto.* [El] supuesto hipotético contemplado en el artículo 864 del Código Civil, que se refiere a la omisión de algunos bienes en la partición no es motivo para que esta no continúe, ni para dejarla sin efecto, ni para pedir la nulidad de la practicada, los bienes omitidos deben ser partidos complementariamente; de la redacción del texto de la norma se advierte que esta tiene como finalidad preservar la validez y eficacia del acto de partición, aun cuando se haya omitido un bien de la masa hereditaria, [...].»[674]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(673) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, pp. 1273-1274.

(674) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 664 y División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Op. cit.*, p. 425.

### Nulidad de la partición por preterición de un sucesor

**Artículo 865**.- Es nula la partición hecha con preterición de algún sucesor. La pretensión es imprescriptible y se tramita como proceso de conocimiento.

La nulidad no afecta los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

*El texto de este artículo no responde a la versión original de 1984. Él es fruto de la reforma efectuada por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. El texto original era el siguiente:*

***Artículo 865**.- Es nula la partición hecha con preterición de algún heredero.*

*La nulidad no afecta los derechos que un tercero adquiera de buena fe y a título oneroso.*

El artículo 865 se encarga de regular la nulidad de la partición por preterición de un heredero. En ese sentido establece que es nula la partición hecha con preterición de algún sucesor. La pretensión es imprescriptible y se tramita como proceso de conocimiento.

Todo aquello que hemos venido expresando hasta este momento en torno a la partición, se basa en el valor entendido de que ella se ha hecho con la participación de todos los herederos. Pero bien podría ocurrir que se haga pretiriendo o prescindiendo o postergando a alguna persona que es heredero del causante. Ejemplos hay muchos, como declaratorias de herederos en las que parte de los herederos prescinden de declarar la existencia de otro u otros de ellos, con el propósito de perjudicarlos; o personas acerca de cuya existencia no se tenía conocimiento; o testamentos en los que el otorgante no mencionaba a algún heredero que quería postergar en materia hereditaria, etc., etc., etc. Los casos, en verdad, pueden ser infinitos. Cualquiera fuera la causa o circunstancia, si un heredero hubiera sido preterido en la herencia, tendrá derecho a reclamar se le declare heredero a través de la acción petitoria de herencia (artículo 664 del Código Civil), la misma que tiene carácter imprescriptible.

EXAMEN MEDIO CASTILLA FREYRE

El texto original de 1984 del artículo bajo comentario, declaraba que en estos supuestos era nula la partición hecha con preterición de algún heredero. Con la reforma producida en 1993 se agregó como causal de nulidad la postergación de algún sucesor, por lo que la norma incluye a herederos y legatarios, lo que nos parece correcto, pues la partición en la que no se considere a los legatarios haría que se asigne a los herederos la propiedad de los bienes legados por el testador, violando los derechos sucesorios de estos últimos.

Además, el texto de 1984 no establecía el carácter imprescriptible de la pretensión, lo que sí hace la norma en actual vigencia. Debemos decir que esta modificación ha sido todo un acierto, en la medida en que, si la pretensión petitoria de herencia es imprescriptible, la relativa a la nulidad de la partición pretiriendo a un heredero o legatario, también debía serlo. Nótese, no obstante, que la acción petitoria de herencia sólo comprende a los herederos, en tanto la acción regulada en el artículo 865, bajo comentario, tanto a los herederos como a los legatarios.

El artículo concluye señalando que la nulidad de la partición no afecta los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. Ello es evidente, pues en caso contrario se vulneraría enormemente la seguridad jurídica y el tráfico de los bienes heredados.

Sobre el particular, Benjamín Aguilar refiere que, «La norma protege al tercero que, al actuar de buena fe y a título oneroso, adquiera del heredero un bien que le fue adjudicado a él, y posterior a ello se declara la nulidad de esa partición y por ende, se estaría dejando sin efecto esa adjudicación; pues bien, en tanto que el tercero obró de buena fe y pagó el precio del bien, no puede afectar su derecho sobre ese bien, pero un problema a dilucidar es la probanza de la buena fe en el tercero, lo que implica conocer que ese tercero no tenía conocimiento del supuesto de nulidad de esa partición.»(675)

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.° 65-99-Lima, de fecha 4 de febrero de 1999, que dispone la naturaleza procesal de la norma que regula la nulidad de la partición por preterición, «[Si] bien se refieren al derecho de copropiedad que corresponde a los herederos sobre los bienes que son materia de herencia, sin embargo, tales aspectos están vinculados a que en autos existan prueba idónea [...] todo lo cual entra en el terreno probatorio, aspecto que *per se* es ajeno al recurso de casación; por otro lado, la norma contenida

(675) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 550.

en el artículo 865 del Código Civil es de naturaleza procesal, ya que regula la pretensión de nulidad de partición.»[676]

Finalmente, observamos también el Expediente n.° 02767-2009-0-1801-JR-CI-31, de fecha 12 de septiembre de 2013, que establece, «Si la partición ha sido integrada por sucesor sin título de sucesor único, debe ser declarada nula. *Noveno.* En suma, si el proceso de partición necesita la intervención de todos los copropietarios, y en el presente caso no se ha emplazado a uno de ellos, entonces se concluye que la sentencia es nula, por afectación del artículo 139 de la Constitución, que prohíbe la indefensión, por lo que debe regularizarse el procedimiento [...].»[677]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(676) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 665.
(677) *Loc. cit.*

## Saneamiento por evicción en la partición

**Artículo 866.-** Vencido el heredero en un juicio sobre los bienes que se le adjudicaron, sus coherederos le indemnizarán, a prorrata, el valor que ellos tenían al momento de la evicción. Si alguno resulta insolvente, la responsabilidad la asumen los solventes y el que la pide.

Podría darse el caso en el cual, al momento de la muerte del causante y cuando se proceda a hacer la partición de la herencia, los herederos tengan pleno conocimiento de que alguno de los bienes heredados presenta la contingencia de un derecho (por ejemplo, el de propiedad), que podría ser o que será reclamado por una tercera persona. En este caso, si ese bien es adjudicado en la partición a algún heredero, resulta evidente que esa adjudicación se habrá realizado contando con su voluntad, lo que significa que seguramente se ha castigado el valor de ese bien al momento de valorizar los bienes que conformaban la masa hereditaria. Un bien con una contingencia como esa, nunca será valorizado como si no la tuviera, lo que, de seguro, ha determinado que el heredero al que se le adjudicó haya recibido otros bienes que compensen el valor disminuido del primero. En casos como éstos, no tenemos duda de que ese heredero está celebrando una partición aleatoria, es decir que él está asumiendo los riesgos o contingencias inherentes a ese bien, razón por la cual, si lo terminara perdiendo a manos de un tercero, no tendría derecho a reclamar algo a sus coherederos.

Distinto será el caso en que se haga la partición creyendo que no existe contingencia alguna sobre ese bien; y, luego, aparezca un reclamo de un tercero sobre el mismo. En este caso, si el heredero a quien se adjudicó el bien, lo terminara perdiendo, entonces, ahí se aplicará lo dispuesto por el artículo 866, en el sentido de que sus coherederos estarán obligados a indemnizarlo, a prorrata, por el valor que tenía ese bien al momento de la evicción, es decir, al momento de la pérdida del derecho en favor de esa tercera persona.

Al respecto, Augusto Ferrero realiza la siguiente precisión, «[...] aunque la disposición no lo dice, debe interpretarse que el heredero vencido puede exigir a sus coherederos el saneamiento, a prorrata 'con exclusión de su parte' y no la totalidad. Por ejemplo, si la partición se hizo sobre 100 y eran cinco herederos con igual derecho y cinco bienes de igual valor, cada uno recibió un bien por valor de 20. Si uno pierde el bien, los otros cuatro deberán compensarlo no por

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el valor de 20, que sería la totalidad, sino solo por 16; es decir, descontando del pago de la parte del heredero vencido, pues la pérdida del bien implica una disminución de la masa hereditaria, que debe afectar a todos por igual. De esta manera cada uno recibe igual valor; en el ejemplo, 16. De otra forma, si el saneamiento se entendiera por el total, el afectado recibiría 20, o sea toda su cuota hereditaria, y los demás verían reducida la suya a 15. La norma comentada yerra al no aclarar tan importante asunto.»(678)

En el mismo sentido, Fernández Arce comenta, «[...] carece de claridad al señalar que los coherederos del perjudicado con la evicción deben pagarle a prorrata el valor del bien; debido a que este pago se realiza deduciendo la cuota del perjudicado con la evicción. Por ejemplo, en el caso que sean tres hermanos coherederos de una herencia de 90 mil, una vez realizada la partición se le adjudicará a cada uno bienes por un valor de 30 mil; si alguno de ellos resulta perjudicado por evicción, los otros dos deberán devolverle 10 mil cada uno, y no 15 mil.»(679)

El artículo 866 se coloca también en el supuesto de que alguno de los herederos que deben responder, resulte insolvente. En este caso, señala que la responsabilidad la asumen los herederos solventes y el que la pide. Esto significa que la insolvencia no sólo será asumida por los demás herederos, sino también por aquél que solicita el saneamiento. En este tema, el legislador ha asumido la misma solución que recoge en el artículo 1204, relativo a la insolvencia de un codeudor en una obligación de carácter solidario, cuando en su primer párrafo señala que «Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.»(680)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(678) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 743.

(679) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, p. 1277.

(680) Sobre este particular remitimos al lector a nuestras tantas veces citadas obras sobre Derecho de las Obligaciones, en especial al *Tratado* escrito con el doctor Felipe Osterling Parodi y publicado el 2014, volumen I, pp. 357-358.

### Improcedencia del saneamiento por evicción

**Artículo 867.-** No hay saneamiento por evicción cuando el juicio proviene de causa expresamente excluida de la partición, es posterior a ésta o se debe a culpa exclusiva del heredero.

Ya hemos tratado acerca de un caso en el cual los herederos no responderían frente al perjudicado en materia de evicción. Se trata, como dijimos, del supuesto en el cual todos los herederos, incluido aquél a quien se asignó el bien en cuestión, hubieran conocido de la existencia del vicio o contingencia. Aquí, sin lugar a dudas, estaremos en presencia de un contrato aleatorio. El artículo 867 se encarga de regular tres supuestos en los que no habrá saneamiento por evicción. Veamos:

a) Cuando el juicio proviene de causa expresamente excluida de la partición

Este supuesto puede o no comprender aquél sobre el que hemos tratado anteriormente. Lo importante es que, en este caso, no exista duda, por voluntad expresa, de que los coherederos no responderán por evicción.

En lo personal creemos que la manifestación tácita de voluntad también constituye otro supuesto, como sería si en la partición los herederos castigasen notoriamente el valor del bien, debido a los problemas legales que enfrenta. En estos casos, si quedara claro que el castigo en el valor de ese bien obedeció a esa contingencia, es claro que los coherederos no deberían responder por evicción. Ello, a pesar de que no lo hayan manifestado expresamente en la partición.

b) Cuando la causa de la evicción es posterior a la partición

Resulta evidente que, si la causa de la evicción se presentase en momento posterior a la partición, los otros herederos nada tendrán que responder con respecto al heredero a quien se asignó ese bien. No olvidemos que las obligaciones de saneamiento resultan aplicables siempre y cuando la causa o germen que origina el vicio que desencadena posteriormente (tanto a nivel fáctico, como jurídico) la evicción, esté presente al momento de la celebración del contrato; en el caso concreto, del contrato de partición celebrado por los herederos. En ese sentido, si el vicio tuviere su origen en momento posterior, su desencadenamiento en la afectación de derechos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del heredero a quien se asignó ese bien en la partición, resultará irrelevante para los demás coherederos.

c) Cuando la evicción se debe a culpa exclusiva del heredero

Para encontrarnos dentro de este tercer supuesto, debería tratarse de un vicio anterior a la partición, que se desencadene en una pérdida de derechos posterior a ella, pero que la misma obedezca a culpa (negligencia o dolo) del heredero a quien se asignó el bien en cuestión. Entendemos que podría tratarse del caso en el cual el heredero sea demandado por un tercero que reclama algún derecho sobre el bien y el referido heredero no salga a juicio o contrate a abogados que sean en extremo negligentes y que, precisamente por tal negligencia, pierda el proceso judicial.

Finalmente, Guillermo Lohmann comenta que, «Las causales de exclusión son absolutamente lógicas. A ellas hay que agregar otra: que al hacer la partición como le faculta el artículo 852, el testador hubiera excluido el deber de saneamiento, salvo que, por cierto, con ello perjudicara la legítima (artículo 807). Que no hay lugar a saneamiento cuando deriva de causa expresamente considerada en la partición, es cosa que no puede admitir duda. Los copartícipes son libres de pactar lo que les plazca. Con todo, solo interesa precisar que la norma no contempla una renuncia genérica, sino que la causa debe estar expresamente contemplada, lo que a juicio de Cabanillas (p. 86) es lógico y está justificado por la naturaleza de dicho pacto.»[681]

(681) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 599.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Improcedencia de saneamiento por insolvencia

**Artículo 868.-** La insolvencia del deudor de un crédito adjudicado a alguno de los herederos, no da lugar a saneamiento, si sobreviniere después de hecha la partición.

En materia de cesión de créditos, la regla general es la contenida en el artículo 1212, precepto que establece que «El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto.»

En otras palabras, la garantía que la ley establece de manera supletoria a la voluntad de las partes, es que el cedente de un crédito sólo responde de su existencia (ser válido y actual) y exigibilidad (no haber prescrito, por ejemplo). Esta norma rige, como decimos, de manera supletoria. Ello implica que, salvo que esto se garantice expresamente, el cedente de un crédito no garantiza al tercero cesionario del mismo, la solvencia del deudor; repetimos, salvo que se haya garantizado adicionalmente, en virtud de lo establecido por el artículo 1213, que señala que «El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor.»

Por lo expuesto, resulta natural y plenamente concordante con las normas de Derecho de las Obligaciones, lo dispuesto en el artículo 868, en el sentido de que la insolvencia del deudor de un crédito adjudicado a alguno de los herederos, no da lugar a saneamiento, si sobreviniere después de hecha la partición. Entendemos que, si se tratare de una insolvencia no conocida por los herederos al momento de la partición, los coherederos sí deberían responder frente al heredero perjudicado por habérsele cedido el crédito en cuestión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# TÍTULO III
# CARGAS Y DEUDAS DE LA HERENCIA

## CAPÍTULO PRIMERO
## CARGAS

### CARGAS DE LA MASA HEREDITARIA

**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.

---

El artículo 869 se ocupa de regular el tema de las cargas de la herencia. Concretamente menciona tres supuestos. Veamos:

a) Los gastos del funeral y, en su caso, los de incineración, que se pagan preferentemente

El Código Civil de 1984 no brinda un concepto de «carga», razón por la cual tenemos que recurrir a la Real Academia Española, según la cual carga es, en su novena acepción, «obligación aneja a un estado, empleo u oficio.» Anejo es lo «propio, inherente, concerniente.» De ello podríamos colegir que las cargas de la herencia son las obligaciones propias, inherentes, concernientes a la calidad de heredero.

La primera de las cargas a que hace referencia el artículo 869, bajo comentario, es la relativa a los gastos del funeral y, en su caso, los de incineración, que se pagan de manera preferente.

Es obvio que esta carga debe ser asumida de modo preferente por los herederos, en la medida de la urgencia que implica el entierro o cremación de los restos del causante. Más allá de que esta carga ha sido positivizada

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en la norma bajo comentario, entendemos que se trata de un deber moral. Los herederos del causante deben disponer de los recursos que impliquen estos gastos, teniendo en consideración que las cuentas relativas a estas erogaciones deberán ser arregladas una vez se conozca los verdaderos alcances de la sucesión, tanto en cuanto a quiénes son los herederos como a sus porcentajes de valor en la herencia, etc.

Para Guillermo Lohmann, «[...] la disposición de que estos gastos (de funeral y, en su caso, de incineración) se deben pagar en forma preferente, habría que deducir, aunque no se haya dicho, que los dos siguientes incisos también se han ubicado por orden de prioridad.»[682]

b) Los gastos provenientes de la última enfermedad del causante

Es muy probable que el causante no haya podido ocuparse, por sí mismo, de solventar los gastos que haya implicado el pago de gastos médicos, clínica, medicamentos, enfermeras, etc., relativos a su última enfermedad, vale decir de aquella enfermedad que, finalmente, lo llevó a la muerte. Es evidente que tales gastos deberán haber sido asumidos por quienes se conoce debían ser sus herederos forzosos. Si, después de muerto el causante y conocida la realidad de la herencia (intestada o testamentaria), resultare que los gastos hubiesen sido hechos por personas a quienes no les correspondía haberlos hecho, sin duda tendrán todo el derecho a que les sean reintegrados.

