

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO DE TRUJILLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“IMPOSICIÓN DE MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO A LOS
HEREDEROS FORZOSOS AL PERCIBIR SU LEGÍTIMA VÍA
TESTAMENTARIA EN EL PERÚ”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTORA: Bach. Yesenia Estefany Rosas Villalobos

ASESOR: Ms. Juan José Estrada Díaz.

Trujillo- Perú

2017

DEDICATORIA

A Dios que siempre cuida los pasos que sigo y me llena de bendiciones; a mi mamá Evangelina y hermanos Jarol y Quenyi, quienes me apoyaron en todo momento y fueron mi motivación principal para lograr esta meta.

AGRADECIMIENTO

A mi familia, que me brindan su apoyo constantemente.

Al Ms. Juan José Estrada Díaz, por el asesoramiento en el desarrollo de esta tesis.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

Es grato dirigirme a Uds., para manifestarles que en cumplimiento con las exigencias contenidas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, para obtener el Título profesional de Abogado, pongo a su disposición la tesis titulada: **“IMPOSICIÓN DE MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO A LOS HEREDEROS FORZOSOS AL PERCIBIR SU LEGÍTIMA VÍA TESTAMENTARIA EN EL PERÚ”**.

Deseando que la presente tesis satisfaga las expectativas académicas, pongo a vuestra disposición la misma para su evaluación y agradezco, de antemano la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresar a ustedes las muestras de mi consideración y estima.

Ms. Juan José Estrada Díaz
Asesor

Yesenia Estefany Rosas Villalobos
Bachiller en Derecho y CC.PP

Trujillo, junio del 2017

RESUMEN

La presente tesis está orientada a desarrollar la problemática respecto a la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima, vía testamentaria; en la actualidad en nuestro Código Civil, está regulada la imposición de modalidades del acto jurídico, sin embargo, no se puede imponer dichas modalidades, al momento de redactar un testamento, es por ello, que la investigación se realiza en base a la siguiente interrogante: ¿Es necesario regular la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima, vía testamentaria, en el Perú?, estableciendo como objetivo principal, determinar si es necesario regular la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria.

La tesis está estructurada en siete capítulos, desarrollando temas de acto jurídico, doctrina fundamental para el inicio de la presente investigación, debido a que, en el Libro II, Capítulo V, del Código Civil, encontramos la regulación de las modalidades del acto jurídico, las mismas, que se deben tener en cuenta para los testamentos, en lo que corresponda. En nuestra legislación se regula dos formas de suceder y una de ellas es la testamentaria por la cual nos enfocamos en ésta, debido a que sólo en el testamento se podría imponer la condición, cargo y plazo. Los sucesores, son las personas con derechos a percibir la totalidad o parte de la herencia, en la presente tesis de acuerdo al problema planteado, se enfoca en los herederos forzosos, debido a que en nuestra regulación, son aquellos a los que el testador no puede imponer modalidades a diferencia del heredero voluntario y legatario. La legítima, viene a ser la parte intangible de los bienes del testador, de la que no puede disponer libremente, porque está reservada a los herederos forzosos. Los comentarios al artículo 733 ° y 736° del Código Civil, debido a que estos artículos serán modificados. Las modalidades en el derecho comparado, para desarrollar como en otras legislaciones extranjeras viene funcionando la imposición de las modalidades del acto jurídico.

Por último, el capítulo siete sobre los fundamentos de la modificación de los artículos pertinentes del Código Civil vigente, respecto a las modalidades del acto jurídico que se debe imponer a los herederos forzosos, vía testamentaria. Después de una minuciosa investigación se concluye que se debe imponer modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima, vía testamentaria, en nuestro país.

ABSTRACT

The present thesis is oriented to develop the problematic about the imposition of modalities of the legal act to the forced heirs to perceive theirs legitimate, testamentary way; at present in our Civil Code, it is regulated the imposition of modalities of the legal act, however, it is not possible to impose these modalities, at the time of writing a will, it is for that reason that the investigation is carried out based on the following question: Is it necessary to regulate the imposition of modalities of the legal act to the forced heirs to perceive their legitimate, testamentary way, in Peru?, establishing as main objective, to determine if it is necessary to regulate the imposition modalities of the legal act to the forced heirs to the perceive their legitimate way testamentary.

The thesis is structured in seven chapters, developing topics of legal act, fundamental doctrine for the present investigation, because in the Book II, Chapter V, of the Civil Code, we find the regulation of the modalities of the legal act, which must be consider for wills as appropriate. Our legislation regulates two ways of happening and one of them is the testamentary that is why we are focus on this one, because only in the will we could imposed the condition, position and term. The successors, are the people with rights to receive all or part of the inheritance, in this thesis according to the problem raised, we are focuses on forced heirs, because in our regulation, are those who the testator can not impose modalities unlike the voluntary heir and the legatee. The legitimate, becomes the intangible part of the property of the testator, which can not be freely dispose, because it is reserved to the forced heirs. the comments to the articles 733 and 736 of the Civil Code, because these articles will be modified. The modalities in comparative law, to develop as in others foreign legislations has been operating the imposition of the modalities of the legal act.

Finally, in the chapter seven on the basis of the modification of the articles of the ccurrent Civil Code, regarding the modalities of the legal act that should be imposed on forced heirs, testamentary way. After a thorough investigation it is concluded that modalities of the legal act must be imposed on the forced heirs to perceive their legitimate, testamentary way, in our country.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
PRESENTACIÓN.....	iv
RESUMEN.....	v
ABSTRACT.....	vi
TABLA DE CONTENIDO.....	vii
INTRODUCCIÓN	10
1. PROBLEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN:	12
1.1. Realidad problemática:.....	12
1.2. Formulación del problema:	14
1.3. Hipótesis:.....	14
1.4. Objetivos:	15
1.5. Justificación del trabajo de investigación:.....	15
2. TIPO DE INVESTIGACIÓN:	16
3. MATERIALES:	17
4. METODOLOGÍA:	17
5. LIMITACIONES:	17
6. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN:.....	18
6.1. Antecedentes de estudio:.....	18
MARCO TEÓRICO.....	19
CAPÍTULO I.....	21
ACTO JURÍDICO.....	21
1. CONCEPTO:.....	21
2. REQUISITOS DE VALIDEZ.....	21
3. LAS MODALIDADES:.....	21
3.1. Definición.....	21
3.2. Clases de modalidades:	22
CAPÍTULO II	42
EL TESTAMENTO	42

1.	CONCEPTO.....	42
2.	CARACTERÍSTICAS.	42
3.	CLASES DE TESTAMENTOS:.....	44
	TESTAMENTOS ORDINARIOS.	44
3.1.	Testamento en Escritura Pública.	44
3.2.	Testamento Cerrado.	46
3.3.	Testamento Ológrafo.....	49
	TESTAMENTOS ESPECIALES.....	51
3.4.	Testamento Militar.	51
3.5.	Testamento Marítimo.	53
3.6.	Testamento otorgado en el Extranjero.....	54
4.	LAS MODALIDADES TESTAMENTARIAS.	54
4.1.	La distinta influencia de las modalidades.....	55
4.2.	Límites de las modalidades en el Derecho Civil Peruano.	56
4.3.	Clases de modalidades:	56
4.3.1.	La Condición.	56
4.3.2.	El Plazo.	62
4.3.3.	El Cargo.....	64
4.4.	Comentario del artículo 846°, del Código Civil.....	64
	CAPÍTULO III.....	68
	LOS SUCESORES.....	68
1.	SUCESORES A TÍTULO UNIVERSAL.	68
1.1.	Herederos.	68
1.2.	Herederos testamentarios que pueden instituirse.	69
2.	SUSCESORES A TÍTULO PARTICULAR.....	71
2.1.	Legatarios.....	71
	CAPÍTULO IV.....	74
	LA LEGÍTIMA	74
1.	GENERALIDADES.....	74
2.	CONCEPTO.....	75

3. NATURALEZA.....	75
4. REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA.....	76
5. LOS LEGITIMARIOS.....	76
6. LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES.....	77
7. LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES.....	78
8. LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE O DEL SOBREVIVIENTE DE LA UNIÓN DE HECHO.....	78
9. DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE O DEL SOBREVIVIENTE DE LA UNIÓN DE HECHO SUPÉRSTITES.....	80
CAPÍTULO V.....	83
COMENTARIOS AL ARTÍCULO 733°, DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO.....	83
CAPÍTULO VI.....	87
LAS MODALIDADES EN EL DERECHO COMPARADO APLICABLES A LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA.....	87
1. CÓDIGO CIVIL ITALIANO.....	87
1.1. Condición.....	87
1.2. Término.....	90
1.3. El modus (o Carga).....	91
2. CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.....	93
2.1. Asignaciones condicionales.....	93
2.2. Asignaciones a día (a Término).....	95
2.3. De las asignaciones de modo específico (con carga).....	96
3. DERECHO CIVIL ESPAÑOL.....	98
CAPÍTULO VII.....	101
PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL LIBRO DE SUCESIONES DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO.....	101
1. FUNDAMENTOS PARA LA MODIFICACIÓN.....	101
2. PROPUESTA LEGISLATIVA.....	104
CONCLUSIONES.....	105
RECOMENDACIONES.....	106
BIBLIOGRAFÍA.....	107
ANEXO.....	109

INTRODUCCIÓN

El testamento es un acto jurídico regulado en nuestro Código Civil, mediante el cual una persona puede disponer de su patrimonio, siempre que no afecte la legítima de los herederos forzosos, es por ello, que el artículo 733° del C.C., señala lo siguiente: “*el testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731° y 732°, salvo en los referidos casos*”. Por lo tanto, en la actualidad cuando se redacta un testamento no se puede imponer modalidad alguna, y en caso de hacerlo a pesar de estar prohibido, se tendrán por no puestas, de acuerdo al artículo 736° del mismo Código, estableciendo que “*la institución de heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta. Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas*”. Es decir, que el titular de los bienes (testador) no puede manifestar su última voluntad debido a que la norma lo prohíbe en el caso de imposición de modalidades. Por lo que, el testador debe instituir a sus herederos forzosos de manera simple y absoluta.

Con ello surge el siguiente problema ¿Es necesario regular la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima, vía testamentaria, en el Perú?, planteándonos como hipótesis “Si, es necesario regular la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria en el Perú; porque: permite respetar la autonomía privada de la voluntad y mantener la unidad del patrimonio hereditario”.

El material empleado en la presente investigación fue netamente bibliográfico y se empleó métodos de hermenéutica jurídica y descriptivo. La investigación cuenta con una dispersión temática de siete capítulos; Primer capítulo, referente al acto jurídico, en el que se desarrolla el concepto, requisitos de validez, modalidades del acto jurídico y clases de modalidades. Segundo capítulo, referente al testamento, en el que se desarrollan conceptos, características, clases de testamentos y las modalidades en el testamento. En el tercer capítulo, denominado los sucesores, se trató temas como sucesores a título universal y sucesores a título particular.

En el cuarto capítulo, denominado la legítima, se tomó en cuenta las generalidades, la naturaleza, los requisitos para la configuración de la legítima, entre otros. En el quinto capítulo, donde se hace comentarios al artículo 733°, del Código Civil Peruano.

El sexto capítulo, denominado las modalidades en el derecho comparado aplicables a la sucesión mortis causa, desarrollándose las modalidades en el derecho Italiano, Colombiano y Español.

En el séptimo capítulo, propuesta de modificación del libro de sucesiones del Código Civil Peruano, donde se realza la importancia de hacer una modificación al libro de sucesiones en su artículo 733° y 736°, debido a las restricciones estudiadas, por lo que se desarrollan los fundamentos para modificar los artículos antes citados del Código Civil y la propuesta legislativa.

Finalmente, la conclusión de la presente investigación es realizar una modificación del libro de sucesiones, para que las personas que al momento de otorgar un testamento y desean imponer modalidades a los herederos forzosos, puedan hacerlo, sin embargo, estas no deben ir contra la ley, ni las buenas costumbres, así como tampoco deben ser ilícitas, jurídica o físicamente imposibles; y que las modalidades impuestas en el testamento se regirán por lo regulado en el libro de acto jurídico, respecto a las modalidades, en lo que corresponda.

1. PROBLEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN:

1.1. Realidad problemática:

En el Perú anualmente las personas fallecen por diversas causas, entre ellas las principales serían según el Ministerio de Salud, tumores, influenza, neumonía, enfermedades bacterianas, enfermedades del corazón, cerebrovasculares, respiratorias, diabetes, entre otras.

Gran porcentaje de las personas que fallecen en nuestro país, a lo largo de su vida acumularon una fortuna producto de su esfuerzo, por lo que algunos deciden dejar un testamento, en el que quieren establecer su última voluntad, sin embargo, en diversas ocasiones lo señalado por el testador, no se puede plasmar en el testamento debido a que en nuestro ordenamiento jurídico, existen instituciones o figuras que están limitadas y no es como en los cuerpos legales de otros países como Italia, España, Colombia, entre otros, en los que no existe tal limitación, por ejemplo, la imposición de modalidades a los herederos forzosos, es decir, nuestro legislador restringió muchas situaciones reales o potenciales en el derecho de sucesiones, para cumplir con la última voluntad del testador y proteger su legítima.

En estos casos entra a tallar el derecho sucesorio que está referido al ingreso de una persona en el lugar de otra que acaba de fallecer, tomando la posición jurídica que a ésta correspondía. (AGUILAR LLANOS, 2014)

El legislador del Código Civil de 1936, sin cambios importantes en 1984, se inspiró básicamente en tres cuerpos legales (el español, el francés y el alemán), pero sin armonizar las incompatibilidades que tienen entre sí y, por lo tanto, creando incoherencias o dejando vacíos. (LOHMANN LUCA DE TENA, 2009)

La sucesión es el medio por el que una persona ocupa en derechos el lugar de otra; es decir, lleva implícita la sustitución de una persona. (PÉREZ CONTRERAS, 2010)

En el Código Civil Peruano se distingue dos maneras de suceder, que son la sucesión testamentaria y la sucesión intestada, la presente tesis se enfoca en la

primera, debido a que sólo en ésta sería factible la imposición de modalidades por parte del testador hacia los herederos forzosos.

En el Perú existen diversos casos en los que al momento de redactar un testamento, los testadores desean imponer modalidades a sus herederos forzosos, sin embargo, no pueden hacerlo, por estar expresamente señalado en los artículos 689°, 733° y 736°, del Código Civil Peruano.

No se le permite al testador privar de la legítima a sus parientes considerados legalmente como herederos forzosos: los descendientes, los ascendientes y el cónyuge. Pero tras de tan sencillo enunciado vienen los problemas. Privar de la legítima equivale a despojar, quitar, negar el acceso a ella. Lo que el legislador ha querido, en suma, es evitar que mediante disposiciones testamentarias el testador impida (adrede o involuntariamente) que el forzoso reciba todo lo que legitimariamente debiera corresponderle. (LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo). Es preciso señalar que, en mérito a la Ley 30007, ahora también es considerado como heredero forzoso al conviviente que haya conformado la unión de hecho pura, con el causante.

Por ejemplo, el Señor Luis Pérez Vargas, se encontraba delicado de salud y decidió redactar su testamento, él deseaba que su empresa de transportes “Turismo el Norteño S.A.”, siga generando trabajo para muchas personas y que no sea dividida, para ello sus herederos deberían seguir haciendo crecer el negocio familiar que tanto le había costado tener durante el transcurso de su vida, por eso, desea que en una de las cláusulas del testamento se establezca que durante 100 años sus herederos no se deben repartir la herencia y así puedan consolidar su negocio, beneficiando a varias generaciones.

Otro caso que con frecuencia sucede es por ejemplo, el señor Alejandro tiene un hijo llamado Alberto, estudiante del segundo ciclo de la carrera de Ingeniería de Software, en la Universidad Privada Antenor Orrego. Alejandro quiere dejarle a Alberto su legítima, pero que se le otorgue en partes, desea que en el testamento se establezca que recibirá S/. 1 500.00 mensual, que su herencia va a estar repartida de ese modo hasta que termine su carrera universitaria. Una vez que

termina, recibe la herencia que sería un bien inmueble y una cuenta en el banco. Se le está imponiendo una condición, debido a que hace depender de ese acontecimiento (que termine la carrera universitaria), para que cese la pensión mensual y pueda heredar el inmueble y la cuenta bancaria.

Teniendo en cuenta los casos antes mencionados, en el Perú no se le puede imponer modalidades a los herederos forzosos, a diferencia de la Legislación Internacional como la Italiana o Colombiana en la que a los herederos forzosos si se les puede imponer modalidades, siempre y cuando dichas imposiciones no vayan contra las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público. Es decir, que en los ordenamientos jurídicos de los países antes mencionados, tienen ciertos límites dichas imposiciones.

El segundo precepto del artículo 733°, del Código Civil Peruano, dispone que el testador tampoco pueda imponer a la legítima gravamen, modalidad o sustitución alguna. Si lo hiciera, como estatuye el artículo 736°, del Código Civil, la disposición se tiene por no puesta.

En nuestro país, cuando fallece una persona lo primero que se hace es repartirse la herencia y no se piensa en las desventajas de la división de la masa hereditaria, porque los herederos en muchos casos no saben administrar el negocio que a sus padres les costó mucho sacrificio y esfuerzo durante toda su vida. Por ello, se tiene que verificar si es necesario imponer modalidades a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria en nuestro país.

1.2. Formulación del problema:

¿Es necesario regular la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima, vía testamentaria, en el Perú?

1.3. Hipótesis:

Sí, es necesario regular la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria en el Perú; porque:

- Permite respetar la autonomía privada de la voluntad.
- Mantener la unidad del patrimonio hereditario.

1.4.Objetivos:

1.4.1. General:

Determinar si es necesario regular la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria.

1.4.2. Específicos:

- 1.4.2.1.1. Describir las modalidades del acto jurídico que debe imponerse a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria.
- 1.4.2.1.2. Analizar el artículo 733°, del Código Civil, sobre la Intangibilidad de la legítima y proponer su modificación.
- 1.4.2.1.3. Determinar las ventajas que tiene la imposición de modalidades a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria.
- 1.4.2.1.4. Describir como se aplica las modalidades del acto jurídico en la sucesión testamentaria, en el derecho comparado.
- 1.4.2.1.5. Proponer una modificación legislativa al libro de Derecho de Sucesiones, del Código Civil Peruano, a efectos de introducir la condición, el cargo y el plazo, bajo regulación jurídica normativa.

1.5.Justificación del trabajo de investigación:

Teórico.

Resulta de importancia el desarrollo de esta tesis, debido a que al momento de redactar el testamento, los testadores no pueden imponer modalidades a sus herederos forzosos, por estar expresamente señalado en el artículo 733°, del Código Civil Peruano. En caso que una persona llegue a establecer modalidades en el testamento, éstas se tienen por no puestas. Este trabajo se justifica en la última voluntad del testador ante la celebración de un acto jurídico, debido a que es posible insertar modalidades en las cláusulas testamentarias por la que se instituyen legados. Según el artículo 768°: “El legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva o al vencimiento de un plazo, mientras no

se cumpla la condición o venza el plazo. Mientras tanto puede ejercer las medidas precautorias de su derecho. El legado con cargo, se rige por lo dispuesto para las donaciones sujetas a esta modalidad”. Las modalidades señaladas en el artículo precedente corresponden a las modalidades del acto jurídico, por lo que sí es posible establecer modalidades a los legatarios, porque hacer una restricción a la última voluntad del testador, al tener por no puestas las modalidades impuestas en el testamento respecto de los herederos forzosos.

Práctico.

Actualmente, existen diversos casos sobre el derecho de sucesiones en nuestra sociedad y por la falta de regulación de diferentes instituciones Jurídicas en nuestro Código Civil, es necesario regular la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria en el Perú. Porque, así permite respetar la autonomía privada de la voluntad y mantener la unidad del patrimonio hereditario. Tal es el caso de un testador al que no se le permite privar de la legítima a sus parientes considerados legalmente como herederos forzosos.

Esta problemática permite analizar el artículo 733°, del Código Civil, sobre la Intangibilidad de la legítima y de la misma manera proponer su modificación.

2. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

2.1.Por su finalidad.

La presente investigación es básica, ya que se aportan conocimientos sobre la sucesión testamentaria, específicamente sobre las modalidades del acto jurídico en el testamento y a partir de ello determinar si es necesario la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria.

2.2.Por su alcance.

El presente trabajo responde a una investigación descriptiva en la medida que describe la sucesión testamentaria y las modalidades del acto jurídico, para poder verificar si es necesario imponer modalidades a los herederos forzosos.

