

Legítima del cónyuge en concurrencia con hermano

Por Jorge Vega García.

El nuevo Código Civil hace del cónyuge con toda justicia, un heredero forzoso, otorgándole una legítima en propiedad. Hay abogados que exageran sin embargo los límites del derecho del cónyuge supérstite, llegando a privar al testador, en no pequeña proporción, de su facultad de testar libremente, con evidente perjuicio para otros herederos legales, tan estimables casi a los ojos del legislador como el propio cónyuge.

Se sostiene, por ejemplo, que el hermano no puede recibir sino el tercio de libre disposición cuando el testador deja cónyuge con derecho a legítima.

Tres argumentos principales se invocan en ese sentido:

1º—El artículo 700 del Código Civil fija en el tercio de los bienes la cuota de libre disposición cuando hay cónyuge. No puede pues dejarse al hermano una porción que exceda de este tercio.

2º—Cuando el cónyuge concurre en la herencia testamentaria con un heredero forzoso, su legítima individual es fijada por el artículo 704 del Código. Pero este texto no rige cuando la concurrencia no es con legitimario. En tal caso, la legítima del cónyuge es de los dos tercios.

3º—El artículo 768 del Código Civil, que concede al hermano la mitad de la herencia cuando hereda con el cónyuge del causante, es inaplicable, porque se refiere a la sucesión legal y no a la testamentaria que es la que interesa.

El problema presenta sin duda sus dificultades. Para resolverlo parece necesario distinguir tres casos diferentes. Puede suceder: 1) que el cónyuge no tenga gananciales. — 2) que sus gananciales igua-

len o superen el monto de la cuota que le correspondería como heredero legal. — 3) que sus gananciales sean menores que esta cuota. Las facultades del testador variarán en cada una de estas tres hipótesis, como se verá en seguida.

Primer Caso

Cuando el cónyuge carece de gananciales su legítima individual está señalada en el artículo 704, primer párrafo: "La legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal". El testador no puede dejar a su cónyuge una cuota inferior a la que le correspondería en caso de herencia legal en concurrencia con el heredero de que se trate. Si el testamento es en favor de hijos y del cónyuge, la legítima de éste debe ser igual a la de un hijo. (Art. 765). Si la concurrencia es con padres del testador, la legítima del cónyuge es igual a la de uno de ellos (art. 767). Si es con ascendientes o hermanos, la legítima es igual a la mitad de la herencia (art. 768). Como principio general establece el art. 700 que el testador que tiene cónyuge solo puede disponer libremente del tercio de sus bienes. La regla sufre una excepción cuando el testamento favorece al cónyuge, puesto que su legítima individual se eleva al mismo tiempo, no siendo ya una cuota igual a la de uno de los hijos o padres del testador, sino la mitad de la herencia.

Al contrario, si el testamento favorece al cónyuge y a otros parientes colaterales del testador, la legítima de aquel será de los dos tercios de la herencia, puesto que, según los artículos 760, 769 y 771 del Código, el cónyuge excluye en la herencia legal a los parientes colaterales del causante, con excepción de los hermanos.

No es exacto, en consecuencia, que el art. 704 se aplique únicamente cuando heredan cónyuge y legitimarios. El texto no hace semejante distinción. Se limita a establecer que el testador no puede dejar a su cónyuge menos de lo que le correspondería, por ministerio de la ley, si se tratara de herencia legal. En otras palabras, el cónyuge que hereda con hermano solo puede reclamar la mitad de la herencia. Su situación es la misma que en la herencia intestada. Sólo podría favorecerse pues al hermano en mayor proporción que al cónyuge, donándole en vida el tercio de libre disposición.

Se desprende de lo dicho, la inconsistencia del argumento que afirma la inaplicabilidad del art. 768 en el caso de herencia testamentaria. El Código, en su art. 700, se limita a señalar la cuota de que puede disponer el testador, fijando así de modo indirecto el monto de la legítima global. Las reglas sobre partición de esta legítima entre los herederos concurrentes se encuentran en el título de la heren-

cia legal, y, en el caso particular de la legítima del cónyuge es el mismo Código, en su art. 704, el que remite a las normas de los artículos 765, 767 y 768, que determinan la cuota que corresponde al cónyuge en concurrencia con otros herederos.

La opinión según la cual la legítima de los dos tercios corresponde íntegramente al cónyuge que hereda con hermano conduce además a una contradicción insoluble. En efecto, cuando no hay testamento, el hermano adquiere según el artículo 768 del Código la mitad de la herencia. Ahora bien, la herencia legal se basa en una interpretación de la voluntad presunta del causante. ¿No resulta entonces absurdo que el testador pueda menos cuando manifiesta categóricamente su voluntad que cuando guarda silencio? ¿Deberá abstenerse de testar a fin de que su hermano pueda heredar la mitad de los bienes?

Decir que el hermano puede participar de la legítima de los dos tercios, no significa que sea un heredero forzoso. No es legitimario, por que puede ser excluido de la herencia, sin expresión de justa causa, al revés de los herederos forzosos que solo pueden serlo por desheredación. No puede reclamar una legítima pues, a diferencia de los herederos forzosos, solo tiene derecho de participar en ella con el cónyuge, por voluntad expresa del testador o por disposición supletoria de la ley.

Segundo Caso

Según el artículo 704, el cónyuge pierde su legítima si sus gananciales llegan o exceden al monto de la cuota que le correspondería como heredero legal. En este caso no existe legítima. El testador puede disponer de la totalidad de su herencia, pero sólo en favor de legitimarios o del hermano que es heredero concurrente con el cónyuge en la herencia legal. La regla de carácter general es que quien tiene cónyuge ú otro de los herederos forzosos que señala el artículo 700 sólo puede disponer libremente del tercio de sus bienes. La regla especial es que cuando los gananciales llegan o exceden al monto de la cuota no hay legítima, convirtiéndose ésta en cuota disponible que el testador puede dejar a cualquiera de los herederos legales con quienes concurre el cónyuge, es decir de los enumerados en el artículo 760 del Código como herederos del primero, segundo y tercer orden.

Demás está indicar que, no siendo el hermano heredero forzoso, podría siempre el testador excluirlo de la sucesión, dejando a su cónyuge la totalidad de sus bienes, con prescindencia de la regla del artículo 704.

Tercer Caso

Puede suceder, finalmente, que los gananciales del cónyuge sean menores que la cuota que le correspondería como heredero legal. En este caso, dice el artículo 704 "se reducirá la cuota hasta lo que sea preciso". Supóngase que la herencia llegue a S/. 50.000 y los gananciales a S/. 10.000. La cuota que corresponde al cónyuge como heredero legal en concurrencia con hermano es la mitad de la herencia, o sea S/. 25.000. Conforme a la regla del artículo 704 habrá que reducirla a S/. 15.000 a fin de que sumada a los gananciales resulte una cantidad igual a la cuota. La legítima del cónyuge será en este caso de S/. 15.000. Es decir, que cuando el cónyuge tiene gananciales menores que la cuota que le correspondería como heredero legal, su legítima está constituida por la cantidad que falta a los gananciales para llegar al monto de la cuota. Del resto puede disponer el testador únicamente en favor de los legitimarios o de ese heredero singular y privilegiado que es el hermano.
