

PERÚ

*Ponente nacional*

Doctor CARLOS AUGUSTO SOTOMAYOR BERNOS

Abogado

Notario

Decano del Colegio de Escribanos de Lima (1986 y 1991-1992)

Presidente de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios de Perú  
(1987-1988 y 1993-1994)

Miembro de la Comisión Revisora que elaboró la actual Ley  
del Notariado (1992)

Profesor de Derecho Notarial y Registral de la Universidad  
de Lima (1986-1988)

Jurado de concursos Notariales

Autor de publicaciones notariales

Expositor en eventos nacionales e internacionales

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL RÉGIMEN SUCESORIO EN EL PERÚ. 2. SUCESIÓN INTESTADA. **Por falta de testamento. Por falta de heredero.** 3. PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE. **Derecho hereditario. Otros derechos.** 4. HEREDEROS LEGITIMARIOS Y NO FORZOSOS. **Forzosos. En la sucesión testamentaria. En la sucesión intestada. No forzosos. En la sucesión testamentaria. En la sucesión intestada.** 5. **Derecho de representación.** 6. **Indivisiones postcomunitarias.** 7. **Sucesión testamentaria.** 8. **Formas testamentarias.** 9. **Solemidades a cumplirse. Por escritura pública. Cerrado. Ológrafo. Militar. Marítimo.** 10. CONTENIDO TESTAMENTARIO. 11. LA LEGÍTIMA. PORCIÓN LEGÍTIMA. MEJORA. VIOLACIÓN. 12. ACCIONES DE PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA. 13. DERECHO DE ACRECER. 14. HEREDEROS INSTITUIDOS. 15. INDIGNIDAD Y DESHEREDACIÓN. 16. LEGATARIOS. 17. TIPOS Y CLASES DE LEGADOS. 18. ALBACEA TESTAMENTARIO. 19. REVOCACIÓN, CADUCIDAD Y NULIDAD TESTAMENTARIA. **Revocación. Caducidad. Nulidad.** 20. REGISTRACIÓN TESTAMENTARIA. 21. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL EN EL PROCESO SUCESORIO. 22. SUCESIÓN VACANTE. 23. CESIÓN DE DERECHOS Y ACCIONES HEREDITARIOS. 24. ACTOS ENTRE VIVOS CON EFECTOS *POST MORTEM*. 25. PARTICIÓN DEL ASCENDIENTE POR DONACIÓN. 26. PARTICIÓN DEL ASCENDIENTE POR TESTAMENTO. 27. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO. 28. TESTAMENTO PARA LA VIDA O «LIVING WILL». 29. INCIDENCIA DEL O DE LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES MATRIMONIALES EN EL RÉGIMEN SUCESORIO. 30. NORMAS INTERNACIONALES EN MATERIA SUCESORIA. 31. FÓRMULA DOCUMENTAL MÁS USUAL. 32. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

El Código Civil del Perú fue promulgado por Decreto Legislativo 295, de fecha 24 de julio de 1984, durante el Gobierno Constitucional del arquitecto Fernando Belaúnde Terry y entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año. Es el tercer Código Civil de nuestra vida republicana, siendo el primero el de 1852 y el segundo el de 1936.

Trata del Derecho de Sucesiones en el Libro IV, luego del Derecho de las Personas (Libro I), del Acto Jurídico (Libro II), del Derecho de Familia (Libro III), pero antes de los Derechos Reales (Libro V) y de las Obligaciones (Libro VI) y Fuentes de las Obligaciones (Libro VII), no obstante que estos últimos libros tienen incidencia en el derecho sucesorio.

El Libro consta de cuatro secciones. La primera trata de la sucesión en general, que a su vez se divide en cinco títulos: transmisión sucesoria; petición de herencia; indignidad; aceptación y renuncia de la herencia, y representación. Empieza por seña-

lar, que desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a los herederos (art. 660).

La segunda sección se refiere a la sucesión testamentaria, que se compone de siete títulos, a saber: disposiciones generales; formalidades de los testamentos; la legítima y la porción disponible; institución y sustitución de herederos y legatarios; desheredación; legados; derecho de acrecer; albaceas, y revocación, caducidad y nulidad de los testamentos.

La tercera sección regula la sucesión intestada en seis títulos: disposiciones generales; sucesión de los descendientes; sucesión de los ascendientes; sucesión del cónyuge; sucesión de los parientes colaterales, y sucesión del Estado y de las Beneficencias Públicas.

La cuarta sección está referida a la masa hereditaria. Se divide en tres títulos: colación, indivisión y partición, y cargas y deudas de la herencia.

En el Libro X del Código Civil, relativo al Derecho Internacional Privado, se regulan normas internacionales en materia sucesoria.

En el orden formal, el Derecho de Sucesiones en el Código Civil de 1984 guarda similitud con el del Código Civil de 1936 derogado, no sólo en cuanto a su ubicación en la estructura del Código (donde también le precede el Derecho de las Personas y de Familia, mas no el Acto Jurídico que en ese cuerpo de leyes no conformaba un Libro especial, sino integraba el de Obligaciones), sino también en su orden interno con sus cuatro secciones, con la salvedad de diferenciar el actual la sucesión en testamentaria e intestada, mientras que el código derogado lo hacía entre testamentaria y legal, término este último no apropiado, ya que ambas sucesiones son legales. No obstante, la corrección que hace el nuevo Código en este aspecto incurre en la costumbre de seguir denominando herederos legales a aquellos que suceden por la vía de la sucesión intestada.

Por otro lado, ambos Códigos tienen significativas diferencias de fondo. Así, por ejemplo, el Código anterior limitaba el derecho de heredar del cónyuge, estableciendo que la legítima del cónyuge era una cuota igual a la que le correspondería como heredero, pero la perdería si sus gananciales llegaban o excedían ese monto y en todo caso se reducía hasta que fuera lo preciso si los gananciales fueran menores (art. 704 Código Civil 1936). El Código Civil vigente separa los derechos hereditarios del cónyuge de lo que le corresponde de la sociedad de gananciales, estableciendo expresamente que la legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio (art. 730).

Otra diferencia entre ambos Códigos está dada al tratamiento de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, señalando el Código derogado que si había hijos legítimos e ilegítimos (hoy términos no admitidos) cada uno de los últimos recibía la mitad de los que recibía cada legítimo (art. 762 Código Civil 1936). Actualmente, todos los hijos heredan por igual, sea su condición de matrimoniales o extramatrimoniales.

El actual Código Civil ha puesto fin, en los casos expuestos, a dos situaciones que constitufan verdaderos tratos discriminatorios en materia sucesoria.

Por otro lado, es conveniente destacar, que si bien nuestra legislación reconoce la unión de hecho entre un varón y una mujer, que no tienen impedimento matrimonial, sostenida por lo menos dos años continuos, como una sociedad de bienes a la que se le aplica el régimen de sociedad de gananciales (art. 326), es de advertir que no le concede derechos sucesorios a los concubinos a heredar entre sí.

En el presente trabajo, la referencia a normas legales está hecha al Código Civil. Siguiendo las pautas establecidas por la Coordinación Internacional, las respuestas a los temas planteados están basadas en el derecho positivo peruano y contiene en gran parte la transcripción de las normas legales.

### 1. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL RÉGIMEN SUCESORIO EN EL PERÚ

En nuestro ordenamiento legal la sucesión puede ser de dos clases:

- a) Testamentaria: mediante la expresión de voluntad del causante, que señala sus sucesores; y,
- b) Intestada: como consecuencia de una declaración judicial a falta de la voluntad del *de cuius*, por la que se instituye a los herederos.

