

Temas de derecho sucesorio

Juan Alejandro Olavarría Vivian

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objeto desarrollar una serie de comentarios sobre algunos temas puntuales del derecho de sucesiones incluidos en el Código Civil.

Los temas considerados como materia de este trabajo son: el legado legal; el criterio de temporalidad en la comisión de las causales de indignidad sucesoria, actos cometidos en vida del causante o después de abierta la sucesión; el saneamiento por evicción en la partición de bienes hereditarios; y el ejercicio del derecho de habitación vitalicio y gratuito del cónyuge sobreviviente, los cuales han sido analizados en el curso de Derecho de Sucesiones que he venido dictando durante poco más de 15 años continuos en la Universidad de Lima.

EL LEGADO LEGAL

Los actos de liberalidad pueden ser clasificados en *inter vivos* o en *mortis causa*, según que sus efectos se produzcan en vida de quien los otorga o a partir de la muerte de este. La liberalidad como acto importa un desprendimiento de valor o valores en el patrimonio de una persona en favor de otra. El acto de liberalidad *inter vivos* por excelencia es la *donación*, mientras que el de *mortis causa* por antonomasia es el *legado*.

Toda liberalidad, independientemente del momento de la producción de sus efectos y de cuál sea la forma o denominación que adopte, constituye, en esencia, un acto libre en su concepción y ejecución. Sabemos que los actos jurídicos, en especial los contratos, son voluntarios *per se* y que la “herejía” del dirigismo contractual, es decir, la

intervención del Estado forzando los términos contractuales, es excepcional y se permite solo en contratos onerosos, en los cuales las partes tienen prestaciones recíprocas, pues toda obligación unilateral forzada tiene sustento solamente en las cargas impositivas que el Estado crea en ejercicio de su *ius imperium*, y estas por su propia naturaleza están lejos de constituir un acto de liberalidad.

De lo expuesto en el párrafo precedente queda claro que los actos de liberalidad dependen única y exclusivamente de la voluntad del otorgante, pues son con cargo a su patrimonio. Sin embargo, llama nuestra atención parte de la solución legislativa, por cierto novedosa, del citado artículo. Por un lado, el legislador impone un legado que el testador no dispuso, con lo cual crea la novísima figura del legado legal, así como la de los legatarios legales, desnaturalizando su esencia, y, por otro, premia una situación irregular que el derecho –con sustento en la moral– proscribire.

Así, la hipótesis de la mencionada norma es una preterición, es decir, la omisión de incluir en el testamento a los herederos forzosos que tienen derecho a heredar por ser titulares de la legítima, institución de orden público que es transgredida cuando el testador nombra a otros sujetos como sus herederos testamentarios. Finalmente, los designados de manera irregular, al dejar de ser herederos por la invalidación judicial de su nombramiento, les queda a su favor el íntegro de la porción disponible del patrimonio dejada por el testador, pues a tenor de la ley bajo análisis adquieren la condición legal de legatarios.

En tal sentido, el legislador premia la ilicitud del testador, pues con la preterición de sus herederos forzosos se transgrede la legítima, y resuelve conservar de alguna manera la voluntad del causante, pues este, al momento de testar, quiso dejar parte o todo su patrimonio a los indebidamente nombrados.

La solución normativa que nos ofrece el artículo 806 no tiene antecedente legislativo nacional, y en estricto rigor creemos que se quiso mantener vigente la voluntad del testador, aun cuando adolezca de ilicitud; sin embargo, no se debió recurrir a la desnaturalización de la figura, y por extensión incurrir en una *contraditio in terminis*, pues legado o legatario legal implica eso.

Consideramos, igualmente, menos dañino si se aplica esta figura a la hipótesis del artículo antes mencionado, pues en los supuestos de caducidad de la institución de heredero testamentario contemplados en el artículo 805 del Código Civil, el testador no omite ni soslaya a nadie, toda vez que los herederos forzosos le sobrevienen y el testador falle-

ce sin modificar a tiempo su testamento. Es decir, en este supuesto el causante, cuando testa, no comete ninguna ilicitud ni agravia la legítima, toda vez que no posee herederos al momento de testar. En cambio, en el caso del apartado 806 del Código Civil, que regula la preterición de los herederos forzosos, el testador deliberadamente suprime o ignora a dichos herederos al momento de hacer su testamento.