3. MATERIALES:

- **Legislación:** Código Civil Peruano.
- **Doctrina:** Libros de diversos autores nacionales y del Derecho Comparado, Colombia, Italia y España, sobre temas relacionados a Derecho de Sucesiones y Acto Jurídico.

4. METODOLOGÍA:

a. Hermenéutica Jurídica:

Mediante este método se ha encontrado el verdadero sentido de la legislación Nacional, respecto al derecho de sucesiones, específicamente sobre las modalidades del acto jurídico impuestas en el testamento, en todos los artículos específicos analizados en la presente investigación, con la finalidad de conocer sus alcances normativos.

b. Descriptivo:

Mediante una técnica descriptiva de la información jurídica recolectada, se trabajó la realidad jurídica peruana, en especial en lo referente al derecho de sucesiones; modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria, para lo cual se ha utilizado las categorías jurídicas que se insertan en el marco teórico, tales como el acto jurídico, el testamento, los sucesores y la legítima.

c. Analítico:

Este método empleado para analizar el artículo 733°, 736° y los artículos concordantes del Código Civil peruano.

5. LIMITACIONES:

En el desarrollo de la investigación tuve dificultad para encontrar antecedentes nacionales sobre el tema de estudio, debido a que poco se ha dedicado a este tema en materia de sucesiones.

6. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN:

6.1. Antecedentes de estudio:

La problemática de la imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima vía testamentaria en el Perú, no ha sido tratada en tesis alguna, sin embargo existen investigaciones como:

La delimitación del plazo y la condición testamentaria en el ámbito registral: ¿Es posible otorgar un testamento bajo condición resolutoria? Autora: Rosario de la Fuente-Hontañón. Lima, mayo del 2008.

Donde señala que el Código Civil actual no regula las figuras del fideicomiso testamentario ni la sustitución fideicomisaria, se abre una puerta a su utilización, en cuanto el testador sobre la base de la autonomía privada incluye cláusulas introduciendo plazos y condiciones. (DE LA FUENTE HONTAÑÓN, 2008)

El principio de Autonomía privada y la legítima en el Derecho Sucesorio Peruano: ¿En qué medida aplicando el principio de autonomía privada, debe permitirse al testador disponer libremente de los montos de la legítima a favor de los herederos forzosos? Autora: Thaisa Barbara Clemente Rothfuss. Trujillo - 2015.

Donde prescribe que la autonomía privada es la potestad que ostenta una determinada persona y que le permite regular libremente, más no ilimitada, ciertos ámbitos de su esfera jurídica privada, dicha potestad es reconocida por el Estado a través de disposiciones normativas que permiten regular situaciones jurídicas en función a la voluntad, tal como libertad contractual. La autonomía privada se encuentra limitada en el ordenamiento nacional, a diferencia de la normatividad comparada. (CLEMENTE ROTHFUSS, 2015)

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO

!

CAPÍTULO I

ACTO JURÍDICO

1. CONCEPTO:

Según Ripert-Boulanger, se denominan actos jurídicos, a aquellos que se llevan a cabo para realizar uno o varios efectos del derecho, llamándose jurídicos por la causa de la naturaleza de los efectos. (RIVERA ORÉ & BAUTISTA TOMA, 2005)

El acto jurídico, para Francisco Messineo, es aquel acto del cual nacen efectos jurídicos, porque el sujeto al realizarlo quiere determinar un resultado y tal resultado es tomado en consideración por el derecho. (RIVERA ORÉ & BAUTISTA TOMA, 2005)

En nuestro ordenamiento jurídico el acto jurídico, es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

2. REQUISITOS DE VALIDEZ.

En nuestro Código Civil se observa los siguientes requisitos de validez del acto jurídico.

- Agente capaz.
- Objeto física y jurídicamente posible.
- Fin lícito.
- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

3. LAS MODALIDADES:

3.1. Definición.

Se las define como “elemento accidental o estipulaciones accesorias de un acto jurídico, que alteran sus efectos normales”. (RIVERA ORÉ & BAUTISTA TOMA, 2005)

Las modalidades son limitaciones que se impone a los actos jurídicos en su nacimiento, extinción o su forma de realizarse, es decir, son hechos o

circunstancias que van a limitar la voluntad de las partes y de cuya realización depende el nacimiento o extinción de obligaciones.

3.2. Clases de modalidades:

3.2.1. La condición.

3.2.1.1. Concepto.

Es el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho. (RIVERA ORÉ & BAUTISTA TOMA, 2005)

La condición-modalidad viene a ser, pues, un hecho futuro o incierto que arbitrariamente y por la sola voluntad de los declarantes se incorpora al acto jurídico, el que le queda supeditado en cuanto a la producción de sus efectos. (VIDAL RAMÍREZ, 2000)

La condición es un acontecimiento futuro e incierto que hace depender el nacimiento de un acto jurídico o también su extinción o resolución. Es decir, el acto jurídico es condicional cuando su nacimiento, sus efectos o su extinción dependen de la realización de ese acontecimiento. Ejemplo: te vendo mi casa en Trujillo si me quedo a radicar en Lima; te presto mi carro si mañana viajo.

3.2.1.2. Características de la condición. (VIDAL RAMÍREZ, 2000)

- Debe ser necesariamente pactada.
- Que los caracteres del hecho, suceso, evento o acontecimiento pactado como condición sea a futuro.
- Que sea incierto.

3.2.1.3. Clases de condición: Condición Positiva o Negativa.

COVIELLO considera positiva la condición cuando el hecho cambia el estado actual de las cosas y es negativa cuando el estado actual de las cosas

no se muda, importando poco la forma gramatical en que se hayan expresado las condiciones y, así, es condición positiva si se pacta “te doy cien soles si te casas” y también si se pacta “te doy cien soles, si no tengo más hijos que el que tengo ahora” o “si me quedo con los únicos hijos que tengo”. (VIDAL RAMÍREZ, 2000)

En el artículo 175°, del Código Civil Peruano sobre la condición negativa se establece que; “si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse”.

Entonces, se puede señalar que la condición es positiva cuando depende de la realización del evento futuro o incierto, para que se dé el nacimiento o la resolución del acto jurídico; por ejemplo: si terminas tu carrera te dono mi departamento. La condición es negativa, cuando el nacimiento o la extinción del acto jurídico depende de la no realización de la condición; por ejemplo, si no te casas te dono mi departamento.

Condición Suspensiva y Resolutoria.

La condición es suspensiva cuando el nacimiento del acto jurídico está subordinado a la realización del evento (si la condición es positiva); pero si la condición suspensiva es negativa, el nacimiento del acto dependerá más bien de la no realización del evento puesto como condición; ejemplo, te arriendo mi casa si me voy a vivir fuera de esta ciudad (condición suspensiva positiva) o te arriendo mi casa en Lima, si no me vengo a vivir a esta ciudad (condición suspensiva negativa): se entiende acá que la oferta se está haciendo en la ciudad de Lima. (Biblioteca Virtual Universidad José Carlos Mariátegui)

Es suspensiva cuando los efectos del acto jurídico no se producen hasta que no se cumplen los requisitos o circunstancias de la condición. Por ejemplo, un contrato de seguro contra accidentes automovilísticos, en donde la obligación para la compañía de seguros y los derechos para el asegurado no se producen hasta que se origina un accidente. (Blog de Derecho Civil)

De lo antes señalado se puede concluir que en la condición suspensiva, el acto jurídico existe desde el primer momento pero queda en suspenso hasta que se produzca tal condición y si ésta no se cumple, no se trasmite nada. Por ejemplo, te daré \$ 500.00, si apruebas el examen de inglés.

La condición es resolutoria cuando el acto que ya ha surgido o nacido y tiene actual vigencia se ha de extinguir o ha de resolverse en el momento u oportunidad en que el evento futuro se realice: por ejemplo, he de seguir prestándote mis servicios de apoderado en los juicios en que te estoy representando hasta que me gradúe de abogado; o también te arriendo mi casa hasta cuando retorne a residir en esta ciudad. (Biblioteca Virtual Universidad José Carlos Mariátegui)

Es el acontecimiento futuro e incierto que al realizarse extingue los efectos del acto jurídico. Por ejemplo, la pensión de viudez generará por efectos de la muerte de un trabajador por riesgo de trabajo, derechos para la persona viuda (*pensión mensual vitalicia*), pero dicha pensión está sujeta a una condición resolutoria, es decir, que el viudo o viuda no contraiga matrimonio pues si lo hace la pensión se extingue. (Blog de Derecho Civil)

En condición resolutoria el acto jurídico existe desde el inicio y produce sus efectos, pero cuando se cumpla la condición, el acto jurídico queda resuelto. Por ejemplo: Eva alquila el segundo piso de su casa a Jarol, pero éste alquiler será hasta que Eva se case, porque cuando se case, Jarol tendrá que irse.

La condición es suspensiva cuando se debe esperar su realización para que el acto produzca sus efectos y es, resolutoria, contrariamente, cuando los efectos del acto cesan al realizarse la condición. (VIDAL RAMÍREZ, 2000)

Condiciones imposibles, ilícitas o contrarias a las buenas costumbres.

La condición de una cosa imposible, contraria a las buenas costumbres o prohibida por las leyes, deja sin efecto la obligación: sería imposible concebir que la ley convalidara condiciones ilícitas o contrarias a las buenas

costumbres. Las condiciones imposibles, tienen fundamento en la imposibilidad física y jurídica.

Tal es el caso, tocar la cima de una montaña con la mano y/o preñar un bien inmueble. La imposibilidad debe ser contemporánea a la realización del acto y debe tener un carácter objetivo. Respecto a la condición contraria a la moral y buenas costumbres, no es admisible supeditar la adquisición de un derecho a ejecución de un hecho inmoral. (RIVERA ORÉ & BAUTISTA TOMA, 2005)

Se puede concluir que las condiciones imposibles, son aquellas que no se pueden verificar por causas físicas o jurídicas, es decir, que son imposibles de cumplir. Por ejemplo, te daré \$ 2000.00, si estas sin respirar durante tres horas. Mientras que las ilícitas e inmorales, van contra la ley, el orden público, la moral, el ordenamiento jurídico o las buenas costumbres. Por ejemplo, te doy S/.10 000.00, si matas a Pedro.

Condiciones potestativas, casuales y mixtas. (VIDAL RAMÍREZ, 2000)

La condición potestativa es aquella que depende de la voluntad de una de las partes.

En relación a la condición potestativa, el Código Civil ha consignado en el artículo 172° una norma según la cual “es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor”.

La condición potestativa dependiente de la voluntad del acreedor no presenta los problemas que la anterior y el Código Civil, la considera plenamente válida.

La condición causal, está determinada por un hecho cuya realización es independiente de la voluntad de los sujetos comprometidos por su manifestación de voluntad, sea porque depende del azar o del hecho de un tercero, como por ejemplo, si se compromete una donación si sobreviene una sequía o si un tercero gana una competencia deportiva.

La condición mixta, está determinada por un hecho cuya realización depende en parte de la voluntad de uno de los interesados y en parte al azar

o del hecho de un tercero como, por ejemplo, si el interesado pacta jugar un partido de fútbol y contribuir al triunfo por lo menos un gol y sin que el contrario llegue a anotar ninguno.

3.2.1.4. La condición en el Código Civil. (TORRES VÁSQUEZ, 2001)

El artículo 171°, del Código Civil Peruano, señala que: *“La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto. La condición resolutoria ilícita y la física y jurídicamente imposible se consideran no puestas”*.

Del artículo antes citado, según Aníbal Torres Vásquez, se puede señalar lo siguiente: **La condición es suspensiva** cuando la eficacia del acto jurídico depende del acaecimiento (o falta de acaecimiento) del evento puesto como condición (te dono mi biblioteca si te recibes de abogado; te presto cien soles si no llueve la próxima temporada). **La condición es resolutoria** cuando el acto apenas celebrado produce sus efectos, pero deja de producirlos si se cumple el evento puesto como condición (te vendo mi automóvil, pero la venta quedará resuelta si se aprueba la anunciada ley que prohíbe la importación de automóviles). **La condición lícita** consiste en un evento que no contraría el ordenamiento jurídico (ejemplo, te vendo mi casa si logras que el banco te preste el dinero). **La condición ilícita** es contraria al ordenamiento jurídico, esto es, contraviene normas imperativas, el orden público o a las buenas costumbres. Así, establecer un beneficio en favor de un casado con la condición de que contraiga nuevo matrimonio. Esta condición es ilícita por contravenir el inciso 1° del artículo 241 °, del Código Civil Peruano, que prohíbe el matrimonio de los casados. Por ejemplo, la condición impuesta al donatario de no emplear la cantidad que se le dona en hacer tratar médicamente a su padre que se encuentra enfermo, es ilícita por ser contraria a las buenas costumbres, pues, induce al hijo ingrato a faltar a sus deberes primarios básicos. Atentan contra las buenas costumbres, las condiciones que inducen a la realización de acciones inmorales; la autonomía de la voluntad debe ejercerse respetando los mínimos éticos aceptados en una sociedad. La condición impuesta a la

donataria para que previa inseminación artificial alumbre un ser humano de sexo masculino, contradice los principios éticos que integran el concepto de la dignidad humana, que no permite hacer todo lo que técnicamente es posible. Contradican el orden público, por lesionar libertades irrenunciables del ser humano, las condiciones consistentes en que una persona abrace una determinada confesión religiosa, o que contraiga matrimonio con determinada persona, o de habitar siempre en un lugar determinado. No se puede enajenar la libertad, por cuanto ésta está fuera del comercio.

El artículo 171°, del Código Civil Peruano, al igual que un sector de la doctrina y de la legislación comparada, distingue entre ilicitud (por ejemplo, matar a una persona) e imposibilidad jurídica (ejemplo, vender una vía pública). Para nuestro ordenamiento civil, tanto la ilicitud como la imposibilidad de la condición suspensiva invalidan el acto (artículo 171°, párrafo 1°). Si la condición ilícita o imposible se refiere a una disposición o más disposiciones, la invalidez de éstas no perjudica a las otras, siempre que sean separables (artículo 224°, párrafo 1°). Si la condición ilícita o imposible se refiere a una disposición accesorio, la invalidez de ésta no afecta a la disposición principal (artículo 224°, párrafo 3°). En cambio, el suceso ilícito o imposible contemplado como condición resolutoria se considera como no puesto (artículo 171°, párrafo 2°). La condición ilícita o imposible puesta a una estipulación singular del acto no puede afectar las otras estipulaciones siempre que sean separables, o cuando las cláusulas nulas son accesorias, o son sustituidas por normas imperativas.

El artículo 172°, del Código Civil Peruano, señala que: ***“Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor”.***

Si la verificación del evento depende de la voluntad de uno de los sujetos del acto jurídico, la condición es potestativa.

Será potestativa, cuando el acontecimiento del suceso dependa de la voluntad de una de las partes intervinientes en el acto jurídico, o del arbitrio del obligado (BORDA); casual, cuando la producción del suceso es extraño a ellos o dependa de un tercero; y mixta, cuando el hecho depende, en parte

de la voluntad de uno de los participantes del acto, y en parte a una circunstancia ajena a su voluntad o de un tercero. (BARANDIARÁN HART, José León)

El Artículo 173º, del Código Civil Peruano, prescribe que: ***“Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios. El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios. El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria”.***

Hay pendencia de la condición (conditio pendet), mientras el evento no se ha verificado, pero puede verificarse todavía. Mientras que la condición está pendiente los efectos del acto no nacen todavía. Pendiente la condición suspensiva el acto jurídico no produce los efectos típicos que le son propios. Pero produce otros efectos previos, o anticipados, o instrumentales respecto a los efectos típicos, en cuanto tendientes a asegurar que si la condición se cumple tales efectos típicos se producirán, evitando que se frustren.

Si la condición es suspensiva se crea para el adquirente eventual una expectativa de adquisición, y si es resolutoria también se crea para el transferente una expectativa de poder readquirir el derecho transferido. El acreedor tiene una expectativa de adquisición, si la condición es suspensiva, o de readquisición, si es resolutoria. En ambos casos, el acreedor es titular de un derecho futuro eventual, contingente o expectatio. Así, por ejemplo, el comprador bajo condición suspensiva, tiene la expectativa de adquirir definitivamente la propiedad del bien. Por el contrario, quien enajenó bajo condición resolutoria, tiene la expectativa de readquisición de lo enajenado. El titular de la expectativa no siendo aún titular del derecho al cual tiende aquella, no puede ejercerlo, razón por la que el deudor subconditione tiene derecho a repetir lo pagado antes que se verifique la condición. Con el cumplimiento de la condición automáticamente cesa el estado de pendencia y el acto se vuelve ipso iure puro y eficaz.

El Artículo 174°, del Código Civil Peruano, dispone que: ***“El cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible. Cumplida en parte la condición, no es exigible la obligación, salvo pacto en contrario”***.

El hecho en el cual consta la condición puede ser simple y único, con lo cual, una vez que acontece, la condición se tendrá por verificada. Por supuesto, nada impide que la condición conste de una serie de sucesos o hechos más o menos complejos, que deben suceder conjuntamente. Por ejemplo: Adrian se compromete a donarle a German una biblioteca con cien volúmenes, si se titula de abogado, obtiene una beca para estudiar doctorado en España, se gradúa con los máximos honores y no se casa en los próximos cinco años. En este ejemplo de condición suspensiva, han de cumplirse todos los supuestos para que la condición surta efectos, o sea que tenga derecho a exigirse la entrega de los cien volúmenes que forman la biblioteca prometida. (BARANDIARÁN HART, José León)

De lo señalado por José León Barandiarán Hart, se puede concluir que para que se tenga por cumplida la condición se debe realizar todos los presupuestos, salvo que se haya pactado lo contrario.

El Artículo 175°, del Código Civil Peruano, regula que: ***“Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse”***.

El código regula el cumplimiento de la condición negativa, pero omite referirse al cumplimiento de la condición positiva. Se dice que la condición se cumple cuando el evento previsto como condición se verifica plenamente, y que falta la condición (o que la condición no se cumple) cuando ese evento no se verifica. El cumplimiento o incumplimiento de la condición puede ser real (de hecho) o ficto. **La condición positiva** se cumple cuando se realiza íntegramente el suceso puesto como condición; y la **negativa** se cumple cuando no se realiza el evento puesto como condición.

El Artículo 176°, del Código Civil Peruano, establece que: ***“Si se impidiere de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento***

habría de realizarse, se considerará cumplida. Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento”.

Ni el deudor puede impedir ni el acreedor puede provocar de mala fe (esto es dolosa o culposa) la verificación de la condición, porque en caso contrario estarían incumpliendo con la obligación que han asumido el uno frente al otro, hecho que la ley sanciona considerando, según el caso, cumplida o no cumplida la condición. Si el obligado impide de mala fe la realización de la condición, se considera cumplida (ejemplo, prometo darte S/.100 si optas el título de abogado antes del 30 de diciembre; y sabiendo que te han fijado el 15 de diciembre como fecha para el examen de fin de carrera, logró que los miembros del jurado no concurran. La condición se considera cumplida y debo pagarte los S/.100). La norma establece que si el deudor de mala fe impide el cumplimiento de la condición, ésta se considera cumplida. Por el contrario, si el acreedor provoca de mala fe el cumplimiento de la condición, se tendrá por no realizada.

El Artículo 176°, del Código Civil Peruano, señala que: ***“La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario”.***

La irretroactividad de la condición tiene su origen en el Derecho romano clásico. Los efectos de la condición se producen a partir del momento en que se cumple la condición. Por ejemplo, el legado per vindicationem, con el cual se atribuía al legatario la propiedad de la cosa, bajo condición suspensiva, produce tal efecto sólo a partir del momento en que se realiza la condición; en la compraventa con condición suspensiva, la eficacia de la posesión que el comprador ha obtenido durante la pendencia no se retrotrae al tiempo del contrato, sino que discurre desde el cumplimiento de la condición. La condición opera retroactivamente cuando se ha pactado los efectos del acto, si la condición es suspensiva, se consideran producidos ex tunc, desde el momento en que se celebró el acto; si es resolutoria, cuando se ha convenido que los efectos caen ex tunc, como si jamás se hubiesen producido, siempre que la naturaleza de la obligación lo permita. Hay casos en los cuales la retroactividad de la condición resolutoria no es posible porque la naturaleza de la obligación no lo permite, por ejemplo, en un

contrato de arrendamiento bajo condición resolutoria, que no será posible que una vez verificada la condición, las partes se pueden restituir las prestaciones ya ejecutadas (no es posible que el arrendatario devuelva el uso del bien por el tiempo que lo poseyó, por lo que el arrendador tampoco está obligado a devolver la renta que se pagó por ese tiempo).