Puede darse el caso de una sucesión mixta, es decir, aquélla donde por no ser suficiente la memoria testamentaria, se debe recurrir a la declaración judicial y la sucesión se rige por ambos instrumentos. Así, tenemos el caso de una sucesión mixta, cuando un testador sin herederos forzosos ha dejado por testamento parte de sus bienes en legados y quedan otros bienes sin distribuir. Habrá que recurrir a la declaratoria de herederos judicial para ordenar la sucesión de esos bienes.

No se admite la sucesión contractual. Es más, está prohibida. No hay aceptación ni renuncia de herencia futura (art. 678). Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora (art. 1405).

El testamento es un acto jurídico personalísimo y voluntario. 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 (art. 690).

El testamento es, además, revocable. El testador tiene el derecho de revocar, en cualquier tiempo, sus disposiciones testamentarias (art. 798).

Es también escrito. Las formalidades de todo testamento son la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma (art. 695).

A su vez, es individual o unilateral. Es nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas (art. 814). No son válidos los testamentos mancomunados ni verbal (art. 722).

El testamento es igualmente solemne. El testamento es nulo de pleno derecho por defectos de forma (art. 811).

Es *mortis causa*. Por testamento una persona dispone de sus bienes para después de su muerte (art. 686). El testamento recién surte efecto a la muerte del testador.

Existen los herederos forzosos, aquellos que no pueden ser excluidos de la sucesión, salvo los casos que incurran en causales de indignidad y desheredación. También existen los herederos legales, los herederos voluntarios y los legatarios.

Todos los hijos, ya sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, heredan en la misma proporción. El cónyuge hereda independientemente de sus gananciales.

Existen órdenes sucesorios, donde los parientes de la línea recta descendente excluyen a los de la ascendente; y los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos (art. 817).

No existe la figura de la mejora, aunque sí la porción de libre disposición. Existen la acción de petición, la acción reivindicatoria, la representación, el derecho de acrecer, la renuncia a la herencia, la indignidad y la desheredación.

También, la figura de la colación, que consiste en restituir a la masa hereditaria el bien o el valor recibido del causante, en vida de éste a título gratuito. 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.

## 2. SUCESIÓN INTESTADA

La falta de declaración de voluntad del causante es suplida por la Ley que señala el orden sucesoral.

Procede en los siguientes casos (art. 815):

### Por falta de testamento

- Cuando el causante muere sin dejar testamento.
- Cuando el testamento que dejó el causante ha sido declarado nulo total o parcialmente.
- Cuando el testamento ológrafo ha caducado por falta de comprobación judicial.

### Por falta de heredero

- Cuando se declara inválida la desheredación.
- Cuando el testamento no contiene declaración de heredero o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye.
- Cuando el heredero forzoso muere antes que el testador, renuncia a la herencia o la pierde por indignidad o desheredación y no tiene descendientes que lo representen.
- Cuando el heredero voluntario o el legatario muere antes que el testador o no se ha cumplido la condición impuesta por este último o por renuncia o por haber sido declarados estos sucesores indignos sin tener sustitutos designados.

- Cuando el testador no tiene herederos forzosos ni voluntarios instituidos en su testamento y no ha dispuesto de todos sus bienes en legados (en este caso la sucesión intestada sólo procede respecto a los bienes de los que no dispuso).

En esta clase de sucesión, la herencia es siempre a título universal, es decir, los herederos declarados suceden al causante en todos los bienes, derechos y obligaciones.

La sucesión intestada, también conocida como Declaratoria de Herederos, es un proceso no contencioso que se sigue ante el órgano jurisdiccional, conforme a las normas contenidas en el Código Procesal Civil (arts. 830 a 836). Se inicia a solicitud de cualquier interesado e inclusive del Ministerio Público, si existe incapaz sin representante.

Admitida la solicitud con los recaudos correspondientes, se notifica a los presuntos herederos, cónyuge supérstite y a la Beneficencia Pública y si el causante fue extranjero también al Consulado respectivo; se publica en dos diarios un aviso conteniendo la identificación del Juzgado y Secretario del Juzgado, nombres del solicitante y causante y la fecha y lugar de fallecimiento; y se anota la solicitud en el Registro de Declaratoria de Herederos.

La audiencia debe realizarse no antes de los quince ni después de los treinta días desde la última publicación. Acreditada la condición de heredero, el juez resuelve atendiendo a lo probado; si hay oposición se formula una contradicción.

Todas las resoluciones que se expidan en este proceso deben ser notificadas al Ministerio Público, que no emite dictamen.

Consentida o ejecutoriada la resolución que declara herederos, se inscribe en el Registro de Declaratoria de Herederos.

## 3. PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

### Derecho hereditario

- El cónyuge concurre con los hijos u otros descendientes del causante, correspondiéndole una cuota igual a la de un hijo (art. 822).
- El cónyuge concurre también con los padres u otros ascendientes del causante, heredando una cuota igual a la de uno de ellos (art. 824).
- Si el causante no ha dejado descendientes ni ascendientes con derecho a heredar, la herencia le corresponde al cónyuge (art. 825).
- El derecho hereditario del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio (art. 730).

### Otros derechos

En adición a su derecho hereditario y al que corresponde por concepto de gananciales, el cónyuge supérstite goza de los derechos siguientes:

a) Cuando concurre con hijos u otros descendientes del causante: optar por el derecho de usufructo: sobre la tercera parte del total de la herencia, salvo que hubiere optado por el derecho de habitación o usufructo que se detallan en el inciso siguiente (art. 823). Si opta por este derecho, el cónyuge no recibe su cuota hereditaria, correspondiéndole la propiedad de los bienes a los hijos, sin perjuicio de sus gananciales.

b) Cuando concurre con cualquier heredero: ejercer el derecho de habitación: en forma vitalicia y gratuita sobre la casa-habitación en que existió el hogar conyugal si sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor para que le sea adjudicada dicha casa. Este derecho de habitación recae sobre la diferencia entre el valor del bien y el de sus derechos de legítima y gananciales y afecta la cuota de libre disposición e inclusive la parte reservada a los demás herederos en proporción al derecho de cada uno. En todo caso, los demás bienes se dividen entre los demás herederos, excluyendo al cónyuge (art. 731). Este derecho constituye una verdadera carga sobre la herencia que corresponda a otros sucesores, no obstante que la legítima en nuestro ordenamiento legal no admite ninguna modalidad ni gravamen. El derecho de habitación es la excepción.

A su vez, el cónyuge sobreviviente se beneficia con el derecho de usufructo: si habiendo optado el cónyuge sobreviviente por el derecho de habitación da en arrendamiento la casa-habitación por no tener la situación económica para sostenerla, percibe la renta para sí y ejerce todos los derechos del usufructuario sobre la diferencia entre el valor del bien y el de sus derechos de legítima y gananciales. Para celebrar el arrendamiento se requiere de autorización judicial.

Si el arrendamiento se extingue, el cónyuge puede readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación mencionado anteriormente.

La casa-habitación, mientras dure el derecho de habitación o el de usufructo, tiene la condición legal de patrimonio familiar (que el Código Civil de 1936 denominaba Hogar de Familia); es decir, de un derecho que tienen sus beneficiarios de disfrutar del bien, sin que se le transfiera la propiedad (art. 490). Este patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia (art. 488).