Podría pensarse que la solución del legado o legatario legal constituye una razonable armonización con lo preceptuado en el artículo 735 del Código Civil, el cual establece que el error del testador en la denominación del heredero o del legatario no modifica la naturaleza de la disposición.

La hipótesis anterior no la compartimos, pues en nuestra opinión la preterición no es un defecto en la denominación, pues en el supuesto de una situación equívoca el testador podría haber nombrado legatarios a sus herederos y viceversa, mientras que en la preterición excluye nombrar a quién debe estar instituido en el testamento.

Asimismo, nos preocupan también las posibles soluciones que puedan darse cuando el testador, por ejemplo, no contento con preterir a su esposa e hijos nombrando a terceros como sus herederos testamentarios, *verbi gratia*: amigos, vecinos o parientes colaterales, designa además a cuartos sujetos como legatarios. El problema se presenta para los indebidamente nombrados, pues al perder la herencia y reintegrarse la legítima a los herederos forzosos, por ley les pertenece la porción disponible de la herencia, la cual fue otorgada por el testador a los cuartos sujetos, originándose un conflicto respecto a qué debe prevalecer: la disposición de la ley o la institución correcta (designación en el testamento de legatarios) de quienes fueron legal y debidamente nombrados legatarios.

Sobre el particular, quizá lo más justo sea una solución salomónica; pero debe primar el criterio jurídico, y por eso nos inclinamos por aquella que haga prevalecer el legado para los correctamente nombrados por el testador en su testamento. A la luz del adagio latino *utile per inutile non vitiatur*, el nombramiento útil del legado a favor de los cuartos sujetos no tiene por qué verse afectado por el nombramiento inútil de los terceros indebidamente nombrados como herederos testamentarios. Además, porque el legado legal es excepcional por tratarse de una figura que desnaturaliza la esencia del legado.

Finalmente, opinamos que el legado legal del artículo 806 del Código Civil debe funcionar en la medida en que la porción disponible de la herencia —una vez reintegrada la legítima a los herederos forzosos—

no esté copada por figuras o actos válidamente otorgados por el causante en vida, como donaciones, “anticipos” con dispensa de colación o legados testamentarios.

CRITERIO DE TEMPORALIDAD EN LA COMISIÓN DE LAS CAUSALES DE INDIGNIDAD SUCESORIA, ACTOS COMETIDOS EN VIDA DEL CAUSANTE O DESPUÉS DE ABIERTA LA SUCESIÓN

Debemos confesar que este es un tema que al desarrollarlo en clases de manera casi regular se tiene *prima facie* aceptado que las causales cometidas con posterioridad a la muerte del causante pueden incluso servir para excluir al sucesor –heredero o legatario– de recibir el patrimonio o determinados bienes del causante.

El fundamento de tal aserto finca principalmente en el axioma latino de hermenéutica jurídica: *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*. Esto es, donde la letra de la ley no distingue quien la interpreta o aplica no debe hacer distinciones.

Y de conformidad con el tenor de las normas que regulan la indignidad sucesoria en nuestro Código Civil, no se advierte distingo alguno respecto de si las causales que impiden suceder al causante pueden ser también o no aquellas cometidas después de la muerte, es decir, con posterioridad a la apertura de la sucesión.

La interpretación literal o gramatical es uno de los límites de la hermenéutica jurídica pero no el único. En el caso que nos ocupa, la interpretación integral –creemos– es indispensable para despejar la interrogante propuesta, es decir, el análisis de la norma en su contexto formando parte de un todo. En ese sentido, consideramos que la figura del perdón de la indignidad sucesoria es un elemento importante que debe, por regla general, estar siempre presente como una facultad para el causante, pues solo él tiene la posibilidad de perdonar a su indigno, de acuerdo con las normas y formas de la desheredación.

El verdadero perdón le corresponde realizarlo en vida, pues él es el directamente agraviado. De otra manera el perdón no podría darse, pues muerta la persona, y abierta la sucesión del *de cuius*, si alguno de sus sucesores incurriese en una de las conductas tipificadas en el artículo 667 del Código Civil, la probabilidad del perdón resulta impracticable. Y este es tan importante dentro de la figura de la indignidad sucesoria que constituye la antítesis de la exclusión, no solo por sus efectos sino también por el momento en que cada uno se da: el perdón solo en vida del causante y la exclusión solo con posterioridad a la muerte

de este. Además, el perdón depende del propio causante y la exclusión de los sucesores que concurren con el indigno o de los que a falta suyo entran a suceder.