Benjamín Aguilar comenta, «Sobre esta carga, deja mucho que desear el que se considere como tal, en virtud de que en puridad estas obligaciones se dan cuando el causante está vivo, y por lo tanto, debería comprenderse como deudas de la herencia; sin embargo, el legislador ha considerado prudente considerarlos como cargas, en tanto que son pagos a realizarse con preferencia a otros que puedan presentarse. Empero, es de observar que no se establece término alguno, lo cual podría llevar a considerar gastos de la última enfermedad del causante remontándose a muchos años antes de que se produzca el deceso, lo que terminaría afectando a los sucesores. Por ello, incluso el maestro Rómulo Lanatta, consideró que estos gastos no deberían superar los 6 meses antes de la muerte del causante, propuesta con la que mostramos conformidad.»[683]

(682) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 627.
(683) Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 559-560.

c) Los gastos de administración

Entendemos que cuando el inciso 3 del artículo 869, bajo comentario, hace referencia a los gastos de administración, se trata de aquellos efectuados por alguno de los herederos en beneficio de los demás o, incluso de los legatarios, antes de que se haga el cumplimiento de los legados y la partición de la herencia. Es muy probable que los diversos herederos hayan incurrido en estos gastos, en la administración de aquellos bienes que se hubiesen encontrado en su poder antes de la partición. En todos estos casos lo que corresponderá será el pago de tales gastos o su compensación, si fuere el caso.

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(684) pensábamos que el artículo 869 podría ser modificado con el siguiente texto: «Son de cargo de la masa hereditaria: 1.- Los gastos del funeral y, en su caso, los de incineración, que se pagan preferentemente. 2.- La retribución de los albaceas, los honorarios de los abogados y los gastos judiciales en que fuese necesario incurrir con respecto a la sucesión.»

La idea de modificar el artículo 869 no nos pertenecía. Correspondía al profesor Augusto Ferrero(685) y la misma era compartida por nosotros. El fundamento de Ferrero era el siguiente:

> «El concepto de los gastos provenientes de la última enfermedad del causante como carga de la herencia –a que se contrae el inciso 2 del texto actual de este artículo–, rompe el esquema de que sólo las obligaciones posteriores a la muerte constituyen las cargas, siendo nuevo en nuestro ordenamiento. Y, en realidad, debería haber sido considerado como deuda; es más, como obligación de la sociedad de gananciales, en vista de que el artículo 316, inciso 1, expresa que es de cargo de ésta el sostenimiento de la familia.
>
> Este error conceptual puede provenir de la legislación chilena posterior al Código Civil, pues las Leyes n.os 5427 y 1627 consideran entre las bajas generales de la herencia a los gastos de última enfermedad. En relación a este concepto, el profesor

(684) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 576 y 578.

(685) Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 55 y 57.

ESTUDIO PRO CASTILLO FREYRE

Somarriva se inclina por la norma primigenia del Código, que no consideraba como tales a estos gastos, expresando que en el fondo éstos no son sino deudas hereditarias, a diferencia de los gastos de entierro, que se producen una vez fallecido el causante. El Anteproyecto Lanatta constreñía este enunciado a un período cierto, refiriéndose a la enfermedad hasta por seis meses anteriores al fallecimiento, lapso que eliminó la Comisión Revisora.

Debe observarse que el Código no distingue entre gastos efectuados y pendientes a la fecha del fallecimiento del causante, por lo que debemos entender que se refiere a ambos. Esto complica más la figura, pues se trata de deducir como carga de la herencia un concepto que no se encuentra en ella: los gastos realizados. Para que la deducción sea posible, tenemos que agregarla antes idealmente a la masa, para después hacer la imputación del cargo como corresponde. Es decir, afectará la herencia después de deducidos los gananciales del cónyuge supérstite.

Además, llama la atención que se haya eliminado el plazo prudencial de seis meses que, en todo caso, estableció el Anteproyecto Lanatta, pues al no existir éste, la última enfermedad puede tener una duración de veinte años, en cuyo caso los gastos incurridos en ella pueden superar ampliamente el patrimonio del causante al momento de su fallecimiento. Por todas estas razones, pensamos que esta carga debe ser eliminada de nuestro ordenamiento, debiendo constituir una deuda de la sociedad conyugal.

Respecto al inciso 3 –gastos de administración–, consideramos que es un enunciado demasiado lato. No especifica a qué administración se refiere. Más apropiada nos parece la redacción empleada por Lanatta en su Anteproyecto, remitiéndose a la retribución de los albaceas, los honorarios de los abogados y los gastos judiciales en que fuere necesario incurrir con respecto a la sucesión. Al respecto, los honorarios de los abogados pueden considerarse como cargas de la herencia siempre que sean en interés de todos los herederos o haya manifestación expresa de éstos respecto a la actualización de aquéllos; no así si se trata de trabajos realizados en interés de un heredero determinado.

Atendiendo a estos conceptos es que hemos planteado la modificación del artículo.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Debemos decir que Guillermo Lohmann comparte las críticas de Augusto Ferrero, al afirmar que nuestro Código también ha catalogado a los gastos de última enfermedad del causante como carga de la herencia, pero eso constituye un grave error, porque tales gastos corresponden a obligaciones contraídas en vida del causante y precisamente en su favor, pero heredadas por sus sucesores porque no han sido pagadas antes de su muerte.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Extensión de beneficio a personas que vivieron con el causante

**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.

En primer lugar, debemos advertir que la sumilla colocada a esta norma por el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, es errada, ya que señala «Extensión de beneficio a personas que vivieron como causante», cuando en realidad el artículo 870 se refiere a la «Extensión de beneficio a las personas que vivieron con el causante.» Se trata de dos cosas absolutamente distintas, más allá de que la expresión consignada en el SPIJ carece de cualquier sentido.

Ya en lo que respecta al texto mismo del artículo 870, éste señala que 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.

Las personas a que se refiere esta norma, no son herederos. Se trata de terceros, con respecto a quienes el causante haya tenido en vida comportamientos de solidaridad, ante las necesidades o carencias materiales de estas personas, habiéndoles dado cobijo o alimentación. Lo que busca el legislador con esta norma es que tales personas no se queden en el abandono de la noche a la mañana, pues perfectamente podría ocurrir que los herederos del causante no tengan con respecto a ellas los mismos sentimientos y la misma voluntad de protegerlas. De ahí que el artículo bajo comentario hace extensivos los mismos beneficios de vivienda y alimentación, para que ellos sean de cargo de los herederos. La ley establece un período corto a tal efecto, el mismo que se señala en tres meses. El legislador entiende que ese podrá ser un plazo suficiente para que las personas en cuestión puedan adoptar las precauciones del caso para cuando dejen de disfrutar de tales beneficios.

No obstante, debemos señalar que esta disposición es independiente del hecho de que esas personas pudieran haber sido instituidas legatarias del causante, caso en el cual el sentido y aplicación de la norma se mantendrán incólumes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, es pertinente referirnos a algunas precisiones realizadas por Fernández Arce sobre la presente disposición, «i) Esta disposición ¿implicará que el causante mediante testamento pueda eximir a sus herederos de esta obligación estableciendo su cesación a su muerte? Creemos que no, porque de ser así, el dispositivo legal comentado habría añadido al final de la oración, «salvo disposición contraria del causante.» ii) El causante según nuestra legislación no puede privar a los beneficiarios de este derecho, pero éstos, sí pueden renunciar a tal derecho. iii) El derecho a este beneficio tiene una duración de tres meses, lo cual no quita que el causante por testamento pueda extender este beneficio a través de su cuota de libre disposición a un período mayor.»[686]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(686) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, p. 1369.

## CAPÍTULO SEGUNDO
## DEUDAS

### DEUDAS QUE RECAEN SOBRE LA MASA HEREDITARIA

**Artículo 871**.- Mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria.

El tratamiento de las deudas y créditos de la herencia ya ha sido abordado por nosotros en otros extremos del presente trabajo. El artículo 871 se encarga específicamente del tema de las deudas de la herencia, señalando que mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria.

Con respecto a la indivisión de las deudas mientras la herencia permanezca indivisa, ello es natural, en la medida en que ella responderá *in totum*, dado que no habrá habido todavía división y partición.

Pero el tema no es sencillo.

Si estuviésemos ante el supuesto en que hubiere un solo heredero, es decir el supuesto del heredero universal, es claro que la deuda no sufrirá fraccionamiento alguno, debiendo ser pagada por ese único heredero. Si estuviésemos frente a una obligación cuya prestación fuere divisible, la deuda se dividirá entre todos los herederos, debiendo responder tales herederos en proporción a su cuota hereditaria. Nótese que el artículo bajo comentario no establece que los herederos deberán responder en función a la manera cómo se hubiese hecho la división y partición, por lo que otorga una facilidad al acreedor, en tanto y en cuanto sabrá la manera en que podrá cobrar a los herederos de su antiguo deudor.

Como hemos señalado, si nos encontráramos frente a obligaciones con pluralidad de sujetos, contraídas así, antes de la muerte del causante, si el bien

LUIS CARLOS CASTILLO CREYRE

objeto de la prestación de la cual era deudor el causante tenía carácter divisible, y hubiese varios herederos, todos ellos seguirán obligados de manera divisible, a menos que se trate de un heredero del deudor que hubiere sido encargado, en la partición, de cumplir con el pago de dicha obligación (argumento del primer supuesto del artículo 1174 del Código Civil), caso en el cual ese heredero no podría oponer frente al acreedor el beneficio de la división. No obstante, este precepto no suprime el derecho que el artículo 872 concede al acreedor de cobrar a la parte de la deuda que corresponda a cada uno de los herederos. Pero si hubiese un encargado de pagarla (sea por testamento o por acuerdo entre los coherederos), el heredero encargado del pago no podría invocar a su favor el beneficio de la división.

Si el causante hubiera sido deudor de una obligación indivisible, junto a otro u otros deudores, no cabe duda de que la indivisibilidad se extiende a todos sus herederos, independientemente de si entre ellos hubieren acordado que uno solo la pague o que el testador hubiese dispuesto en este sentido. Ello es corroborado por el artículo 1177, que establece que «La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor.»

Si se tratase de una obligación que el causante tenía como deudor, junto a otros codeudores y la obligación revestía carácter solidario, regirá lo dispuesto en el artículo 1187, en el sentido de que, si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia. La citada norma señala también que regla similar se aplica en caso de muerte de uno de los acreedores solidarios. Como se aprecia, en caso el causante hubiera sido codeudor de obligación solidaria, sus herederos heredarán la deuda con carácter mancomunado, en proporción a las participaciones de cada uno en la herencia; lo que, sin duda, debilita la posición del acreedor de esa obligación con respecto a ese codeudor original fallecido, pues sus herederos no van a responder solidaria, sino mancomunadamente.

Esto marca una diferencia con las obligaciones indivisibles, caso en el cual los herederos del codeudor de obligación indivisible, siguen obligados en tal condición. Ello, dado que el carácter indivisible de la prestación no permite adoptar una solución legislativa diferente.

Pero el tema de la división del crédito en las obligaciones con pluralidad de sujetos plantea una rica problemática que procederemos a recordar, ya que ella fue tratada por nosotros en un trabajo anterior junto nuestro maestro y

FASCÍCULO DE CASTILLO PEÑA

amigo, el profesor Felipe Osterling Parodi,[687] bajo el sugestivo título de «Las difíciles relaciones entre el Derecho Sucesorio y el Derecho de Obligaciones en torno a la divisibilidad, indivisibilidad, mancomunidad y solidaridad»; y lo hicimos a propósito del análisis del artículo 1177 del Código de 1984. Pero el interés por abordar el tema fue despertado por nuestro muy apreciado amigo y colega el profesor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, quien, en la primera edición de su obra sobre Derecho de Sucesiones, al abordar la partición de créditos, prevista por el artículo 863 del Código Civil, en el tomo IV de su impecable obra Derecho de Sucesiones, tuvo la gentileza de compartir con nosotros la inquietud académica y práctica que suscita la relación de este tema, propio del Derecho Sucesorio, con los preceptos y principios del Derecho de Obligaciones.

Dicha inquietud nos motivó a escribir las páginas que siguen a continuación, en donde tratamos de profundizar teorías sobre las que habíamos escrito desde hacía algunos años en materia de Derecho de Obligaciones, relacionándolas con el Derecho Sucesorio.[688]

### 2.1. Estado de indivisión y partición de la masa hereditaria

Respecto al tema del estado de indivisión y partición de la masa hereditaria, Luis de Gásperi[689] señala que desde los remotos tiempos de las XII Tablas, los romanos concibieron que dejando el difunto por sucesores más de un heredero, se constituyese entre ellos una comunidad incidental, *asieo incidens*, sobre los inmuebles, sin intervención de su voluntad. Los jurisconsultos de aquella época también entendieron que siendo por naturaleza divisibles los créditos y las deudas, no fuesen deferidos en comunidad a los herederos, sino, por el contrario, que se dividiesen de pleno derecho entre ellos sin excluir las obligaciones indivisibles, siquiera sujetas activa o pasivamente *in solidum* a la acción del acreedor.

José Olegario Machado trató de aclarar esta problemática a la luz de las tres teorías clásicas que la inspiran, a saber:

(687) Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 455-477.

(688) *Ibidem*, p. 457.

(689) De Gásperi, Luis. *Tratado de Derecho Hereditario*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, parte general, tomo II, pp. 157 y ss.

d) La de Duranton, Mourlon y Demante, según la cual el primero de los preceptos del Código francés no se aplica sino a las cosas que son objeto de partición, al paso que el segundo de ellos divide *ipso iure* los créditos hereditarios desde la apertura de la sucesión, con independencia de toda partición entre los herederos, los cuales pueden demandar su pago desde el fallecimiento del *de cujus*.

e) La de Aubry y Rau, opuesta a la primera, conforme a la cual estatuyéndose por el artículo 883 del Código Napoléon que cada coheredero ha heredado sólo e inmediatamente todos los efectos comprendidos en su lote, o que le tocaron en subasta, y que no ha tenido jamás la propiedad de los demás efectos de la herencia, la división legal de las deudas y de los créditos hereditarios preceptuada por la ley sólo es provisional y condicional, subordinada al resultado de la última partición.

f) La de Demolombe, por la que debe distinguirse según que las causas de liberación sean anteriores o posteriores a la partición, supuestos ambos resueltos de distinto modo. Así, en el primer caso, el deudor puede prevalerse contra el efecto declarativo de la partición; en el segundo no, de donde se infieren las siguientes consecuencias:

   i. Si uno de los deudores de la sucesión deviene, antes de la partición, en acreedor de uno de los herederos, la compensación opera de pleno derecho hasta la concurrencia de la porción hereditaria de éste.

   ii. Si uno de los coherederos ha cedido a un tercero su parte en una acreencia hereditaria y se ha notificado de ello al deudor cedido, o la cesión ha sido aceptada por éste, antes de la partición, no podría oponerse precepto legal alguno ni al cesionario, ni al deudor, porque el heredero que podía demandar y recibir su parte, también ha podido cederla.

Coincidimos con lo manifestado por De Gásperi, en el sentido de que no se puede pretender conciliar el principio romano de la división automática de los créditos divisibles, con los efectos declarativos de la partición, conforme con la doctrina ecléctica de la Corte de Casación francesa, de suerte que se consideren válidos y legalmente subsistentes los actos de ejecución y los actos y hechos de extinción con que, durante la indivisión, se hayan beneficiado los herederos no adjudicatarios, pero a condición de ser resolubles las cesiones particulares que el heredero no adjudicatario haya otorgado durante la misma época.

Es muy cierto que la pretendida conciliación de los dos sistemas opuestos es punto menos que imposible: o se da prevalencia al principio romano de

la división legal de los créditos divisibles, consagrado por el entonces vidente Código argentino de 1871, o se subordina a la partición el valor de los actos de disposición que durante el estado de indivisión hubiese hecho el heredero de su cuota parte en aquellos créditos, si no media la conformidad de todos los coherederos.