Estos derechos se extinguen si el cónyuge contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato, muere o renuncia a ellos (art. 732).

c) Derecho de preferencia: para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, comercial, artesanal o industrial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera (art. 323). Este derecho le permite al cónyuge sobreviviente consolidar la propiedad del bien; no compartir la propiedad con los demás coherederos ni que la casa esté sujeta a patrimonio familiar.

d) Gozar de los derechos que la ley concede a los usufructuarios, como también estar sujeto a las obligaciones que dicha condición conlleva.

#### Casos en que no hereda

La ley también establece expresamente los casos en los que el cónyuge no hereda y son:

– Cuando el fallecimiento del causante se produce dentro de los treinta días de celebrado el matrimonio y a causa de una enfermedad de la que ya padecía. La única excepción es si el matrimonio se celebró para regularizar una situación de hecho (art. 826).

– Cuando el matrimonio es declarado nulo y el cónyuge sobreviviente actuó de mala fe y el primer cónyuge del causante aún vive (art. 827). *A contrario sensu*, para que pueda heredar este cónyuge supérstite cuyo matrimonio ha sido anulado, debe haber actuado de buena fe y que el primer cónyuge muera antes que el causante.

– Cuando hay divorcio. Los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí (art. 353).

– Cuando hay separación. El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden (art. 343).

#### 4. HEREDEROS. LEGITIMARIOS Y NO FORZOSOS

Los herederos pueden ser de dos clases: forzosos y no forzosos.

##### Forzosos

Aquellos que no pueden ser excluidos de la sucesión.

##### *En la sucesión testamentaria*

- a) En primer orden: los hijos y demás descendientes.
- b) En segundo orden: los padres y demás ascendientes.
- c) En tercer orden: el cónyuge, quien también hereda en concurrencia con los herederos ya sea del primero o segundo orden.

Estos herederos pueden ser excluidos por el causante por causas de indignidad y desheredación.

##### *En la sucesión intestada*

Sigue el mismo orden de la sucesión testamentaria.

##### No forzosos

Aquellos que no necesariamente tienen vocación sucesoria, sucediendo a falta de los forzosos.

*En la sucesión testamentaria*

- Conocidos también como herederos voluntarios.
- Son los instituidos por voluntad del causante cuando no tiene herederos forzosos o dentro de su cuota de libre disposición.

*En la sucesión intestada*

- Conocidos también como herederos legales.
- Son los parientes colaterales de segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad, es decir, hermanos, tíos, primos hermanos, sobrinos, sobrinos nietos y tíos abuelos (art. 816).

Los parientes en línea recta descendente excluyen a los de la línea ascendente y los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos, salvo el derecho de representación (art. 817).

## 5. DERECHO DE REPRESENTACIÓN

El descendiente del heredero tiene el derecho de entrar en el lugar y grado de su ascendiente, cuando éste como heredero del causante no puede recibir la herencia que le corresponde por una de las siguientes causas:

- Muerte.
- Renuncia a la herencia.
- Pérdida de la misma por indignidad o desheredación (art. 681).

Se aplica tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada (art. 685).

La representación funciona en dos casos:

- En la línea recta descendente: es ilimitada en favor de los descendientes de los hijos (art. 682).
- En la línea colateral: cuando la herencia corresponde a los hermanos y hubo alguno premuerto, la representación está limitada a los hijos de éste, quienes concurren con los hermanos sobrevivientes (art. 683).

Cuando se hereda en representación, la herencia es por stirpe.

## 6. INDIVISIONES POSTCOMUNITARIAS

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 (art. 844).

La indivisión puede ser dispuesta por el testador como por los propios sucesores. Así tenemos que, el testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia hasta por cuatro años (art. 846).

Por su parte, los herederos pueden pactar la indivisión por un máximo de cuatro años (art. 847). Si no se fija el plazo, se presume que es por cuatro años (art. 993).

Esta indivisión puede ser total o parcial y puede renovarse (art. 847).

Si alguno de los herederos no acepta el pacto, se le paga su parte (art. 849).

El juez puede poner fin a la indivisión antes del vencimiento del plazo, a pedido de parte y mediando circunstancias que lo amerite (art. 850).

La indivisión también opera cuando un bien está constituido como patrimonio familiar, ya sea por voluntad del propietario como por haber el cónyuge sobreviviente ejercido el derecho de habitación y de usufructo a su favor que la legislación le permite, en razón que la partición supone una permuta entre los copropietarios, que es incompatible con el carácter de inalienable del patrimonio familiar.

La copropiedad se extingue por: división y partición del bien común; reunión de todas las cuotas partes en un solo propietario; destrucción total o pérdida del bien; enajenación del bien a un tercero; pérdida del derecho de propiedad de los copropietarios (art. 992).

En todo lo no previsto se aplican las normas generales de copropiedad (art. 845).

## 7. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Se da cuando una persona dispone de sus bienes total o parcialmente, para después de su muerte y ordena su propia sucesión, dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala (art. 686).

Por testamento también se pueden expresar disposiciones de carácter no patrimonial e inclusive puede limitarse sólo a ellas (art. 686).

No pueden otorgar testamento:

- Los menores de edad (menores de dieciocho años), salvo que hubieran adquirido capacidad legal por matrimonio (varones desde los dieciséis años y mujeres desde los catorce años), o por título oficial de ejercicio de profesión u oficio (desde los dieciséis años).

- Los que por cualquier causa se encuentren privados del discernimiento.

- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

- Los retardados mentales.

- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

- Los ebrios habituales.

- Los toxicómanos.

- 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 (art. 687).

En la sucesión testamentaria los herederos instituidos por el causante pueden sucederlos a título universal o particular, como herederos o legatarios.

## 8. FORMAS TESTAMENTARIAS

Existen testamentos ordinarios y especiales.

Los testamentos ordinarios son:

- Por escritura pública.
- Cerrado.
- Ológrafo.

Los testamentos especiales son:

- Militar.
- Marítimo (art. 691).

Los analfabetos y los ciegos pueden testar solamente por escritura pública (arts. 692 y 693).

Los mudos, sordomudos y los que no pueden hablar por cualquier otra causa, pueden testar sólo en forma cerrada u ológrafa (art. 694).

Se admiten como válidos los testamentos otorgados en el extranjero con las formalidades legales del país extranjero, salvo las modalidades mancomunada y verbal y otras que sean incompatibles con la ley peruana (art. 722).

Durante la navegación aérea civil, se pueden otorgar cualquiera de las formas testamentarias ordinarias, haciendo el comandante de la aeronave las veces de notario tratándose de las formalidades escrituraria y cerrada. Este testamento aéreo sólo procede en casos *in extremis* (Ley 24.882 - Ley de Aeronáutica Civil, art. 55). El Código Procesal Civil dispone que debe ser protocolizado notarialmente (DL 728 Código Procesal Civil, art. 817).

Cuando el testador de nacionalidad peruana se encuentra en el extranjero, puede también testar en cualquiera de las formas testamentarias ordinarias, pero cuando lo hace por escritura pública o cerrado, debe otorgarlo ante el cónsul peruano, quien hace las veces de notario (art. 721).

## 9. SOLEMNIDADES A CUMPLIRSE

Todo testamento debe revestir la forma escrita e indicar la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, salvo el caso que no sepa o no pueda firmar, en cuya situación lo hará a su ruego el testigo testamentario que designe, dejándose constancia de este hecho en el mismo testamento (arts. 695 y 697).