La admisión de causales de indignidad sucesoria cometidas después de abierta la sucesión hace impracticable la figura del perdón, y como se dijo anteriormente, este debe estar siempre presente como posibilidad para el sujeto perjudicado con la causal. Cabe señalar que la existencia de una o dos causales de indignidad sucesoria, en donde la posibilidad del perdón no cuenta, constituye una excepción que en todo caso confirma la regla, a saber: los autores o cómplices del homicidio doloso del causante y quienes hacen uso de un testamento falsificado. En el primer caso, la víctima del homicidio es el causante y ya no puede perdonar a los autores o cómplices de dicho delito, y en el segundo, la posibilidad de hacer uso de un testamento falsificado solo puede materializarse una vez abierta la sucesión, toda vez que los testamentos entran en vigor desde la muerte de su autor, y no antes, por lo que no es posible el uso del documento testamentario en vida del causante.

Adicionalmente a lo expuesto, debe entenderse que la indignidad no opera *ex tunc*, retroactivamente, lo que significa que sus efectos rigen para las sucesiones que se den en adelante, es decir, a partir de la comisión de la causal y no para las sucesiones abiertas con anterioridad, pues la transmisión sucesoral es automática, conforme lo dispone el artículo 660 del Código Civil, es decir, desde la muerte de la persona lo testado no corre, y si la causal de indignidad no preexistía a la transmisión del patrimonio causado este pasó al nuevo titular sin estigma alguno que le impida suceder a su causante.

No obstante lo anterior, podría ser una conjetura válida el que resulte intrascendente el hecho de que la causal de indignidad cometida con posterioridad a la muerte del *de cuius* sea también aplicable para excluir al indigno de la sucesión. Por nuestra parte, nos impelen a discrepar de dicha conjetura razones de orden jurídico relacionadas con el principio de seguridad jurídica y el de seguridad en el tráfico patrimonial de los bienes; pues en supuestos extremos en los que causales cometidas luego de varios años de abierta la sucesión –y de considerarse dicha posición– se originen situaciones de devolución a la masa hereditaria de bienes poseídos incluso por más de un año, o aun de cosas que quizá nunca se llegaron a poseer, con lo cual el plazo para accionar la exclusión ni siquiera existiría –pues este es de un año contado desde que el indigno entra en posesión de la herencia o del legado– lo testado no corre.

Cabe advertir que la hipótesis normativa relacionada con la prescripción extintiva de la acción de exclusión hace referencia al indigno que entra en posesión de la herencia y no al heredero que entra en posesión y que luego de haber entrado en posesión se convierte, por la posterior comisión de la causal, en indigno de suceder; pues este heredero ya sucedió al causante en el momento de la apertura de la sucesión y en ese momento no lo era (indigno), por tanto todo lo que ocurra después valdrá en adelante y no retroactivamente para la sucesión anteriormente abierta.

Consideramos que la solución normativa relacionada con el conteo del plazo para accionar la exclusión corrobora el argumento, en el sentido de que las causales de indignidad cometidas con posterioridad a la apertura de la sucesión solo valen para las sucesiones que se den en adelante, en la medida en que estén relacionadas con el cónyuge superviviente o con algún otro descendiente o ascendiente del causante, salvo las hipótesis excepcionales antes mencionadas, esto es, la del homicidio del causante y la del uso a sabiendas de un testamento falsificado de dicho causante, causales únicas en las que definitivamente no cabe el perdón de la indignidad por haber sido cometidas en forma coetánea y ulterior, respectivamente, a la muerte del causante.

No obstante lo anterior, reconocemos que una situación singular es aquella en la que el sucesor se convierte en indigno después de abierta la sucesión y antes de tomar posesión de la herencia o del legado, de ser el caso. Literalmente, a este sujeto sí se le podría aplicar el plazo para accionar y excluirlo por indignidad. Sin embargo, insistimos en que esta situación especial va en contra de la posibilidad del perdón; además, al momento de la apertura de la sucesión el sucesor no era indigno y por tanto recibe plenamente lo suyo, dándose la transmisión automática sin estigma alguno.