3.2.2. El plazo.

3.2.2.1. Concepto.

Acontecimiento futuro y cierto cuya llegada retrasa la exigibilidad de un derecho o entraña su extinción, entendiéndose por acontecimiento futuro y cierto aquel que se producirá con seguridad en el porvenir, aquel cuya realización futura es cierta. (VIDAL RAMÍREZ, 2000)

Existirá plazo cuando se suspenda la exigibilidad o extinción de un derecho al acaecer de un acontecimiento futuro y cierto. (RIVERA ORÉ & BAUTISTA TOMA, 2005)

Es una modalidad consistente en un hecho también futuro, pero cierto; se ha de esperar el advenimiento de una fecha predeterminada que inevitablemente ha de llegar, porque el tiempo no se detiene. Cumplido el plazo se adquiere o se extinguen determinados derechos. Hay un plazo en que el término se fija con exactitud; por ejemplo: te entregaré este predio el 31 de diciembre de 2017 o de acá a un año. (Biblioteca Virtual Universidad José Carlos Mariátegui)

3.2.2.2. Clases de plazo.

Suspensivo y resolutorio.

El plazo suspensivo existe cuando se difiere la exigibilidad de un derecho por un lapso, determinado o indeterminado. Plazo resolutorio o extintivo, denominado también plazo final o de caducidad, porque su vencimiento o cumplimiento pone fin a la existencia del derecho. (RIVERA ORÉ & BAUTISTA TOMA, 2005)

Es suspensivo cuando debe cumplirse para que el acto comience a surtir efectos y, por eso, también se llama plazo inicial. El plazo es resolutorio, cuando los efectos del acto jurídico se producen inmediatamente después de su celebración pero cesan a partir de su vencimiento y, por eso, se le llama también plazo extintivo o final. (VIDAL RAMÍREZ, 2000)

El código civil en el artículo 178° hace referencia tanto al plazo suspensivo como al resolutorio, estableciendo que: “Cuando el plazo es suspensivo el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente”; y que “Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acta cesan a su vencimiento”.

3.2.2.3. El plazo en el Código Civil (TORRES VÁSQUEZ, 2001).

El artículo 178°, del Código Civil Peruano, señala que: *“Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente. Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento. Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho”*.

En el acto jurídico a plazo hay la seguridad absoluta de que ese evento futuro llegará necesariamente. Puede ser que se tenga la seguridad que el acontecimiento ocurrirá, pero sin saberse en qué momento tendrá lugar el mismo, es cierto el sí, pero es incierto el cuándo (ejemplo, la muerte de una persona), en este caso el acto no es condicional sino a plazo. La condición denota un evento futuro e incierto y el plazo un momento futuro, pero cierto. Hay plazo si el momento está indicado dies certus an et quando, esto es, se sabe de ante mano el momento mismo del cumplimiento por haberse señalado el plazo mediante la designación directa o indirecta de un día en el calendario, por ejemplo, el 6 de junio, la próxima navidad (plazo cierto) o dies certus an et incertus quando, se sabe de antemano que el plazo de todas maneras se cumplirá, aunque no se sabe el momento preciso, por ejemplo, a la muerte de Pedro (plazo incierto). El plazo como modalidad es el evento

futuro y cierto de cuyo acaecimiento se hace depender el nacimiento, la exigibilidad o la finalización de los efectos del acto jurídico.

Cuando **el plazo es suspensivo**, el acto jurídico celebrado, carece de eficacia o siendo eficaz se limita en un tiempo el ejercicio de todos o algunos de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones ya producidos. Por ejemplo se celebra un contrato de arrendamiento el seis de junio precisando que el contrato tendrá efectos a partir del quince de julio; o cuando se celebra un contrato de compra venta el cinco de enero conviniéndose que el precio se pagará el 10 de marzo. En el primer caso, el contrato de arrendamiento es perfecto (existe) desde el seis de junio, pero su eficacia se retarda hasta el quince de julio, antes de esa fecha todavía no existe la obligación de entregar el bien ni la de pagar la merced conductiva. En el segundo caso, la compraventa es perfecta y demás, eficaz desde el cinco de enero en que se celebró, si no hubiera pacto en contrario, ese mismo día el vendedor debió entregar el bien y el comprador debió pagar el precio, pero se ha pactado aplazando el pago del precio hasta el diez de marzo. En este caso el comprador es deudor del precio desde la celebración del contrato, pero el pago no se podrá serle exigido hasta que el plazo llegue. **El plazo es final o resolutorio**, el acto jurídico, que ya se celebró y es eficaz, cesa de tener efectos a su vencimiento, o sea que con el plazo resolutorio se limita en el tiempo la eficacia del acto jurídico. Por ejemplo si se celebra un contrato de arrendamiento por dos meses, el contrato dejará de tener eficacia al vencimiento del segundo mes desde su celebración.

El artículo 179°, del Código Civil Peruano, determina que: *“El plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias, resultase haberse puesto en favor del acreedor o de ambos”*.

En cuanto al beneficio de plazo suspensivo, el Código Civil conserva el sistema del Derecho Romano, que consagra en este punto el favor debitoris, presumiendo que el plazo se ha concedido en beneficio de éste, salvo que se pruebe haber sido establecido en beneficio del acreedor o de ambos. Si el plazo es en beneficio del deudor, este puede pagar antes del cumplimiento del plazo. Pero el acreedor no puede exigirlo sino al vencimiento.

El artículo 180°, del Código Civil Peruano, señala que: ***“El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero, si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición”***.

El deudor a plazo que paga antes de que éste se cumpla no tiene derecho a repetir lo pagado, porque hay la seguridad de que al vencimiento del plazo la obligación surgirá necesariamente, si el plazo es de eficacia o la obligación ya está constituida ab initio, si el plazo es de ejercicio. El pago efectuado antes del vencimiento del plazo es irrevocable.

El Artículo 181°, del Código Civil Peruano, establece que: ***El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:***

1.- Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda.

Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación.

2.- Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido.

3.- Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieren por causa no imputable a éste, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito.

El acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación antes de que expire el plazo, salvo que éste se haya establecido en su favor, o salvo que hayan sucedido hechos que determinan la caducidad del plazo. Esto último ocurre cuando el deudor pierde o disminuye considerablemente su patrimonio, que es el que respalda el crédito, de tal modo que ya no hay la

seguridad que cumplirá con su prestación, razón por la que el artículo 181°, del C.C.P., sale en defensa del derecho del acreedor declarando la caducidad del plazo a fin de que pueda exigir la efectividad de su crédito, sin esperar que el plazo esté vencido.

El Artículo 182°, del Código Civil Peruano, señala que: *“Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren. La demanda se tramita como proceso sumarísimo”*.

Éste artículo regula la fijación judicial del plazo cuya determinación ha quedado a voluntad del deudor, pero no dice nada cuando la determinación del plazo ha quedado a voluntad del acreedor y éste no lo señala, caso, éste último, que se resolverá aplicando por analogía el artículo 182°, del C.C.P., es decir, si el acreedor no señala la duración del plazo, ésta será fijada por el juez a instancia del deudor que quiere liberarse.

Por otro lado, el artículo 183°, del Código Civil Peruano dispone que, **el plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:**

- 1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.**
- 2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.**
- 3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.**
- 4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.**
- 5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.**

El computo por días. El plazo señalado por días está normado por los incisos 1°, 4° y 5° del artículo antes citado.

El inciso 1° del artículo 183°, del C.C.P., dispone: *El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.*

El día entero tiene 24 horas, corre de medianoche a medianoche; el día comienza a la hora 0 y termina en la hora 24. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 183°, en el cómputo natural se incluyen tanto los días hábiles (útiles) como los inhábiles (feriados), mientras que en el cómputo civil se excluyen los días inhábiles. El plazo por días no puede contarse de momento a momento, ni por horas, sino desde la media noche que termina el día de la fecha de su celebración.

El inciso 4° del artículo 183°, del C.C.P., establece: *El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.* En el plazo señalado por días a contar de uno determinado, se excluye del cómputo el día inicial, porque de incluirse no se estaría contando un día entero, pero se incluye el día del vencimiento por cuanto este pertenece íntegramente al deudor, quien puede pagar en cualquier momento de este día.

El inciso 5° del artículo 183°, del C.C.P., establece: *El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.* Si el día del vencimiento del plazo es inhábil se prorroga al siguiente día hábil. A contrario sensu, si el día por el que se inicia el plazo es inhábil o en el transcurso hay uno o varios días inhábiles, ellos entran en el cómputo.

El computo por meses. El inciso 2° del artículo 183°, del C.C.P., dispone: *El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.* Esto quiere decir que el plazo por meses se computa de fecha a fecha, o sea, corre desde el día del mes inicial y termina en ese mismo día del mes del vencimiento y si en el mes del vencimiento falta ese día, el plazo se cumple en el último día de dicho mes.

El computo por años. El inciso 3° del artículo 183°, del C.C.P., prescribe que el plazo por años se rige por las reglas que establece el inciso 2, es decir, que el plazo se computa de fecha a fecha.

El artículo 184° del Código Civil Peruano, señala que: *Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente.*

A falta de convenio o disposición legal en contrario, las reglas sobre el cómputo del plazo contenidas en el artículo 183°, del C.C.P., son de aplicación a todo tipo de plazo sea legal, judicial o convencional.

3.2.3. El Modo o Cargo.

3.2.3.1. Concepto.

Es una obligación accesoria y excepcional que se impone al que adquiere un derecho. El cargo es una obligación que grava a una de las partes interesadas y puede ser exigido su cumplimiento en forma coercitiva. (RIVERA ORÉ & BAUTISTA TOMA, 2005)

Restricción a la ventaja económica que obtiene la parte beneficiada con un acto de disposición a título gratuito, determinando esta restricción una obligación modal que es un deber jurídico pero que no constituye una contraprestación sino un elemento accidental al acto jurídico así celebrado. (VIDAL RAMÍREZ, 2000)

3.2.3.2. Caracteres. (VIDAL RAMÍREZ, 2000)

- Solo puede anexarse a los actos de disposición a título gratuito.
- Debe consistir en un hecho lícito y posible.
- Debe ser expresamente establecido.

3.2.3.3. El Modo o Cargo en el Código Civil Peruano. (TORRES VÁSQUEZ, 2001)

El artículo 185°, del Código Civil Peruano, prescribe que: *“El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el*

beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna". El modo, consiste en una obligación accesoria impuesta al beneficiario de una liberalidad por el disponente de ésta (por ejemplo, se dona un predio, imponiendo al donatario la carga de pagar una pequeña pensión a favor de una persona del afecto del donante). Los sujetos vinculados al acto modal son el disponente de la liberalidad, o sea el que hace la liberalidad (donante, testador). El beneficiario del cargo que puede ser el propio disponente de la liberalidad o un tercero determinado o determinable o también puede ser el beneficiario de la liberalidad (ejemplo, la donación hecha con el fin de que el donatario se costee sus estudios profesionales).

El artículo 186°, del Código Civil Peruano, establece que: **“Si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, éste debe cumplirse en el que el juez señale. La demanda se tramita como proceso sumarísimo”**. El cargo será ejecutado en el plazo señalado por el imponente; a falta de este plazo, si el acreedor y deudor no se ponen de acuerdo, el cargo se cumplirá en el plazo que señale el juez en un proceso sumarísimo, atendiendo a las circunstancias del caso (ejemplo, la facilidad o dificultad para realizarlo).

El artículo 187°, del Código Civil Peruano, señala que: **“El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad”**. Puede suceder que la limitación modal impuesta sea excesiva al extremo que reabsorba enteramente el beneficio patrimonial atribuido, o incluso superarlo, de manera que el destinatario de la liberalidad para poder ejecutar el modo tuviera que utilizar no solamente lo recibido sino también lo suyo propio, pero esto no implica que el beneficiario de la liberalidad esté obligado a ejecutar el cargo en lo que excede el valor de la liberalidad; en la parte que el cargo excede a la liberalidad deja de ser una obligación jurídica, para devenir en una obligación puramente moral (obligación natural) que si el deudor quiere la cumple sino no.

El artículo 188°, del Código Civil Peruano, regula que: ***“La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona. En este caso, si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos”***.

La obligación de cumplir el cargo, como toda obligación, se transmite a los herederos, excepto cuando se trata de una obligación inherente a la persona del deudor (intuito personae), lo prohíbe la ley, o se ha pactado lo contrario. Si el beneficiario de la liberalidad fallece antes de haber cumplido el cargo, sus herederos deben satisfacer la obligación sin ella no es inherente a la persona. Si el cargo consiste en una obligación intuito personae y el beneficiario muere sin cumplirla, los bienes objeto de la liberalidad revierten al imponente del cargo o a sus herederos. Por ejemplo, se dona un bien a un abogado con el cargo de que el personalmente defienda al donante en un proceso judicial; el abogado muere sin haber cumplido el encargo; sus herederos deben devolver al donante o a sus herederos el bien materia de donación.

El artículo 189°, del Código Civil Peruano, establece que: ***“Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno”***.

La relación entre la liberalidad y el modo es de subordinación: el modo es accesorio respecto de la liberalidad. Aquí es de aplicación el principio que dice que lo accesorio sigue la suerte del principal, pero no al contrario, por lo que si la estipulación que contiene el cargo o modo se invalida, esto no afecta para nada al acto jurídico que permanece como un acto puro.

No se puede poner cargos ilícitos o imposibles, pero su presencia no invalida el acto, sino que se los tiene por no puestos, subsistiendo el acto jurídico sin cargo alguno. Por ejemplo, que un padre establezca en su

testamento que su hija aborte, que tenga sólo un hijo, o que la obligue a casarse para que pueda disponer de su herencia.

CAPÍTULO

II

CAPÍTULO II

EL TESTAMENTO

1. CONCEPTO.

Es el acto jurídico personalísimo, voluntario y libre mediante el cual el causante expresa sus disposiciones de última voluntad (ESTRADA DÍAZ, 2013). En el artículo 686°, del Código Civil Peruano se establece que: *“Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes total o parcialmente, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala”*.

Acto jurídico, cuyo contenido está determinado por una declaración de voluntad destinada a crear los efectos y relaciones jurídicas previstas por el testador, la que es dada a conocer después de su fallecimiento. (VIDAL RAMIREZ, 1986)

Acto jurídico por cuya virtud una persona establece en favor de otra u otras, para después de su muerte, el destino de todo o parte de su patrimonio o la ordenación de otros asuntos de carácter no patrimonial. (PUIG PEÑA, 1976)

De lo antes citado se puede concluir que el testamento es un acto jurídico, mediante el cual el causante declara su última voluntad y hace un llamamiento a los herederos, para así poder disponer de sus bienes, sin embargo, ésta disposición será total o parcialmente de acuerdo a la potestad del testador pero dentro de los límites que otorga la ley.

2. CARACTERÍSTICAS.

Es personalísimo.

Solo el testador puede manifestar su voluntad para ordenar su sucesión, no cabe que esta facultad se delegue (AGUILAR LLANOS, 2014).

Debe ser otorgado personalmente por el testador, única y exclusivamente por él, sin la intervención de terceras personas; esto significa que no se puede otorgar testamento por poder. (ESTRADA DÍAZ, 2013)

Aguilar Llanos Benjamín señala que, en el caso peruano, esta característica aparece con nitidez, no solo en el artículo 690°, del C.C.P., el cual expresa claramente que las disposiciones deben ser directa expresión de la voluntad del testador, sino también en el artículo 696° y en los artículos 699°, inciso 2 y 707°, del C.C.P. Por lo tanto se prohíbe dar libertad a otro para testar en nombre del testador, y dejar disposiciones al arbitrio de un tercero.

Es unilateral.

Es un acto y no un contrato, porque consiste en la manifestación de una sola voluntad, que es la del testador. (FERRERO, 2002)

En el derecho no se admite la bilateralidad del testamento, es decir, que no se puede otorgar testamento por medio de un contrato. (ESTRADA DÍAZ, 2013)

El artículo 1405°, del Código Civil señala que es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora.

Es solemne.

El testamento es un acto *Ad solemnitatem*. Se refiere, pues, a requisitos que necesariamente deben cumplirse. Cuando no se ha dado cabal cumplimiento a éstos, estamos ante una nulidad absoluta prevista en el Libro del Acto Jurídico. (FERRERO, 2002)

Augusto Ferrero, también señala que lo característico en el testamento es que la solemnidad, entendida como el cumplimiento de ciertos requisitos, es exigible siempre.

Es expresión de última voluntad.

Se pretende que el testamento efectivamente sea expresión auténtica, libre y última del testador, como una materialización de su fuero interno, en donde

seguro con soporte anímico y afectivo, manifiesta su deseo en torno a consideraciones de orden patrimonial, pero también puede hacerlo con respecto a relaciones de orden extra patrimonial. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Es revocable.

La revocabilidad es consustancial al testamento. En efecto, tal como aparece en el artículo 798, complementado por los que le siguen, el testador tiene el derecho de revocar en cualquier tiempo sus disposiciones testamentarias. (LOHMANN LUCA DE TENA, 1996)

Es un acto jurídico.

El testamento no es un contrato, en tanto que no requiere para su otorgamiento del acuerdo de voluntades entre el testador y el sucesor, como tampoco será necesario para su validez que exista tal acuerdo. (AGUILAR LLANOS, 2014)

3. CLASES DE TESTAMENTOS:

TESTAMENTOS ORDINARIOS.

3.1. Testamento en Escritura Pública.

3.1.1. Concepto.

Es el que otorga personalmente el testador en presencia de dos testigos, ante un notario que lo escribe en su registro. Para el conocimiento de este instituto, así como para el impedimento del notario y testigos testamentarios. (FERRERO, 2002)

Procede del testamento nuncupativo del derecho justiniano, testamento llamado autentico, público y abierto. Nuncupativo porque alude a una declaración oral, a viva voz. (AGUILAR LLANOS, 2014)

3.1.2. Formalidades.

Para que este documento sea válido debe cumplir con lo que establece el Código Civil Peruano, en el artículo 696° “Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

1. Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles.
2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.
3. Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.
4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.
5. Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.
6. Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete. (Según Numeral modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973).
7. Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salvo cualquier error en que se hubiera incurrido.
8. Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.”

Ahora bien, el vigente Código Civil, al recoger una práctica frecuente en nuestras notarías, admite que la voluntad testamentaria esté contenida en un documento, el cual se entrega al notario, debiendo precisar que no se trata de una minuta, sino solo una suerte de ayuda memoria del testador, a la par de que no se violenta el carácter oral de la lectura del testamento, ni se perjudica el conocimiento que los testigos deben tener del testamento, pues el notario está obligado a consignar cada una de las cláusulas, a dar lectura en voz alta y preguntar al testador su conformidad con lo que se está leyendo (AGUILAR LLANOS, 2014)

El artículo 697°, del Código Civil, regula que si el testador es analfabeto, deberá leersele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia visual, el testamento podrá ser leído por él mismo utilizando alguna ayuda técnica o podrá leersele el notario o el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento será leído por él mismo en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario.

Por otro lado, según el artículo 698° del mismo código señala que si se suspende la facción del testamento por cualquier causa, se hará constar esta circunstancia, firmando el testador, si puede hacerlo, los testigos y el notario. Para continuar el testamento deberán estar reunidos nuevamente el testador, el mismo notario y los testigos, si pueden ser habidos, u otros en caso distinto.

3.2. Testamento Cerrado.

3.2.1. Concepto.

Es el que otorga el testador en una hoja de papel que firma y guarda en un sobre que cierra en privado, dejando constancia en diligencia posterior, ante notario y dos testigos, de que tiene su última voluntad. Se llama místico en Francia y secreto en Italia (FERRERO, 2002).

Es aquel que el testador otorga redactándolo personalmente y depositándolo dentro de un sobre o cubierta (sobre cerrado) que será firmada en la parte exterior y entregado a un notario para la transcripción del acta de la cubierta en su registro de escrituras públicas debiendo el testamento quedar en poder del notario. (ESTRADA DÍAZ, 2013)

3.2.2. Formalidades.

Para que este documento sea válido debe cumplir con lo establecido en el Código Civil Peruano, artículo 699°; Las formalidades esenciales del testamento cerrado son:

1. Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.
2. Tratándose de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre en las condiciones que detalla el primer párrafo.
3. Que el testador entregue personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento. Si el testador es mudo o está imposibilitado de hablar, esta manifestación la hará por escrito en la cubierta.
4. Que el notario extienda en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas.
5. Que el cumplimiento de las formalidades indicadas en los incisos 2 y 3 se efectúe estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, quien dará al testador copia certificada del acta.