Las solemnidades particulares de cada forma testamentaria son las siguientes:

### Por escritura pública

- Que estén reunidos en un solo acto el testador, los testigos (deben ser dos) y el notario.
- Que el testador exprese su voluntad por sí mismo, ya sea dictándolo o entregándolo personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.
- Que el notario escriba el testamento de su puño y letra.
- Que todas las páginas sean firmadas en el mismo acto por el testador, testigos y notario, luego de la lectura que se le dé por alguno de ellos y previa verificación de que cada cláusula exprese su voluntad.
- Si el testador es ciego o analfabeto se leerá dos veces, una por el notario y la otra por el testigo testamentario que el testador designe y si es sordo, por él mismo en voz alta (arts. 696 y 697).

### Cerrado

- Que el testamento esté firmado en cada página por el testador, salvo que esté manuscrito por él, en cuyo caso bastará la firma al final y que sea colocado en un sobre cerrado.
- Que el testador entregue el sobre al notario manifestándole que contiene su testamento, en presencia de dos testigos reunidos en un solo acto.
- Que el notario -también en presencia del testador y los testigos- extienda en la cubierta del sobre un acta en la que conste la entrega y recepción, que será firmada por testador, testigos y notario y luego transcrita al registro, firmándola también las mismas personas.
- El testamento cerrado quedará en poder del notario.
- El notario presentará al juez el testamento cerrado una vez acreditada la muerte del testador, a requerimiento de aquél, siguiéndose el procedimiento judicial correspondiente.
- El testamento cerrado se revoca con la restitución del testamento al testador, para cuyo efecto el notario extenderá el acta de restitución en su registro, la que suscribirán el testador, dos testigos y el notario (arts. 699 a 702).

### Ológrafo

- Debe ser 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 que conserve el testamento debe presentarlo al juez dentro de los treinta días de ocurrido el fallecimiento, bajo responsabilidad.

– El juez abrirá el sobre que contiene el testamento y dispondrá el cotejo de firma y letra y si está en idioma extranjero, nombrará traductor oficial.

– Comprobada la autenticidad y cumplimiento de los requisitos de forma, se protocoliza el expediente (arts. 707 al 711).

### Militar

– Se otorga en tiempo de guerra por miembros de Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, que estén acuartelados o participando en acciones bélicas; y por los que sirven a dichas fuerzas.

– Es otorgado en presencia de dos testigos ante un oficial o jefe de puesto –aunque no sea oficial– o ante el médico o capellán, si el testador está enfermo o herido.

– Debe constar por escrito y ser firmado por el testador, testigos y persona ante la cual es otorgado.

– Caduca a los tres meses que el testador deje de estar en campaña y llegue a un lugar donde pueda otorgar testamento ordinario (arts. 712 a 715).

### Marítimo

– Pueden otorgarlo los oficiales, tripulantes y cualquier persona que se encuentre embarcada en un buque de guerra o mercante de bandera peruana, o de travesía o cabotaje o dedicado a faenas industriales o fines científicos.

– Es otorgado ante quien tenga el mando del buque y en presencia de dos testigos.

– Debe constar por escrito y en duplicado y ser firmado por el testador, testigos y persona ante quien se otorga. Además, debe ser anotado en el diario de bitácora.

– Caduca a los tres meses de haber desembarcado definitivamente el testador (arts. 716 a 720).

## 10. CONTENIDO TESTAMENTARIO

El testamento es un acto jurídico unilateral que contiene la expresión de la última voluntad de quien lo otorga para después de su muerte. La voluntad del testador no es absoluta e ilimitada. Está más bien restringida por las limitaciones de la ley, como es el caso de la legítima, los órdenes sucesorios, la representación, etc.

Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente para después de su muerte y ordenar su propia sucesión, siendo también válidas las disposiciones de carácter no patrimonial (art. 686). Una de éstas, es el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, que puede constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento (art. 390). Otras, el nombramiento de tutor (art. 503).

Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Por ello no puede darse poder a otro para testar ni dejar las disposiciones al arbitrio de un tercero (art. 690).

El testamento no puede contener disposiciones en favor del notario ante quien se otorga ni de su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Tampoco en favor de los testigos testamentarios (art. 688). Si las hubiere, son nulas.

## 11. LA LEGÍTIMA. PORCIÓN LEGÍTIMA. MEJORA. VIOLACIÓN

La legítima es la parte de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente cuando tiene herederos forzosos, esto es, hijos y demás descendientes, padres y demás ascendientes y cónyuge (arts. 723 y 724).

La legítima de los hijos y demás descendientes; la del cónyuge solo o cuando concurre con descendientes y ascendientes; y la de los padres u otros ascendientes cuando concurren con el cónyuge, equivale en conjunto a los dos tercios de los bienes (art. 725). El tercio restante es de libre disposición.

La legítima de los padres u otros ascendientes cuando son los únicos herederos forzosos, es la mitad de los bienes (art. 726). La otra mitad es de libre disposición.

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

El testador sólo puede privar de la legítima a sus herederos forzosos en casos expresamente determinados por la ley (por causales de indignidad y desheredación). Por lo demás, la legítima es intangible. Tampoco puede imponer sobre ella gravamen, modalidad (condición, plazo o cargo) ni sustitución alguna, ni privar al cónyuge de los derechos de habitación o usufructo anteriormente mencionados (art. 733). Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas (art. 736).

Cuando no se tiene herederos forzosos, el testador puede disponer libremente de todos sus bienes. El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados (hijos o descendientes, padres o ascendientes), tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes (art. 727).

En nuestro ordenamiento legal vigente no existe la figura de la mejora. Existió en el Código Civil derogado de 1936, en favor de los descendientes, sobre uno de los dos tercios de la legítima, de tal forma que un hijo mejorado no recibiera por herencia más del doble que el hijo no mejorado.

## 12. ACCIONES DE PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA

La institución de heredero forzoso es en forma simple y absoluta. No se admiten modalidades (art. 736).

Petición de herencia: corresponde esta acción al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen para accionar contra quien lo posea a título sucesorio para excluirlo o para concurrir con él. Esta pretensión es imprescriptible (art. 664).



Acción reivindicatoria: contra el tercero que adquiere los bienes hereditarios a título oneroso y sin buena fe, o a título gratuito, con buena o mala fe (art. 665), ya sea de un coheredero, un sucesor aparente o de un tercero; o que no tiene título. Esta acción también es imprescriptible (art. 927).

La principal distinción entre una acción y otra, es que en la petición de herencia se acciona contra otro heredero o legatario, mientras que en la reivindicatoria se va contra un tercero.

### 13. DERECHO DE ACRECER

Cuando alguno de los herederos del causante que ha sido instituido junto con otros en la totalidad de los bienes sin determinación de partes o en partes iguales, no quiere o no puede recibir la suya, ésta acrece las de los demás (art. 774). Estos casos pueden presentarse por: haber el heredero renunciado a la herencia, premuerto al causante o haber sido desheredado.

No es de aplicación:

- Cuando hay representación sucesoria, ni,
- Cuando hay voluntad distinta del testador que resulte del testamento (art. 777).

El derecho de acrecer también funciona cuando un mismo bien es legado a varias personas sin determinación de partes y alguna de ellas no quiere o no puede recibir la suya (art. 775).

Tratándose de legados, igualmente, prevé nuestra legislación que no resulta de aplicación el derecho de acrecencia y, por tanto, el legado se reintegra a la masa hereditaria cuando el legado no tiene efecto por cualquier causa o cuando el legatario no puede o no quiere recibirlo (art. 776). La excepción a esta regla se presenta en caso de la sucesión testamentaria cuando el causante hubiere designado legatario sustituto.

### 14. HEREDEROS INSTITUIDOS

La institución de heredero debe recaer en persona cierta designada de manera indubitable por el testador (art. 734). Puede ser persona natural o jurídica.

La institución de heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta. Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas (art. 736).

El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo (art. 1).