SANEAMIENTO POR EVICCIÓN EN LA PARTICIÓN DE BIENES HEREDITARIOS

El artículo bajo comentario no tiene respaldo ni correlato en las normas de la partición en la copropiedad del Libro de Derechos Reales, ni en las del saneamiento por evicción en el Libro Fuentes de las Obligaciones en el Código Civil. En principio, ello no debe causar mayor sorpresa, pues una adecuada técnica legislativa aconseja no regular lo mismo dos o más veces a fin de evitar el vicio de la antinomia, la cual consiste en la contradicción de dos o más normas respecto de un mismo tema, como ocurre, por ejemplo, con el derecho de retención del depositario, que a la luz de lo dispuesto en el artículo 1852 del Código Civil

se halla amparado, mientras que conforme a lo prohibido en su similar 1124 no estaría permitido.

El asunto finca en que encontramos injusticias en la norma bajo análisis, pues por un lado obliga a los demás coherederos a indemnizar el valor de los bienes eviccionados, y, por otro, establece que el valor será el que tengan en el momento de la evicción. En cuanto al primer punto, consideramos que el legislador ha debido tener en cuenta la naturaleza de la partición, que no es otra cosa que la permuta de acciones y derechos, cediendo los correspondientes a los bienes que no se reciben a cambio de los derechos sobre aquellos que se reciben y que le serán adjudicados, según informa el precepto 983 de nuestra ley común.

Al respecto, no es dable, equitativo ni mucho menos justo que los demás coherederos tengan que indemnizar el valor íntegro del bien eviccionado, puesto que ellos tampoco han transferido la totalidad del bien sino que cada uno permutó los porcentajes o proporciones que tenían sobre el bien adjudicado al perdedor en la evicción, y consistiendo la partición en una permuta de acciones y derechos dicho perdedor debiera asumir *prima facie* la pérdida de las acciones de la que era titular, y que lejos de ceder retuvo a fin de adjudicarse el bien eviccionado.

Asimismo, consideramos peligrosa la fórmula legislativa en cuanto fija como referencia para la indemnización a cargo de los demás coherederos el valor del bien al momento de la evicción. Cabe resaltar que uno puede ser el valor de los bienes al momento de la partición –que se entiende debe ser un valor de consenso que permite la permuta de acciones y derechos–, y otro muy distinto puede ser el valor que el bien adjudicado haya adquirido en el tiempo al momento en que se pierde por la evicción. La injusticia es de gran magnitud, tanto para el incremento como para la disminución del valor, y más aún si los demás bienes adjudicados a los otros coherederos conservan su valor.

En nuestra opinión, el bien común que fue adjudicado y luego perdido por evicción, en puridad se pierde para todos los que fueron propietarios, y en ese sentido, y tratándose de una herencia, esta se debe recomponer, prescindiendo del bien eviccionado, a fin de lograr, ahora sí, una inobjetable partición sobre los demás bienes comunes que también fueron adjudicados. Entendemos que esta solución colisiona con el principio de seguridad jurídica, por lo que otra menos traumática sería simplemente pagar el valor de las acciones y derechos que le fueron cedidos al adjudicatario del bien eviccionado, teniendo como valor referencial el de la partición y no otro, por los perjuicios e injusticias que se puedan irrogar.

EJERCICIO DEL DERECHO DE HABITACIÓN VITALICIO Y GRATUITO DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE

La presente norma constituye una verdadera innovación en nuestra legislación civil. No tiene precedente legal alguno y fue importada de la legislación argentina. Conforme al tenor de la norma el viudo o viuda ejercen este derecho prescindiendo del consentimiento de los demás sucesores, y en muchos casos, contra la voluntad de los demás sucesores. En ese sentido, estimamos que basta una declaración unilateral de voluntad dirigida a cada uno de los coherederos comunicándoles –por conducto notarial– su decisión de ejercer el derecho. Es recomendable, para la seguridad del caso, contar con la certeza de la comunicación.

Dichas cartas notariales deberán ser insertadas en la escritura pública de declaración unilateral, que para el efecto otorgará el cónyuge superviviente, identificando el inmueble en donde funcionó el hogar conyugal, para inscribir este derecho en los Registros Públicos a fin de gozar de la protección y oponibilidad del derecho frente a terceros. Cabe señalar que el registrador podrá observar la inscripción del derecho no obstante el carácter público del instrumento que contiene la declaración unilateral, específicamente nos referimos al tema relacionado con la identificación del predio como domicilio en donde funcionó el hogar conyugal. Si se trata de un solo inmueble dentro de la masa hereditaria el problema se simplifica, pues en este caso se podrá apelar a los documentos de los cónyuges en donde figure su dirección domiciliaria y a posibles certificados domiciliarios obtenidos con anterioridad al deceso del *de cuius*.