AGUILAR LLANOS, Benjamín, en su libro “Manual de Derecho de Sucesiones” desarrolla lo siguiente:

Pliego interior. El inciso primero de este artículo, nos trae en su primer párrafo lo concerniente al documento en el que se consigna la voluntad testamentaria, y que puede ser cualquier clase de papel, señalándose que la redacción puede realizarse utilizando cualquier tipo de máquina, e incluso manuscrito, pero se exige que cada página esté firmada, salvo si se trata del

manuscrito, en el que la exigencia solo está referida al final del documento. Puede ser escrito de cualquier idioma, no exigiéndose la fecha, sin embargo, este requisito se supera cuando el notario levanta el acta sobre la cubierta del sobre.

Sobre. El artículo 699°, del Código Civil describe pormenorizadamente la forma como debe ser redactado el testamento, pero igualmente se pronuncia por el pliego testamentario, y cómo este pliego deberá ser introducido en un sobre o cubierta, señala el legislador. Al respecto, diremos que sobre es sinónimo de cubierta, en el que se introduce el pliego testamentario, y se procede a cerrarlo, cuidando de que efectivamente la cubierta clausurada esté cerrada herméticamente, para evitar que el pliego pueda ser extraído, a través de la rotura o alteración de la cubierta.

Presentación ante el notario. El testador, personalmente y acompañado de los testigos, se presentará ante el notario, a quien le entregará el sobre cerrado, indicándole que dentro de él se encuentra su testamento. El notario sobre la cubierta clausurada, levantará un acta en el que conste la manifestación del testador de que en dicho sobre se encuentra su testamento. Al redactar el acta en la cubierta del sobre, dejará constancia de lo manifestado por el testador, pues no podrá certificar que dentro del sobre efectivamente se encuentra un testamento. El notario consignará los nombres del testador, de los testigos; luego todos los intervinientes procederán a firmar el acta la cual estará debidamente fechada. Una vez terminado el acto, deberá transcribirlo en su registro de testamentos y volver a firmar los intervinientes.

Unidad del acto. Se garantiza el principio a través de la reunión del testador, testigos y notario. Todos ellos presente; desde el inicio hasta el final del acto.

Se requiere que estén reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, con lo cual se garantiza la legitimidad del pliego interno que como sabemos contiene la voluntad del testador.

Conservación del testamento. Con la exigencia en el Código Civil vigente, de que el notario conserve el testamento con las seguridades del caso, hasta que luego de muerto el testador, el juez competente o el notario soliciten la presentación. En efecto, el artículo 700°, del Código Civil señala que el testamento cerrado quedará en poder del notario.

Revocación del testamento cerrado. El mismo artículo 700°, del Código Civil, señala que el notario que conserva el testamento, deberá restituirlo al testador ante una petición de él, la que debe de hacerse con las formalidades.

El artículo 802°, del Código Civil, establece: "El testamento cerrado queda revocado si el testador lo retira de la custodia del notario".

3.3. Testamento Ológrafo.

3.2.1. Concepto.

Es el testamento que el testador escribe íntegramente de su puño y letra, fechándolo y firmándolo, sin intervención de testigos ni notario. (FERRERO, 2002)

En general, el testamento ológrafo es redactado personal y directamente por el testador, a mano, es decir, de su puño y letra, fechado y firmado sin intervención de testigos ni de notario; por excepción y solo para el caso de discapacitados por deficiencia visual, se puede utilizar el sistema Braille (AGUILAR LLANOS, 2014).

En esta clase de testamentos no interviene autoridad alguna, ni testigos; por ello, quizás es el testamento con menos seguridad para guardar la voluntad testamentaria.

3.2.2. Formalidades (AGUILAR LLANOS, 2014).

Para que este documento sea válido debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 707°, del Código Civil Peruano.

“Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Si lo otorgara una persona

con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 699°. Para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador”.

- **Escritura.** Significa que debe estar escrito y redactado por el mismo testador (manuscrito), formalidad que será comprobada a la muerte del testador por la vía del peritaje calígrafo. El testamento puede ser extendido en cualquier papel o superficie, pero su elaboración puede agotarse en un determinado o en varios momentos, cualquier enmienda o corrección es posible, y puede realizarse al margen o entre líneas. Las modificaciones realizadas luego de la conclusión del testamento, deben ser fechadas y firmadas el testador, puesto que equivaldrían a un nuevo testamento.
- **Fecha.** Según Echeopar el objeto de esta solemnidad es doble; por un lado, nos da un referente temporal sobre la capacidad o no del testador cuando lo otorgó; y por otro, nos permite establecer ante la eventualidad de la existencia de dos testamentos, cuál de ellos es el último. En cuanto a cómo debe consignarse la fecha, la jurisprudencia extranjera admite el uso de las letras o números.
- **Firma.** De preferencia debe consignarse al final del testamento, sin embargo, creemos que nada se opone a que aparezca en cualquier parte del texto, lo esencial es que quede clara la relación entre la firma y el texto. Debe utilizarse el nombre y el apellido que usa habitualmente el testador en los actos de su vida diaria. Por lo tanto, la suscripción vendría a ser una ratificación del testador a todo lo expresado en el pliego testamentario. Se señala que podría hacerse incluso utilizando seudónimos o con simples iniciales.

3.2.3. Efectos posteriores (FERRERO, 2002).

La persona que conserve en su poder un testamento ológrafo está obligada a presentarlo al juez competente dentro de los treinta días de tener conocimiento de la muerte del testador, bajo responsabilidad por el perjuicio que ocasione con su dilación (artículo 708°).

Debe mencionarse que en varios casos en que se acreditó la existencia de un testamento, sin ser éste habido, la declaración de herederos hubo de seguirse en juicio ordinario.

De acuerdo al artículo 709°, presentado el testamento ológrafo con la copia certificada de la partida de defunción del testador o declaración judicial de muerte presunta, el juez con citación de los presuntos herederos, procederá a la apertura si estuviera cerrado, pondrá su firma entera y el sello del juzgado en cada una de sus páginas y dispondrá lo necesario para la comprobación de la autenticidad de la letra y firma del testador mediante el cotejo, de conformidad con las disposiciones del Código Procesal Civil que fueran aplicables. El mismo artículo agrega que sólo en caso de faltar elementos para el cotejo, el juez puede disponer que la comprobación sea hecha por tres testigos que conozcan la letra y la firma del testador. Estas normas procesales en el Código Civil se debieron a que en el Código de Procedimientos Civiles no existían; pues, cuando este último se promulgó, en 1912, estaba vigente el Código de 1852, que no legislaba el testamento ológrafo.

Una vez que ha sido comprobada la autenticidad del testamento y el cumplimiento de sus requisitos de forma, el juez mandará protocolizar el expediente (artículo 711°). El plazo para hacerla es de un año contado desde la muerte del testador.

La protocolización notarial confiere al testamento ológrafo la condición de instrumento público, adquiriendo el valor probatorio que como tal le corresponde, de acuerdo al Código Procesal Civil.

TESTAMENTOS ESPECIALES.

3.4. Testamento Militar.

3.2.1. Concepto.

Ramón Domínguez Benavente señala que este testamento no se concibe como un privilegio, sino como una manera de facilitar el otorgamiento de testamento a personas que se ven envueltas en conflictos armados.

El testamento militar es el acto jurídico que pueden otorgar determinadas personas en circunstancias especiales. Reemplaza al testamento en escritura pública y al cerrado. No así al ológrafo que, como se ha visto, se puede otorgar en cualquier ocasión. (FERRERO, 2002)

3.2.2. Formalidades.

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

Que conste por escrito y que sea firmado por el testador, por la persona ante la cual es otorgado y por los testigos. (CÓDIGO CIVIL, 2016)

3.2.3. Trámites a los que está sujeto el testamento militar.

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

3.2.4. Caducidad.

El testamento militar caduca a los tres meses desde que el testador deje de estar en campaña y llegue a un lugar del territorio nacional donde sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias. El plazo de caducidad se computa a partir de la fecha del documento oficial que autoriza el retorno del testador, sin perjuicio del término de la distancia. (CÓDIGO CIVIL, 2016)

En caso de encontrarse un testamento ológrafo en la situación de excepción del testamento militar, se le deberá dar el mismo trámite que al militar, con la excepción de que no habrá de dejarse constancia de la clase militar o mando de la persona, pues no se otorgó ante ella. En este caso el testamento caducará al año de la muerte del testador, según ordena el artículo 707°, del Código Civil. (AGUILAR LLANOS, 2014)

3.5. Testamento Marítimo.

3.2.1. Concepto.

Es aquel que puede ser otorgado por los navegantes durante la travesía acuática, y puede ser marítimo, fluvial o lacustre. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Es el que otorgan los jefes, oficiales, tripulantes y cualquier persona que se encuentre embarcada en una nave de guerra peruana durante la navegación acuática, ya sea por mar, río o lago. Este mismo testamento puede ser otorgado por cualquier persona que se encuentra a bordo de un barco mercante de bandera peruana, ya sea de travesía o de cabotaje o ya sea que esté dedicado a tareas industriales o para cumplir fines científicos. (ESTRADA DÍAZ, 2013)

3.2.2. Formalidades (FERRERO, 2002).

Son formalidades de este testamento que conste por escrito y que sea firmado por el testador, por la persona ante la cual es otorgado y por los testigos (artículo 717°). Al igual que en el testamento militar, el Código no indica quién debe hacer la escritura, debiendo interpretarse que puede hacerla cualquiera, sin necesidad de que sea alguna de las personas citadas, las cuales sí están obligadas a firmar. El artículo agrega que se extenderá, además, un duplicado con las mismas firmas puestas en el original, y que el testamento se anotará en el diario de bitácora, de lo cual se dejará constancia en ambos ejemplares con el visto bueno de quien ejerce el mando de la nave, debiendo conservarse con los documentos de éste.

El testamento marítimo se otorga ante quien tenga el mando del buque o ante el oficial en quien éste delegue la función y en presencia de dos testigos. El testamento del comandante del buque de guerra o del capitán del barco mercante será otorgado ante quien le siga en el mando (artículo 717°, del Código Civil Peruano).

3.6. Testamento otorgado en el Extranjero

Según lo dispuesto en el artículo 721°, del C.C.P., los peruanos que residen o se hallen en el extranjero pueden otorgar testamento ante el agente consular del Perú, por escritura pública o testamento cerrado, según lo dispuesto en los artículos 696° a 703°, respectivamente. En estos casos aquél cumplirá la función de notario público.

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

Asimismo, son válidos en el Perú en cuanto a su forma, los testamentos otorgados en otro país por los peruanos o los extranjeros, ante los funcionarios autorizados para ello y según las formalidades establecidas por la ley del respectivo país, salvo los testamentos mancomunado y verbal y las modalidades testamentarias incompatibles con la ley peruana (art. 722°, del C.C.P.).

4. LAS MODALIDADES TESTAMENTARIAS.

El Código Civil Peruano prescribe en el Artículo 689°: “Las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestos las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley”.

Tanto por su redacción como por su lugar de ubicación (Sucesión Testamentaria. Disposiciones Generales), de una primera y rápida lectura se podría inferir que todas las disposiciones de los testamentos son susceptibles de ser modalizadas. Sin embargo, sería incorrecta semejante conclusión, ya que las disposiciones testamentarias sobre la legítima de los herederos forzosos no pueden ser modalizadas y toda estipulación que al efecto consigne el testador se tiene por no puesta. (LOHMANN LUCA DE TENA, 1996)

A diferencia de lo prescrito en nuestra legislación, en España por regla general, el testador hará la institución de una manera pura y simple, pero puede suceder también que la misma se halle afectada por las modalidades de condición, término y modo, que juegan un importante papel en las disposiciones de última voluntad.

El código español, después de decir que “las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición” establece en el art. 791° que “las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales” y análogas disposiciones contiene cerca de las demás modalidades (PUIG PEÑA, 1976).

4.1. La distinta influencia de las modalidades.

En el caso del cargo no cabe duda alguna que por su manera de actuar solamente opera respecto de la liberalidad de la atribución patrimonial testamentaria, modificando sus alcances, (MAFFIA OSVALDO, 1981) pero no sobre su eficacia (certidumbre o tiempo), de suerte que su significación siempre se constriñe al momento en que el testamento es válido, eficaz y haya delación aceptada en favor del sujeto concreto. No introduce, ninguna incertidumbre en esenciales del negocio testamentario. (TORRALBA SORIANO, 1967)

Tratándose del plazo, en sede testamentaria juega un papel especial, muy distinto del que lo caracteriza en el ámbito de otros negocios jurídicos. Su influencia en materia de testamentos se circunscribe a incidir: (a) sobre la eficacia del testamento entero en el período anterior al fallecimiento del testador. Es decir, el testador decide que solamente tenga valor si su deceso ocurre dentro del plazo señalado, lo que de todas formas no impedirá su derecho a revocarlo; (b) sobre la eficacia de las disposiciones testamentarias que no conciernan a la institución del heredero, considero que nuestro sistema excluye la posibilidad de heredero temporal. Se hereda o no se hereda, pero no se admite una sucesión universal interina o transitoria, a la espera de la llegada de una fecha. Sobre el legado, en

cambio, sí es posible la disposición sometida a plazo. (LOHMANN LUCA DE TENA, 1996).

En lo que toca a la condición, dentro de las limitaciones que el ordenamiento impone, puede afectar: (a) las disposiciones mismas, sea con relación a heredero voluntario, legatario, o disposiciones de otra naturaleza; (b) el testamento en su conjunto, pero en este caso siempre antes de que el hecho condicionante ocurra (o no ocurra), antes de la muerte. Ejemplo de lo primero: quien no teniendo herederos forzosos designa a un heredero voluntario pero supeditando la institución a la condición de que un hermano del testador no tenga descendientes (que tampoco son forzosos). Ejemplo de lo segundo: que todo el testamento decaerá si ocurre el evento puesto con eficacia condicionante. (LOHMANN LUCA DE TENA, 1996)

4.2. Límites de las modalidades en el Derecho Civil Peruano.

Las modalidades impuestas en el testamento no pueden ir contra el orden público, las buenas costumbres, la moral, la seguridad nacional y el bienestar común. Se debe tener en cuenta el artículo V, del Título Preliminar, del Código Civil Peruano, que establece, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Asimismo, las modalidades deben tener un fin lícito, ser física y jurídicamente posible, de acuerdo a lo establecido en el artículo 171°, del Código Civil, “La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto. La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas”.

4.3. Clases de modalidades:

4.3.1. La Condición.

La condición como modalidad del acto jurídico, como lo establece la generalidad de la doctrina, es un hecho incierto del que se hace depender la eficacia del acto y que en el caso del acto testamentario con el que se instituye el legado, es impuesto arbitrariamente por el testador. El hecho puesto como

condición no puede ser contrario a las normas imperativas de la ley, como señala el artículo 689°, del Código Civil, pues se tendrá como no puesto; o ser ilícito o física o jurídicamente imposible, pues invalidarían la disposición testamentaria (VIDAL RAMIREZ, 1986). Por ejemplo, Jarol, al redactar su testamento, establece que Karen, será heredera universal cuando se gradúe cómo Abogada, dicha condición no es contraria a las normas imperativas de ley, ni es ilícito o jurídicamente imposible. Contrario sería si Jarol, establece que Karen, no debe contraer matrimonio, pues esta condición, no será aceptada y se tendrá por no puesta.

Lohmann Luca de Tena señala que al referirse a condiciones, el artículo 689°, del Código Civil Peruano, no hace distinción de ninguna especie. Tampoco lo hace el numeral 738°, del mencionado Código. Ambos aluden a condiciones en general, sin diferenciar la naturaleza del hecho o hipótesis condicionante, ni su influencia en la eficacia (suspensiva o resolutoria) del esquema dispuesto por el testador sobre lo que el artículo 686° llama ordenamiento de la propia sucesión. Para DE MARTINO, citado por Messineo, la doctrina de la condición en el testamento se infiere, por lo demás de los principios que se tienen aquí por reproducidos, o sea, que la pendencia de la condición suspensiva hace (temporalmente) ineficaz el testamento y la verificación de la condición resolutoria lo hace (definitivamente) ineficaz, y hace ineficaces también las disposiciones testamentarias singulares (MESSINEO, 1954)

Aquella subordina a un hecho incierto y futuro la consolidación o resolución del llamamiento efectuado por el testador a la adquisición de la herencia o legado. (ZANNONI, 1999)

La Condición Suspensiva.

El artículo 768°, del Código Civil Peruano, hace referencia a la condición suspensiva, cuya verificación debe esperar el legatario para que la disposición testamentaria le haga adquirir el derecho, pudiendo mientras tanto, ejercer las medidas precautorias de su derecho. La condición suspensiva genera un derecho

pendente conditione, esto es condicional, eventual o expectatio que le permite a su titular, según el artículo 173°, a realizar “actos conservatorios”, y si tal titular es legatario, las “medidas precautorias de su derecho”, entendiéndose por tales la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 2019, inc. 4), o en el de la Propiedad Mueble (Art. 2045), según la clase del bien legado o a cualquier otro “acto conservatorio” o “medida precautoria”. Estos derechos pendente conditione pueden ser materia de transmisión por acto testamentario y por acto inter vivos (VIDAL RAMIREZ, 1986). Por ejemplo, Luis deja a su hija Laura, \$ 80 000.00, siempre y cuando ella se gradúe como ingeniera.

Lohmann Luca de Tena establece que, en materia testamentaria la condición suspensiva, puede actuar sobre tres estratos o grados.

– **Sobre el Testamento.**

La estipulación condicionante puede hacer que lo suspendido sea el testamento entero, de manera que su vigencia sólo se quiere (aparte, claro está, de que el autor muera, que en rigor es una conditio juris) si se produce el supuesto hipotético al que se anuda y condiciona la voluntad de querer testar. El testamento como tal está confeccionado y por lo tanto tiene existencia jurídica, pero el testador ha querido que ese orden de intereses contenido en el testamento solamente actúe si ocurre o no ocurre (según que la condición sea positiva o negativa) el evento que supeditó su decisión de testar.

– **Sobre la institución de heredero Voluntario o Legatario.**

Es el que repercute ya no sobre el testamento entero, sino en el ámbito de las disposiciones concernientes a institución de heredero o legatario. Existen dos posiciones:

Si lo condicionado es **el llamamiento- o sea la designación a título Universal (heredero) o particular (legatario)** o si lo subordinado a condición puesta con efectos suspensivos es **la adquisición de los bienes (o derechos) por el designado.**

En el primer caso (designación condicionada) el heredero nombrado o legatario tienen nombramiento - y por lo tanto, vocación sucesoria- pero la delación sucesoria queda supeditada a la realización de la condición, de manera que,

propriadamente, no estarían en aptitud de aceptar o renunciar ni ser sucesores del testador hasta que la condición tenga lugar; y en todo caso la aceptación sería ineficaz porque no se ha producido el supuesto condicionante.

En el segundo caso el nombramiento es firme y efectivamente habría sucesor (heredero o legatario) y se produciría delación en sus personas, pero todavía con incertidumbre sobre la titularidad de los bienes, que sólo adquirirán cuando y si la condición se realiza.

Mi posición respecto a estos dos casos es concordante con la de Lohmann Luca de Tena, el que considera que afecta la adquisición y no el nombramiento y sus razones son las siguientes:

- En nuestro ordenamiento jurídico no hay posibilidad de que existan bienes sin titular.
- Que el artículo 768, aunque referida al legatario estimó igualmente aplicable al heredero voluntario. Según esta norma, “el legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva o al vencimiento del plazo, mientras no se cumpla la condición o venza el plazo. Mientras tanto, puede ejercer las medidas precautorias de su derecho”. Me parece bastante claro que el texto transcrito da por cierta y firme la situación jurídica del nombramiento de legatario, si bien que subordinado (entiéndase, supeditado) a la realización de la condición la **adquisición** de lo legado.
- En nuestro derecho positivo carece de una regla que impida al adquirente bajo condición pedir la partición hasta que se realice el evento condicionante. No se ha previsto tampoco partición provisional hasta que la condición se verifique.

– **Sobre otras disposiciones Testamentarias.**

La condición suspensiva puede imponerse sobre otro tipo de disposiciones de menor trascendencia en el régimen u ordenamiento sucesoral y que no conciernan a la institución de herederos o legatarios. Las posibilidades y variantes dependerán de lo que el testador haya decidido en función de los particulares intereses que desee regular. Por ejemplo: puede establecer una condición suspensiva que afecte el régimen de indivisión forzosa, o que repercuta sobre lo estipulado respecto del albaceazgo, etc.

La Condición Resolutoria.

La condición resolutoria en un negocio jurídico por causa de muerte es el acontecimiento futuro e incierto del que el testador hace depender que una atribución en él contenida deje de ser eficaz después de haberlo sido (CALATAYUD SIERRA, Adolfo, 1994). Por ejemplo, Jaqueline deja a su hija Eva una pensión de S/ 1 200.00 mensuales, quien la perderá si viaja Ecuador.