El reconocimiento de un hijo mayor de edad no confiere al que lo hace derechos sucesorios, sino en caso que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento (art. 398).

La herencia es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos (art. 735). El

error en que pueda incurrir el testador al nombrar heredero o legatario, en cuanto a su denominación, no afecta en lo absoluto la naturaleza de su disposición.

El testador que no tenga herederos forzosos puede instituir uno o más herederos voluntarios y señalar la parte de la herencia que se asigna a cada uno. Si no la determina, sucederán en partes iguales (art. 737).

El testador puede designar sustituto de los herederos voluntarios para el caso en que el instituido muera antes que él o renuncie a la herencia o la pierda por indignidad (art. 740).

El que ha sido instituido heredero, puede aceptar o renunciar la herencia. Puede renunciar a la herencia quien tiene la libre disposición de sus bienes (art. 674). La aceptación puede ser expresa, si consta en instrumento público o privado; o, tácita, si se entra en posesión de la misma. Existe la presunción, *iuris et de iure*, que la herencia ha sido aceptada si no se ha renunciado a ella en el plazo de tres meses, si el heredero está en el país, o de seis meses, si se encuentra en el extranjero (art. 673). La aceptación es total, incondicional, inmediata e irrevocable (art. 677).

### 15. INDIGNIDAD Y DESHEREDACIÓN

Por la desheredación el testador puede privar de la legítima al heredero forzoso que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley (art. 742). Sólo funciona en la sucesión testamentaria; es de aplicación sólo con los herederos forzosos y se fundamenta en hechos o conductas inmorales en términos generales, no necesariamente contra el causante ni sus herederos forzosos.

La causal de desheredación debe ser expresada claramente en el testamento. La dispuesta sin expresión de causa o por causa no señalada en la ley o sujeta a condición no es válida (art. 743).

Causales de desheredación de los descendientes:

- a) El maltrato de obra o injuria grave contra el ascendiente o su cónyuge, si éste es también ascendiente del ofensor.
- b) El haber negado alimentos o haber abandonado al ascendiente gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.
- c) El haberle privado de su libertad injustificadamente.
- d) El llevar una vida deshonorosa o inmoral (art. 744).

Causales de desheredación de los ascendientes:

- a) El haber negado injustificadamente alimentos a sus descendientes.
- b) El haber incurrido en alguna de las causas por las que se pierde la patria potestad o haber sido privado de ella (art. 745).

Causales de desheredación del cónyuge: son algunas de las varias que la ley señala para que proceda la separación de cuerpos:

## 16. LEGATARIOS

El legatario es un sucesor a título particular de determinados bienes del causante (uno o más bienes o una parte de ellos), dentro de la facultad de libre disposición que le asiste a éste cuando tiene herederos forzosos (arts. 735, 756). Si no tiene herederos forzosos, el causante puede distribuir todos sus bienes en legados.

El legado está concebido como un acto de liberalidad del causante, por tanto, voluntario, instituido sólo por testamento, para surtir efecto después de su muerte, con cargo a su cuota de libre disposición.

El legado debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable por el testador, existiendo la posibilidad válida de instituir legados en favor de los pobres o para fines culturales o religiosos (arts. 734 y 763).

El testador puede designar sustituto para el caso en que el legatario instituido muera antes que él, renuncie al legado o lo pierda por indignidad (art. 740).

Si el testador que carece de herederos forzosos, no ha instituido herederos voluntarios y sólo ha dispuesto en legados de parte de sus bienes, el remanente que hubiere corresponde a los herederos legales (art. 739).

Nuestra legislación reconoce la cuarta falcidia, desde que dispone que el testador que no tiene herederos forzosos y, en consecuencia, goza de la libre disponibilidad de sus bienes, e instituye herederos voluntarios y legatarios, la porción de aquéllos no será menor de la cuarta parte de la herencia, reduciéndose los legados otorgados en exceso (art. 771).

Aquel que ha recibido un legado puede aceptarlo o renunciar a él. Pueden renunciar legados quienes tienen la libre disposición de sus bienes (art. 674). La aceptación puede ser expresa, a través de un instrumento público o privado; o, tácita, cuando se entra en posesión del bien legado. La aceptación es total, incondicional, inmediata e irrevocable (art. 677).

El legado caduca por ocurrir cualquiera de las circunstancias siguientes: si el legatario muere antes que el testador; o si se divorcia o se separa judicialmente por su culpa o si el testador enajena el bien o éste perece sin culpa del heredero (art. 772).

## 17. TIPOS Y CLASES DE LEGADOS

Los legados pueden ser:

a) De bien determinado, si se halla en el dominio del testador al tiempo de su muerte (art. 757).

b) De bien mueble indeterminado, aunque no lo haya en la herencia. En ese caso la elección corresponde al encargado de pagar el legado si no hubiere disposición diversa del testador (art. 758).

c) De bien parcialmente ajeno, en la parte a la que tiene derecho el testador (art. 759).

d) De un crédito, en la parte del mismo que subsiste en el momento de la muerte del testador (art. 762).

a) El adulterio.

b) La violencia física o psicológica.

c) El atentado contra la vida del cónyuge.

d) La injuria grave.

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 este plazo.

f) Conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común (arts. 746 y 333).

Además, la desheredación puede fundamentarse en las causales de indignidad (arts. 747 y 669).

No pueden ser desheredados:

a) Los incapaces menores de edad.

b) Los incapaces mayores que se encuentren privados del discernimiento (art. 748).

El que deshereda puede interponer demanda contra el desheredado para justificar su decisión. La sentencia que se emita impide contradecir la desheredación (art. 751).

Si el causante no promovió juicio y el desheredado o sus sucesores contradicen la desheredación, corresponde a los herederos probar la causa (art. 752).

Las causales de indignidad están taxativamente señaladas en nuestro ordenamiento legal y están referidas a la realización de hechos delictuosos en contra del causante y/o de sus herederos forzosos. Son de aplicación tanto al heredero como al legatario y tienen un fundamento de carácter moral.

Son causales de indignidad:

a) El homicidio doloso o tentativa del mismo, contra la vida del causante, sus ascendientes, descendientes o cónyuge.

b) La comisión de delito doloso en agravio de las mismas personas.

c) La denuncia calumniosa contra el causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad.

d) El empleo de dolo o violencia para impedir que el causante otorgue testamento, o para obligarle a hacerlo o para que revoque el otorgado.

e) La destrucción, ocultamiento, falsificación o alteración del testamento.

f) El hacer uso de un testamento falsificado (art. 667).

La exclusión por indignidad debe ser declarada por sentencia en juicio que corresponde promover contra el indigno, por los llamados a suceder al causante a falta o en concurrencia con aquél (art. 668).

La indignidad es personal. Los derechos sucesorios que pierde el heredero indigno pasan a sus descendientes, por representación (art. 670).

La indignidad funciona tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.

Los derechos del desheredado o del indigno pasan a sus descendientes por representación (arts. 670 y 755).

El testador puede perdonar al indigno (art. 669). La desheredación puede ser revocada, en cuyo caso, no produce efecto el juicio que se hubiere seguido para justificar la desheredación (art. 753).

e) De predio, en cuyo caso, los terrenos y las nuevas construcciones que el testador ha agregado después del testamento no forman parte del legado, salvo que se trate de mejoras (art. 764).

f) De dinero, en cuyo caso debe ser pagado en esa especie, aunque no lo haya en la herencia (art. 765).

g) De alimentos, cuya cuantía y forma de pago señala el testador y, en su defecto, se cumple asignando al legatario una pensión que regula el juez (art. 766).

h) De remuneración, considerándose como pago en la parte que corresponda al servicio prestado y como acto de liberalidad en cuanto al exceso (art. 767).