No consideramos otras posibles observaciones, pues damos por descontado que la sucesión se encuentra inscrita en el registro correspondiente (sea intestada o testamentaria) con la identificación de todos los miembros de esta, destacándose la condición del cónyuge sobreviviente.

Es razonable pensar que el planteamiento para el ejercicio de este derecho presupone una masa hereditaria neta o depurada, con lo cual queda claro que los acreedores del causante no se ven perjudicados en el cobro de sus acreencias, pudiendo incluso realizar el inmueble sujeto a habitación por el cónyuge sobreviviente, y no así los demás herederos y acreedores de estos, para quienes sí es oponible el ejercicio de este derecho real sobre cosa ajena.

En efecto, cuando el legislador señala, en el texto de la norma (artículo 731), que: “en su caso los demás bienes de la herencia se dividen entre los demás herederos con exclusión del cónyuge sobreviviente

que ejerció el derecho de habitación”. De lo que se infiere que la división de la herencia es, cuando menos, potencialmente factible o viable, precisamente cuando se ha depurado la masa hereditaria, pues existiendo acreedores de esta tienen el derecho de oponerse a la división y partición, mientras sus deudas no sean pagadas o se les garantice de manera real y efectiva.

Por cierto, consideramos cuestionable la decisión de nuestro legislador, pues el cónyuge sobreviviente, cuando ejerce el derecho de habitación, no priva de la propiedad sobre el inmueble a los demás cosucesores, sino que se la restringe a la *nuda proprietas* o propiedad desnuda, es decir, son solo titulares del derecho, sin poder ejercerlo. Por el contrario, otorga a los demás cosucesores la posibilidad de que se repartan los demás bienes hereditarios, con exclusión del cónyuge superviviente que ejerció el derecho, es decir, en este caso se priva de la titularidad de los demás bienes hereditarios al viudo o viuda que goza del derecho de habitación. No existe correspondencia ni reciprocidad en la solución legislativa. Tal como está redactado el artículo, podría tomarse como una excepción a la regla que sanciona con nulidad la partición que se hace con exclusión de uno o más copropietarios.

Entre las críticas que se le hacen a la norma está la de no haber establecido parámetros de valor respecto del inmueble sobre el cual se va a ejercer el derecho de habitación, e incluso el de no establecer la hipótesis de que el predio sea el único bien de la herencia.

Asimismo, da la impresión –por la redacción de la norma– de que el derecho se puede ejercer únicamente cuando los gananciales del cónyuge sobreviviente, sumados a sus derechos por concepto de cuota legitimaria, *no alcanzan* a cubrir el valor para que se adjudique la casa habitación en donde funcionó el hogar conyugal, pues en caso contrario, de alcanzar el valor el viudo o viuda se la deberían adjudicar. Olvida el legislador que la adjudicación de bienes comunes es una decisión convencional en donde debe haber acuerdo unánime con la partición íntegra de todos los condóminos. Caso contrario, no hay adjudicación que valga. En tal virtud, y al amparo del argumento *a fortiori* propio de la hermenéutica jurídica, estimamos que también funciona este derecho, y con más razón en caso de que los gananciales y la cuota hereditaria del viudo o viuda alcancen y cubran el valor del predio en donde funcionó el hogar conyugal; pues, en definitiva, su sola voluntad no lo podrá hacer adjudicatario del inmueble a fin de que lo pueda poseer sin mayor problema, teniendo en cuenta que el objetivo de la norma es asegurarle un techo o vivienda donde pueda morar el cónyuge sobreviviente.

Por último, cabe advertir sobre la gratuidad del derecho a favor del cónyuge sobreviviente, pues resulta extraño que al ejercerse este derecho se prive a dicho viudo de participar en la adjudicación de los demás bienes de la masa hereditaria, con lo cual se le está restando y marginando de su participación en acciones y derechos de la copropiedad que tiene sobre estos bienes, es decir, que existe una compensación económica que sale del patrimonio del cónyuge supérstite y que favorece a los demás herederos en la medida en que incrementan su participación y alícuotas sobre los demás bienes dejados por el causante. Es por esta razón que concluimos que tal gratuidad no es más que literal o simbólica, pues, en puridad, se trata de una compensación económica por el ejercicio del derecho de habitación vitalicio que en todo caso lo convierte en oneroso.