El principio que recoge el citado Código argentino de 1871, de la división de los créditos por el solo hecho del fallecimiento del acreedor, en proporción del haber hereditario de cada uno de sus herederos, y que éstos pueden cobrar, ceder y compensar con su parte, a pesar de haber deudas pendientes de pago, y como si el patrimonio heredado no constituyera una unidad, una universalidad de bienes afectada a las obligaciones del causante, es el que critica la doctrina moderna, la cual propende a impedir que los créditos y las deudas se dividan antes de haberse pagado a todos los acreedores de la sucesión y a mantener el patrimonio hereditario tal como estaba en poder del causante. De esta forma, su división no tendría lugar sino después de haberse pagado todas las deudas y cobrado todos los créditos, haberse colacionado las donaciones hechas en vida por aquél y, por último, después de haber liquidado el pasado y el presente.(690)

En esta línea de pensamiento, De Gásperi cita tres Códigos como ejemplos ilustrativos de esta tendencia: el Código Civil alemán de 1900 (artículos 2039 y 432, inciso 1), el Código Civil español (artículos 1072, 1082 y 1084) y el Código Civil peruano de 1936, sobre el cual refiere que a través de su artículo 784 instituía, para el caso de pluralidad de herederos, la propiedad proindiviso de los bienes comunes de la herencia en el que, por cierto, se incluían los créditos, y finaliza anotando que –aunque no estaba dicho expresamente– se podía inferir del Código peruano que no se trataba de una copropiedad por partes distintas, de estilo romano, sino de una «propiedad común» inspirada en los artículos 652 y 653 del Código Civil suizo.

Debemos agregar que el citado principio del Código nacional derogado es el mismo recogido por el artículo 844 del Código vigente de 1984, norma que señala que «[s]i hay varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar.»

Este precepto se relaciona directamente con la lógica del artículo 660 del Código peruano, que establece que, desde el momento de la muerte de una

(690) Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 458.

persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores.

El Código Civil peruano de 1984, en nuestra opinión (y como ya lo hemos señalado en esta obra de Derecho de Sucesiones), comete un error al mencionar que se configura una situación de copropiedad sobre los bienes de la herencia, cuando lo que ocurre es que se plantea una comunidad sobre el íntegro de la masa hereditaria, entendida como unidad total (comprendiendo bienes, créditos y deudas).

Tal vez esta equivocación sea la que ha generado buena parte de las confusiones respecto a diversos temas de Derecho Sucesorio y, en particular, sobre el que es materia del presente análisis.

### 2.2. Principios aplicables antes de la muerte

A pesar de que, en estricto, no resulta necesario referirnos a este tema, queremos dejar claramente establecido que, si no se produjera la muerte de ninguno de los sujetos de la relación obligatoria, vale decir, la de ningún deudor o codeudor ni la de ningún acreedor o coacreedor, la obligación de sujeto plural se regiría estrictamente de acuerdo con lo convenido en el título constitutivo de ésta y a lo normado en el Código Civil.(691)

### 2.3. Principios aplicables en caso de muerte del deudor o de uno de los codeudores

#### 2.3.1. Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja un único heredero

Si se tratara de una obligación con pluralidad de sujetos en la que hubiera varios acreedores y muriera intestado el único deudor o uno de los codeudores dejando sólo un heredero universal, desde el momento de la muerte y antes de que esta persona sea declarada (judicial o notarialmente) heredera, si bien estaríamos ante una sucesión indivisa, no existiría problema práctico alguno, pues al fin y al cabo si la sucesión responde por el íntegro de la deuda, ya se trate de una obligación divisible y mancomunada, divisible y solidaria, indivisible y mancomunada o indivisible y solidaria, la sucesión deberá afrontar el pago conforme a lo estipulado en el título constitutivo de dicha obligación.

(691) *Ibidem*, p. 459.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Decimos que no representaría problema alguno, pues los acreedores podrían cobrar a la sucesión de la misma forma como hubiesen podido cobrar al causante, esto es, exigiendo el pago a la única persona declarada como heredera universal. Idéntica situación se plantearía si se tratara de un heredero universal instituido vía testamentaria.

En este caso, el hecho de que el causante sólo haya dejado un heredero, hace que el problema pase prácticamente inadvertido. No obstante, hemos querido referirnos a él para que el lector pueda apreciar la manera como el tema va a adquirir dificultad cuando nos alejemos de este supuesto, que podría ser calificado como ideal o académicamente perfecto en lo que concierne a una armónica relación entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho Sucesorio.

2.3.2. Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja más de un heredero

2.3.2.1. Si la obligación es divisible y mancomunada

2.3.2.1.1. Si se trata de una sucesión intestada

Nos encontramos en el caso en que un deudor o codeudor fallezca intestado y deje dos o más herederos. En este supuesto, desde el momento de la muerte del causante y hasta antes de que se produzca la división y partición de la masa hereditaria, la sucesión responderá por el íntegro de lo debido ante los acreedores.(692)

Ello significa que mientras continúe el estado de indivisión de la masa hereditaria, resultará imposible que se aplique respecto de los herederos del deudor fallecido cualquier precepto relativo a la manera como se transmiten a los herederos las obligaciones de sujeto plural.

No se podría decir que cada uno de los herederos del deudor responde por el íntegro, pues el patrimonio de cada uno de ellos todavía no se ha visto integrado por ninguna parte concreta de la masa hereditaria. Mientras persista tal estado de indivisión, será la sucesión la que responda, tal como si el causante todavía estuviese vivo.

Si la sucesión indivisa pagara la deuda a los acreedores, no se presentaría problema alguno, y en la medida en que no existiesen más acreedores, los

(692) *Ibidem*, p. 460.

mencionados herederos podrían efectuar la división y partición de la herencia conforme lo considerasen más conveniente a sus intereses.

En la eventualidad de que la sucesión indivisa no hubiera honrado esta deuda o no se hubiese asegurado su pago, los acreedores tendrían el derecho de oponerse a que se efectúe la división y partición. Ello, en virtud de lo expresamente establecido por los artículos 875 y 876 del Código Civil peruano:

> **Artículo 875**.- Oposición del acreedor a la partición
>
> El acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados, mientras no se le satisfaga su deuda o se le asegure el pago.
>
> La oposición se ejerce a través de demanda, o como tercero con interés en el proceso existente, de ser el caso. Las facultades procesales dependen de la naturaleza de su derecho.
>
> También puede demandar la tutela preventiva de su derecho todavía no exigible. Esta pretensión se tramita como proceso abreviado.
>
> **Artículo 876**.- Ineficacia de la partición respecto del acreedor
>
> Si no obstante la oposición prevista en el artículo 875 se procede a la partición, sin pagar la deuda ni asegurar su pago, la partición se reputará no hecha en cuanto se refiere a los derechos del oponente.

Y es que los acreedores de una sucesión siempre se verán resguardados por lo dispuesto para las deudas de la herencia (artículos 871 a 880 del Código Civil peruano), en especial por lo prescrito en los artículos 871 y 872.

El primero, el artículo 871, establece que mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa[693] hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria.

El segundo, el artículo 872, otorga una garantía adicional, en el sentido de que los acreedores del causante tienen preferencia respecto a los acreedores de los herederos para ser pagados con cargo a la masa hereditaria.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si ninguno de los acreedores ejerciera su derecho a oponerse a la división y partición? En este caso, tales acreedores por descuido, inadvertencia o desconocimiento de las consecuencias de su omisión

(693) *Ibidem*, p. 461.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

podrían estar expuestos a determinadas situaciones respecto del crédito, ciertamente no deseadas por ellos.

En principio, si los herederos hiciesen una división y partición de la deuda respetando estrictamente sus porcentajes en la sucesión, sería aplicable para las relaciones entre dichos herederos y sus acreedores lo dispuesto en el artículo 1174 del Código Civil peruano, norma que establece que «[e]l beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación.»

Si bien es cierto que el referido numeral no está redactado en sentido positivo, sino negativo, haciendo una interpretación a contrario, fácilmente se deduce que el beneficio de la división sí puede ser opuesto por el heredero del deudor que no se encuentra comprendido en ninguno de los supuestos mencionados por la norma; siendo factible aplicar este criterio interpretativo al tratarse de una obligación por naturaleza divisible y las restricciones contenidas en el artículo 1174 son, qué duda cabe, supuestos de excepción.

Entonces podemos afirmar que el régimen legal de una obligación divisible, en cuanto a los herederos del deudor (o de un codeudor), se regirá por el principio de la divisibilidad.

Idéntico razonamiento cabría formular en torno a las obligaciones mancomunadas, pues en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182 del Código Civil, a esta clase de obligaciones se le aplica las normas de las obligaciones divisibles, uno de cuyos tres preceptos es el mencionado artículo 1174.

Lo expresado equivale a decir que una obligación divisible y mancomunada puede heredarse, luego de efectuada la división y partición, de manera divisible y mancomunada. Esto significa que cada uno de los herederos del deudor sólo estaría obligado hasta por su parte o porcentaje en la herencia de su causante. Lo propio sería aplicable para los herederos de un codeudor, en el sentido de que cada uno de ellos únicamente respondería por la parte proporcional de la porción que debía su causante.

Aquí estaríamos ante la situación ideal de que los herederos del deudor o codeudor hubieran efectuado una división y partición de la deuda de manera equivalente dentro del conjunto de la masa hereditaria.

El problema se presentaría en la eventualidad de que los herederos del deudor o codeudor hubieran procedido a efectuar una división y partición de manera distinta a la que idealmente les correspondía en virtud de sus respectivas

EDITORIAL GRIJLEY

acciones y derechos en la masa hereditaria. Así, bien podría ocurrir que hubieran decidido que sólo algunos de ellos asumieran el pago de dicha deuda en porcentajes no equivalentes a su participación en la herencia, o hubieran acordado que uno solo de los herederos del deudor o codeudor asumiese el pago del íntegro de la deuda.

En estos casos ello no significaría que el acreedor o los acreedores, a pesar de no haberse opuesto a que se efectúe la división y partición (por no habérseles pagado previamente), tuvieran que asumir las consecuencias de dicho convenio, en la medida en que si bien es cierto que no se opusieron a que se efectuara la división y partición, en nada hubieran podido influir en los acuerdos adoptados por los herederos, ya que competía únicamente a ellos adoptar decisiones.

En efecto, la división y partición convencional es un acto de carácter contractual, y por ello le es aplicable el principio *res inter alios acta*, que tiene correlato legislativo en el artículo 1363 del Código Civil peruano, precepto que establece que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebran y sus herederos, salvo casos de excepción.

De esta forma, si los porcentajes resultantes de la división y partición fuesen distintos que los que les correspondían en virtud de la ley para el pago de la deuda, el acreedor o los acreedores gozarían de la opción entre respetar lo convenido por los herederos, si fuese favorable a sus intereses, procediendo a cobrarles conforme a los porcentajes que ellos mismos se asignaron para el pago, o cobrar a los herederos del deudor o codeudor, de conformidad a los porcentajes que tuvieran en la sucesión, e independientemente de lo que entre ellos hubieran convenido, pues los herederos del deudor no podrían vulnerar los principios contenidos en los artículos 1172 a 1174 del Código Civil, perjudicando derechos de terceros.(694)

2.3.2.1.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

Como hemos visto, el Código Civil peruano regula la sucesión testamentaria en sus artículos 686 y siguientes.

En principio, la libertad de testar sólo encuentra restricciones para el caso de la legítima y de la porción disponible (tema normado entre los, ya estudiados, artículos 723 y 733 del propio Código).

(694) *Ibidem*, p. 463.

Como sabemos, la legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos (artículo 723); siendo tales los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge o miembro de una unión de hecho (artículo 724).

Quien tiene hijos u otros descendientes, cónyuge o miembro de una unión de hecho, puede disponer libremente hasta del tercio de su patrimonio (artículo 725); mientras que aquél que tiene sólo padres u otros ascendientes puede disponer libremente hasta de la mitad de su patrimonio (artículo 726); en tanto que quien no tiene cónyuge, miembro de una unión de hecho, ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de su patrimonio.

Pero las normas relativas a la sucesión testamentaria y a la legítima no conllevan restricciones adicionales, lo que determina que el deudor o codeudor que otorgue testamento podría disponer que la división del pago de la deuda se haga de acuerdo con los porcentajes que le atribuya a cada uno de sus herederos en la sucesión, los que, sobre la base de la porción disponible, pueden ser diferentes a los que se determinarían en una sucesión intestada.

En la eventualidad de que el testador no cumpliera con los requisitos previstos en el párrafo anterior, los acreedores tendrían opción entre respetar la voluntad del testador, si no les causara perjuicio, o cobrar a cada uno de los herederos de acuerdo con los porcentajes que les correspondiesen en la herencia.

Pero también podría ocurrir que el testador no hubiese asignado el pago de la deuda a uno o algunos de sus herederos, sino que simplemente hubiera guardado silencio al respecto. En este caso, el tema se regiría íntegramente por idénticos principios que los que norman la materia en la sucesión intestada. Resulta claro, además, que los acreedores de la sucesión mantendrían sus derechos inalterables en relación con la referida deuda, mientras ella permaneciera indivisa.(695)

Estas mismas consideraciones, aunque con consecuencias distintas en el caso de las obligaciones indivisibles, serían aplicables para los supuestos de las obligaciones divisibles y solidarias, indivisibles y mancomunadas e indivisibles y solidarias en los que el causante, habiendo otorgado testamento, no hubiera hecho referencia a la deuda materia de análisis.

(695) *Ibidem*, p. 464.

Por otra parte, si el deudor causante hubiese hecho división y partición testamentaria de la deuda, resulta claro que el acreedor o los coacreedores no podrían oponerse a tal división y partición, pues correspondería a un acto de ejercicio pleno de la libre voluntad del causante.

Es evidente, no obstante, que dicha disposición testamentaria no podría oponerse a los acreedores, si ellos consideraran que de una forma u otra perjudicase sus intereses.

Esta situación podría presentarse si la obligación fuese divisible y mancomunada o divisible y solidaria, supuesto este último que luego trataremos y en el cual los acreedores podrían optar por respetar la división y partición de la deuda hecha por el causante, o cobrarla de manera divisible y mancomunada a todos los herederos.

Si la obligación fuese indivisible y mancomunada, ante una división y partición de la deuda, los acreedores tendrían la opción de cobrar de la manera dispuesta por el testador o de modo indivisible, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1177 del Código Civil.

Finalmente, si la obligación fuese indivisible y solidaria, en caso de que se produjera la división y partición de la deuda por parte del causante, los acreedores tendrían la opción entre respetar su voluntad o cobrar el íntegro a cualquiera de los herederos del deudor, conforme a lo dispuesto por el mismo artículo 1177 citado.

2.3.2.2. Si la obligación es divisible y solidaria

2.3.2.2.1. Si se trata de una sucesión intestada

Si el deudor o codeudor falleciera intestado, dejando pluralidad de herederos, desde su muerte y hasta que se produzca la división y partición, la sucesión indivisa responderá frente a los acreedores por el íntegro de la deuda.(696)

Si la sucesión indivisa no pagara la deuda, los acreedores tendrían derecho a oponerse a que se efectúe la división y partición, sobre la base de lo establecido en los artículos 875 y 876 del Código Civil.

En la eventualidad de que no hubieran ejercido el derecho a oponerse, por la razón que fuere, se podrían dar diferentes situaciones.

(696) *Ibidem*, p. 465.

ESTUDIO MARÍA CASTAÑO REYNE

De acuerdo con lo establecido por el primer párrafo del artículo 1187 del Código Civil (precepto aplicable cuando una obligación solidaria es divisible), si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.

Esto significa, en buena cuenta, que la solidaridad no se transmite a los herederos del deudor, a quienes la obligación pasa con carácter de mancomunada. En tal sentido, si la obligación divisible y solidaria se transmite a los herederos del deudor con carácter de divisible y mancomunada, el tema de la sucesión intestada se regiría por los mismos principios anotados cuando analizamos el punto 2.3.2.1.(697)

2.3.2.2.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

Se aplican a este caso los comentarios que hemos formulado en el numeral 2.3.2.1.2, vale decir, los relativos a una obligación divisible y mancomunada, cuando muere el deudor o un codeudor dejando más de un heredero.