El legado puede estar sujeto a condición, plazo o cargo que no sean contrarios a la ley, las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona (arts. 738 y 768).

También puede estar el bien legado, sujeto a derecho real de garantía, caso en el cual pasará al legatario con los gravámenes a que esté afecto (art. 760). Si el bien estuviera afecto a uso, usufructo o habitación en favor de tercera persona, el legatario está en la obligación de respetarlo hasta su extinción (art. 761).

#### 18. ALBAECIA TESTAMENTARIO

Llamado también ejecutor testamentario, es la persona encargada de cumplir la voluntad del testador.

Su nombramiento por el causante debe constar necesariamente en testamento (art. 779). Este nombramiento no obliga al designado a aceptar el cargo; puede excusarse de aceptarlo y si lo acepta, renunciar posteriormente, pero sólo por justa causa a juicio del juez (art. 785).

El plazo para la aceptación o excusa no ha sido fijado expresamente, quedando a decisión del juez que conoce de la sucesión el señalar un término prudencial y si no lo hace se le tiene por rehusado (art. 786).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el albacea tiene que iniciar la faena de inventario dentro de los noventa días de la muerte del testador o de protocolizado el testamento o dentro de los treinta días de haber sido requerido notarialmente en tal sentido por los sucesores. Caso contrario, puede ser removido de su cargo (art. 795).

Puede ser una persona natural o jurídica. En este último caso, será una persona jurídica autorizada por ley o por su estatuto (art. 784).

Pueden ser uno o varios los albaceas. Si fueren varios, actúan de acuerdo a lo que decida la mayoría (art. 780). En ese caso su responsabilidad es solidaria, salvo disposición distinta del testador (art. 781).

Si el testador no dispuso que actúen conjuntamente, desempeñarán el cargo sucesivamente en el orden en que se les designó (art. 782).

El albacea puede ser nombrado para ejercer el cargo en forma plena o sólo para cumplir determinadas funciones (art. 782).

Es un cargo indelegable, en consecuencia, personalísimo, pero pueden encargarse algunas funciones a otras personas, bajo órdenes y responsabilidad del albacea (art. 789).

Es un encargo remunerado (salvo que el testador disponga su gratitud) y su remuneración será no mayor del 4 por 100 de la masa líquida. Si el testador no fijó la remuneración lo hará el juez (art. 793).

Termina el albaceazgo cuando concluyen sus funciones o a los dos años desde su aceptación, salvo que el testador señale un plazo mayor o ser el juez quien se lo conceda (arts. 793 y 796).

Su gestión termina, además, por renuncia, muerte, desaparición, declaración de ausencia, incapacidad legal o física o remoción judicial (art. 796).

Sus obligaciones son:

- Atender la inhumación del cadáver.
- Ejercitar acciones judiciales o extrajudiciales para seguridad de los bienes hereditarios.
- Hacer inventario judicial de los bienes.
- Administrar los bienes de la herencia hasta que sean entregados a los herederos o legatarios.
- Pagar deudas y cargas de la herencia.
- Pagar o entregar legados.
- Vender los bienes con autorización expresa del testador o de los herederos o del juez para pagar deudas y legados.
- Cumplir encargos especiales del testador.
- Sostener la validez del testamento si se promueve juicio de impugnación.
- Presentar a los sucesores un informe escrito de su gestión dentro de los sesenta días de terminada (arts. 787 y 794).

También es su obligación atender durante tres meses y con cargo a la masa hereditaria, a las personas que hubieren vivido con el causante o se hubieren alimentado por cuenta de éste, si así se lo exigen (art. 870). Por alimentos se entiende lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica; y, si la persona es menor de edad, comprendería su educación y capacitación para el trabajo (art. 472).

Si no hay albacea designado, o si el nombrado no puede o no quiere desempeñar el cargo, lo harán los herederos y si éstos no están de acuerdo, solicitarán al juez el nombramiento de albacea dativo (art. 792).

#### 19. REVOCACION, CADUCIDAD Y NULIDAD TESTAMENTARIA

##### Revocación

El testador tiene el derecho de revocar su testamento en cualquier tiempo (art. 798).

La revocación debe ser hecha por otro testamento, pero si este último es revocado, revive el anterior, si lo hubiese, salvo voluntad contraria del testador (arts. 799 y 800). Si un testamento no es revocado total y expresamente por el nuevo, aquél subsiste en lo que no sea incompatible con el último (art. 801).

El testamento cerrado queda revocado si el testador lo retira de la custodia del notario, pero puede valer como ológrafo si reúne los requisitos de ley (arts. 802 y 803).

El testamento ológrafo queda revocado si el testador lo rompe, destruye o inutiliza (art. 804).

### Caducidad

La institución de heredero caduca:

- Si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento.
- Si el heredero renuncia a la herencia, muere antes que el testador, es declarado indigno o es desheredado sin dejar representación.
- En el caso del cónyuge, si se declara la separación por culpa o el divorcio (art. 805).

El testamento ológrafo caduca al año de la muerte del testador, plazo dentro del cual debe ser protocolizado, previa comprobación judicial (art. 707).

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 (art. 715).

El testamento marítimo caduca a los tres meses de haber desembarcado definitivamente el testador (art. 720).

### Nulidad

El testamento es nulo:

- Si es otorgado por menores de edad o mayores enfermos mentales declarados interdictos (art. 808).
- Si es otorgado en común por dos o más personas (art. 814).
- En el caso de los testamentos por escritura pública, cerrado y ológrafo: en general, por defectos de forma (escrito, fecha, nombre y firma) y por carecer de las formalidades esenciales de cada clase (art. 811).
- En el caso de los testamentos especiales (militar y marítimo): por carecer de forma escrita, firma del testador o de la persona autorizada para recibirlos (art. 813).

El testamento es anulable:

- Si es otorgado por cualquiera de las personas que de acuerdo al Código no pueden otorgarlo, como: los ebrios habituales, los toxicómanos, 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 ese acto, etc. (arts. 808 y 687).
- Si es obtenido por violencia, intimidación o dolo (art. 809).
- Si sus disposiciones son debidas a error esencial de hecho o de derecho del testador (art. 809).
- Por carecer de otras formalidades no esenciales a la clase de testamento (art. 812).

## 20. REGISTRACIÓN TESTAMENTARIA

El testamento por escritura pública se inscribe en el Libro de Testamentos del Registro Público de Personas Naturales, mediante parte (oficio) remitido por el notario, indicando la fecha del acto, las fojas donde corre extendido en el registro, el nombre de los testigos y nombre, nacionalidad, estado civil y ocupación del testador con la constancia de su suscripción. Al producirse el fallecimiento, a solicitud de persona interesada y previa presentación de la respectiva Partida de Defunción, el notario remite copia del texto íntegro del testamento para ampliar el contenido de la partida registral, inscribiéndose recién todas las disposiciones testamentarias.

El testamento cerrado se inscribe igualmente en el Libro de Testamentos del Registro Público de Personas Naturales mediante parte (oficio) remitido por el notario, indicando la fecha del acto, la foja donde corre el acta en el registro, el nombre de los testigos y nombre, nacionalidad, estado civil y ocupación del testador; adicionalmente se envía copia de la cubierta del sobre. Al producirse el fallecimiento, a solicitud de parte interesada, se inicia un procedimiento judicial de apertura de testamento cerrado, en el cual el notario, por orden del juez, tiene que presentar el sobre cerrado conteniendo el testamento.