La condición es resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho, es decir, que es un hecho futuro e incierto, del que depende la extinción de un derecho.

Lohmann Luca de Tena establece que en materia testamentaria la condición resolutoria puede actuar sobre tres estratos o grados.

– Sobre el Testamento entero.

No hay inconveniente para que la condición afecte resolutivamente la eficacia del testamento en conjunto. Se exceptúan aquellas disposiciones que, por su especial naturaleza, no admitan derogatoria, como sería el caso, por ejemplo, de las que tengan como contenido el reconocimiento de un hijo.

Con arreglo a lo expresado, el testador puede dictar su última voluntad y establecer u ordenar el régimen sucesoral que desea, pero supeditando la vigencia y eficacia de todo ello a que ocurra o no ocurra algo, en cuyo caso cesará por entero su testamento y su sucesión se regirá por otro testamento o por las reglas de la sucesión intestada.

– Sobre la institución de heredero Voluntario o Legatario.

Aunque conceptualmente puede admitirse la condición resolutoria, en nuestro régimen positivo se hace necesario distinguir entre llamamiento o designación condicionados, y adquisición condicionada. De este planteamiento se sigue que no cabe resolver ni suprimir del mundo jurídico una herencia o legado ya ocurridos y que, además, fueron queridos por el testador, que para eso los nombró. Sin embargo, sí es perfectamente posible que sucedido el evento condicionante fijado con carácter resolutorio, decaiga la titularidad en la propiedad. De este modo tendremos una sucesión verdaderamente formada y

ocurrida, en el entendimiento que lo querido por el testador ha sido efectivamente que los nombrados fuesen sus sucesores a título universal como heredero, o particular como legatario, pero bajo ciertos supuestos resolutorios no del derecho a su sucesión, sino del derecho a que se atribuyan definitivamente los bienes.

Desde la apertura de la sucesión y durante el periodo de pendencia el sucesor adquirente tiene plena vocación hereditaria y un derecho indiscutible sobre los bienes, pero sin duda no absoluto, porque la subsistencia y consolidación del derecho sobre ellos depende de que ocurra (o no ocurra, si fuerte negativa) la condición. Sobre los derechos transmitidos por la muerte y recibidos por los sucesores sub conditione pesa una carga de incertidumbre, lo que obliga a conservarlos en aptitud de ser devueltos, si llegara el caso.

– **Sobre otras disposiciones Testamentarias.**

La condición resolutoria puede imponerse sobre otras disposiciones testamentarias aisladas y particulares, supeditando la continuación de lo dispuesto a que suceda o no algo que ponga fin al régimen así creado.

Condiciones imposibles, ilícitas e inmorales.

En las disposiciones testamentarias se consideran no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. (GIORGIO DE NOVA, 1993)

Entonces, se puede establecer que las condiciones imposibles y contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero, a pesar que el testador haya dispuesto lo contrario. Por ejemplo, una condición ilícita sería, te dejo la casa de Piura como herencia, si aguantas tres horas bajo el agua sin respirar, y contraria a la ley sería por ejemplo, te dejo la casa si matas a Susan.

La condición de no contraer matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que la condición de no casarse se haya impuesto al viudo o viuda por su difunto consorte. Por ejemplo, heredarás si te casas, o heredarás si te casas con Alberto.

Condiciones captatorias.

Son aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes en condición de que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos. (ELORRIAGA DE BONIS, 2010)

Por ejemplo, te dejo la mitad de mi herencia con la condición de que tú me dejes la casa de campo.

Condiciones potestativas, causales y mixtas.

La condición es potestativa cuando su cumplimiento dependa de la voluntad o la conducta de una de las partes. La condición es casual cuando el cumplimiento no depende de la voluntad de las partes, sino de fenómenos ajenos, como el azar o la voluntad de un tercero. Y la condición es mixta cuando el cumplimiento dependa en parte de la voluntad de uno de los sujetos de la obligación y en parte de una circunstancia ajena.

4.3.2. El Plazo.

Según el artículo 689°, del Código Civil Peruano que estudiamos, se aplican a las disposiciones testamentarias las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos. A tenor de ello, regirían en materia de actos de última voluntad las reglas de los artículos 178 a 193 del Código, relativas al plazo. (LOHMANN LUCA DE TENA, 1996)

El plazo suspensivo.

Cuando es suspensivo el acto no surte efecto mientras el plazo se encuentre pendiente. Es decir, hasta que no llegue la fecha fijada como término inicial (LOHMANN LUCA DE TENA, 1996).

El que ha de entregar tiene la situación de un usufructuario. Si es de prestación periódica, el heredero que ha de pagarlo hace suyos los frutos (GARGOLIO ARCE).

Si el derecho está sometido a un plazo suspensivo, es un derecho efectivo y seguro, en contra posición a los pendiente conditione, pues no hay duda alguna sobre su existencia si bien el legatario ha de esperar un cierto tiempo para poder gozarlo y ejercerlo; se trata de un derecho ya constituido. (VIDAL RAMIREZ, 1986)

Lohmann Luca de Tena establece que en materia testamentaria el plazo suspensivo puede actuar sobre los siguientes estratos o grados.

– **Plazo sobre el testamento.**

La regla contenida bajo el numeral 686°, del Código Civil Peruano, se refiere solamente a modalidades de las disposiciones testamentarias. Sin embargo, es evidente que la ineficacia temporal propia del plazo suspensivo puede estatuirse sobre el testamento entero sin perjuicio, desde luego, de su revocabilidad.

En este caso, esta ineficacia (que implica como si el testamento no se hubiera hecho) queda decretada por decisión del propio testador, quien ha querido que su testamento no surta eficacia antes de una fecha determinada o determinable merced a los criterios que él mismo proponga. Consiguientemente, si el deceso se produce antes del vencimiento del plazo suspensivo el régimen sucesoral establecido en tal testamento es absolutamente irrelevante para efectos jurídicos y, por tanto, la sucesión se regirá o por el testamento anterior, si lo hubiere, o bajo el régimen de sucesión legal intestada si no había testamento o el que había resulta sin valor por cualquier razón.

– **Sobre la institución de heredero o legatario.**

Con respecto a los herederos legitimados no cabe duda alguna de la ilicitud de establecerles plazo alguno, porque los artículos 733° y 736°, del Código Civil, excluyen claramente la aposición de modalidades en las designaciones de herederos forzosos.

– **Sobre las disposiciones singulares.**

No existe al respecto impedimento de ninguna índole, siempre que no repugne la naturaleza de la disposición.

4.3.3. El Cargo.

4.3.3.1. Características del cargo (LOHMANN LUCA DE TENA, 1996).

- El cargo no modifica los efectos típicos de la disposición testamentaria a la cual se añade, pero sí le agrega otros efectos jurídicos que económicamente limitan la atribución patrimonial.
- Si bien la prestación en que consiste el modo y la liberalidad son conceptualmente autónomos, el primero descansa en la segunda, que viene a ser el presupuesto de la obligación modal.
- El cumplimiento de la carga que se impone solamente puede ser exigido después de satisfecha la liberalidad.

4.3.3.2. Ámbito de aplicación (LOHMANN LUCA DE TENA, 1996).

Conforme a las ideas expuestas, el modo solamente puede imponerse sobre las disposiciones atributivas de liberalidad, que quedan así modalizadas con una obligación a cargo del enriquecido. Por lo tanto, no puede recaer ni sobre el testamento entero (como sí la condición o el plazo) ni sobre disposiciones testamentarias ajenas a constitución de liberalidad.

En el aspecto subjetivo solamente puede imponerse el cargo a los herederos voluntarios o a los legatarios. No se admite respecto de la legítima de los herederos forzosos, según preceptúa el artículo 733°, del Código Civil Peruano.

Conforme al numeral 738°, del Código Civil Peruano, el testador puede imponer a los herederos voluntarios cargos que no sean contrarios a la ley, a las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales.

4.4. Comentario del artículo 846°, del Código Civil.

Si bien es cierto en el Derecho Civil Peruano no se acepta la imposición de modalidades por parte del testador al momento de disponer de su patrimonio, al analizar el artículo 846°, del Código Civil, se puede afirmar que se está imponiendo una modalidad al establecer la indivisión por un plazo de cuatro años, sin embargo, no habría problema si los herederos no cumplen con esta imposición.

Artículo 846°, del Código Civil, *“el testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de cuatro años, sin perjuicio de que los herederos se distribuyan normalmente las utilidades.*

Tratándose de explotaciones agrícolas y ganaderas se estará a lo dispuesto por la ley de la materia...”.

“...Asimismo, a partir de la publicación e inscripción registral del sometimiento de la sucesión a cualquiera de los procedimientos concursales previstos en la legislación nacional se producirá la indivisión de la masa hereditaria testamentaria o intestada”.

El artículo antes citado es comentado por Verónica Zambrano de Novak, en el que señala que, debemos entender que la intención del legislador ha sido otorgar al testador la facultad de imponer la indivisión por cuatro años respecto de todos aquellos bienes que se encuentren destinados a que la empresa continúe cumpliendo con la actividad económica para la cual fue creada. No obstante esta consecuencia no es la que resulta de aplicar el artículo bajo comentario, puesto que la indivisión de los bienes destinados para la operatividad de la empresa no garantiza que los bienes continúen siendo aplicados a la actividad empresarial, del mismo modo que la indivisión de las acciones de las que el causante era titular, tampoco garantiza que el voto sea ejercitado de modo tal que permita la continuidad de la empresa. Por tanto, se puede tener un conjunto de acciones u otro tipo de bienes indivisos, sin que ello garantice la continuidad de la actividad empresarial que en vida del causante se realizaba. No debemos olvidar que la herencia se constituye en sí como un beneficio gratuito, es decir que los herederos no han realizado ninguna acción concreta para recibirla. Por tanto, de ordinario; no existe un incentivo para seguir haciendo producir a los bienes heredados, salvo que la pérdida reportada por la falta de actividad productiva de los bienes indivisos o los cuantiosos beneficios que reporte su actividad, analizados considerando la adversión al riesgo de cada heredero, sean de tal magnitud que los herederos decidan continuar con el negocio. Si ello fuere así, podemos afirmar que los herederos, como sujetos racionales, tendrían un incentivo natural para decidir continuar con la empresa, aun sin

que el testador hubiere impuesto la indivisión. Considerando que los individuos son limitadamente racionales y les puede resultar costoso decidir entre continuar o no con la empresa, resulta de principal importancia que el testador imponga la indivisión de los bienes de los cuales dependa la permanencia de la misma y adicionalmente nombre un albacea con el encargo específico de continuar con la actividad empresarial, mientras dure la indivisión, solo así logrará el testador que su voluntad de dar continuidad a la empresa, luego de su muerte, se cumpla. Si bien la indivisión impuesta es el primer paso para garantizar la continuidad de la empresa, no logra por sí sola su objetivo.

Situación diferente se presenta con relación al caso de explotaciones agrícolas y ganaderas, puesto que las leyes especiales por las que se rigen establecen determinados requisitos a cumplir para no perder su condición de tales, obligando de cierta forma a que la actividad en dichas explotaciones continúe. En estos casos la indivisión sí garantizará probablemente que la actividad agrícola o ganadera continúe bajo un solo titular, la sucesión indivisa, lo que precisamente era el interés que el causante buscaba preservar. (ZAMBRANO DE NOVAK, Verónica)

Finalmente, en cuanto al plazo puede comentarse que, en opinión de algunos autores como Lohmann, resulta corto e implica una innecesaria restricción a las facultades dispositivas del testador. Verónica señala que comparte esta opinión en lo que se refiere a la sucesión de los herederos voluntarios, pues en dicho caso el testador podría en su interés disponer de una indivisión por un plazo mayor. Inclusive consideramos que a pesar de no señalarlo expresamente en la norma, al dejar abierta la posibilidad de imponerse todo tipo de modalidades a los herederos forzosos, podría intentar sostenerse un plazo mayor. En cambio, esta situación no se presenta así respecto de los herederos legitimarios, a quienes de cierta forma se les estaría condicionando su cuota legitimaria, por lo que no correspondería interpretar que sea posible establecer un plazo mayor.

CAPÍTULO

III

CAPÍTULO III

LOS SUCESORES

1. SUCESORES A TÍTULO UNIVERSAL.

Esta tiene lugar cuando la totalidad del patrimonio del causante, esto es, la universalidad de su patrimonio se transmite a uno de sus herederos o a varios de sus sucesores dando lugar a los llamados herederos o sucesores a título universal. Por ejemplo: Pedro muere y deja como su único heredero a su hijo Juan; en este caso el llamado por la ley a sucederle es Juan, por ser el único heredero.

En esta hipótesis el hijo Juan asumiría todo el patrimonio hereditario porque es un heredero a título universal. Pero puede darse el caso que Pedro fallece y deja como sobrevivientes a sus hijos Juan, Luis, José, Teresa, María y además a su cónyuge supérstite, en ésta hipótesis todos asumen el patrimonio hereditario proporcionalmente a su participación en su masa hereditaria. En este supuesto todos tienen el carácter a título universal. (art.735, del C.C.). En ese orden, son herederos a título universal los herederos forzosos, los herederos legales y los herederos voluntarios, quienes suceden sobre los activos y pasivos de la herencia. El rasgo fundamental en ésta forma de suceder es aquel heredero (o herederos), asume los derechos provenientes de la sucesión. (ESTRADA DÍAZ, 2013)

1.1. Herederos.

El heredero sintetiza en sí la continuación (jurídica) de la esfera patrimonial del causante y por eso mismo satisface una función social reconocida por el derecho. La ley organiza un sistema de llamamientos a suceder en el ámbito de la familia, sobre la base de parentesco, y permite también al mismo causante, en vida, instituir o nombrar a quienes según su voluntad recibirán la herencia una vez fallecido. (ZANNONI, 1999)

El heredero es el que por testamento o por ley, mediante juicio de intestado, recibe en todo o en parte una herencia o legado. Es a quien se transmiten los bienes, derechos y obligaciones del *cujus*, en los términos de testamento o en la forma en que disponga la ley, en su caso. (PEREZ CONTRERAS, 2010)

Baqueiro Rojas y Buenrostro Baéz, citados por Jara Quispe, señalan lo siguiente:” El heredero está considerado como el elemento central de la teoría testamentaria, ya que se trata del sustituto del *cujus* en la titularidad de su patrimonio (...).” (JARA QUISPE, 2009)

1.2. Herederos testamentarios que pueden instituirse.

1.2.1. Herederos forzosos.

Son aquellos a los cuales la ley les reserva una parte no disponible de la masa hereditaria. (HINOSTROZA MINGUEZ, 2014)

Lo de forzoso debería entenderse respecto del testador, el cual se ve obligado, forzado a convocar a ciertos herederos cuyos derechos están reconocidos legalmente, salvo la institución de la desheredación. En consecuencia, el llamado heredero forzoso lo es por designación que hace la ley, y no porque el heredero tenga que aceptar forzosamente el llamado, pues como ya ha quedado establecido en nuestra legislación, no hay heredero a la fuerza, el heredero lo es porque quiere serlo y no porque se lo impongan. (AGUILAR LLANOS, 2014)

En el artículo 724° del Código Civil Peruano, se señala que “*son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho*”. Pero la institución de éstos herederos se hará de acuerdo a lo prescrito en el artículo 736°, del mismo cuerpo normativo, “*La institución de heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta. Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas*”.

Este artículo establece que no son válidas las modalidades que imponga el testador; entonces, en nuestro ordenamiento jurídico a los herederos

forzosos no se les puede imponer condiciones y cargas con respecto a la legítima.

El artículo 733°, del Código Civil Peruano, señala lo siguiente, “El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad, ni sustitución alguna...” Ello es así pues tales herederos no deben su derecho al causante, quien lo único que hace es instituirlo, sino que la fuente de su derecho lo encontramos en la ley; por lo tanto, el testador tiene que limitarse a convocarlos en forma pura y simple. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Que no pueden ser privados de la herencia mediante un testamento porque la ley no lo permite. Son los hijos, cónyuge y padres de la persona que fallece. (ORTEMBERG & ASOCIADOS).

1.2.2. Herederos Voluntarios.

Los que sólo pueden ser instituidos por el testador en caso de no haber herederos forzosos, puesto que el derecho a la legítima de éstos tiene una condición preferencial, excluyente e intangible, y no pueden aquéllos ser apartados del mismo por persona alguna. (HINOSTROZA MINGUEZ, 2014)

Se trata de liberalidades del testador por las que convoca a su sucesión a fin de que participen de esta, transmitiéndoles todo o una parte del patrimonio. Obsérvese que el testador no está obligado a llamarlos, sino que por, un acto gracioso, los convoca. La presencia de los herederos voluntarios solo va a ser posible en el caso de que el testador no tenga herederos forzosos hábiles, pues si los tuviera, son ellos los que deben de participar en su calidad de herederos. Esto significa que en nuestra legislación no pueden coexistir herederos forzosos con voluntarios, sino que estos solo van a tener presencia ante la ausencia de aquellos. (AGUILAR LLANOS, 2014)

El artículo 737°, del Código Civil Peruano, prescribe que: “El testador que no tenga herederos forzosos, puede instituir uno o más herederos voluntarios y señalar la parte de la herencia que asigna a cada uno. Si no la determina, sucederán en partes iguales”.

A diferencia de los herederos forzosos, el testador puede imponer modalidades en el acto testamentario a los herederos voluntarios; tal como lo señala el artículo 738°, del Código Civil Peruano, en la parte in fine, “*el testador puede imponer tanto a los herederos voluntarios como a los legatarios, condiciones y cargos que no sean contrarios a la ley, a las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona*”.

2. SUSCESORES A TÍTULO PARTICULAR.

Esta tiene lugar cuando el causante dispone por testamento como un acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más de sus bienes o de una parte de ellos, dentro de sus facultades de libre disposición y a favor de determinados sucesores llamados legatarios (art. 725°, 726° y 756°, del C.C.). En este caso se afirma que los legatarios son sucesores a título particular; con la aclaración que la institución de los legatarios es potestativa, por lo tanto no siempre hay legatarios en una sucesión intestada. El rasgo característico de esta clase de sucesión es que los legatarios no heredan deudas (art. 735°, del C.C.) u obligaciones, (salvo lo dispuesto por el art. 879°, del C.C., cuando es el propio testador quien impone al legatario pagar sus obligaciones; y el art. 17° inciso 1°, del Código Tributario, referido a las obligaciones tributarias que afectan a los bienes legados). (ESTRADA DÍAZ, 2013)

2.1. Legatarios.

El artículo 756°, del Código Civil Peruano, establece que: “El testador puede disponer como acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más

de sus bienes, o de una parte de ellos, dentro de su facultad de libre disposición”.

Regula el artículo 735°, del Código Civil, que la institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756 que alude al legado de una parte de un bien (AGUILAR LLANOS, 2014).

Tratándose de una liberalidad, la ley faculta al testador para imponer condiciones o plazos, e incluso cargos al llamado de los legatarios; siempre y cuando no vayan contra las normas del orden público, las buenas costumbres y no afecten los derechos fundamentales de la persona, tal como expresamente lo señala el artículo 738°, del Código Civil.

Asimismo, el artículo 768, del C.C.P., prescribe que, el legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva o al vencimiento de un plazo, mientras no se cumpla la condición o venza el plazo. Mientras tanto puede ejercer las medidas precautorias de su derecho. El legado con cargo, se rige por lo dispuesto para las donaciones sujetas a esta modalidad. Por otro lado, el legado caduca si el legatario muere antes que el testador, si el legatario se divorcia o se separa judicialmente del testador por su culpa y Si el testador enajena el bien legado o éste perece sin culpa del heredero (Artículo 772, del C.C.P.).

CAPÍTULO

IV

CAPÍTULO IV

LA LEGÍTIMA

1. GENERALIDADES.

En la sucesión testamentaria, la voluntad del testador no es enteramente libre. Aquella está enmarcada dentro de ciertos parámetros, ya que hay partes de la masa hereditaria de libre disposición y existen otras que deben ser transmitidas en forma obligatoria a los herederos forzosos o legitimarios.

El derecho positivo confiere carácter de intangibilidad a la legítima, limitando la voluntad de disposición que puede tener el testador, que exceda de dicha porción intangible. Esta institución de la legítima es más que todo natural, cuya esencia reposa en consideraciones de orden moral, familiar, espiritual, social, que satisface las necesidades de las personas que tienen un estrecho vínculo con el causante de índole parental. (HINOSTROZA MINGUEZ, 2014)

AUGUSTO FERRERO, señala que existen dos sistemas respecto a la facultad de disposición mortis causa de una persona: aquel que otorga libertad plena para testar y aquel que obliga a reservar parte del patrimonio a favor de algunos.