De la regla del artículo 1187 del Código Civil peruano deducimos que la solidaridad no se hereda. Ello equivale a decir que, si el causante se había obligado solidariamente, sus herederos no lo estarán solidaria sino mancomunadamente, pero por el íntegro de la prestación.

Como expresa León Barandiarán,(698) «La muerte de uno de los deudores no hace desaparecer la solidaridad respecto a todos los deudores. Pero la parte que corresponde al deudor fallecido se divide entre sus herederos, o sea, que no trasciende a ellos el efecto de la solidaridad. En esto se distingue la obligación solidaria de la indivisible, que por su misma naturaleza obliga a todos y cada uno de los herederos del deudor a cumplir íntegramente la prestación. Por eso el artículo 1217 (se refiere al Código Civil de 1936) advierte: «salvo si la obligación fuese indivisible.»– Así pues, el acreedor puede demandar a cualquiera de sus deudores primitivos por la totalidad de la deuda, pues, como decíamos, la muerte de uno de ellos no hace desaparecer el carácter solidario de la obligación. Puede también demandar a todos los herederos, en conjunto, del primitivo deudor fallecido, por la totalidad de la deuda. O puede, en fin, demandar separadamente a cada uno, a cualquiera de dichos herederos, pero sólo por la parte que le corresponda al dividirse entre ellos el monto de la deuda

(697) *Ibidem*, p. 466.

(698) León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos*. Ediar Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1956, tomo II, pp. 156 y 157.

BIBLIOTECA CASTILLO FREYRE

que correspondía al causante. Esto es lo que quiere significar el artículo cuando habla de "la cuota que le correspondiese en la herencia".»

De igual parecer son Huc,[699] Barros Errázuriz[700] y Llambías.[701]

No obstante, estimamos necesario detenernos en el análisis de un supuesto de sumo interés referido a este tema.

Giorgi[702] se pregunta si quien se obliga en un contrato puede imponer la solidaridad a los herederos. Recuerda que Colmet de Santerre y Boileux responden que no, en tanto que Demolombe y Laurent señalan lo contrario, opinión con la cual Giorgi se encuentra de acuerdo, pues, en efecto, la regla de que el testador puede imponer la solidaridad a los herederos y a los legatarios, demuestra que el principio de la división de las deudas hereditarias no es de orden público, sino que puede destruirse por la voluntad particular en contrario. Además, se puede mencionar jurisprudencia confirmando su opinión, al recordar una sentencia de la Corte de Bruselas de 21 de abril de 1819, citada por Merlin, que decide que varios herederos de un deudor de renta perpetua (vitalicia) venían obligados solidariamente al pago de la renta, porque se desprendía del contrato de constitución que los contratantes habían querido obligar solidariamente a los herederos; precisa que lo mismo repitió dicha Corte el 4 de marzo de 1824, en otra sentencia citada por Laurent; añade que los Tribunales italianos han confirmado después la doctrina de que las partes pueden, al constituir una enfiteusis, imponer a los herederos la solidaridad en el pago del canon.

2.3.2.3. Si la obligación es indivisible y mancomunada

2.3.2.3.1. Si se trata de una sucesión intestada

Si el deudor o codeudor fallece intestado dejando dos o más herederos, estaremos ante una situación de indivisión y partición de la masa hereditaria,

(699) Huc, Theóphile. *Commentarie théorique et pratique du Code Civil*. Libraire Cotillon, París, tomo VII, p. 485.

(700) Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil*. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921, volumen II, pp. 160 y 161.

(701) Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1975, tomo II-A, p. 555.

(702) Giorgi, Giorgio. *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc.* Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de la Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909, tomo I, pp. 197 y 198.

debiendo responder la sucesión frente a los acreedores por la totalidad de las deudas.

Si los herederos del deudor o codeudor deseasen efectuar una división y partición sin pagar previamente la deuda, sus acreedores podrían oponerse a ello, en virtud de lo dispuesto por los artículos 875 y 876 del Código Civil.

En la eventualidad de que ninguno de los acreedores se opusiese a la división y partición, ocurriría lo que seguidamente exponemos.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1177 del Código Civil, la indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor.(703)

Así las cosas, no existiría una hipótesis idónea de división y partición respecto de la deuda materia de análisis.

Efectuamos tal precisión, porque en la eventualidad de que los herederos del deudor acordaran que la división y partición se realizara conforme a sus porcentajes de participación en la masa hereditaria, o incluso en el supuesto de que los herederos del deudor acordaran que la división y partición se realizara asignando sólo a uno o a algunos de ellos el pago del íntegro de la deuda, estas estipulaciones no enervarían el derecho de los acreedores a cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los herederos del deudor, incluyendo a aquéllos a quienes no se les asignó el deber de honrar la deuda.

Y, obviamente, también resultaría aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 1176 del Código Civil, en el sentido de que cualquiera de los acreedores podría exigir a cualquiera de los herederos del deudor la ejecución total de la obligación indivisible, supuesto en el cual el deudor quedaría liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores o a alguno de ellos, si éste último garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación.

Ya decía Pothier(704) que dada la naturaleza de la obligación indivisible ésta no es susceptible de cumplirse por partes, y al ser una cualidad real de la obligación, ella pasa con dicha cualidad a los herederos del deudor.(705)

(703) Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 467.

(704) Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Editorial Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f, 1era parte, pp. 294 y 295.

(705) De la misma opinión son Busso, Eduardo B. *Código Civil anotado. Obligaciones*. Ediar Editores, Buenos Aires, 1951, tomo IV, p. 575; y Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil. Op. cit.*, volumen II, pp. 160 y 161.

2.3.2.3.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

En el caso de una sucesión testamentaria, si la obligación fuere indivisible y mancomunada y hubiese muerto el deudor o uno de los codeudores, nos encontraríamos en el mismo supuesto que se plantea en la sucesión intestada, pues los acreedores no quedarían obligados a respetar lo señalado en el testamento, ya que les asistiría el derecho de cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los herederos del deudor de la manera expuesta en el acápite respectivo referente a la sucesión intestada (2.3.2.3.1).

Pero nada impediría a los acreedores aceptar la división y partición que hiciera el testador, atribuyendo a uno solo de los herederos la obligación de pagar la deuda, en la medida en que consideren a ese heredero plenamente solvente.(706)

Otro supuesto de sucesión testamentaria sería aquél en el cual el testador hubiera omitido pronunciarse respecto de la deuda, donde, claro está, serían de aplicación las normas consignadas en los artículos 1176 y 1177 del Código Civil.

2.3.2.4. Si la obligación es indivisible y solidaria

2.3.2.4.1. Si se trata de una sucesión intestada

Si falleciera un deudor intestado, dejando pluralidad de herederos, naturalmente que se configuraría una situación de indivisión de la masa hereditaria, respondiendo la sucesión indivisa con todo su patrimonio ante los acreedores.

En el supuesto de que la sucesión indivisa no hubiese pagado la deuda y los herederos del deudor intentaran efectuar una división y partición, sus acreedores podrían oponerse, amparándose en lo establecido por los artículos 875 y 876 del Código Civil.

Si ninguno de los acreedores se opusiese a dicha división y partición, los herederos podrían disponer lo que juzgaran conveniente. Pero esta división y partición no resultaría oponible a los acreedores, en virtud del ya mencionado principio *res inter alios acta*.

Al tratarse de una obligación indivisible y solidaria, en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil, se aplicaría

(706) Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 468.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el artículo 1177 del mismo Código, en virtud del cual prevalece el principio de la indivisibilidad respecto a los herederos del deudor.

Por otra parte, debemos señalar que, en el caso previsto, no sería aplicable por tratarse de una obligación que, además de indivisible, es solidaria, el artículo 1176 del Código Civil citado en el numeral 2.3.2.3.1 de este análisis, sino el artículo 1185 del mismo Código, que prescribe lo siguiente: «El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno.»

Nada impediría, desde luego, en un plano teórico, que los acreedores aceptaran cobrar en los términos previstos por la división y partición.

Por lo demás, cabría la posibilidad de que los codeudores hubiesen realizado una división y partición omitiendo cualquier referencia a la deuda, caso en el cual serían aplicables los principios establecidos por el artículo 1177 del Código Civil.(707)

2.3.2.4.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

Hacemos de plena aplicación a este caso, *mutatis mutandis*, las expresiones que hemos vertido con ocasión del análisis realizado en el punto inmediatamente anterior (2.3.2.4.1), relativo al caso en el que fallece intestado un deudor o codeudor, dejando más de un heredero, y la obligación fuese indivisible y solidaria.

2.4. La obligación frente a la muerte del acreedor o de uno de los acreedores

El Derecho Sucesorio peruano aborda en un solo precepto el tema de la partición de créditos materia de una sucesión, a través del numeral 863 del Código Civil, que establece lo siguiente: «Los créditos que constituyen parte del activo hereditario, se dividirán entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia.»

El tema parecería sencillo de ser relacionado con el Derecho de Obligaciones, si no se tuviera en cuenta que el Código peruano no contempla, a diferencia de su similar argentino de 1871, una norma como el artículo 3491 del

(707) *Ibidem*, p. 469.

Código de Vélez Sarsfield, que establecía que «[c]ada uno de los herederos puede librarse de toda obligación pagando su parte en la deuda.»

La figura planteada por el antiguo Código argentino de 1871 implicaba una división automática de la obligación divisible a cargo del causante, por efecto de su fallecimiento. A ello podríamos agregar que todo el régimen de la división de los créditos o deudas en el antiguo Código Civil argentino importaba esa división automática, en tanto se trate de créditos o deudas divisibles.

Este sistema difiere sustantivamente del régimen legal peruano, ya que dentro del Derecho Sucesorio nacional no se produce una automática división de los créditos o deudas del causante en relación con los herederos, sino que ello tendría que resultar de una división y partición de la masa hereditaria.

Lo que será materia de análisis es si el numeral 863 del Código peruano tiene carácter imperativo cuando dispone que los créditos que constituyen parte del activo hereditario «se dividirán» entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia.

En virtud de lo previsto por el artículo 660 del Código Civil peruano, desde el momento de la muerte de una persona se transmite a sus herederos su patrimonio hereditario, que está compuesto por los bienes, derechos y obligaciones.

Como es evidente, los herederos pueden aceptar o renunciar a la herencia. De acuerdo con el artículo 672 del Código Civil, la aceptación expresa puede constar en instrumento público o privado y la aceptación tácita se genera si el heredero entra en posesión de la herencia o practica otros actos que demuestran de manera indubitable su voluntad de aceptar.

Señala el artículo 844 del Código Civil que, si a la muerte del causante éste deja varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar. Pero, a nuestro entender, la norma omite inadvertidamente hacer referencia a los derechos de crédito y a las deudas que forman parte de la masa hereditaria. Nos parece evidente que dentro del régimen legal peruano la situación de indivisión no sólo se extiende a los bienes materia de la herencia, sino también a los derechos de crédito y a las deudas, por inferirse así del citado artículo 660.

De ello se deduce que el estado de indivisión hereditaria a que alude el artículo 845, hace de aplicación al tema –en lo no previsto por el Derecho de Sucesiones– las normas relativas a copropiedad (tratándose de una "copropiedad" de especiales características o comunidad), las que no sólo se refieren a los bienes, sino a todo el patrimonio como universalidad. Así, mientras subsista el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

estado de indivisión seguirá rigiendo lo previsto por el numeral 851, al disponer que la herencia sea administrada por el albacea o por el apoderado común nombrado por todos los herederos o por un administrador judicial.

En principio, el estado de indivisión sucesoria no facilita adoptar decisiones respecto de actos de disposición (para los que se requiere unanimidad) o de administración (que exigen mayoría absoluta de porciones hereditarias). Por ello, el Derecho auspicia la división y partición de la masa hereditaria, conforme a las normas previstas por los artículos 852 y siguientes.

La división y partición, en cuanto a los bienes se refiere, no constituye objeto de análisis en este trabajo. La división y partición de las deudas ya ha sido materia de estudio en la primera parte.

Ahora corresponde ocuparnos del régimen de la división y partición de créditos en sede sucesoria.(708)

Entendemos que a efectos de una división y partición convencional –en torno a los créditos de la sucesión– la regla es la libertad absoluta, pudiendo acordar los coherederos aquello que consideren más conveniente a sus intereses, siempre y cuando no afecten derechos de terceros.

Pero el ya citado artículo 863 del Código Civil, que establece que los créditos que constituyen parte del activo hereditario se dividirán entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia, no sólo es un precepto de carácter meramente dispositivo, sino que resulta confuso e inútil, ya que, como antes lo expresamos, los herederos podrían proceder como mejor les convenga respecto a la división y partición de los créditos de la sucesión, pues la resolución que adopten, que estaría referida únicamente al cobro de las deudas, en nada afectaría a los deudores de la sucesión.

En el Derecho peruano los herederos del causante no podrían hacer efectivos –salvo para integrarlos a la masa hereditaria– los créditos de la sucesión, si en forma anticipada no se hubiera pagado todas las deudas de la herencia. En tal sentido, el capítulo relativo a las deudas de la sucesión deja ello claramente establecido en los artículos 871 y siguientes del Código Civil, pues mientras la herencia permanece indivisa, las deudas del causante gravitan sobre la masa hereditaria.

(708) *Ibidem*, p. 471.

A lo señalado, hay que agregar un argumento que aleja que se interpreten en el mismo sentido el artículo 863 del Código nacional y el artículo 3485 del Código argentino de 1871. El artículo 863, a diferencia de su correspondiente argentino de 1871 (el 3485), no está redactado en tiempo presente, pues no expresa que los créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario «se dividen» entre los herederos, sino él dispone que «se dividirán» entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia.

Resulta de singular importancia que la norma peruana se encuentre redactada en tiempo futuro y no en tiempo presente, pues este argumento abona el criterio razonable de que la división de los créditos no se produce al tiempo de la muerte del causante, sino cuando se efectúa la división y partición de la masa hereditaria, momento en el que recién cabría un pacto distinto.

Por otra parte, si se pensara por un instante en la eventualidad de aplicar el artículo 863 antes de que se produjera la división y partición de la masa hereditaria, podría incurrirse en el absurdo de que los activos de la sucesión, que obviamente no incluirían los créditos «ya cobrados de manera directa por los herederos del causante», no alcanzaran para pagar los pasivos de la herencia.(709)

Ello significaría ubicarnos en la insólita hipótesis de que los herederos del causante pudieran cobrar automáticamente los créditos que integran parte del activo hereditario, en proporción a su cuota en la herencia, sin necesidad de preocuparse por pagar las deudas de la propia sucesión, lo que legalizaría una situación claramente fraudulenta en perjuicio de los acreedores de la herencia. Por lo demás, tal interpretación vulneraría los preceptos imperativos consignados en los artículos 871 y siguientes del Código Civil. La cobranza de los créditos sólo puede efectuarse para integrar su importe a la masa sucesoria.

En adición, conviene señalar que la sistemática del artículo 863 refuerza el argumento de que éste no resulta susceptible de ser aplicado inmediatamente después de producida la muerte del causante, sino en el proceso de división y partición, ya que el citado artículo forma parte del capítulo segundo, relativo, precisamente, a la partición de la masa hereditaria (artículos 852 a 868), ubicado luego del capítulo primero, referido a la indivisión de la masa hereditaria, integrando, ambos, el Título II, sobre indivisión y partición.

Por otra parte, dado que con frecuencia los herederos mantienen la sucesión indivisa durante un tiempo considerable, pues son usuales las dificultades

(709) *Ibidem*, p. 472.

destinadas a efectuar una división y partición, es claro que dichos herederos no proceden a adjudicarse créditos hereditarios para recién cobrarlos después de efectuada la división y partición. Resulta común, por ello, que la sucesión indivisa haga efectivos dichos créditos de los deudores a quienes corresponda pagarlos. Es muy probable por tal razón que sólo queden como pendientes aquellos créditos cuyo cobro ha sido requerido, pero no fueron pagados o aquellos cuyo plazo para el pago aún no hubiese vencido.

Además, cabe recordar que el artículo 863 del Código vigente carece de correlato alguno en el Código Civil de 1936, que no incluyó norma similar, situación que hace difícil percibir la intención del legislador de 1984. No obstante, indagar sobre tal intención resulta indiferente ante los argumentos que abonan la interpretación sobre la que venimos haciendo fe.