Concluido el procedimiento judicial, el expediente es protocolizado, es decir, se incorpora al protocolo notarial. En caso de revocatoria de esta clase de testamento, el notario transcribe al Registro Público el acta de restitución del testamento, con la indicación de la foja donde corre en su registro notarial.

El testamento ológrafo no tiene ningún tipo de registro ni intervención notarial hasta después del fallecimiento del testador, en que se efectúa la comprobación judicial y luego, por orden del juez, el expediente es protocolizado.

El testamento militar se hace llegar al cuartel general respectivo, en donde se deja constancia del mando de la persona ante la cual se otorgó. Luego se remite al Ministerio que corresponda, que lo envía al juez de la provincia del último domicilio del testador para su comprobación judicial y protocolización notarial.

El testamento marítimo es remitido al Ministerio de Marina, si el buque es de guerra o a la Dirección General de Capitanías si se trata de uno mercante. Luego la autoridad respectiva lo remite al juez de la provincia del último domicilio del testador para su comprobación judicial y protocolización notarial.

Los testamentos ológrafos, militar y marítimo, después de ser protocolizados notarialmente, se inscriben en el Libro de Testamentos del Registro Público de Personas Naturales.

Las inscripciones se hacen en la oficina registral del último domicilio del testador y en la del lugar de ubicación de los inmuebles (art. 204).

Está prohibido a los registradores otorgar certificados referentes a las inscripciones de testamentos, mientras no se produzca el fallecimiento del testador, salvo que éste lo solicite por escrito con firma legalizada.

Los notarios, por su parte, están prohibidos de informar o manifestar el contenido o existencia de los testamentos mientras viva el testador. El informe o manifestación deberá hacerse por el notario con la sola presentación del certificado de defunción del testador.

## 21. JURISDICCIÓN NOTARIAL EN PROCESOS SUCESORIOS

El proceso sucesorio se sigue ante el órgano jurisdiccional, cuando no hay testamento o falta la institución de heredero o legatario, como se ha expuesto en el punto dos del presente.

Sin embargo, es del caso mencionar, que el Congreso de la República aprobó durante el mes de junio del corriente año (1996) la Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos, que confiere competencia a los notarios, en forma alternativa con los jueces de paz letrados, para conocer en diversos asuntos no contenciosos, entre ellos, la sucesión intestada.

Esta ley aún no ha sido promulgada por el Poder Ejecutivo (julio de 1996) y por tanto no rige, ya que el señor presidente de la República del Perú la ha observado por consideraciones arancelarias, estimando que la actuación notarial no debe estar sujeta a cobro a través de aranceles, sino regirse por las leyes del mercado.

Es de esperar que en la nueva legislatura del Congreso que se inicia en la fecha (26 de julio de 1996), se solucione este inconveniente y se promulgue la ley.

De acuerdo con el texto aprobado por el Congreso, es requisito indispensable para la intervención notarial, el consentimiento unánime de los interesados. En caso de oposición, en cualquier momento de la tramitación, el notario debe suspender su actuación y remitir lo actuado al juez, bajo su total responsabilidad.

Para los efectos de estos procesos no contenciosos, se crea el «Registro de Asuntos No Contenciosos», donde se extenderá el acta de protocolización en la que conste la declaración que haga el notario de los herederos que hubiesen acreditado sus derechos.

El trámite se inicia con una solicitud dirigida al notario del lugar del último domicilio del causante, acompañando documentación sustentatoria.

El notario publicará un extracto de la solicitud en el Diario Oficial y en otro de amplia circulación y mandará se extienda anotación preventiva de la solicitud en el Registro Público.

Dentro del plazo de diez días útiles del aviso, el que se considere heredero puede apersonarse ante el notario, hecho que éste pondrá en conocimiento de los solicitantes y si no mediara oposición dentro de los siguientes diez días útiles, el notario lo incluirá como heredero.

Concluye el trámite con el «Acta de declaración de herederos» que el notario remitirá al «Registro Público de Sucesión Intestada» para la inscripción correspondiente, así como al Registro de la Propiedad donde el causante tenga bienes.

## 22. SUCESIÓN VACANTE

Si no existen sucesores testamentarios o legales, los bienes son entregados a la Beneficencia Pública del lugar del último domicilio del causante en el país o de la capital, si domiciliaba en el extranjero.

Se exceptúan los predios rústicos y bienes de uso agrícola, que son entregados al organismo del Estado que corresponda.

Es obligación de la entidad adjudicataria pagar las deudas del causante hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados.

Además, al gestor de la declaración respectiva le corresponde el 40 por 100 del valor neto de los bienes (art. 830).

## 23. CESIÓN DE DERECHOS Y ACCIONES HEREDITARIOS

Pueden renunciar herencias y legados quienes tienen la libre disposición de sus bienes (art. 674).

El plazo para hacerlo es de tres meses si el heredero está dentro del país o de seis meses si está en el extranjero (art. 673).

La renuncia no puede ser parcial o condicional y es irrevocable (art. 677).

Puede ser impugnada por los acreedores del renunciante si les causa perjuicio (art. 676).

En caso de renuncia funciona la representación (art. 681) y si el renunciante no tiene herederos que lo representen, funciona el derecho de acrecer (art. 774).

También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero (art. 1209).

Para realizar la partición de la herencia, los coherederos efectúan una permuta, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los bienes que se le adjudican (arts. 845 y 983).

24. ACTOS ENTRE VIVOS CON EFECTOS *POST MORTEM*

La obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario (art. 1218).

*Fundación:* La afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social, por una o varias personas naturales o jurídicas (arts. 99, 100). Se constituye por escritura pública o testamento.

*Anticipo de herencia:* Se considera a las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título, hayan recibido del causante sus herederos forzosos, para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél, dentro de la porción de libre disponibilidad (arts. 831 y 832).

*Donación:* La donación que ha de producir sus efectos por muerte del donante, se rige por las reglas de la sucesión testamentaria (art. 1622). Se le conoce como legado. Tiene por límite la porción de libre disposición.

*Comodato:* Las obligaciones y derechos que resulten del comodato no se transmiten a los herederos del comodatario, salvo que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no pueda suspenderse (art. 1733).

*Mandato:* El mandato se extingue por muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario (art. 180).

#### 25. PARTICIÓN DEL ASCENDIENTE POR DONACIÓN

El ascendiente puede adjudicar los bienes que integran su masa hereditaria a sus hijos u otros sucesores forzosos por acto *inter vivos*, conocido en nuestro orden jurídico como anticipo de herencia o anticipo de legítima. Se puede hacer tanto a mayores como a menores de edad.

Las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se consideran como anticipo de herencia para efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél (art. 831).

La dispensa de la colación está permitida dentro de la cuota de libre disposición y debe establecerla el testador expresamente en su testamento u otro instrumento público.

Como donación, el anticipo de herencia puede ser revocado por el donante por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación (art. 1637). Esta facultad de revocar es intransmisible, no pasa a los herederos (art. 1638).

Con esta partición que efectúa el ascendiente se evita el condominio o copropiedad entre los sucesores, transfiriéndose el bien al favorecido con el mismo directamente.

#### 26. PARTICIÓN DEL ASCENDIENTE POR TESTAMENTO

Nuestro ordenamiento jurídico permite que el causante pueda asignar los bienes que conforman su masa hereditaria a sus respectivos herederos o legatarios, haciendo, en consecuencia, una partición de la herencia, teniendo en consideración los respectivos valores de sus bienes. De esta manera hace innecesaria la partición a cargo de los sucesores.