Como destaca Lehr, citado por Augusto Ferrero, entre romanos la libertad absoluta de testar era una de las prerrogativas más preciosas del ciudadano. Fue el Derecho Germano el que no respetó las disposiciones del testador ni reconoció el derecho para hacerlas.

Bevilaqua, citado por Augusto Ferrero, menciona que existen razones de orden moral y jurídico invocadas a favor de la libertad de testar. 1) Constituye una atribución más del derecho de propiedad; 2) La herencia forzosa es una injusta restricción a la libertad individual; 3) La libertad de testar consolida la autoridad paterna, pues deja al padre el derecho de transmitir su patrimonio al hijo más digno de su estima; 4) La libertad de testar desarrolla la iniciativa individual, porque no pudiendo el individuo contar con una herencia, se ve precisado a satisfacer sus necesidades y desarrollar todas sus energías y consagrarse al trabajo.

Nuestro ordenamiento se afilia al régimen que reconoce la sucesión forzosa, consagrando la institución de la legítima. (FERRERO, 2002)

Hinostroza Minguez señala que son consecuencias de la intangibilidad de la legítima las siguientes:

- a) El testador no puede, aunque así fuere su deseo, privar de ella a los herederos forzosos, a excepción de los supuestos de indignidad y desheredación.
- b) Si un heredero legitimario ha sido preterido, o sea, el testador ha prescindido de él, puede aquél solicitar el reconocimiento de su derecho.
- c) Si el testador ha dejado a terceros porción mayor a la permitida legalmente, el heredero necesario puede pedir la reducción correspondiente. Si se le deja menos de su cuota, está facultado para exigir el reintegro de lo faltante.
- d) Son nulos los gravámenes, condiciones y sustituciones de cualquier índole.

2. CONCEPTO.

La legítima es la parte intangible de los bienes del testador de la que éste no puede disponer libremente, porque está reservada a ciertos herederos, quienes, en virtud del derecho imperativo que la ley les acuerda en la sucesión, son denominados forzosos, legitimarios o necesarios. (LANATTA, 1978)

Cabanellas quien, al referirse a la legítima, señala que se trata de la parte de la herencia que se debe por disposición de la ley a cierta clase de herederos, definición amplia, y que como es de observar, cabe aplicarla tanto a la sucesión testamentaria como a la intestada. (AGUILAR LLANOS, 2014)

El artículo 723º, del Código Civil, señala lo siguiente: "La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos".

3. NATURALEZA.

La institución de la legítima está referida a una restricción de la propiedad, y más precisamente, a la facultad de libre disposición de esta, en tanto que el

propietario del bien o bienes, no resulta libre de disponerlo como mejor le parezca, pues ante la presencia de familiares cercanos (los llamados forzosos), no es tan libre de efectuar actos de disposición a título de liberalidad, ni en vida, ni para después de muerto, lo que equivale a limitarlo en su derecho de libre disposición, pues en caso contrario, corre el riesgo de estar celebrando un acto jurídico que puede ser atacado, si en vida dispone más allá de lo que puede disponer por testamento. (AGUILAR LLANOS, 2014)

En ese supuesto, el exceso no vale según lo refiere el artículo 1629 del Código Civil, y si testa, no reconociendo las cuotas legitimadas, o excediéndose de los límites que señala la ley en protección de los legitimarios, estos pueden igualmente atacar esa voluntad testamentaria tal como claramente lo señalan los artículos 806 y 807 del Código Civil.

4. REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA.

Para la configuración de la legítima es necesaria la concurrencia de los requisitos siguientes:

- a) La existencia de herederos forzosos o legitimarios, que son los únicos herederos con derecho a la legítima. Éstos son: Los ascendientes (padres, abuelos, bisabuelos, etc.), descendientes (hijos, nietos, biznietos, etc.), el (la) cónyuge o, según el caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho. En cuanto a los hijos, no existe distinción alguna entre tales, pudiendo ser: matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos.
- b) La existencia real de los herederos forzosos, aún con la calidad de concebidos, siempre que su nacimiento sea viable, vale decir, que nazcan vivos.
- c) Que los herederos forzosos no sean excluidos de la herencia por indignidad o desheredación.
- d) Existencia de la vocación sucesoria del presunto heredero.

5. LOS LEGITIMARIOS.

Los familiares cercanos y directos con respecto al causante, y a quienes la ley les reconoce una cuota hereditaria, son los llamados herederos forzosos, o herederos

necesarios o legitimados, sobre la denominación que emplea el Código Civil de herederos forzosos, tal como expresamente lo señala el artículo 724°, del Código Civil (modificado por Ley N° 30007), "son herederos forzosos los hijos y demás descendientes, los padres y los demás ascendientes y el cónyuge o si fuera el caso el sobreviviente de una unión de hecho" (AGUILAR LLANOS, 2014).

6. LEGÍTIMA DE LOS DESCENDIENTES.

Refiere el artículo 725°, del Código Civil, que quien tiene hijos u otros descendientes puede disponer libremente del tercio de sus bienes, por lo que la legítima de estos es de dos tercios del patrimonio hereditario. Ahora bien, conviene hacer la precisión de que estos dos tercios le corresponde a los descendientes, quienes se distribuirán en partes iguales; y si fuera el caso, que al causante le ha sobrevivido un solo hijo, esos dos tercios le corresponderán en su totalidad; y si le han sobrevivido diez hijos, los dos tercios se dividirán en partes iguales entre los diez hijos del causante. La ley peruana no hace distinción en cuanto al número de legitimarios que concurran, pues los dos tercios irán para todos ellos o para uno sólo. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Teniendo en cuenta que, respecto de la herencia, la legítima es una parte, que se determina deduciendo de la masa hereditaria, en su integridad, las cargas y deudas de la herencia y los gananciales del cónyuge supérstite o, según el caso, del integrante sobreviviente de la unión de hecho y agregando o sumando el valor de los bienes colacionables-de haberlos-; una vez determinada la herencia neta partible, la legítima de los herederos forzosos es, en relación a la herencia, la proporción que fija la ley. En lo concerniente a la legítima de los descendientes, ella importa una de las más importantes innovaciones del Código Civil vigente. En el Código Civil de 1936, para establecer la preferencia entre unos y otros herederos necesarios en la sucesión testamentaria, se recurría a las normas de la sucesión legal. El artículo 729°, del Código Civil actual establece que se debe recurrir a las normas de sucesión intestada para determinar la legítima de cada uno de los herederos forzosos, que es igual a la cuota que les correspondería en la sucesión intestada. Tratándose de los hijos, como descendientes que son, todos ellos tienen iguales derechos sucesorios (art.818°, del C.C.). Esta misma

igualdad opera para otros descendientes, debiéndose tomar en cuenta los efectos de la representación sucesoria: si concurren solos, heredan por cabezas; y si concurren con hijos del causante, heredan por estirpes. (HINOSTROZA MINGUEZ, 2014)

7. LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES

Estos legitimarios solo van a concurrir a la sucesión del causante, cuando a este no le sobreviva descendientes hábiles para heredar, en tanto que como ya ha quedado señalado, no es posible la concurrencia de descendientes con ascendientes, ni en la sucesión testamentaria ni en la sucesión legal. (AGUILAR LLANOS, 2014)

Si decimos la porción de libre disponibilidad (art.726, del C.C.), resulta que la legítima es de la mitad. Los principios que rigen la legítima de los ascendientes, siguiendo las reglas de la sucesión legal, son los que a continuación mencionamos: a) La línea descendente tiene preferencia sobre la ascendente; quiere decir esto que los hijos, nietos, etc., excluyen a los padres y abuelos; b) Los progenitores que no reconocieron a sus hijos extramatrimoniales, o aquellos cuya paternidad ha sido declarada judicialmente, no heredan a sus hijos extramatrimoniales, de conformidad con los artículos 398 y 412 del Código Civil. Por el contrario, heredan los padres de los hijos extramatrimoniales reconocidos (inclusive mayores de edad), si éstos se encontraban en posesión constante del estado de hijos, o si consienten en el reconocimiento. Por otro lado, los padres de no haber descendientes, heredan por partes iguales. Si sólo existiera uno de ellos, heredaría la mitad del patrimonio hereditario. Los abuelos, a falta de padres, heredan de igual forma que éstos. (HINOSTROZA MINGUEZ, 2014)

8. LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE O DEL SOBREVIVIENTE DE LA UNIÓN DE HECHO.

En caso de los consortes un matrimonio válido y vigente al momento en el que se produce el deceso del cónyuge, es suficiente para que el cónyuge supérstite

goce la calidad de heredero, dentro de las condiciones que la ley establece. En lo que se refiere a la unión de hecho que genera familia, también recibe protección del Estado, y así lo reconoce el artículo cuarto y quinto de la constitución. En esa medida se ha dictado la Ley N° 30007, que concede derechos hereditarios entre los concubinos, dándole la calidad de legitimarios a ambos, y por tanto reconociéndoles sus derechos sucesorios. La legítima del cónyuge es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales proveniente de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio. (AGUILAR LLANOS, 2014).

La legítima es un derecho que reconoce la ley al cónyuge al haber estado unido en matrimonio con el causante.

En cuanto a los gananciales provenientes de la sociedad de bienes que se da en el matrimonio, es un derecho a su calidad de socio de esa sociedad, esto es, un derecho ganado y reconocido por su aporte en la formación de este patrimonio, y al terminar esta sociedad, como cualquier otra que concluye, se tiene que repartir el patrimonio social entre los socios. (AGUILAR LLANOS, 2014)

El artículo 730°, del Código Civil, ha sido modificado por la Ley N° 30007, al poner a la par del cónyuge al sobreviviente de la unión de hecho. En consecuencia, ocurrido el deceso de una persona que estuvo unida a otra bajo los alcances del artículo 326°, del Código Civil, al sobreviviente le corresponderá en aplicación del artículo citado, el 50% de la sociedad de bienes generada a lo largo de la vida concubinaria, más su derecho de herencia otorgado por la misma ley.

Si el cónyuge o concubino concurre con descendientes del causante, y si la concurrencia es con sus hijos, su cuota será igual a la de un hijo del causante (art. 822°, del C.C.). En cambio, si la concurrencia es con otros descendientes más lejanos (nietos, biznietos), la cuota será la misma, esto es, una cuota igual a la que le corresponde al hijo del causante. El cónyuge o concubino hereda por cabeza, y los nietos por estirpe.

Si el cónyuge o sobreviviente de la unión de hecho concurre con ascendientes del causante, la cuota legitimaria que le corresponde será igual a la de

ascendiente, sea este padre u otro ascendiente más lejano. Por lo tanto, si el cónyuge o concubino concurre con los padres del causante, la legítima se dividirá en tres partes; y si concurre con los cuatro abuelos del causante, la división de la legítima se hará en cinco partes. (AGUILAR LLANOS, 2014)

9. DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE O DEL SOBREVIVIENTE DE LA UNIÓN DE HECHO SUPÉRSTITES. (AGUILAR LLANOS, 2014)

El derecho de habitación (recogida del derecho italiano y argentino), esto es, se concede al cónyuge sobreviviente, ante la eventualidad de no poder adjudicarse la casa la casa, la posibilidad de seguir viviendo en ella en forma vitalicia y gratuita. Esto implica que los otros herederos que concurren con el cónyuge, vean suspendido su derecho de partición, hasta que extinga el derecho de habitación del cónyuge supérstite.

El derecho de habitación reservado exclusivamente al cónyuge supérstite, ahora se extiende igualmente al sobreviviente de una unión de hecho. En efecto, por Ley N° 30007, se conceden derechos hereditarios entre los concubinos que cumplan con las exigencias del artículo 326° del Código Civil, sumamos a los requisitos de ley. En consecuencia, el derecho de habitación también beneficia al concubino o concubina sobreviviente, y en esa medida, puede hacer uso de esta institución para seguir viviendo en la casa donde se formó la familia. Por lo tanto, los alcances de los artículos 731°, 732° y 733°, referidos al cónyuge supérstite, ahora también son de aplicación al concubino o concubina viuda.

El artículo 731°, del Código Civil, cuando el cónyuge sobreviviente, y si fuera el caso, el sobreviviente de la unión de hecho, concurren con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales, no alcanzaren el valor necesario para que les sea adjudicada la casa habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa.

Asimismo, señala que la diferencia de valor afectará en primer lugar la cuota de libre disposición, y si fuere necesario, la legítima. Esto es correcto, pues como

sabemos la legítima de los herederos forzosos hay que respetarla, y sólo en caso extremo terminará siendo afectada.

En cuanto al inmueble sobre el que recae el derecho, debemos señalar que se trata del inmueble en donde la familia se formó, se desarrolló, fijó su domicilio conyugal, y vivieron de consuno cumpliendo con el deber de habitación que impone el matrimonio, esto es, el deber de vida en común lo llevaron adelante en ese inmueble.

Por ejemplo, si el valor del inmueble que ha sido hogar familiar, es de S/.180 000.00, y la suma de la legítima más gananciales dan S/.120 000.00, entonces el derecho de habitación recae sobre S/.60 000.00, que viene a ser la diferencia entre el valor del inmueble, y la suma de lo que representa la legítima y gananciales del cónyuge supérstite, o sobreviviente de la unión de hecho.

El artículo 732°, del Código Civil, señala que si el cónyuge sobreviviente o concubino supérstite "... no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa habitación, podrá con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta..." y señala las formas como se extingue éste derecho: por muerte del cónyuge supérstite, contraer nuevo matrimonio, ingresar a un concubinato o renuncia.

CAPÍTULO

V

CAPÍTULO V

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 733°, DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

ARTÍCULO 733°: *“El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos”.*

En el Código Civil Peruano Comentado, Guillermo Lohmann Luca de Tena, establece dos preceptos de los cuáles señala lo siguiente:

El primer precepto del artículo estatuye que el testador no puede privar de la legítima a los herederos forzosos (esto, es legitimarios), sino en los casos expresamente determinados por la ley. Aparte de lo dispuesto en los citados numerales, no se le permite al testador privar de la legítima a sus parientes considerados legalmente como herederos forzosos: los descendientes, los ascendientes y el cónyuge. Pero tras de tan sencillo enunciado vienen los problemas. Privar de la legítima equivale a despojar, quitar, negar el acceso a ella. Lo que el legislador ha querido, en suma, es evitar que mediante disposiciones testamentarias el testador impida (adrede o involuntariamente) que el forzoso reciba todo lo que legitimariamente debiera corresponderle.

El segundo precepto del artículo 733°, del C.C., dispone que el testador tampoco puede (léase, no debe) imponer a la legítima gravamen, modalidad o sustitución alguna. Si lo hiciere, como estatuye el artículo 736, del C.C., la disposición se tiene por no puesta. La idea general se entiende sin mayor problema. La legítima tiene un contenido cuantitativo y un contenido cualitativo. El primero equivale a una porción de un haber patrimonial del causante que se calcula como ya hemos indicado al comentar el artículo 723°, del C.C., o sea, la ley establece que por lo menos un cierto cuántum llegue al legitimario, en razón de su vínculo familiar con el difunto. Pero quiere, además, que ese contenido no sea afectado mediante disposiciones que de una u otra forma perjudiquen la disponibilidad pura y simple del cuántum. Por lo tanto, prohíbe al testador establecer sobre la legítima "gravamen, modalidad o sustitución alguna". La legítima no está protegida en el sobre qué, sino principalmente en el cuántum, para que el legitimario

pueda pedir el suplemento, lo que no significa que tenga derecho a pedir bienes concretos si el causante había donado más del tercio o mitad según el caso. Establece el artículo que no cabe imponer modalidades sobre la legítima. La disposición debe ser concordada con la del artículo 689°, del C.C. En cambio, no me parece procedente establecer concordancia con el artículo 736°, porque esta norma respecta al hecho exclusivo de la institución al legitimario como heredero, haciendo concurrir ambas situaciones. Al igual que la prohibición de gravámenes, en el sentido de disposiciones restrictivas, tampoco se permite que la legítima quede supeditada a condición, plazo o cargo. Nótese, sin embargo, que la prohibición concierne a la legítima, no a la situación de los bienes que formen parte del patrimonio del causante y sobre los cuales eventualmente se configure el contenido de la legítima.

Tratándose de herederos forzosos, según el artículo 733°, del Código Civil Peruano, el testador no puede imponer modalidad alguna, lo que se explica en la limitación a la autonomía de la voluntad por una cuestión de orden público, como es la preservación del patrimonio familiar y en el derecho emergente de la ley de quienes forzosamente – salvo renuncia- deben recibir los bienes del *cujus*. De igual forma, es el acto puro la institución de heredero forzoso, pues el artículo tiene por no puestas las modalidades que imponga al testador. Tampoco es válida la desheredación sujeta a condición, según el artículo 743°, del Código Civil Peruano, pues si bien se le reconoce al testador la facultad de desheredar, sólo puede hacerlo por causal prevista en la ley. (VIDAL RAMIREZ, 1986)

Por ejemplo, que si el causante hubiera sido donatario de un bien y la donación estuviera afecta a un cargo, el deber de dicho cargo se transmite a los legitimarios no porque afecte la legítima, sino porque está entroncado con el título de adquisición patrimonial con el causante (artículo 188°, del C.C.). Lo mismo ocurre con la condición o con el plazo, de suerte que si el causante era titular de un derecho o propietario de un bien afectos a condición o a plazo, el legitimario que en pago de su legítima reciba tal bien o derecho los recibirá tal como estaban constituidos en el patrimonio de su causante y esto de ninguna manera puede estar sancionado. (LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo)

En síntesis, adonde apunta la norma es a no autorizar modalidades impuestas en el testamento que de una u otra manera hagan incierto (en el caso de la condición) el goce de la legítima o la percepción de la misma, o que lo limiten temporalmente (en el caso del plazo), o que lo hagan gravoso (en el caso del cargo). (LOHMANN LUCA DE TENA, 1996)

Respecto al comentario del artículo 733°, del C.C., si bien es cierto se realizó de manera general de cada uno de las instituciones jurídicas que en éste se prescribe, el enfoque para el desarrollo de la presente tesis es respecto a la modalidad del acto jurídico, porque, el artículo bajo comentario establece que no se debe imponer modalidad, sin embargo, mi posición es contraria y de acuerdo a los capítulos precedentes de ésta tesis, la propuesta que tengo es que en el Perú se pueda imponer modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos, así como se regula para los herederos voluntarios y legatarios. De lo señalado anteriormente, es preciso aclarar que al modificarse este artículo y de haber modalidades del acto jurídico impuestas en el testamento, en el Perú, éstas no deben ser ilícitas, físicamente imposible o jurídicamente imposible, no ir contra la moral, ni el orden público, la seguridad nacional, la salud pública, las buenas costumbres, asimismo, no deben ir contra el valor del cargo, ni la libertad individual, ni contra el derecho a la vida, a la salud y la reproducción libre. Es decir, que antes de fijar la última voluntad del testador habrá que analizar la naturaleza de la condición que desea imponer al heredero, porque no se admiten todo tipo de condiciones.

CAPÍTULO

VI

CAPÍTULO VI

LAS MODALIDADES EN EL DERECHO COMPARADO APLICABLES A LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA

1. CÓDIGO CIVIL ITALIANO. (MESSINEO, 1954)

1.1. Condición.

- a) Como cualquier otro negocio jurídico, la disposición testamentaria comporta, en general, la posibilidad de condición suspensiva o resolutoria.

Artículo 633. Condición suspensiva o resolutoria.- *Las disposiciones a título universal o particular pueden hacerse bajo condición suspensiva o resolutoria.*

La una y la otra puede ser negativa o afirmativa; potestativa, o causal, o mixta.

La condición puede afectar a una disposición singular o a varias, o bien al testamento entero. Cada condición sigue la propia suerte, en relación de accesoriadad con la disposición a la que sea puesta.

- b) La doctrina de la condición en el testamento se infiere, por lo demás de los principios que se tiene aquí por reproducidos, o sea, que la pendencia de la condición suspensiva hace (temporalmente) ineficaz el testamento y la verificación de la condición resolutoria lo hace (definitivamente) ineficaz; y hace ineficaces también las disposiciones testamentarias singulares.

Sin embargo, la ley dedica reglas especiales a las hipótesis de condición ilícita o imposible, y, en general, a la nulidad de la condición (art.634).

- c) Es nula la disposición hecha bajo la condición (puesta por el testador) de ser recíprocamente beneficiado en el testamento del instituido (o sustituido) (condición de reciprocidad o condición denominada captatoria) (art.634).

Aquí, la condición vitiatur et vitiat; de donde resulta la nulidad también de las disposiciones testamentarias correspondientes.