Al reiterar que el artículo 863 no tiene carácter imperativo, ello equivale a decir que no existiría impedimento alguno para que, al momento de la división y partición de la masa hereditaria, los herederos pudiesen asumir los créditos de la herencia en porcentajes distintos a los de sus respectivas cuotas. No olvidemos que el artículo mencionado, al tener carácter dispositivo, es una norma supletoria de la autonomía de la voluntad. Así, los coherederos podrían dividirse los créditos como mejor les parezca, pues a nadie perjudicarían (a diferencia de lo que ocurre con las deudas de la herencia).(710)

Dentro de tal orden de ideas, estimamos que en el Derecho Sucesorio carece de sentido una norma como el artículo 863, que constituye una irrelevante demasía.

En conclusión, los coherederos gozan de la más absoluta libertad para proceder a la división y partición del crédito de la herencia, en la forma que lo juzguen conveniente.

Así, los herederos podrían dividirse el crédito en porcentajes distintos a sus participaciones en la sucesión, asignarlo sólo a algunos de los herederos o asignarlo exclusivamente a uno de ellos. Lo anterior sólo determinaría la forma cómo el titular o titulares del crédito estarían facultados para cobrarlo.

No obstante, lo señalado no afecta en lo absoluto los derechos del deudor o codeudores de dicha obligación, porque los acreedores herederos han ejercitado legítimamente la autonomía de su voluntad.

(710) *Ibidem*, p. 473.

METODO MARIO CASTILLO FREYRE

Así las cosas, cabría preguntarse cómo o cuándo serían aplicables para los herederos del acreedor o de uno de los acreedores los principios del Derecho de Obligaciones, específicamente los numerales 1174, 1177 y 1187.

Su aplicación práctica sólo se podría presentar de manera supletoria a la voluntad de los herederos del acreedor o coacreedor que hubiera fallecido, si dichos herederos no disponen algo distinto en la división y partición del crédito o simplemente omiten pronunciarse sobre la acreencia.

Los artículos del Derecho de Obligaciones también resultarían aplicables si, tratándose de una sucesión testamentaria, el acreedor o coacreedor causante simplemente no se hubiera pronunciado en su testamento sobre la acreencia.

Ello, en razón a que existiría indivisión respecto del crédito. En tal sentido, los deudores deberían proceder de igual forma como si el acreedor o coacreedor no hubiera muerto, entendido esto respecto al crédito indiviso. De esta forma, la sucesión podría cobrar a los deudores conforme lo establezca el título constitutivo de la obligación.

Por lo demás, resulta evidente que los deudores de la sucesión no se verían perjudicados al respecto en lo más mínimo, pues deberán pagar en la forma convenida con el causante.(711)

2.4.1. Si la obligación es divisible y mancomunada

Si una obligación es divisible y mancomunada, en ausencia de pacto distinto de los herederos del acreedor o de disposición testamentaria diferente, ella pasaría a los herederos del acreedor como divisible y mancomunada, vale decir, lo haría en la misma condición en que se había contraído.

Sería el caso de un acreedor que tuviera dos deudores obligados al pago de la suma de S/ 40,000.00. Si el acreedor muriese y dejase dos herederos (sus dos únicos hijos, por ejemplo), cada uno de ellos tendría derecho a cobrar a cada deudor la suma de S/ 10,000.00, es decir, un total de S/ 20,000.00, en la medida en que heredasen en iguales porcentajes. Si, por disposición testamentaria, uno de los hijos hereda el sesenta por ciento y el otro el cuarenta por ciento, el primero cobraría un total de S/ 24,000.00 y el segundo S/ 16,000.00.

(711) *Ibidem*, p. 474.

2.4.2. Si la obligación es divisible y solidaria

Siempre en el supuesto de ausencia de pacto diferente entre los herederos del acreedor o de disposición testamentaria en sentido diverso, si la obligación fuese divisible y solidaria, pasaría a los herederos del acreedor como divisible y mancomunada, pues la divisibilidad se hereda como tal y la solidaridad no.

2.4.3. Si la obligación es indivisible y mancomunada

En el mismo entendido del punto precedente, si la obligación fuera indivisible y mancomunada, se heredaría en aquella condición, esto es, como indivisible, lo que equivale a decir que cada heredero sería acreedor por el íntegro de la prestación.

2.4.4. Si la obligación es indivisible y solidaria

Y, por último, si la obligación fuese indivisible y solidaria, y en el mismo presupuesto de los tres acápites anteriores, la acreencia pasaría a los herederos del causante como indivisible y mancomunada, aplicándose las reglas de la indivisibilidad (en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil y su referido, el artículo 1177 del mismo Código).

Esta situación legal obedece fundamentalmente a la naturaleza jurídica de la indivisibilidad, la que determina que no haya otra solución viable. Tal situación[712] también se presentaría, desde luego, en el caso de la indivisibilidad ficticia, esto es de la constituida por pacto.

En el supuesto de una obligación indivisible y solidaria, y tal como antes lo señalamos, la indivisibilidad se heredaría y la solidaridad no. Y al no heredarse la solidaridad, la obligación pasaría, por este efecto, como mancomunada, razón por la cual al resultar aplicables las reglas de la divisibilidad a las obligaciones mancomunadas, tendríamos la concurrencia de los principios de las obligaciones indivisibles y divisibles. Pero, como resulta evidente, tal concurrencia de ambas categorías sería incompatible y, por ello, prevalecen las normas de la indivisibilidad.

De ahí que en el caso de la solidaridad –donde sí existe alternativa, puesto que dicho carácter no está referido al objeto, sino a la forma como se han

(712) *Ibidem*, p. 475.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obligado las partes entre sí y respecto de la contraparte– el Código resuelve en sentido inverso.

2.5. Comentarios finales

Como vemos, de lo expuesto se deduce que el tema objeto del presente acápite no ofrece, necesariamente, soluciones pacíficas y que es imprescindible efectuar una aplicación razonada e interdisciplinaria de los principios que informan tanto el Derecho Sucesorio como el Derecho de Obligaciones.

Resulta sumamente claro, dentro de la lógica del ordenamiento jurídico peruano, que tanto los créditos como las deudas de una persona se regirán conforme a lo dispuesto en el título constitutivo de la obligación. No obstante, la situación plantea diversos matices cuando se inicia el proceso sucesorio, vale decir, a la muerte del causante.

En virtud de los principios legales vigentes en nuestro país, de la lógica y de la razón, a la muerte de una persona su patrimonio se encuentra en situación de indivisión, lo que equivale a decir que estamos en presencia de una masa hereditaria indivisa de la cual son titulares, en tal condición, todos los herederos del causante.

Esa masa hereditaria es un patrimonio autónomo, respondiendo, en su integridad, por todas las deudas que se mantuvieran respecto de terceros acreedores, quienes gozan del derecho de oponerse a que los herederos procedan a efectuar una división y partición, en tanto no se hubieran pagado las deudas de la herencia. Ello, en virtud de lo dispuesto esencialmente por los artículos 871, 872, 875 y 876 del Código Civil.(713)

Así, una deuda hereditaria sólo podría ser materia de división y partición en caso de que los acreedores de la herencia no se hubieran opuesto a ello. De ser éste el caso, los coherederos podrían efectuar la división y partición de la deuda conforme lo estimaran conveniente a sus intereses. Lo que no podrían lograr es imponer a los acreedores el contenido de ese acuerdo, si éstos lo objetaran.

Ante esa situación, los acreedores podrían cobrar, a su elección, conforme al título constitutivo de la acreencia o de acuerdo con lo pactado en la división y partición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(713) *Ibidem*, p. 476.

Similares consideraciones en torno a los derechos de los acreedores serían aplicables en caso de que se tratara de una sucesión testamentaria, respecto de aquello que hubiera dispuesto el causante (deudor o codeudor) en torno a la deuda y sus diversos herederos.

En este caso, los acreedores del deudor no gozan de derecho alguno para alterar o influir sobre la voluntad del testador, siendo evidente que si dicho testador, a pesar de haber otorgado testamento, no hubiese hecho referencia a las deudas, regirían para este caso similares principios que los que inspiran el tema en la sucesión intestada.

Si el deudor causante hubiera hecho división y partición asignando el pago de la deuda por parte de uno de sus herederos, resulta evidente que esa disposición testamentaria, si bien no podría ser objetada por los acreedores, facultaría a estos últimos a la opción entre cobrar su crédito conforme a lo dispuesto por el testador o, si tal situación no les resultara conveniente, hacerlo conforme lo dispone el Derecho de Obligaciones.

Si la obligación fuese divisible y mancomunada, podrían cobrar de manera divisible, al igual que si fuese divisible y solidaria; si fuera indivisible y solidaria podrían cobrar de manera indivisible; y, por último, si la obligación fuese indivisible y mancomunada, podrían cobrar de manera indivisible.

Por otra parte, en lo que atañe al aspecto activo de la obligación, no resultaría factible que cada heredero (mediando indivisión) pudiera cobrar (de acuerdo con su participación porcentual en la masa hereditaria) los créditos de la herencia. La cobranza sólo podría efectuarse, antes de pagados los pasivos, para incorporar su monto a la masa indivisa.

Por lo demás, el principio de división de los créditos hereditarios de manera proporcional a las participaciones en la herencia (enunciado por el artículo 863[714] del Código Civil peruano), no constituye norma imperativa, sino tan sólo dispositiva, y en ningún caso podría vulnerar derecho alguno de los acreedores de la sucesión.

De lo expuesto debe concluirse que los principios de Derecho de Obligaciones en torno al tema tratado deben concordarse con los de Derecho Sucesorio, buscando una interpretación orgánica y armoniosa, en plena consonancia con el orden público y en pleno resguardo de los intereses de los acreedores, deudores y terceros vinculados por la relación obligacional.

(714) *Ibidem*, p. 477.

De lo expuesto, queda claro que en ningún caso la muerte de un deudor podrá significar la burla de sus derechos de crédito y el acreedor tendrá derecho a tomar las providencias del caso a efectos de resguardar sus intereses para que se concrete el cumplimiento de su obligación(715).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(715) *Ibidem*, p. 478.

## Preferencia de pago a los acreedores del causante

**Artículo 872**.- Los acreedores del causante tienen preferencia respecto a los acreedores de los herederos para ser pagados con cargo a la masa hereditaria.

El artículo 872 se encarga de regular el carácter preferente de pago a los acreedores del causante; ello, al establecer que éstos tienen preferencia respecto a los acreedores de los herederos para ser pagados con cargo a la masa hereditaria.

La lógica del precepto se explica en razón a que correspondía que las deudas de la herencia fueran pagadas por el causante. En ese sentido, el legislador de 1984 establece un orden de prelación con pleno contenido lógico, ya que prescribe que esas deudas deban ser pagadas de manera preferente con respecto a aquellas otras que hayan sido siempre deudas del heredero. Además, esto se explica en razón a liquidar la herencia, teniendo en consideración que el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta; siendo de incumbencia del heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial (argumento del artículo 661 del Código Civil, estudiado oportunamente).

Además, con el paso del tiempo, puede confundirse lo recibido en herencia con el patrimonio previo del heredero. De ahí que los acreedores del causante tengan preferencia, para que el heredero no pueda poner luego la excusa de que se acabaron los bienes recibidos en herencia.

Sobre la presente disposición, Augusto Ferrero comenta que, «Redunda en lo obvio, pues si los acreedores del causante tienen un derecho preferencial de los herederos, con mayor razón lo tienen respecto a los acreedores de estos, que tienen la facultad de subrogarse en sus derechos. Pero es útil para cuando hay confusión entre el patrimonio del causante y del heredero. En un caso concreto, en la pugna entre un acreedor del causante y otro del heredero, bastará probar que el bien de propiedad del heredero fue transmitido *mortis causa* por el causante, para que la acción persecutoria del bien favorezca al acreedor del causante respecto al acreedor del heredero.»(716)

(716) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 753.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, resulta de utilidad, siguiendo a Lohmann, referirnos al orden de preferencia establecido para cobrar, «(a) El pasivo preferente (cargas). (b) Las deudas del causante. Ya hemos mencionado que los acreedores del difunto tienen preferencia sobre los acreedores del heredero, y es claro que también tienen preferencia sobre los herederos –salvo cuando estos sean también acreedores ordinarios del causante, en cuyo caso se les dará el trato correspondiente al de acreedor–. (c) Los legitimarios, sean herederos o legatarios, respecto de su cuota estricta de legítima. (d) Los legatarios no legitimarios, que siempre cobran después de los acreedores del difunto por el principio *certat de damno vitando*, *certat* de lucro captando dio (favor de quien tiene que perder contra quien sólo deja de ganar). Los legatarios son preferentes a los acreedores de los herederos. (e) Los herederos en lo que no sea legítima.»[717]

ESTUDIO MARIO CASTILLO ARIAS

(717) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 650.

## Pago de deudas antes de la partición

**Artículo 873.-** El heredero puede pedir que las deudas de la herencia, debidamente acreditadas y que carezcan de garantía real, sean pagadas o se asegure su pago antes de la partición.

El artículo 873 establece que el heredero puede pedir que las deudas de la herencia, debidamente acreditadas y que carezcan de garantía real, sean pagadas o se asegure su pago antes de la partición. La finalidad de esta norma radica en que los herederos que estén interesados, quieran que quede claramente establecida la distinción entre las deudas del causante y aquéllas que no lo sean. De ahí que busque que sean pagadas antes de la partición. Es claro que esos herederos no querrán asumir el pago de tales deudas.

La norma faculta este proceder de los herederos cuando se cumpla con dos supuestos. Veamos:

a) Que las deudas estén debidamente acreditadas

Claro que debe tratarse de deudas debidamente acreditadas, vale decir, suficientemente acreditadas o sobre las cuales no exista atisbo de duda en cuanto a su existencia y cuantía. Además, que tales deudas consten en documentos que ofrezcan las suficientes seguridades como para que no se pueda dudar de su existencia y características.

b) Que las deudas carezcan de garantía real

Estimamos que el legislador de 1984 ha partido de la idea de que la deuda de la herencia contraída por el causante, carezca de garantía real (hipoteca, prenda, anticresis y, depende de la perspectiva en cuanto a su naturaleza jurídica, garantía mobiliaria) que asegure el cumplimiento de la obligación que hubiese sido constituida por el propio deudor causante, supuesto en el cual, si la deuda no fuese pagada por los herederos, de todas maneras, ella sería cobrada por el acreedor. En buena cuenta, sea por haber sido pagada directamente por los herederos o sea por ejecutar el acreedor la garantía, dicha deuda se habrá pagado.

Pero si la garantía hubiese sido constituida por un tercero, ajeno a la herencia, si esa garantía otorgada por ese tercero termina siendo ejecutada

MARIO CASTILLO FREYRE

para el cumplimiento de la obligación, entonces ese tercero tendrá derecho a subrogarse contra los herederos del causante, por aplicación del inciso 2 del artículo 1260, dado que la subrogación legal o de pleno derecho opera en favor de quien por tener legítimo interés cumple la obligación. Esto determinaría una situación especial para los herederos, en tanto el antiguo garante les podrá cobrar lo pagado.

Cualquiera fuere el caso, la aplicación de la facultad prevista en el artículo 873, otorgará a los herederos más seguridades en cuanto al pago de las deudas de la herencia.

Finalmente, Fernández Arce señala sobre la presente disposición, que ella «Deriva del derecho preferencial de pago que tienen los acreedores del causante que carecen de garantía real concreta. La ley les reconoce que el derecho a solicitar su pago difiera la partición mientras no sean pagados sus créditos o asegurados los mismos si aún no fueren exigibles. Este dispositivo legal se justifica como necesaria medida de protección a los acreedores que lo soliciten.»

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**PAGO DE DEUDA ALIMENTARIA**

**Artículo 874**.- La pensión alimenticia a que se refiere el artículo 728 es deuda hereditaria que grava en lo que fuere necesario la parte de libre disposición de la herencia en favor del alimentista y se pagará, según los casos:

1.- Asumiendo uno de los herederos la obligación alimentaria por disposición del testador o por acuerdo entre ellos. Puede asegurarse su pago mediante hipoteca u otra garantía.

2.- Calculando el monto de la pensión alimenticia durante el tiempo que falta para su extinción, y entregando al alimentista o a su representante legal, el capital representativo de la renta.

La elección de las indicadas alternativas corresponde a los herederos; si hubiere desacuerdo entre ellos, el juez decidirá su forma de pago.