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 (art. 852).

Las porciones asignadas por el testador que reunidas exceden del total de la herencia se reducirán, a prorrata, salvo lo dispuesto por aquél (art. 862).

#### 27. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

En nuestro ordenamiento el Fideicomiso Testamentario no está contemplado expresamente en el Código Civil, sino que ha sido legislado recientemente en la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros - Decreto Legislativo n.º 770, publicado el 30 de octubre de 1993.

El fideicomiso es una relación jurídica, por la cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlos en favor de aquél, o de un tercero llamado fideicomisario.

Sólo las empresas bancarias están autorizadas para desempeñarse como fiduciarios.

Para la validez del acto constitutivo del fideicomiso, es exigible que el fideicomitente tenga la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmite, sin perjuicio de los requisitos que la Ley señala para el acto jurídico.

La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y el Banco fiduciario, formalizado en escritura pública.

También puede constituirse el fideicomiso por voluntad unilateral del fideicomitente, expresada en testamento. No es requisito para la validez del fideicomiso testamentario la aceptación del Banco fiduciario designado, ni la de los fideicomisarios. Si el Banco fiduciario declinare la designación, debe proponer a quien lo reemplace y si ningún Banco aceptare el encargo, el fideicomiso se extingue.

Los fideicomisos testamentarios se entienden constituidos desde la apertura de la sucesión.

Los herederos forzosos del fideicomitente pueden exigir la devolución de bienes enajenados por su causante a título de fideicomiso, en la parte que hubiere perjudicado su legítima.

El Banco fiduciario tiene la facultad de elegir, entre los bienes fideicometidos, aquellos que han de ser objeto de la devolución. No obstante, puede el fideicomitente constituir en fideicomiso los bienes que toquen a la legítima de alguno de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad. El Banco fiduciario, en todo caso, debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz, con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso.

El plazo máximo de duración de un fideicomiso es de veinte años, salvo ciertas excepciones contempladas expresamente en la Ley.

#### 28. TESTAMENTO PARA LA VIDA O «LIVING WILL»

Esta figura jurídica no existe en nuestra legislación.

Por un lado, el mandato se extingue por la declaración de interdicción del incapaz; y, por otro, es el curador el que protege al incapaz, lo representa y asiste en sus negocios, según el grado de su incapacidad.

#### 29. INCIDENCIA DEL O DE LOS REGÍMENES PATRIMONIALES MATRIMONIALES EN EL RÉGIMEN SUCESORIO

Nuestra legislación reconoce dos regímenes patrimoniales dentro del matrimonio: el de sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios. En el primero, pueden haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la Sociedad (art. 301); y, en el segundo, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposi-

ción de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes (art. 327).

La opción del régimen patrimonial se hace antes del matrimonio, pudiendo los cónyuges sustituir un régimen por el otro durante el matrimonio (arts. 295-296).

Existe la presunción que la opción es por el régimen de sociedad de gananciales, salvo que se acredite la adopción del régimen de separación de patrimonios bajo escritura pública, bajo sanción de nulidad (art. 295).

No existe diferencia alguna en materia sucesoria entre los dos regímenes patrimoniales dentro del matrimonio. En ambos, tanto el cónyuge, como los hijos o a falta de ellos, los otros herederos forzosos, heredan dentro de las mismas reglas (cónyuge que concurre con hijos u otros descendientes o con padres u otros ascendientes, hereda una cuota igual a la de los demás) (arts. 822-824).

No obstante, conviene precisar que en el caso de la sociedad de gananciales, previamente hay que liquidar la misma (correspondiendo a cada cónyuge un 50 por 100 sobre los bienes comunes), quedando, en consecuencia, constituida la masa hereditaria por los bienes propios del causante más el porcentaje de sus gananciales, masa sobre la cual heredan el cónyuge supérstite y los hijos u otros herederos forzosos en partes iguales.

Cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, quedando obligado a reintegrar el exceso del valor si lo hubiera (art. 323).

Cabe mencionar que en el caso del régimen de sociedad de gananciales, ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro (art. 304).

Finalmente, y pese a que el tema está referido a los regímenes dentro del matrimonio, consideramos pertinente mencionar que en nuestro país existe un gran porcentaje de uniones de hecho, las mismas que –siempre y cuando hayan durado dos años continuos y no exista impedimento matrimonial– son reconocidas por nuestra Constitución y Código Civil, dando lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales. En estos casos, el concubino tiene derecho a gananciales, pero, al no tener la calidad de cónyuge, no tiene derecho hereditario. La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos (art. 326).

### 30. NORMAS INTERNACIONALES EN MATERIA SUCESORIA

La sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante (art. 2100).

La ley peruana rige la sucesión de los bienes situados en la República si, conforme a ley del domicilio del causante, ellos deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones (art. 2101).

Es juez competente para conocer de los procedimientos relativos a sucesión, el del último domicilio que tuvo el causante en el país (art. 663), aunque haya muerto en otro lugar del territorio o del extranjero.

Pueden otorgar testamento:

#### 1. Peruanos en el extranjero, que residan o simplemente se hallen en el extranjero:

a) Pueden otorgar testamento por escritura pública o cerrado, ante el cónsul peruano, bajo las leyes peruanas (testamento consular).

b) Pueden otorgar testamento ológrafo, que será válido en el Perú, aunque la ley del respectivo país no admita esta clase de testamento.

c) Pueden otorgar testamento ante funcionario autorizado del otro país 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 (arts. 721-722).

#### 2. Extranjeros en el extranjero:

Ante los funcionarios autorizados del otro país 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 (arts. 721-722).

### 31. FÓRMULA DOCUMENTAL MÁS USUAL

En el Perú, lo más común es la sucesión intestada, por lo que se tiene que seguir el procedimiento de Declaratoria de Herederos, que constituye una de las principales cargas procesales de nuestros tribunales de justicia.

Entre las formas testamentarias, la más usual es la de testamento abierto o por escritura pública, seguida del ológrafo y del cerrado, en ese orden.

Así el texto testamentario más frecuente es:

«PRIMERO: Declaro llamarme ..., haber nacido en ..., ser hijo de don ... y de doña .. (aún vivos o fallecidos). SEGUNDO: Declaro ser de estado civil ... (soltero, casado con ...) y tener el (los) siguiente(s) hijo(s) (o no tener hijos). TERCERO: Declaro por mis bienes los que tenga a mi fallecimiento (si se quiere se puede hacer mención a uno, alguno o todos los bienes). CUARTO: Instituyo como mi único y universal heredero a ... QUINTO: (opcional, haciendo uso del 1/3-1/2 según sea el caso de libre disposición). Es mi voluntad legar el mismo a ... SEXTO: (opcional) Nombro albacea testamentario a ..., a fin de que haga cumplir las disposiciones testamentarias, por todo el tiempo que sea necesario relevándolo de la obligación de prestar garantía alguna. El ejercicio de su cargo será (gratuito o remunerado). En caso de imposibili-

dad de ejercer el cargo por el albacea designado, nombro como albacea sustituto a ... en las mismas condiciones que el albacea titular. SÉPTIMO (opcional) Revoco el testamento otorgado con fecha, ante el notario, así como cualquier otra disposición testamentaria otorgada con anterioridad.

### 32. BIBLIOGRAFÍA

FERRERO COSTA, Augusto: *Derecho de Sucesiones* (2 tomos). Universidad de Lima. Cultural Cuzco. 1994.

LOHMANN LUCA, Guillermo: *Derecho de Sucesiones* (2 tomos). Biblioteca para leer el Código Civil, volumen XVII. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 1995.