La norma contenida en el artículo 635, y la nulidad contenida en ella, no operan si resulta que el beneficio esperado por el testador y solicitado mediante la condición captatoria, estaba de hecho conseguido al tiempo del testamento, porque ya el instituido había espontáneamente favorecido, en el

propio testamento, al disponente; falta, aquí, el carácter captatorio de la disposición, en cuanto la misma no puede obrar sobre el ánimo del instituido.

- d) En cambio, es **ilícita**, y, por tanto nula – pero sin involucrar, en la nulidad, la correspondiente disposición testamentaria – la condición que impida las primeras nupcias, o las ulteriores, del instituido.

Obsérvese que la ilicitud de la condición indicada – en cuyo ámbito se comprende, en particular, la prohibición de las nuevas nupcias (se denomina, entonces, *conditio viduitatis*) – no se restringe a la prohibición que se imponga, a cargo de un cónyuge, por el otro (testador), sino que se extiende a toda hipótesis, cualquiera que sea la relación personal que medie entre el testador que prohíba las nupcias y el heredero; o sea, que la prohibición es ilícita aunque provenga de persona diversa del cónyuge.

Es ilícita en cambio, la condición (afirmativa) de desposar a una determinada persona y solamente a ella.

- e) Es ilícita, como condición que tiende a impedir la inmoralidad, la condición de no concubinato, o sea, lo subordina la institución de heredero del cónyuge supérstite a la circunstancia de que éste, durante su estado de viudez, no viva en concubinato. Tal condición puede ser puesta, tanto como suspensiva negativa, cuanto como resolutoria afirmativa.
- f) Es nula, también por ilicitud, la condición por la cual el testador venga a renunciar al poder de revocar o de modificar las disposiciones testamentarias (art.679). Tal condición (denomina derogatoria) sería contraria a uno de los caracteres fundamentales del testamento; y el testamento, no obstante aquella condición, puede ser válidamente revocado, o modificado, siempre en los modos de ley.
- g) En efecto la condición ilícita o imposible, deja inmune la disposición testamentaria, siempre que el testador haya ignorado la ilicitud o la imposibilidad de la condición. En cambio, si el testador conocía (elemento subjetivo) su ilicitud o su imposibilidad – éste conocimiento se deducirá de la circunstancia de que la condición (imposible o ilícita) ha sido motivo

único determinante de la disposición testamentaria, según el art. 626 (al que se remite en el art.634).

Sin embargo, es posible que una disposición testamentaria contenga, al mismo tiempo una condición lícita y una ilícita; esta última no quitará validez a la condición lícita, y la condición ilícita se deberá considerar como no escrita, o bien invalidará también la disposición testamentaria.

- h) En el artículo 638, se regula la disposición testamentaria que se hace depender de condición puesta como potestativa suspensiva negativa (de no hacer o de no dar). La respectiva disciplina varía, según las hipótesis.
- Si el deber de no hacer o de no dar se deduce de la condición, sin determinación de tiempo (ejemplo, si Ticio no deja de residir en la ciudad durante toda su vida), la ley –dejando a salvo la hipótesis de que del testamento resulte una diversa voluntad –interpreta esta condición como si fuese potestativa resolutoria afirmativa (esto es, si Ticio deja de residir en la ciudad); y, en lugar de tener pendiente la adquisición de la herencia, atribuye al llamado dicha herencia durante el tiempo en que está pendiente la condición; pero con la consecuencia de que tal atribución quedará sin efecto si el hecho puesto en condición en forma afirmativa, se verifica.

De ello se sigue la posibilidad de que el juez, a instancia de los interesados, o sea, de los ulteriores llamados (cuando contemple la oportunidad de ello), imponga al heredero la prestación de una garantía (caución) a favor del ulterior llamado, para el caso de que la condición (considerada como resolutoria) se verifique (art.639). Es condición, en efecto, es tal que puede verificarse en todo momento de la vida del llamado.

La instancia para la imposición de la caución a cargo del heredero bajo condición resolutoria, se propone (mediante recurso, escrito) al presidente del tribunal, si no existe juicio pendiente; el presidente, previa comparecencia de los interesados, fija por ordenanza las modalidades y el monto de la caución; la providencia es recurrible.

- Si la obligación de no hacer o de no dar se deduce en condición a tiempo determinado se está a la voluntad del testador; y, si la condición resulta puesta como suspensiva negativa, el llamado deberá esperar el vencimiento del término para poder adir la herencia; mientras que, si la misma resulta como resolutoria afirmativa y la herencia puede ser adquirida

inmediatamente, se aplicará –si es el caso –el expediente de la prestación de la caución.

- i) La condición suspensiva potestativa sin que se indique el término de cumplimiento de ella, es válida, pero el interesado puede acudir al juez para que este fije tal término (art.645)
- j) Si se verifica la condición resolutoria o llega a faltar la condición de suspensiva, la disposición testamentaria condicionada pierde eficacia y se sustituye otro llamado; que sea tal, o por eventual sustitución (ordinaria), o por ser heredero legítimo.
- k) El cumplimiento de la condición (válida) tiene efecto retroactivo, con la consecuencia de que el instituido bajo condición resolutoria se lo tiene como no llamado nunca y al instituido bajo condición suspensiva se lo tiene como llamado desde la apertura de la sucesión. Sin embargo, el instituido bajo condición resolutoria está obligado a restituir los frutos, pero sólo desde el día en que se verifique la condición (art.646).

1.2. Término.

No es válido, y se tiene por no puesto, el término a partir del cual debe iniciar o cesar (*terminus a quo*, o *terminus ad quem*) el efecto de la disposición testamentaria a título universal (art. 637).

En efecto el *terminus ad quem* iría contra el fundamental principio según el cual, quien es heredero (sucesor a título universal) una vez, no puede ya dejar de serlo; además, aquel término podría ocultar una sustitución fideicomisaria. Y el *terminus a quo* crearía la solución de continuidad en la titularidad de las relaciones jurídicas entre causante y heredero; continuidad, que la retroactividad de la aceptación quiere, en cambio, asegurar en todo caso.

La disposición testamentaria se considera, por consiguiente, dotada de eficacia sin límites, o respectivamente, como de inmediata eficacia, desconociéndose el término opuesto.

Por tanto, una implícita derogación al principio, contenido en el art. 637, se tiene en el caso de la sustitución fideicomisaria ilícita con respecto a la circunstancia

de que, para el sustituido, el efecto de la disposición a título universal (muerte del instituido) comienza cuando llega el terminus a quo.

Diverso es el trato y lo es en el sentido de la admisibilidad, cuando el término (inicial o final) se ponga al legado. (MESSINEO, 1954)

1.3.El modus (o Carga)

El modus (o carga) de dar, o de hacer (en cuanto al concepto y, en cuanto a las relaciones con el legado), es compatible con la institución de heredero, en el sentido de que grava la institución; y el juez (salvo diversa voluntad del testador) puede eventualmente imponer al instituido con carga una garantía o una caución (art. 647), en interés del beneficiario del modus.

El modus en el testamento es el medio técnico para beneficiar mortis causa a una persona, aun sin necesidad de llamarla a la sucesión en calidad de heredero o legatario.

Figuras de cargas son, entre otras, las previstas en los artículos 629 y 630, en cuanto a las disposiciones a favor del alma, o a favor de los pobres, se las debe configurar como cargas, puestas sobre el heredero (o el legatario).

El beneficiario del modus, cuando éste consiste en una obligación de dar o de hacer, es acreedor no de la herencia, sino del que sufre la carga (heredero o legatario).

Al modus imposible o ilícito se le da (art. 647, tercer párrafo) el mismo trato que a la condición imposible o ilícita, por el art. 634.

Para obtener el cumplimiento de la carga, puede accionar (también en juicio) cualquier interesado (art. 648, primer apartado), el beneficiario, aun indirecto, los parientes del testador (aunque no sean coherederos testamentarios); etc. Y, puesto que el interés en accionar puede no ser interés propio, o no ser patrimonial o jurídico, sino interés moral, el círculo de los interesados en accionar, en el caso de modus incumplido, puede ampliarse, hasta comprender también a quien insta, para obtener que la última voluntad del testador reciba cumplimiento; así, podrá accionar indudablemente, el ejecutor testamentario, puesto que basta el interés en obtener la condena a cumplir.

En el caso de incumplimiento, no siempre hay posibilidad de constreñir a él a quien sufre la carga (así, cuando la carga consista en un hacer infungible); en tales casos, si la resolución no ha sido prevista por el testador, no queda más que pedir la condena del que sufre la carga al resarcimiento del daño.

Puede darse lugar al pronunciamiento (judicial) de resolución de la disposición testamentaria por incumplimiento de la carga, siempre que esa resolución haya sido prevista por el testador, o bien si resulte del testamento que el cumplimiento de la carga ha constituido, para el testador, el motivo único de la disposición (art. 648, segundo apartado).

La resolución implica caducidad de la disposición y decadencia de la institución de heredero.

El caso de la “resolución” de la disposición testamentaria por incumplimiento de modus, es el único caso de resolución del negocio mortis causa. La resolución opera, de ordinario, en los actos entre vivos además, en el caso del negocio mortis causa hay de singular que la resolución de la disposición se produce después de la muerte del testador.

En sustancia la ineficacia de la disposición testamentaria, de la que es accesorio el modus, y la consiguiente adquisición por parte del llamado, no depende directamente de la observancia del modus; la adquisición es inmediata; pero de tal observancia depende, en cambio, que la adquisición pueda conservarse (poder coercitivo del modus); en esto difiere la disposición testamentaria modal de la sometida a condición suspensiva.

Debe transcribirse, a los efectos del art. 2652, la demanda judicial de la resolución de la disposición testamentaria por falta del cumplimiento de la carga, cuando la carga incumplida se refiera a inmueble.

En el caso de resolución de la disposición testamentaria por incumplimiento del modus, la porción del heredero, si no tiene lugar el acrecimiento (art. 677, primer apartado), se defiere a los herederos legítimos.

Estos, sin embargo, se sustituyen en las obligaciones que grava sobre el heredero (salvo que se trate de obligaciones de carácter personal), lo que significa que la carga pasa a recaer sobre el que sustituye.

2. CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. (SUÁREZ FRANCO, 2003)

2.1. Asignaciones condicionales.

Asignación condicional es aquella cuya efectividad jurídica depende de una condición. Por expresa disposición del artículo 1128°, del Código Civil Colombiano, “las asignaciones testamentarias pueden ser condicionales”. El mismo artículo define a la asignación condicional como: “aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según las intenciones del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece, o si acaece el negativo”.

En efecto, de acuerdo con la norma citada las asignaciones condicionales testamentarias se sujetan, ante todo, a las disposiciones dadas en el título de las obligaciones condicionales, salvo disposición particular.

- **Requisitos:** la necesidad de un hecho futuro e incierto; la sujeción de la institución testamentaria a ese hecho futuro e incierto; el carácter voluntario, o sea convencional, del origen de la condición.
- **Condiciones potestativas, causales y mixtas.**
Si el suceso contemplado es por completo independiente de la voluntad de los interesados, la condición es casual, porque no depende del arbitrio de los hombres sino de la aventura o casualidad; la que cuelga del arbitrio o voluntad de la persona a quien se impone, se llama potestativa, y la dependiente en parte del arbitrio de la persona a quien impone y en parte del acaso o aventura, o de la voluntad de un tercero, es mixta (art.1534).
- La asignación bajo **condición suspensiva** es aquella cuya ejecución está sujeta a que se cumpla una condición. Si se tiene en cuenta el artículo 1136° del C.C.C., “las asignaciones testamentarias, bajo condición suspensiva, no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición, sino el de implorar las providencias conservativas necesarias. Si el asignatario muere antes de cumplirse la condición, no transmite derecho alguno. Cumplida la condición, no tendrá derecho a los frutos percibidos en el tiempo intermedio, si el testador no se los hubiere expresamente concedido”. Según esto, en la asignación bajo condición suspensiva el heredero no recibe la asignación pero con la incertidumbre de que tal asignación pueda pasar a

la otra persona designada por el testador en la eventualidad de cumplirse el hecho futuro e incierto constitutivo de la condición.

- Se entiende por asignación sometida a **condición resolutoria** aquella en que se entrega la asignación en forma pura y simple al asignatario desde el primer momento; pero el asignatario perderá el bien en favor de un tercero u otro asignatario, en caso de verificarse la condición.
- **Condición de no impugnar el testamento.** Según el artículo 1131° del Código Civil Colombiano, “La condición de no impugnar el testamento, impuesta a un asignatario, no se extiende a las demandas de nulidad, por algún defecto en su forma”. Lo anterior se debe a que las formalidades de los actos jurídicos son de orden público y de consiguiente no se puede limitar por voluntad de las partes.

- **Condición de no casarse.** No obstante, en los términos del artículo 1136° del C.C.C., la condición de casarse con una determinada persona, valdrán. Cualquiera de las eventualidades hasta ahora previstas, en cuanto a las condiciones relacionadas con el matrimonio, sólo tendrán efectividad sobre aquellas instituciones testamentarias que no se refieran a la asignación forzosa sino a la parte de los bienes en que el causante tenga la libre disposición de ellos. Por tanto, no podrá someter a ésta condición a los que correspondan por legítimas o por porción conyugal. Y sólo podrá hacerlo respecto de la cuarta de mejoras cuando con la asignación condicional pretenda mejorar a uno de sus descendientes específicamente, caso del cual, ante el incumplimiento de la condición, se desprenda la asignación.

- **Condición de permanecer en la viudedad.** La condición de permanecer en estado de viudez, en los términos del artículo 1133° del C.C.C., no valdrá en principio. Sin embargo, la misma norma se encarga de consagrar la excepción a esta regla general, cual es la de que tal condición si tendría validez en la eventualidad de que el asignatario beneficiado con la herencia o legado, sometido a tal condición, tenga hijos que estén bajo patria potestad de su matrimonio disuelto por la muerte de su cónyuge al tiempo de deferírsele la asignación.

- **Condición de abrazar un estado o una profesión cualquiera.** Con la vigencia de la Constitución de 1991 de Colombia, la cuestión ha sido definida por el artículo 26 al prescribir que “toda persona es libre de escoger profesión u oficio”; de tal manera que cualquier institución que vulnere este derecho está viciada.
- **Condición de no enajenar.** Puesta de manera escueta y sin limitación alguna, no es admisible legalmente en cuanto a bienes raíces se refiere cuando con ello se violen ordenamientos de la prescripción. La condición de no enajenar envuelve una prohibición relativa, vale decir, limitada por el tiempo, es válida.

2.2. Asignaciones a día (a Término).

- Son aquellas que limitan a plazos o a días la exigibilidad o la ejecución del derecho incorporado a ellas.
- El plazo, como lo dispone el artículo 1551 del Código, es el lapso de tiempo que se fija para el cumplimiento de la obligación; en nuestro caso, para que el asignatario haga efectivo su derecho incorporado a la institución testamentaria.
- El plazo es expreso cuando aparece de manera concreta estipulado en el acto o contrato; es tácito el indispensable para que el heredero pueda cumplir con la institución testamentaria; el judicial, en los casos especiales, lo fija el juez.
- Para el caso de la sucesión por causa de muerte el plazo puede ser cierto y determinado si necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, como tantos días, un número de meses, un año, etc.; lo que hace que el plazo sea determinado es que permite que con los criterios que se fijan en el testamento se pueda precisar exactamente la exigibilidad de la asignación o su extinción.
- El plazo es cierto pero indeterminado si necesariamente debe llegar pero no se sabe cuándo, cómo sería el caso del día de la muerte de una persona.
- Es incierto pero determinado, si puede llegar o no; pero suponiendo que haya de llegar se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años.

- El plazo es incierto pero indeterminado, si no se sabe si ha de llegar, ni cuando, como el día en que una persona se case.
- Asignaciones sometidas a plazo suspensivo. En estas no se suspende la existencia misma de la asignación, puesto que esta nace o surge ante el derecho, sino que se suspende su exigibilidad.
- El artículo 1142, del Código Civil, señala que: “La asignación desde día cierto y determinado, da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada, y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día”.
- Asignaciones sometidas a plazo resolutorio. En tal caso, el Código Civil le da el tratamiento de usufructo. Así, el artículo 1145, prescribe: “La asignación hasta día cierto, sea determinado o no, constituye un usufructo a favor del asignatario”.

2.3. De las asignaciones de modo específico (con carga).

Conforme al artículo 1147 del Código Civil: “Si se asigna algo a alguna persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada”.

Según la Corte “es de la esencia, en las asignaciones modales, la entrega al instituido para que los bienes los haga suyos; el modo no constituye una condición o requisito para la adquisición del derecho ni tampoco es un plazo; el testador le asigna los bienes en propiedad con la carga de aplicarlos al objeto o fin principal indicado por el causante”.

Elementos constitutivos del modo.

- El causante constituyente. Es la persona, que por medio del testamento, instituye la asignación de mera liberalidad, vale decir, distinta de la forzosa, en favor del heredero o legatario, y sobre la cual justifica el establecimiento del modo.

- El heredero o legatario. Es, el intermediario en el modo, es la persona instituida con una asignación, llámese herencia o legado, pero a quien a su vez se le impone un gravamen o carga, consistente en cumplir con una obligación de dar o de hacer algo en beneficio de otra.
- El beneficiario. Es la persona a quien de manera directa beneficia la obligación impuesta al heredero o legatario, que se traduce en bienes o en dinero, cuando se trata de obligaciones de dar o en la actividad a su favor que debe desarrollar el asignatario obligado, cuando se trata de obligaciones o cargas de hacer.

Cláusula resolutoria.

- Se entiende por cláusula resolutoria en las asignaciones modales, la obligación impuesta por el testador al heredero o legatario de restituir la cosa causa de la carga y sus frutos, en el caso de no cumplirse el modo.
- La cláusula resolutoria debe instituirse de manera expresa en el testamento; de no ser así, ella no se presume. Es entonces una estipulación que en el fondo incluye una sanción para el asignatario renuente a cumplir el modo.

Clasificación de los modos.

a) Por razón de la persona del beneficiario, los modos pueden ser.

- En favor del propio testador.
- En beneficio del asignatario.
- En favor de un tercero.

b) Según la posibilidad de cumplir el modo.

De acuerdo al artículo 1151 del Código Civil son las siguientes:

- El modo que por su naturaleza es imposible, o inductivo a hechos ilegales o inmorales, no tiene valor.
- El modo que sin el hecho o culpa del asignatario se torna de imposible cumplimiento en la forma prevista por el testador, podrá cumplirse de otra manera análoga que no altere la sustancia de la disposición; en tal caso se requiere la aprobación del juez con citación de los interesados.

- El modo que sin el hecho o culpa del asignatario se hace imposible, se considera inexistente. En consecuencia, la asignación vale sin el gravamen. En esta forma se ha querido proteger a la asignación en sí. Entonces, para el legislador, la realidad la tiene la asignación sobre la carga.

Ejecución del modo.

El artículo 1152 del Código Civil señala el criterio aplicable para efectos del cumplimiento del modo en los casos en que el testador no determine la forma o el tiempo especial para hacerlo.

En tal eventualidad deberá ante todo consultarse la voluntad del causante, lo cual sólo será posible a través del texto del testamento mismo, oyendo a personas allegadas al mismo. Con respecto a la cuantificación del modo el juez será quien lo haga, dejando al asignatario modal un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor asignado.

3. DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

El Código Español, después de estipular que “Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición”. Establece en el artículo 791° que “Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales”. (PUIG PEÑA, 1976)

Sobre la condición potestativa, se establece en el artículo 795°, del Código Civil Español, que “la condición puramente potestativa impuesta al heredero o legatario ha de ser cumplida por éstos, una vez enterados de ella, después de la muerte del testador. Excepto el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse”. Por otro lado si la condición potestativa impuesta al heredero o legatario fuere negativa, o de no hacer o no dar, cumplirán con afianzar que no harán o no darán lo que fue prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido con sus frutos e intereses (art.800). Con respecto a la condición causal o mixta, bastará que se realice o cumpla en cualquier tiempo, vivo o muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa. Si hubiese existido o se hubiese cumplido al hacerse el testamento, y el

testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida. Si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir o cumplirse de nuevo (art. 796).

El artículo 799º, del C.C.E., señala que “la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento”. Pero si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse. Lo mismo se hará cuando el heredero o legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior. (art.801)

El artículo 805, del C.C.E., señala que “será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado. En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primer caso, no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido”.

Con respecto a las condiciones que no se pueden imponer a los herederos, en el Derecho Español, el artículo 792, establece que “Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa”. Asimismo, la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste. Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo (art.793). Por último será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona (art.794).