El artículo 874 parte del supuesto de la pensión alimenticia regulada en el artículo 728 del propio Código Civil. Esta norma señala que «Si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla.» Lo que señala el artículo 874, bajo comentario, es que tal pensión es deuda hereditaria que grava en lo que fuere necesario la parte de libre disposición de la herencia en favor del alimentista. Esta disposición es importante, en la medida en que asigna a la obligación alimentaria carácter ultra activo, es decir que, si bien el deudor alimentario al morir deja de estar obligado al pago, por razones obvias (ya no existe como persona), sus herederos sí deberán responder por tal obligación, debiéndose pagar según las reglas establecidas por el propio artículo 874. Veamos:

a) Asumiendo uno de los herederos la obligación alimentaria por disposición del testador o por acuerdo entre ellos, pudiendo asegurarse su pago mediante hipoteca u otra garantía

Es posible que los herederos acuerden que uno de ellos estará encargado del pago de la obligación alimentaria. Esto podría haber sido dispuesto en el testamento del causante o por acuerdo posterior con la intervención de todos los herederos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lo que debe quedar claro, es que o el causante ha destinado a ese heredero los fondos específicos para el pago de la obligación alimenticia; o los herederos han proporcionado previamente tales fondos al referido heredero o se obligan a proporcionárselos conforme se tenga que ir ejecutando la obligación alimentaria.

En esa línea, Juan Olavarría comenta que, «El que se disponga en la primera alternativa de la hipótesis legal que uno de los herederos deba asumir su pago por haberlo dispuesto así el testador o por acuerdo –siempre unánime– de los coherederos, no significa en modo alguno que dicha asunción es a título individual o personal, es decir, que se convierta en una obligación propia y exclusiva de dicho heredero, sino, antes bien y por el contrario, sólo es por un tema de facilidad y de practicidad en la ejecución de las cosas, y así el pago se verificará a través de él pero con cargo siempre a la herencia.»(718)

b) Calculando el monto de la pensión alimenticia durante el tiempo que falta para su extinción, y entregando al alimentista o a su representante legal, el capital representativo de la renta

Ésta sería una manera alternativa de cumplir con los deberes alimenticios que tenía el causante y que ahora han pasado a sus herederos. La ventaja para el acreedor alimentario radicaría en que desde un primer momento contaría con todo el capital adeudado, calculado estimando el monto de la obligación alimentaria en el tiempo. El problema sería que ese estimado podría quedarse corto con las necesidades alimenticias de ese acreedor con el paso de los años, o que su representante, si lo hubiere (o incluso el propio alimentista, si fuese una persona capaz) hubiese hecho un mal uso de tales recursos y en el futuro careciera de los fondos necesarios para satisfacer sus necesidades alimentarias. Pero, en buena cuenta, éste ya no sería problema de los herederos del causante deudor alimentario y el acreedor alimentario nada les podría reclamar en el futuro.

Es necesario señalar que la parte final del artículo 874 establece que la elección de las indicadas alternativas (incisos 1 y 2) corresponde a los herederos; si hubiere desacuerdo entre ellos, el juez decidirá su forma de pago. Entendemos que el acuerdo a que se hace referencia debe ser unánime. Decimos esto, pues al fin y al cabo si alguno o algunos no estuvieran de acuerdo, por más de que hubiere mayoría absoluta, en ese caso estaríamos

(718) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 254.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en presencia de un desacuerdo, el mismo que debería ser solucionado por el juez, quien finalmente establecerá la forma de pago de los alimentos.

Por último, consideramos pertinente preguntarnos si los herederos podrían seguir un tercer camino, como sería el de no encargar el pago a un heredero en especial, sino, entre todos, cumplir con la obligación alimenticia, mes a mes. Si bien el artículo 874 del Código Civil señala dos caminos, no establece que ellos sean los únicos, así como tampoco sanciona con nulidad el que los herederos puedan seguir algún otro camino. Estimamos que lo importante en tales casos es que tales herederos cumplan con la obligación alimenticia de manera oportuna e íntegra. Creemos que lo demás deviene en accesorio, pero admitimos que el tema es discutible.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Oposición del acreedor a la partición

**Artículo 875.-** El acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados, mientras no se le satisfaga su deuda o se le asegure el pago.

La oposición se ejerce a través de demanda, o como tercero con interés en el proceso existente, de ser el caso. Las facultades procesales dependen de la naturaleza de su derecho.

También puede demandar la tutela preventiva de su derecho todavía no exigible. Esta pretensión se tramita como proceso abreviado.

*El texto de este artículo no responde a la versión original de 1984. Ella es fruto de la modificación efectuada por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993, la misma que adicionó el segundo y el tercer párrafos del precepto. En ese sentido, el texto original era el siguiente:*

***Artículo 875.-*** *El acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados, mientras no se le satisfaga su deuda o se le asegure el pago.*

El artículo 875 se encarga de regular los supuestos en que el acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago de los legados. Hemos visto en puntos anteriores que los herederos pueden dividirse las deudas de la herencia en la medida de sus participaciones en la misma. No obstante, tal división de las deudas, sea el caso que fuere, puede merecer objeciones por parte del acreedor de la obligación, en la medida en que considere que su deuda no haya sido satisfecha (tratándose de deudas vencidas y no pagadas) o cuando no se le asegure el pago, vale decir en el supuesto en que corra riesgo la satisfacción del crédito. Si el acreedor estuviese impago o acreditase el riesgo de falta de pago futuro de la obligación, entonces podrá oponerse a la partición de la herencia. La razón es muy sencilla, en la medida en que para cualquier acreedor será mucho más difícil tratar de cobrar una deuda dividida entre los patrimonios de todos los herederos o en el de alguno, bajo condiciones que puedan representar dificultades en su ejecución.

USO EXCLUSIVO FERREYROS

En esa línea, Augusto Ferrero comenta, «El objeto de la disposición es que se cumpla con el acreedor antes que los sucesores hagan suyos derechos que no les corresponden, por cuanto el activo debe pasar a ellos una vez satisfechas las obligaciones del causante. Después de ello podrán pagarse los legados y partirse los bienes.»(719)

Asimismo, para Guillermo Lohmann, «La finalidad de este precepto es proporcionar al acreedor medios eficientes para la protección de sus derechos e intereses antes que los sucesores (tanto herederos como legatarios) hagan suyos activos sucesorios que todavía no les han sido adjudicados individualmente, ya que es más conveniente (conveniente, no obligatorio) que los activos sean adjudicados a estos después de cubierto este pasivo.»(720)

De ser éste el supuesto, el acreedor mantendría la masa hereditaria como «prenda común» para el pago del crédito adeudado. No cabe duda de que este medio de presión puede terminar siendo muy efectivo para el cobro del crédito, en la medida en que por lo general los herederos tienen vivo interés en que se produzca la rápida partición de la masa hereditaria.

Los dos párrafos siguientes fueron agregados por el Código Procesal Civil y ellos establecen que la oposición a la partición de la herencia se ejerce a través de demanda, o como tercero con interés en el proceso existente, de ser el caso; dependiendo las facultades procesales de la naturaleza de su derecho. Y el precepto concluye señalando que el acreedor del causante también puede demandar la tutela preventiva de su derecho, aunque éste todavía no resulte exigible; pretensión que se tramita como proceso abreviado. Estas normas procedimentales no requieren de mayores comentarios.

En materia jurisprudencial, observamos la Casación n.º 3773-2000-Lima, de fecha 12 de septiembre de 2001, que señala, «No se imposibilita la partición por la existencia de obligaciones del causante a favor de sus herederos. *Segundo.* El artículo 875 del Código sustantivo prescribe que el acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados, mientras no se le satisfaga su deuda o se le asegure su pago. *Tercero.* En el caso submateria, es un hecho probado que de la cláusula cuarta del testamento a que se contrae la escritura pública [...], aparece que la testadora [...] además de disponer de sus bienes, reconoce obligaciones a favor de sus hijos [...]. *Cuarto.* Asimismo, es un hecho establecido por la Sala Civil Superior que

(719) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 754.
(720) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 662.

las mencionadas obligaciones no impiden la partición solicitada, en tanto que no puede ordenarse el cumplimiento de las mismas en este proceso, ya que éstas no son parte de la pretensión demandada, ni han sido fijadas como puntos controvertidos en la audiencia única [...]; de modo tal que el derecho de los aludidos herederos se mantiene incólume a efectos de que lo hagan valer en la forma legal que corresponda; máxime, si al momento de verificarse la partición y división de los bienes las partes procesales han de tener en cuenta los pasivos de la sucesión testamentaria [...].»[721]

Finalmente, nos remitimos también a la Casación n.º 608-04-Lima, de fecha 8 de junio de 2005, «Derecho del acreedor de la herencia a oponerse a su partición o al pago o entrega de los legados. *Sexto.* [El] artículo 875 [...] reconoce el derecho del acreedor de la herencia a oponerse a su partición o al pago o entrega de los legados, mientras no se le satisfaga su deuda o se le asegure el pago. Dicha norma, a su vez, fija las vías a través de las cuales el acreedor puede hacer valer su derecho, como son: a) por medio de una demanda; o, b) como tercero con interés en el proceso existente. Incluso si su derecho no fuera aún exigible, la ley le faculta a demandar la tutela preventiva de ese derecho.»[722]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(721) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 668.
(722) *Loc. cit.*

### Ineficacia de la partición respecto del acreedor

**Artículo 876.**- Si no obstante la oposición prevista en el artículo 875 se procede a la partición, sin pagar la deuda ni asegurar su pago, la partición se reputará no hecha en cuanto se refiere a los derechos del oponente.

Como hemos visto, la oposición a que se refiere el artículo 875, tiene naturaleza judicial, pero de seguro antes de recurrir a los tribunales el acreedor podría haber comunicado formalmente a los herederos acerca de tal oposición. Decimos esto, en la medida en que esperar el curso del trámite representaría, lo más probable, la consumación de la partición de la herencia por parte de los herederos.

Dentro de tal orden de ideas, si hubiese habido oposición a la partición de la herencia, aún no resuelta, los herederos deberán meditar al respecto, pues la consecuencia podría terminar siendo el que la partición se repute no hecha en cuanto se refiere a los derechos del oponente. Si la oposición ya hubiese sido amparada por los tribunales con sentencia firme o, aun no habiéndola, hubiese una medida cautelar vigente que impida a los herederos el hacer partición de la herencia, más allá de las consecuencias antes mencionadas, los herederos estarían desacatando un mandato judicial, con las consecuencias en varios órdenes de cosas que ello acarrea.

Para concluir, Juan Olavarría comenta, «Faltó incluir en esta norma el que se deje a salvo el derecho del tercero adquiriente de buena fe y a título oneroso, quien por cierto no tendría por qué verse perjudicado. La solución legislativa contemplada en esta norma tiene paralelo o semejanza con lo que resulta luego de prosperar la acción revocatoria o pauliana cuando se incurre en fraude en perjuicio del acreedor. En efecto, la transferencia hecha se tendrá por no producida y sin valor alguno para el acreedor. En suma, el acreedor oponente podrá perseguir cualquiera de los bienes de la herencia que hayan sido repartidos y adjudicados y por ende afectará a cualquiera de los coherederos procurando el pago íntegro de la deuda con cargo a dicho bien hereditario.»[723]

(723) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 256.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Resarcimiento a heredero por pago de deuda

**Artículo 877.-** El heredero que hubiere pagado una deuda de la herencia debidamente acreditada, o que hubiere sido ejecutado por ella, tiene derecho a ser resarcido por sus coherederos en la parte proporcional que a cada uno de ellos corresponda.

Las deudas de la herencia son debidas por un patrimonio autónomo, «la sucesión del causante.» Este patrimonio tiene autonomía jurídica, siendo diferente de los herederos que son titulares del referido patrimonio. En ese orden de ideas, si uno de los herederos hubiese pagado con su propio patrimonio una deuda de la herencia o hubiese sido ejecutado su patrimonio para el pago de dicha obligación, el mismo tendrá derecho a ser resarcido por sus coherederos en la parte proporcional que a cada uno de ellos corresponda.

La norma es importante para aclarar las cosas en el terreno práctico, no obstante, ella no es necesaria en estricto sentido técnico jurídico. Decimos esto, en la medida en que, si un heredero paga con su propio patrimonio una deuda de la herencia de la cual es uno de sus titulares y representantes, lo que se está presentando es un supuesto de pago de una obligación por un tercero (persona distinta formalmente a la sucesión), pero qué duda cabe de que ese tercero es uno interesado, razón por la cual con ese pago se produciría el supuesto de subrogación legal o de pleno derecho regulado por el artículo 1260, inciso 2 del Código Civil. Esto significa que ese acreedor que paga tendrá derecho a cobrar a la masa hereditaria, detraída, claro está, la parte que le correspondía por ser uno de los herederos.

Ahora bien, la solución del artículo 877 no es idéntica a la que se lograría por la subrogación. Se trataría, en este caso, de un derecho de repetición contra los demás coherederos. Creemos que ello no era necesario, porque de todas maneras la masa hereditaria debía responder frente al heredero que pagó la deuda con su propio patrimonio, pero en el caso del artículo 877 se facilita una acción contra los propios coherederos que no hicieron tal pago.

ESTUDIO ORÉ CASTILLO FREYRE

## Perjuicio de los coherederos por insolvencia

**Artículo 878**.- La insolvencia de cualquiera de los coherederos obligados a resarcir al que pagó una deuda hereditaria, o que sufrió un embargo por ella, perjudica a prorrata al que la pagó y a los demás coherederos responsables, cuando la insolvencia existía en el momento del pago.

El artículo 878 parte del supuesto del artículo inmediato precedente, y establece que la insolvencia de cualquiera de los coherederos obligados a resarcir al que pagó una deuda hereditaria, o que sufrió un embargo por ella, perjudica a prorrata al que la pagó y a los demás coherederos responsables, cuando la insolvencia existía en el momento del pago.

A pesar de no tratarse de una obligación solidaria, aquella de los coherederos, relativa al resarcimiento al codeudor que pagó, el tratamiento que se brinda a la insolvencia es el mismo que aquél que el Código establece para el caso de las obligaciones solidarias, propio del primer párrafo del artículo 1204 del Código Civil, precepto que señala que, si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.

Sobre el particular, Guillermo Lohmann explica que, «La norma bajo comentario señala in fine que la insolvencia de alguno de los coherederos perjudicará a prorrata tanto al que la pagó como a los demás coherederos, cuando la insolvencia existía en el momento del pago. Ocurre que hasta el momento del pago, todos tienen la condición de codeudores, incluyendo al que efectúe dicho pago. Pero si la insolvencia de uno de los coobligados es sobreviniente o posterior al pago, entonces al haberse constituido el subrogado en acreedor de sus excoobligados, la porción del insolvente se distribuirá entre los demás codeudores, sin incluir al coheredero que pagó y se subrogó. Consideramos que, al igual que en el artículo anterior, sobra mencionar la alternativa del deudor que pagó una deuda hereditaria "o que sufrió un embargo por ella", pues haya existido o no el embargo, lo cierto es que la pagó.»[724]

(724) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 677.

Finalmente, es pertinente referirnos a las precisiones que realiza el profesor Palma Navea sobre el término insolvencia utilizado por la norma, «[...] el término insolvencia utilizado en nuestro ordenamiento civil no recoge la acepción utilizada en la ley concursal, sino más bien está referido de manera general a aquella situación en la que el deudor, en este caso el coheredero, se encuentra en la imposibilidad o incapacidad de pagar sus obligaciones. Cabe mencionar que la actual Ley General del Sistema Concursal, Ley n.° 27809, vigente desde el 7 de octubre de 2002, ya no hace referencia al término insolvencia. En efecto, de acuerdo a la legislación concursal vigente, para la apertura del procedimiento concursal ya no se declara el estado de insolvencia del deudor, sino el sometimiento de este al denominado procedimiento concursal ordinario. Entendemos que lo que ha buscado el legislador es relevar al deudor concursado de la carga que le implicaba la declaración del estado de insolvencia, por las connotaciones mismas del término. No obstante ello, debemos mencionar que, independientemente de la acepción que se utilice, los efectos de la declaración de insolvencia o del sometimiento al procedimiento concursal ordinario son fundamentalmente los mismos.»[725]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(725) Palma Navea, José Enrique. En: *Código Civil comentado. Op. cit.*, tomo IV, p. 602.

## Inexigibilidad del legatario de pagar las deudas de la herencia

**Artículo 879.-** 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, la regla es que son los herederos de la sucesión los encargados de pagar las deudas de la herencia. Esta obligación no pasa a los legatarios, a menos, naturalmente, que el testador hubiere dispuesto en este sentido. Resulta claro que, si hubiese hecho algún pago por concepto de tales deudas, le corresponderá la subrogación legal o de pleno derecho contra la sucesión (regulada por el artículo 1260, inciso 2 del Código Civil) o el derecho a repetir contra los herederos, al que accede en virtud de lo establecido por el propio artículo 879, bajo comentario.

Para Juan Olavarría, «Esta norma no hace sino consagrar la naturaleza del legado y del legatario, que además de ser un acto de liberalidad, no es sino una acreencia, en un caso, y un acreedor más de la herencia, en el otro, al extremo que el legatario ni siquiera es un acreedor privilegiado, pues tiene que esperar su turno en la depuración de la masa hereditaria hasta que se satisfagan los créditos que tienen prioridad y privilegio de atención y pago como son, por ejemplo, las cargas de la herencia, luego las deudas o créditos laborales, y a continuación las deudas provenientes por pensiones devengadas de alimentos, para luego pasar a los créditos que tienen garantías reales, los cuales tienen atención prioritaria con cargo a la propia garantía real, y posteriormente las deudas tributarias, finalizando el orden de pago con los llamados créditos quirografarios o deudas simples del causante. Después de todos ellos, recién entran los legatarios a cobrar sus respectivos legados, siempre con cargo a la porción de libre disposición del causante, la cual puede ser un tercio, la mitad y las tres cuartas partes del patrimonio causado, según concurran en la herencia, respectivamente: hijos, descendientes y cónyuge; padres y demás ascendientes; y herederos voluntarios con legatarios.»[726]

(726) Olavarría Vivian, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, pp. 258-259.

Adicionalmente, resulta pertinente referirnos a los supuestos de excepción de esta norma que son explicados por Guillermo Lohmann, «En suma, podríamos señalar que, en principio, el legatario no está obligado a pagar los pasivos de la herencia. La primera salvedad es cuando el legado es sujeto a cargo, es decir, cuando el testador dispuso lo contrario. En este caso, el legatario pagará dicha carga hasta el límite del valor de su legado. Asimismo, también encontramos dos supuestos más de excepción al principio: (a) En el caso que los legados absorbiesen la totalidad de los activos de la masa hereditaria, o (b) Que todos los herederos hayan aceptado bajo beneficio de inventario y los activos de la herencia fueran insuficientes para el pago de los pasivos. Es el caso de la herencia deficitaria, habiendo invocado los herederos limitación de responsabilidad. Vemos que los legatarios únicamente responden si la deuda no ha podido ser cubierta antes por alguno de los herederos.»(727)

En 1998, en *Tentaciones académicas*,(728) pensábamos que el artículo 879 podría ser modificado, de la siguiente manera: «El legatario no está obligado a pagar las deudas de la herencia, salvo disposición contraria del testador o si las porciones de los herederos no bastaren para ello. De no encontrarse en el último de los supuestos mencionados, si el legatario hubiera pagado alguna deuda debidamente acreditada y que grave específicamente el bien legado, deberá resarcírsele por los herederos lo que hubiere pagado.»

Quien advirtió la deficiencia del artículo 879 fue el Lohmann.(729) El citado profesor anota que tanto los artículos 760 y 761, como el que estamos comentando, se orientan a afirmar que el legatario responde por las obligaciones del causante en la medida en que así éste lo haya dispuesto o que el legatario haya aceptado la obligación.

Agrega Lohmann que no es aceptable este planteamiento, puesto que un testador que carezca de herederos forzosos podría distribuir todo su activo en legados, y que los legatarios se nieguen a pagar a los acreedores del causante, dejándoles sin posibilidad de cobro, argumentando que ellos no heredan deudas, sino sólo bienes singulares. Si esto fuera así, los acreedores quedarían desamparados.

Anota el citado profesor, en posición que compartíamos en 1998, que los únicos artículos que defienden, por decirlo de esa manera, los intereses de los

(727) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 2023, tomo II, p. 680.
(728) Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, pp. 579 y 580.
(729) Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, 1995, p. 99.

acreedores son el 790 y el 875; lo cual, de cualquier modo, resulta insuficiente. Entonces es necesario preguntarse cuál debe ser el orden de pago de las obligaciones y cargas que afectan la masa hereditaria. Eso es lo que precisamente propone Lohmann. El primer y prioritario lugar, corresponde a los herederos no legatarios, quienes al sustituirse en la posición de su causante, pasan a ser deudores, con el privilegio de que la deuda debe pagarse preferentemente con cargo al activo de la herencia.

Agrega que, en segundo lugar, de acuerdo al artículo 770, responderán con su legado, los coherederos que al mismo tiempo sean legatarios.

Por último, señala Lohmann que si quedaran acreedores impagos, sea porque el activo no legado no alcanzó a cubrir el pasivo, sea porque los herederos son insolventes, los legatarios comunes responderán de manera mancomunada, a prorrata por las obligaciones, pero sólo hasta por el valor de los respectivos legados, y por tanto nunca podría ser el caso del heredero.

Por todo ello es que, a decir del citado profesor, el heredero responde por las obligaciones de la masa hereditaria, pero ocasionalmente también responden los legatarios en los casos que han quedado expuestos.

Por nuestra parte, en 1998 preferíamos optar por una modificatoria del artículo 879, bajo comentario, pero que no representara entrar a detalles, ya que consideramos que la ley no debe dedicarse a la casuística. Sí establecíamos claramente que existe la excepción a la regla de que los legatarios nunca responden por las deudas de la herencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## Conservación de los derechos de crédito del heredero o legatario

**Artículo 880.-** El heredero o legatario que fuere acreedor del causante, conserva los derechos derivados de su crédito, sin perjuicio de la consolidación que pudiera operar.

Resulta claro que cualquiera de los herederos o legatarios habría podido ser también acreedor del causante. Esta circunstancia es absolutamente ajena a su condición de heredero o legatario y ella no impide que la persona en cuestión ejerza los derechos que le correspondan de acuerdo a ley. Naturalmente que, si esta persona fuese acreedor del causante, tendrá derecho a efectuar el cobro respectivo a la sucesión. Es claro que en estos casos podrá producirse la consolidación, en la medida en que se unan en esa misma persona las calidades contradictorias de acreedor y deudor de sí mismo.

Pero nótese que ello solamente se producirá en la medida en que tenga que responder para el pago de su propia deuda o con bienes que le hayan sido adjudicados en la partición o con bienes que le hubiesen sido legados.

Decimos esto, porque mientras la herencia permanezca indivisible, será la sucesión, es decir, un patrimonio autónomo, el deudor de ese heredero o legatario y será la sucesión la que deba responder, no presentándose aquí la reunión en una misma persona de las calidades contradictorias de acreedor y deudor.

Para Augusto Ferrero, «La figura está estrechamente ligada al instituto de la consolidación o confusión del derecho de obligaciones, por el cual una persona reúne en sí mismo las calidades de acreedor y deudor. En este caso, se refiere al heredero, y al legatario únicamente si el causante lo ha dispuesto en testamento, de acuerdo al artículo 879 analizado. El heredero o legatario acreedor tiene esta última condición respecto a la herencia; pero como sucesor resulta, a su vez, deudor de su propia acreencia. He allí que se produce la consolidación.»[730]

En esa línea, Fernández Arce comenta que, «La consolidación podría darse eventualmente y se produce cuando por causa posterior al surgimiento de la

(730) Ferrero Costa, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, p. 757.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obligación se subsumen en la misma persona las dos calidades: de acreedor y deudor. No sería posible que el acreedor ejercite la acción de cobro contra sí mismo. Puede darse la consolidación por acto entre vivos o *mortis causa*, según que el origen de la consolidación sea la donación, compra-venta, la subrogación o la herencia, que es precisamente el caso analizado. Si el acreedor del causante es su único heredero, entonces la consolidación será total, se habrá extinguido la obligación; si son varios los herederos y uno de ellos es acreedor del causante entonces la consolidación será parcial porque sólo cubrirá el valor de su cuota hereditaria, pero no la de los restantes, respecto de los cuales el heredero acreedor puede reclamar de los otros, el pago de su crédito.»[731]

Para concluir, en materia jurisprudencial observamos lo dispuesto en la Casación n.º 608-04-Lima, de fecha 8 de junio de 2005, «Doble condición jurídica de 'coheredero-acreedor'. *Octavo.* [La] doble condición jurídica de coheredero-acreedor se encuentra reconocida en el artículo 880 del Código Civil, en la que se señala que este conserva los derechos derivados de su crédito, por tanto será "heredero con derecho a una parte alícuota de la herencia, asumiendo igualmente obligaciones proporcionales a su cuota y también la de acreedor de la obligación. Esa condición de coheredero que le obliga a responder por las deudas de la sucesión da lugar a una situación particular en la que se convierte –aunque parcialmente– en deudor de su propia acreencia, ante esta situación, la parte última del artículo en comentario admite la posibilidad de que pueda operar la consolidación en virtud del cual se extingue parcialmente el crédito de dicho derecho hasta donde alcance su obligación, que es proporcional a su cuota, debiendo reclamar el saldo de su crédito a los demás coherederos" (Zárate del Pino).»[732]

(731) Fernández Arce, César. *Derecho de Sucesiones. Op. cit.*, tomo III, p. 1379.

(732) Pozo Sánchez, Julio. *Summa Civil. Op. cit.*, p. 669 y División de Estudios de Gaceta Jurídica. *Compendium Civil. Op. cit.*, p. 426.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# BIBLIOGRAFÍA CITADA



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# BIBLIOGRAFÍA CITADA


- AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Obra colectiva coordinada por Manuel Muro Rojo y Manuel Alberto Torres Carrasco. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, tomo IV.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones*. Instituto Pacífico, Lima, 2014.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Derecho de Sucesiones*. Ediciones Legales, Lima, 2011.
- ALCÁNTARA FRANCIA, Olga. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- ALIAGA HUARIPATA, Luis. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- ARMAZA GALDÓS, Javier. *Derecho Civil. Sucesiones*. Adrus, Arequipa, 2004.
- BALAREZO REYES, Emilio. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Curso de Derecho Civil*. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921, volumen II.
- BORDA, Guillermo A. *Manual de Sucesiones*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- BORDA, Guillermo A. *Manual de Sucesiones*. 7ª edición. Perrot, Buenos Aires, 1994.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, tomo II.
- BUSSO, Eduardo B. *Código Civil anotado. Obligaciones*. Ediar Editores, Buenos Aires, 1951, tomo IV


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Derecho de Sucesión*. 2ª edición. Programa de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villareal, Lima, 1975, tomo II.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2023, tomo I
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021, tomos I y II.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Derechos reales. Principales y de garantía*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Derecho de las Personas. Naturales y jurídicas*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021
- CASTILLO FREYRE, Mario. «El artículo 1358 del Código Civil». En: *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. (Quinta parte). Biblioteca de Arbitraje. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2020, volumen 81.
- CASTILLO FREYRE, Mario. «La legítima y la porción disponible». En: *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. (Quinta parte). Biblioteca de Arbitraje. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2020, volumen 81.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano*. Biblioteca de Arbitraje. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2020, volumen 75.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Palestra Editores - Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2010, tomo I.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, volumen XVIII, tomo III.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Palestra Editores, Lima, 2000, tomo I.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998, tomos I y II y anexo legislativo.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*. Fiessa, Lima, 1990. Obra publicada con el auspicio del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología-Concytec.


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- CASTILLO FREYRE, Mario y Giannina MOLINA AGUI. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021.
- CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica ROSAS BERASTAIN. *Las obligaciones*. Biblioteca Lo esencial del Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.
- CASTILLO FREYRE, Mario. Con la participación de Verónica ROSAS BERASTAIN. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra Editores, Lima, 2006.
- CASTILLO FREYRE, Mario y Verónica ROSAS BERASTAIN. *Cuatro temas de hoy*. Derecho & Sociedad, Lima, 2005.
- CASTRO SAÉNZ, Alfonso. «Un acercamiento civilístico [*sic*] a la herencia yacente». [PDF] Recuperado de: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2084/AD-4-38.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- CORBERA MURO, Miriam. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- CORNEJO FAVA, María Teresa. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- CUSACK, Andrew. *The last will and testament of Louis XVI*. [25 de enero de 2006]. Recuperado de: http://www.andrewcusack.com/2006/the-last-will-and-testament-of-louis-xvi/
- DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de Derecho Hereditario*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, parte general, tomo II.
- DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA. *Compendium civil. Compendio práctico que sistematiza y conecta la jurisprudencia casatoria más relevante emitida por la Corte Suprema de Justicia durante los últimos 25 años con relación a los artículos del Código Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2022.
- ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de Sucesiones*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- EISENHOWER, Dwight D. *Adolf Hitler, certificado de matrimonio y testamento político, abril de 1945*. Recuperado de: https://www.eisenhowerlibrary.gov/research/online_documents/holocaust/Hitler_Marriage_Will_Political_Testament.pdf
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *Derecho Sucesorio*. Abeledo-Perrot, Santiago de Chile, 2010.


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- FERNÁNDEZ ARCE, César. *Manual de Derecho Sucesorio*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.
- FERNÁNDEZ ARCE, César. *Derecho de Sucesiones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, tomos I, II y III.
- FERNÁNDEZ ARCE, César y César ALIAGA CASTILLO. «Derecho de acrecer». En: *Derecho & Sociedad*, n.° 25, Lima, 2005.
- FERRERO COSTA, Augusto. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- FERRERO COSTA, Augusto. *Manual de Derecho de Sucesiones*. Cultural Cuzco Editores, Lima, 1998.
- FERRERO COSTA, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos*. Presentada a la Comisión Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil. Lima, 2 de abril de 1997.
- GACETA JURÍDICA. (25 de marzo de 2021). *Resolución n.° 140-2021-SUNARP-TR-A*. Consultado en: https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/140-2021-SUNARP-TR-A_unlocked.pdf
- GARCÍA MAC GAW, Carlos. «La deuda y las clases sociales en la primitiva república romana». En: *XI Jornadas Interescuelas / Departamentos de Historia*. Departamento de Historia. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 2007.
- GIORGI, Giorgio. *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc.* Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de la Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909, tomo I.
- GRUPO DE TRABAJO DE REVISIÓN Y MEJORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. *Anteproyecto de Reforma del Código Civil*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2019. Disponible en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Anteproyecto-de-Reforma-al-C%C3%B3digo-Civil-Peruano-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR35kM_4DKRclgil0kf123aZWXvH461cvMOZsFG1q3O2PdXTlnrSm1q_xF0.
- HUC, Theóphile. *Commentarie théorique et pratique du Code Civil*. Libraire Cotillon, París, tomo VII.