CAPÍTULO

VII

CAPÍTULO VII

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL LIBRO DE SUCESIONES DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

1. FUNDAMENTOS PARA LA MODIFICACIÓN.

El derecho de sucesiones en nuestro ordenamiento jurídico, está relacionado con cada uno de los libros que éste contiene, por lo que es importante actualizar y tener en cuenta la realidad que se vive en nuestro país, en el caso específico de las personas que acumulan una fortuna y desean que sus descendientes puedan desarrollarse personal y profesionalmente, se ven en la necesidad de elaborar un testamento en el que se plasme la última voluntad, siendo la libertad para testar la posibilidad que se le otorga a una persona para poder disponer de su patrimonio para el tiempo posterior a su muerte.

Se puede establecer que cuando vamos a realizar un testamento se posee autonomía privada, es decir, la libertad que tiene una persona para autorregularse, sin embargo, esto no puede convertirse en liberalismo, es por ello que el Estado se encuentra obligado a prevenir o evitar el ejercicio abusivo de esta potestad, teniendo que establecer límites, como no vulnerar las normas de carácter imperativas, el orden público y las buenas costumbres; para poder salvaguardar los derechos de otras personas.

En el Código Civil Peruano, se distingue dos maneras de suceder, que son la sucesión testamentaria y la sucesión intestada, pero nos enfocamos en la primera, debido a que sólo en ésta sería factible la imposición de modalidades por parte del testador hacia los herederos forzosos. Se podría establecer que la sucesión testamentaria es aquella que nace de la voluntad del testador, mediante el cual éste dispone libremente a quien dejará su patrimonio o parte de éste, sin embargo, no es del todo cierto que el causante pueda disponer libremente de su patrimonio, debido a que existe una regulación que no lo permite.

Los herederos forzosos no pueden ser excluidos de su legítima salvo en los casos señalados por ley (desheredación o indignidad). De igual manera sucede con la imposición de modalidades en los testamentos, sin embargo, es una figura que se debe tener en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico debido a que esta figura no es para despojar a los herederos de su legítima, los padres no desean quitar la legítima que le corresponde a sus herederos forzosos, salvo en los casos ya señalados en el párrafo anterior, lo que buscan es que sus herederos cumplan con determinadas exigencias, con el afán de buscar que sus hijos, por ejemplo, puedan seguir o concluir una carrera técnica o universitaria, no dedicarse a realizar actos ilícitos o que vayan contra las buenas costumbres y que puedan realizarse como persona y profesional por el bienestar de él y su familia.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley; sin embargo, también prescribe que el testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, ni imponer modalidad y que si se imponen modalidades por el testador se tendrán por no puestas.

Con la presente modificación no se busca despojar al heredero forzoso de su legítima, de acuerdo a lo señalado por Lohmann Luca de Tena, “no se le permite al testador privar de la legítima a sus parientes considerados legalmente como herederos forzosos: los descendientes, los ascendientes, el cónyuge o conviviente. Privar de la legítima equivale a despojar, quitar, negar el acceso a ella. Lo que el legislador ha querido, en suma, es evitar que mediante disposiciones testamentarias el testador impida (adrede o involuntariamente) que el forzoso reciba todo lo que legitimariamente debiera corresponderle.

Si en nuestra regulación se permitiera la imposición de modalidades en las disposiciones testamentarias a los herederos forzosos, éstas se regirán por el libro II del Código Civil Peruano, respecto a modalidades del acto jurídico.

Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero, aun cuando el

testador disponga otra cosa. La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta. Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona. No se deben imponer condiciones inmorales porque estas son contrarias a las buenas costumbres, a la decencia, a la honestidad.

Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse.

La presente modificación acarrea las ventajas siguientes:

Permite respetar la autonomía privada de la voluntad y mantener la unidad del patrimonio hereditario. Asimismo, en el ámbito laboral, si la empresa que forma parte de la herencia, no es dividida, vendida o por último liquidada, tendría ventajas como, mantener a los trabajadores en sus labores y así éstos puedan seguir siendo el sustento de sus hogares y si llevan varios años de trabajo incluso hasta poder jubilarse, porque cuando las personas de edad avanzada se quedan sin trabajo, es más difícil de conseguir uno nuevo, debido a que dedicaron años de trabajo a una sola empresa; también permitirá que el heredero se preocupe por su futuro laboral debido a que tiene que cumplir con las modalidades impuestas para que pueda obtener la herencia y disponer de ella; la libertad de testar desarrolla la iniciativa individual, porque no pudiendo el individuo contar con una herencia, se ve en la obligación de satisfacer sus necesidades y desarrollar toda su energía y consagrarse al trabajo, por otra parte, los beneficios económicos aumentan debido a la seguridad que tienen los trabajadores y buscan lo mejor tanto para ellos como para el empleador, puesto que, si genera más ganancias para la empresa, los trabajadores tendrán mayores utilidades. En el ámbito tributario, se tendrá que seguir pagando los tributos, a diferencia si esta se extingue, es un ingreso más para las obras que se realizan en nuestro país. En el ámbito familiar, no se tendrá los conflictos por la división de la masa hereditaria, y todos buscaran mejores ganancias de manera conjunta debido a que si uno gana o pierde, todos pasarán por lo mismo.

Siendo esto así, resulta de suma importancia la regulación de las modalidades en el testamento.

El artículo 733°, del Código Civil, necesita ser modificado para que se pueda imponer modalidades al testamento con respecto a los herederos forzosos y el artículo 736°, del mismo Código, se necesita modificar debido a que la institución de heredero forzoso no se hará en forma simple y absoluta, y que así se puedan imponer modalidades por parte del testador.

2. PROPUESTA LEGISLATIVA.

CODIGO CIVIL VIGENTE	PROPUESTA TEXTO SUSTITUTORIO
<p>Artículo 733.- El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.</p>	<p>Artículo 733.- El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer gravamen, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.</p>
<p>Artículo 736.- La institución de heredero forzoso se hará en forma simple y absoluta. Las modalidades que imponga el testador se tendrán por no puestas.</p>	<p>Artículo 736.- Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.</p>

CONCLUSIONES.

1. El testamento es un acto jurídico, mediante el cual el causante declara su última voluntad y hace un llamamiento a los herederos, para así poder disponer de sus bienes, sin embargo, ésta disposición será total o parcialmente de acuerdo a la potestad del testador, pero dentro de los límites que otorga la ley, debido a que esta disposición de bienes por parte del testador no debe vulnerar las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.
2. La modificación de los artículos 733° y 736°, del Código Civil, respecto a la imposición de modalidades a los herederos forzosos en el testamento, no busca privar al heredero de su legítima, sino que se pueda imponer modalidades del acto jurídico dentro de los límites que la ley otorga.
3. La herencia está protegida constitucionalmente, la legítima forma parte de la herencia que no se puede privar y le corresponde a los herederos forzosos, sobre la que no se puede imponer modalidades.
4. La imposición de modalidades del acto jurídico a los herederos forzosos al percibir su legítima, vía testamentaria, en el Perú, no puede ir contra el orden público, las buenas costumbres, la moral, la seguridad nacional y el bienestar común, asimismo, deben tener un fin lícito, ser física y jurídicamente posible.
5. Al imponer modalidades a los herederos forzosos en el testamento, se obtendrán ventajas tributarias, laborales y económicas para nuestra sociedad.
6. Resulta necesaria la modificación del libro de Derecho de Sucesiones, para que se puedan imponer modalidades del acto jurídico tales como la condición, cargo y plazo, a los herederos forzosos en el testamento.
7. En el Derecho comparado, la imposición de modalidades del acto jurídico, no tiene el mismo tratamiento legal que en nuestro país, en la legislación italiana se prescribe que las disposiciones a título universal o particular pueden hacerse bajo condición suspensiva o resolutoria; la legislación colombiana señala que las asignaciones testamentarias pueden ser condicionales y por último en la legislación española establecen que las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición, y que las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en la sección de derecho de Sucesiones, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales.

RECOMENDACIONES.

1. El libro de Derecho de Sucesiones necesita ser modificada con respecto a la imposición de modalidades del acto jurídico en el testamento a los herederos forzosos.
2. El legislador debe modificar el Libro de Derecho de Sucesiones, del Código Civil, específicamente el artículo 733°, en el que se establece que el testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos.
3. Asimismo, se debe modificar el artículo 736°, del Código Civil, señalando que las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.

BIBLIOGRAFÍA

- BARANDIARÁN HART, José León. (s.f.). *Código Civil Comentado*.
- AGUILAR LLANOS, B. (2014). *Manual de Derecho de Sucesiones*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- ANDREU ABELA, J. (s.f.). *Centro de Estudios Andaluces*. Recuperado el 2017, de Las técnicas de Análisis de Contenido:: <http://public.centrodeestudiosandaluces.es/pdfs/S200103.pdf>
- BIBLIOTECA VIRTUAL UNIVERSIDAD JOSÉ CARLOS MARIÁTEGUI. (s.f.). *Cuarto Ciclo Académico*. Recuperado el 05 de 2016, de Lección N° 06: http://bv.ujcm.edu.pe/links/cur_derecho/DerCivil-II-6.pdf
- BLOG DE DERECHO CIVIL. (s.f.). *Derecho civil*. Recuperado el 2016, de Introducción al Derecho: <https://derehocivili.wikispaces.com/MODALIDADES+DE+LOS+ACTOS+JUR%C3%8DDICOS>
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo. (1994). *Comentarios al código de Sucesiones de Cataluña*. Barcelona: Bosh Casa Editorial, S.A.
- CLEMENTE ROTHFUSS, T. B. (2015). *El principio de Autonomía privada y la legítima en el Derecho Sucesorio Peruano*. Universidad Privada Antenor Orrego - Trujillo.
- CÓDIGO CIVIL. (2016). Jurista Editores.
- DE LA FUENTE HONTAÑÓN, R. (2008). *Universidad de Piura. Facultad de Derecho*. Recuperado el 06 de 2016, de <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/123456789/1675>
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (2010). *Derecho Sucesorio- Segunda Edición*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot.
- ESTRADA DÍAZ, J. J. (2013). *Separata de apuntes de cátedra del Curso de Derecho de Sucesiones. Civil VII*. Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo.
- FERRERO, A. (2002). *Tratado de derecho de sucesiones*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- GARGOLIO ARCE, J. (s.f.). *Biblioteca Jurídica Virtual*. Recuperado el 09 de Abril de 2016, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/114/est/est2.pdf>
- GIORGIO DE NOVA. (1993). *Codice civile e leggi collegate*. Zanichelli editore S.p.A.
- GONZALO RUZ, L. (s.f.). *Sexta Lección*. Recuperado el 2016, de Las Modalidades y los efectos del acto jurídico: http://dspace.utalca.cl:8888/bibliotecas/primo_digital/64146v1-6.pdf
- HINOSTROZA MINGUEZ, A. (2014). *Derecho de Sucesiones. 4ta edición actualizada*. Perú: IDEMSA-Editorial Moreno. S.A.

- JARA QUISPE, R. S. (2009). *Manual de Derecho de Sucesiones*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- LANATTA, R. E. (1978). *Derecho de Sucesiones - Tomo II*. Desarrollo S.A.
- LOHMANN LUCA DE TENA, G. (1996). *Derecho de sucesiones.Tomo II. Vol. XVII*. Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LOHMANN LUCA DE TENA, G. (10 de 11 de 2009). Derecho de Sucesiones en el Código Civil Peruano de 1984. (C. d.-C. Cajamarca, Entrevistador) <http://iurisalbus.blogspot.pe/2009/11/derecho-de-sucesiones-en-el-codigo.html>.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. (s.f.). *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica.
- MAFFIA OSVALDO, J. (1981). *Tratado de las Sucesiones*. Buenos Aires: Depalma.
- MESSINEO, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y ComercialL - Código Civil Italiano- Tomo VII*. Buenoss Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América.
- ORTEMBERG & ASOCIADOS. (s.f.). Recuperado el Setiembre de 2015, de Derecho de familia: <http://www.abogadodefamilia.com.ar/herencia.htm>
- PEREZ CONTRERAS, M. d. (2010). *Derecho de Familia y Sucesiones*. México: Nostra Ediciones.
- PÉREZ CONTRERAS, M. d. (2010). *Derecho de Familia y Sucesiones. Colección Cultura Jurídica*. México, D.F.
- PUIG PEÑA, F. (1976). *Compendio de Derecho Civil Español. Tomo VI*. Madrid: Ediciones Piramide S.A.
- RIVERA ORÉ, J. A., & BAUTISTA TOMA, P. (2005). *Manual del Acto Jurídico*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- SUÁREZ FRANCO, R. (2003). *Derecho de Sucesiones. Cuarta Edición*. Bogotá- Colombia: Editorial Temis S.A.
- TORRALBA SORIANO, O. V. (1967). *El Modo en El Derecho Civil*. Madrid: Montecorvo.
- TORRES VÁSQUEZ, A. (2001). *Acto Jurídico*. Bogotá- Colombia: NOMOS S.A.
- VIDAL RAMIREZ, F. (1986). *Libro Homenaje a ROMULO LANATTA, Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.
- VIDAL RAMÍREZ, F. (2000). *El Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ZAMBRANO DE NOVAK, Verónica. (s.f.). *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- ZANNONI, E. A. (1999). *Manual de Derecho de las Sucesiones (4° ed.)*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma SRL.

ANEXO

INICIATIVA LEGISLATIVA

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El derecho de sucesiones en nuestro ordenamiento jurídico, está relacionado con cada uno de los libros que éste contiene, por lo que es importante actualizar y tener en cuenta la realidad que se vive en nuestro país, en el caso específico de las personas que acumulan una fortuna y desean que sus descendientes puedan desarrollarse personal y profesionalmente, se ven en la necesidad de elaborar un testamento en el que se plasme la última voluntad, siendo la libertad para testar la posibilidad que se le otorga a una persona para poder disponer de su patrimonio para el tiempo posterior a su muerte.

Se puede establecer que cuando vamos a realizar un testamento se posee autonomía privada, es decir, la libertad que tiene una persona para autorregularse, sin embargo, esto no puede convertirse en liberalismo, es por ello que el Estado se encuentra obligado a prevenir o evitar el ejercicio abusivo de esta potestad, teniendo que establecer límites, como no vulnerar las normas de carácter imperativas, el orden público y las buenas costumbres; para poder salvaguardar los derechos de otras personas.

En el Código Civil Peruano, se distingue dos maneras de suceder, que son la sucesión testamentaria y la sucesión intestada, pero nos enfocamos en la primera, debido a que sólo en ésta sería factible la imposición de modalidades por parte del testador hacia los herederos forzosos. Se podría establecer que la sucesión testamentaria es aquella que nace de la voluntad del testador, mediante el cual éste dispone libremente a quien dejará su patrimonio o parte de éste, sin embargo, no es del todo cierto que el causante pueda disponer libremente de su patrimonio, debido a que existe una regulación que no lo permite.

Los herederos forzosos no pueden ser excluidos de su legítima salvo en los casos señalados por ley (desheredación o indignidad). De igual manera sucede con la imposición de modalidades en los testamentos, sin embargo, es una figura que se debe tener en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico debido a que esta figura no es para despojar a los herederos de su legítima, los padres no desean

quitar la legítima que le corresponde a sus herederos forzosos, salvo en los casos ya señalados en el párrafo anterior, lo que buscan es que sus herederos cumplan con determinadas exigencias, con el afán de buscar que sus hijos, por ejemplo, puedan continuar o concluir una carrera técnica o universitaria, no dedicarse a realizar actos ilícitos o que vayan contra las buenas costumbres y que puedan realizarse como profesional por el bienestar de él y su familia.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley; sin embargo, también prescribe que el testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, ni imponer modalidad y que si se imponen modalidades por el testador se tendrán por no puestas.

Con la presente modificación no se busca despojar al heredero forzoso de su legítima, de acuerdo a lo señalado por Lohmann Luca de Tena, no se le permite al testador privar de la legítima a sus parientes considerados legalmente como herederos forzosos: los descendientes, los ascendientes, el cónyuge o conviviente. Privar de la legítima equivale a despojar, quitar, negar el acceso a ella. Lo que el legislador ha querido, en suma, es evitar que mediante disposiciones testamentarias el testador impida (adrede o involuntariamente) que el forzoso reciba todo lo que legitimariamente debiera corresponderle.

Si en nuestra regulación se permitiera la imposición de modalidades en las disposiciones testamentarias a los herederos forzosos, éstas se regirán por el libro II del Código Civil Peruano, respecto a modalidades del acto jurídico.

Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero, aún cuando el testador disponga otra cosa. La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta. Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero plasme en su testamento una disposición en favor del testador o de otra persona. No se deben imponer condiciones inmorales

porque estas son contrarias a las buenas costumbres, a la decencia, a la honestidad.

Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse.

La presente modificación acarrea las ventajas siguientes:

Permite respetar la autonomía privada de la voluntad y mantener la unidad del patrimonio hereditario. Asimismo, en el ámbito laboral, si la empresa que forma parte de la herencia, no es dividida, vendida o por último liquidada, tendría ventajas como, mantener a los trabajadores en sus labores y así éstos puedan seguir siendo el sustento de sus hogares y si llevan varios años de trabajo incluso hasta poder jubilarse, porque cuando las personas de edad avanzada se quedan sin trabajo, es más difícil de conseguir uno nuevo, debido a que dedicaron años de trabajo a una sola empresa, también permitirá que el heredero se preocupe por su futuro laboral debido a que tiene que cumplir con las modalidades impuestas para que pueda obtener la herencia y disponer de ella; la libertad de testar desarrolla la iniciativa individual, porque no pudiendo el individuo contar con una herencia, se ve precisado a satisfacer sus necesidades y desarrollar todas sus energías y consagrarse al trabajo, por otra parte, los beneficios económicos aumentan debido a la seguridad que tienen los trabajadores y buscan lo mejor tanto para ellos como para el empleador, puesto que, si genera más ganancias para la empresa, los trabajadores tendrán mayores utilidades. En el ámbito tributario, se tendrá que seguir pagando los tributos, a diferencia si esta se extingue, es un ingreso más para las obras que se realizan en nuestro país. En el ámbito familiar, no se tendrá los conflictos por la división de la masa hereditaria, y todos buscaran mejores ganancias de manera conjunta debido a que si uno gana o pierde, todos pasarán por lo mismo.

Siendo esto así, resulta de suma importancia la regulación de las modalidades en el testamento.

El artículo 733°, del Código Civil, necesita ser modificado para que se pueda imponer modalidades al testamento con respecto a los herederos forzosos y el artículo 736°, del mismo Código, se necesita modificar debido a que la

institución de heredero forzoso no se hará en forma simple y absoluta, y que así se puedan imponer modalidades por parte del testador.

II. ANÁLISIS COSTO- BENEFICIO.

La propuesta de Ley no implica erogación de los recursos públicos, cumpliendo con lo dispuesto por el literal a) del inciso 2) del artículo 76° del Reglamento del Congreso de la República, en tanto que únicamente permitiría que los interesados al momento de redactar su testamento, puedan imponer en éste, las modalidades del acto jurídico.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

La presente iniciativa pretende fortalecer y enriquecer la normativa vigente, sin que ello implique que se contravenga disposición civil alguna, guardando concordancia con el ordenamiento constitucional.

IV. FORMULA LEGAL.

PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

“LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 733° Y 736° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO- LEY QUE OTORGA LA IMPOSICIÓN DE MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO EN EL TESTAMENTO, A LOS HEREDEROS FORZOSOS”

Artículo 1°.- Objeto de la Ley.

La presente Ley tiene por objeto modificar los artículos 733° y 736°, del código Civil Peruano - Ley que otorga la imposición de modalidades del acto jurídico en el testamento, a los herederos forzosos.

Artículo 2°.- Alcance de la Ley.

Puede acogerse a lo dispuesto por la presente Ley, toda persona al momento de disponer de sus bienes a través de testamento.

Artículo 3°.- Modificación del artículo 733° del Código Civil.

Modifíquese el artículo 733°, del Código Civil, conforme al siguiente texto:

“Artículo 733°.- El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer gravamen, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos”.

Artículo 4°.- Modificación del artículo 736°, del Código Civil.

Modifíquese el artículo 736°, del Código Civil, conforme al siguiente texto:

“Artículo 736°.- Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición”.

Disposición complementaria

Primera.- Las modalidades impuestas en el testamento no pueden ir contra el orden público, las buenas costumbres, la moral, la seguridad nacional y el bienestar común. Se debe tener en cuenta el artículo V, del Título Preliminar, del Código Civil Peruano, que establece, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Segunda.- Las modalidades deben tener un fin lícito, ser física y jurídicamente posible, de acuerdo a lo establecido en el artículo 171°, del Código Civil.

Tercera.- Las modalidades del acto jurídico impuesta en el testamento a los herederos forzosos, se regirán por lo dispuesto en el Libro II, Título V, del Código Civil, sobre modalidades del acto jurídico, en lo que corresponda.

Trujillo, 05 de mayo del 2017