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- KIPP, Theodor. *Derecho de Sucesiones*. Traducido de la octava revisión alemana. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1930, tomo V.
- LANATTA GUILHEM, Rómulo E. *El Derecho de las Sucesiones en el Código Civil peruano de 1936. Estudios críticos*. Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- LANATTA GUILHEM, Rómulo E. *Derecho de Sucesiones*. Editorial Desarrollo, Lima, 1978, tomo II.
- LANATTA GUILHEM, Rómulo E. *Derecho de Sucesiones*. Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1969, tomo I.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *La sucesión hereditaria en la jurisprudencia suprema*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos*. Ediar Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1956, tomo II.
- LEÓN HILARIO, Leysser. «Consideraciones en torno de la indignidad para suceder. Una lectura civil del caso "Espino Vásquez"». En: *Advocatus*, n° 22, Lima, 2016.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Perrot, Buenos Aires, 1975, tomo II-A.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Gaceta Jurídica, Lima, 2023, tomo I.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. «Sustitución de herederos y legatarios». En: *Ius et Veritas*, n.° 49, Lima, 2014.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.
- LP - PASIÓN POR EL DERECHO. (23 de diciembre de 2022). «¿Existe un plazo de caducidad que origine la extinción del derecho a heredar?» [Casación 1292-2004-Cusco]. Consultado en: https://lpderecho.pe/existe-plazo-caducidad-origine-extincion-derecho-heredar-casacion-1292-2004-cusco/
- LP - PASIÓN POR EL DERECHO. (23 de diciembre de 2022). «Las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a los demás.» [Casación 2301-2011-Arequipa]. Consultado en: https://lpderecho.pe/formalidades-especificas-cada-clase-testamento-no-pueden-aplicadas-demas-casacion-2301-2011-arequipa/


EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

- MAFFIA, Jorge. *Manual de Derecho Sucesorio*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2022, tomo I.
- MURO ROJO, Manuel y Alfonso REBAZA GONZÁLEZ. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- OLAVARRÍA VIVIAN, Juan. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- OLAVARRÍA VIVIAN, Juan. *Comentarios al Derecho de Sucesiones*. Editora Escolani, Lima, 2010.
- OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Con la colaboración de Verónica ROSAS BERASTAIN. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Rimay Editores, Lima, 2020.
- OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Con la colaboración de Verónica ROSAS BERASTAIN. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Thomson Reuters, Lima, 2014, volumen II.
- PALMA NAVEA, José Enrique. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- PAZOS HAYASHIDA, Javier. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Editorial Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f, primera parte.
- POZO SÁNCHEZ, Julio. *Summa Civil. Toda la jurisprudencia civil vinculante, relevante y actual en un solo volumen*. 3ª edición. Nomos & Thesis, Lima, 2021.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Consultado en: https://dle.rae.es/grave.
- SILVA BASCUÑÁN, Marcos. *La partición de bienes*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1948.
- VALVERDE, Emilio. *El Derecho de Sucesiones en el Código Civil peruano*. Imprenta del Ministerio de Guerra, Lima, 1951, tomo I.
- VALVERDE MORANTE, Ricardo. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2020, tomo IV.
- ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de las Sucesiones*. 5ª edición. Astrea, Buenos Aires, 2007.


MARIO CASTILLO FREYRE

# ÍNDICE GENERAL



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# ÍNDICE GENERAL


- Palabras liminares ..... 7


## LIBRO IV
## DERECHO DE SUCESIONES

## SECCIÓN PRIMERA

## SUCESIÓN EN GENERAL

### TÍTULO I
### TRASMISIÓN SUCESORIA


- Momento en que se produce la trasmisión sucesoria ..... 13
- Responsabilidad *intra vires hereditatis* ..... 18
- Responsabilidad *ultra vires hereditatis* ..... 21
- Juez competente en materia sucesoria ..... 24


### TÍTULO II
### PETICIÓN DE HERENCIA


- Acción petitoria de herencia ..... 27
- Acción reivindicatoria de bienes hereditarios ..... 31
- Retribución y resarcimiento por enajenación de bienes hereditarios 34


ESTUDIO MARIO CASTELLO FREYRE

## TÍTULO III
## INDIGNIDAD


- Exclusión de la sucesión por indignidad ..... 37
- Exclusión del indigno por sentencia ..... 46
- Desheredación por indignidad y perdón del indigno ..... 50
- Carácter personal de la indignidad ..... 52
- Efectos de la declaración de indignidad ..... 55


## TÍTULO IV
## ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA


- Formas de aceptar la herencia ..... 59
- Presunción de aceptación de herencia ..... 62
- Renuncia a herencia y legado ..... 65
- Formalidad de la renuncia ..... 67
- Impugnación de la renuncia por el acreedor ..... 68
- Carácter de la aceptación y renuncia ..... 73
- Aceptación o renuncia de herencia futura ..... 75
- Transmisibilidad del derecho de aceptar o renunciar a la herencia .. 77
- Actos que no importan aceptación ni impiden renuncia ..... 79


## TÍTULO V
## REPRESENTACIÓN


- Herederos por representación ..... 81
- Representación en línea recta descendente ..... 86
- Representación en línea colateral ..... 88
- Efectos de la representación sucesoria ..... 91
- Representación en sucesión legal y testamentaria ..... 93


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## SECCIÓN SEGUNDA

## SUCESIÓN TESTAMENTARIA

### TÍTULO I

### DISPOSICIONES GENERALES


- Sucesión testamentaria ..... 99
- Personas imposibilitadas para otorgar testamento ..... 107
- Nulidad de disposición testamentaria ..... 113
- Aplicación de normas sobre modalidades del acto jurídico ..... 116
- Carácter personal y voluntario del acto testamentario ..... 119


### TÍTULO II

### FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS

#### CAPÍTULO PRIMERO

#### DISPOSICIONES COMUNES


- Tipos de testamento ..... 123
- Formalidad del testamento otorgado por analfabeto ..... 125
- El testamento de los ciegos ..... 127
- El testamento de los mudos, de los sordomudos y de quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa ... 128
- Formalidades testamentarias ..... 130


#### CAPÍTULO SEGUNDO

#### TESTAMENTO EN ESCRITURA PÚBLICA


- Formalidades del testamento otorgado por escritura pública ..... 134
- Testigo testamentario a ruego ..... 146
- Suspensión de la facción de testamento ..... 149


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## CAPÍTULO TERCERO
## TESTAMENTO CERRADO


- Formalidad del testamento cerrado ..... 151
- Revocación del testamento cerrado ..... 156
- Custodia y presentación judicial de testamento cerrado ..... 158
- Apertura de testamento cerrado ..... 160
- Conversión del testamento cerrado en uno ológrafo ..... 163


## CAPÍTULO CUARTO
## IMPEDIMENTOS DEL NOTARIO Y DE LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS


- Impedimentos del notario ..... 165
- Personas impedidas de ser testigos testamentarios ..... 171
- Validez del testamento otorgado con testigo impedido ..... 175


## CAPÍTULO QUINTO
## TESTAMENTO OLÓGRAFO


- Testamento ológrafo. Formalidades ..... 177
- Presentación de testamento ológrafo ante el juez ..... 182
- Apertura judicial de testamento ológrafo ..... 184
- Traducción oficial de testamento ..... 187
- Protocolización del expediente ..... 189


## CAPÍTULO SEXTO
## TESTAMENTO MILITAR


- Testamento militar ..... 191
- Personas ante quienes se puede otorgar testamento militar ..... 194
- Trámite del testamento militar luego de su otorgamiento ..... 197
- Caducidad del testamento militar ..... 199


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## CAPÍTULO SÉPTIMO
## TESTAMENTO MARÍTIMO


- Personas que pueden otorgar testamento marítimo ..... 203
- Formalidades del testamento marítimo ..... 207
- Protección del testamento marítimo ..... 209
- Trámite del testamento marítimo ..... 212
- Caducidad del testamento marítimo ..... 214


## CAPÍTULO OCTAVO
## TESTAMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO


- Formalidad del testamento otorgado en el extranjero ..... 216
- Validez de testamento otorgado en el extranjero ..... 218


# TÍTULO III
# LA LEGÍTIMA Y LA PORCIÓN DISPONIBLE


- Noción de legítima ..... 221
- Herederos forzosos ..... 229
- Tercio de libre disposición ..... 231
- Cincuenta por ciento de libre disposición ..... 234
- Libre disposición de la totalidad de los bienes ..... 235
- Gravamen sobre la porción disponible ..... 237
- Legítima del heredero forzoso ..... 240
- Legítima del cónyuge ..... 243
- Derecho de habitación vitalicia del cónyuge supérstite ..... 245
- Derecho de usufructo del cónyuge supérstite ..... 249
- Intangibilidad de la legítima ..... 252


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## TÍTULO IV

## INSTITUCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE HEREDEROS Y LEGATARIOS


- Institución de heredero o legatario ..... 257
- Sucesión a título universal y particular ..... 260
- Forma de institución de heredero forzoso ..... 272
- Institución de heredero voluntario ..... 274
- Caudal disponible para legatarios ..... 276
- Remanente que corresponde a herederos legales ..... 281
- Herederos y legatarios sustitutos ..... 282
- Igualdad de condiciones y cargos entre sustitutos e instituidos ..... 284


## TÍTULO V

## DESHEREDACIÓN


- Noción de desheredación ..... 287
- Obligación de expresar causal de desheredación ..... 289
- Causales de desheredación de los descendientes ..... 291
- Causales de desheredación de los ascendientes ..... 297
- Causales de desheredación del cónyuge ..... 299
- Desheredación por indignidad ..... 301
- Personas exentas de desheredación ..... 304
- Efectos de la desheredación ..... 305
- Derecho de contradecir la desheredación ..... 307
- Acción del causante para justificar la desheredación ..... 310
- Prueba de la desheredación a cargo de los herederos del causante ..... 312
- Revocación de la desheredación ..... 314
- Nueva desheredación ..... 316
- Herederos en representación del desheredado ..... 318


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## TÍTULO VI
## LEGADOS


- Facultad de disponer por legado ..... 321
- Invalidez del legado ..... 324
- Legado de bien mueble determinable ..... 327
- Legado de bien parcialmente ajeno ..... 331
- Legado de bien gravado ..... 333
- Legado de bien sujeto a uso, usufructo o habitación ..... 335
- Legado de crédito y legado de liberación de deuda ..... 336
- Legado para fines sociales, culturales y religiosos ..... 339
- Legado de predio ..... 341
- Legado en dinero ..... 343
- Legado de alimentos ..... 344
- Legado remuneratorio ..... 346
- Legado sujeto a modalidad ..... 348
- Legado de bien determinado ..... 350
- Reducción de los legados ..... 352
- Cuarta falcidia ..... 355
- Caducidad del legado ..... 358
- Aceptación y renuncia del legado ..... 361


## TÍTULO VII
## DERECHO DE ACRECER


- Derecho de acrecer entre coherederos ..... 363
- Derecho de acrecer entre colegatarios ..... 365
- Reintegro del legado a la masa hereditaria ..... 367
- Improcedencia del derecho de acrecer ..... 369


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# TÍTULO VIII
# ALBACEAS


- Nombramiento de albacea ..... 371
- Formalidad del nombramiento ..... 373
- Pluralidad de albaceas ..... 375
- Responsabilidad solidaria de los albaceas ..... 377
- Ejercicio concurrente o sucesivo del albaceazgo ..... 378
- Personas impedidas de ser albaceas ..... 380
- Albaceazgo ejercido por personas jurídicas ..... 381
- Excusa y renuncia del albacea ..... 384
- Plazo para aceptar el cargo ..... 386
- Obligaciones del albacea ..... 388
- Personería específica de los albaceas ..... 395
- Carácter personal del albaceazgo ..... 397
- Posesión de bienes por el albacea ..... 399
- Actos de conservación de los bienes que debe realizar el albacea ... 401
- Albacea dativo ..... 403
- Remuneración del albacea ..... 405
- Rendición de cuentas del albacea ..... 409
- Remoción del albacea ..... 413
- Cese del cargo de albacea ..... 416
- Obligación del albacea de cumplir con la voluntad del testador ..... 419


# TÍTULO IX
# REVOCACIÓN, CADUCIDAD Y NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS

## CAPÍTULO PRIMERO
## REVOCACIÓN


- Revocación del testamento ..... 421
- Forma de revocar el testamento ..... 424
- Reviviscencia de testamento anterior ..... 426


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Revocación parcial de testamento ..... 431
- Revocación del testamento cerrado ..... 433
- Validez del testamento cerrado como ológrafo ..... 435
- Revocación del testamento ológrafo ..... 437


## CAPÍTULO SEGUNDO
## CADUCIDAD


- Caducidad de testamento ..... 439
- Preterición de heredero forzoso ..... 443
- Reducción de disposiciones testamentarias ..... 445


## CAPÍTULO TERCERO
## NULIDAD


- Nulidad y anulabilidad de testamento ..... 447
- Anulabilidad de testamento por vicios de la voluntad ..... 452
- Nulidad por falsa noticia de la muerte del heredero ..... 455
- Nulidad por defectos de forma ..... 457
- Anulabilidad por defectos de forma ..... 460
- Nulidad y anulabilidad de los testamentos especiales ..... 464
- Nulidad de testamento común ..... 466


# SECCIÓN TERCERA
# SUCESIÓN INTESTADA

## TÍTULO I
## DISPOSICIONES GENERALES


- Casos de sucesión intestada ..... 471
- Órdenes sucesorios ..... 478
- Exclusión sucesoria ..... 481


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## TÍTULO II

## SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES


- Igualdad de derechos sucesorios de los hijos ..... 483
- Sucesión por cabeza y por estirpe ..... 486


## TÍTULO III

## SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES


- Sucesión de los padres ..... 491
- Sucesión de los abuelos ..... 492


## TÍTULO IV

## SUCESIÓN DEL CÓNYUGE


- Concurrencia del cónyuge con descendientes ..... 493
- Opción usufructuaria del cónyuge ..... 496
- Concurrencia del cónyuge con ascendientes ..... 499
- Sucesión exclusiva del cónyuge ..... 502
- Improcedencia de la sucesión del cónyuge ..... 504
- Derecho sucesorio del cónyuge de buena fe ..... 506


## TÍTULO V

## SUCESIÓN DE LOS PARIENTES COLATERALES


- Sucesión de parientes colaterales ..... 509
- Concurrencia de medio hermanos ..... 511


## TÍTULO VI

## SUCESIÓN DEL ESTADO Y DE LAS BENEFICENCIAS PÚBLICAS


- Sucesión del Estado y de las beneficencias públicas ..... 513


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## SECCIÓN CUARTA

## MASA HEREDITARIA

### TÍTULO I
### COLACIÓN


- Concepto de colación ..... 519
- Límites de la dispensa de colación ..... 524
- Colación de bienes ..... 530
- Colación en especie ..... 535
- Colación de dinero, créditos o títulos valores ..... 537
- Bienes no colacionables ..... 540
- Gastos no colacionables ..... 544
- Inexigibilidad de colacionar el seguro y primas pagadas ..... 546
- Inexigibilidad de colacionar las utilidades ..... 548
- Colación de intereses legales y frutos ..... 552
- Colación del heredero por representación ..... 555
- Colación del exceso de la porción disponible ..... 557
- Beneficios exclusivos de la colación ..... 560


### TÍTULO II
### INDIVISIÓN Y PARTICIÓN

#### CAPÍTULO PRIMERO
#### INDIVISIÓN


- Copropiedad de los herederos ..... 563
- Aplicación supletoria de normas sobre copropiedad ..... 566
- Plazo de indivisión de la empresa ..... 569
- Indivisión pactada entre herederos ..... 575
- Inscripción de la indivisión ..... 577
- Pago a herederos en desacuerdo con indivisión ..... 579
- Partición judicial antes del plazo ..... 581
- Administración de herencia indivisa ..... 582


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## CAPÍTULO SEGUNDO
## PARTICIÓN


- Partición testamentaria ..... 584
- Formalidad de la partición ..... 590
- Titulares de la acción de partición ..... 593
- Causales de partición judicial ..... 597
- Suspensión de la partición por heredero concebido ..... 599
- Suspensión de la partición por acuerdo o resolución judicial ..... 602
- Partición con garantías ..... 604
- Forma de adjudicar los bienes hereditarios ..... 607
- Venta de bienes hereditarios para pago de adjudicación ..... 609
- Partición de bienes divisibles ..... 611
- Reducción a prorrateo del exceso en la partición ..... 613
- Partición de créditos heredados ..... 615
- Partición de bienes omitidos ..... 619
- Nulidad de la partición por preterición de un sucesor ..... 621
- Saneamiento por evicción en la partición ..... 624
- Improcedencia del saneamiento por evicción ..... 626
- Improcedencia de saneamiento por insolvencia ..... 628


# TÍTULO III
# CARGAS Y DEUDAS DE LA HERENCIA

## CAPÍTULO PRIMERO
## CARGAS


- Cargas de la masa hereditaria ..... 629
- Extensión de beneficio a personas que vivieron con el causante ..... 634


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

## CAPÍTULO SEGUNDO
## DEUDAS


- Deudas que recaen sobre la masa hereditaria ..... 636
- Preferencia de pago a los acreedores del causante ..... 662
- Pago de deudas antes de la partición ..... 664
- Pago de deuda alimentaria ..... 666
- Oposición del acreedor a la partición ..... 669
- Ineficacia de la partición respecto del acreedor ..... 672
- Resarcimiento a heredero por pago de deuda ..... 673
- Perjuicio de los coherederos por insolvencia ..... 674
- Inexigibilidad del legatario de pagar las deudas de la herencia ..... 676
- Conservación de los derechos de crédito del heredero o legatario ... 679

Bibliografía citada ..... 683


ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este libro se terminó de imprimir
en enero de 2024, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: (01) 242-2281
Lima, Perú

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE