

Guillermo
Bossano

MANUAL DE DERECHO SUCESORIO



BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** “(...) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (...) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones” y **literal vii** “La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad”.

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:

Estante:

Bandeja:

01

08

04

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:

OK

DERECHO CIVIL



82

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.
BIBLIOTECA



QUITO - ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA U.C.
BIBLIOTECA

1.983



QUITO - ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA B.C.
BIBLIOTECA
1983

347.6
B 745
Parte 2
g. 1

ID: 29423
Alta: 2012144 B

GUILLERMO BOSSANO

Profesor de Derecho Civil en la Universidad Central del Ecuador

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA
DE DERECHO



P=01
E=09
B=03
C=22408

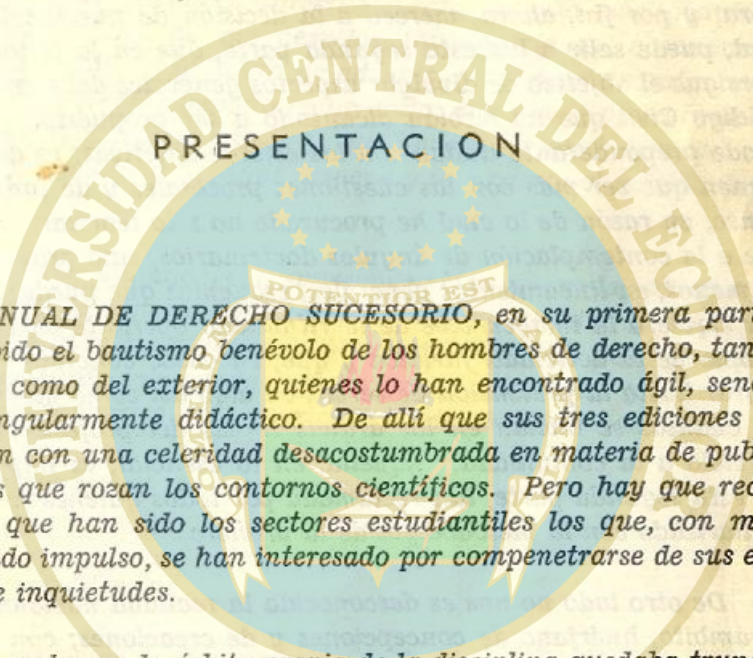
MANUAL DE DERECHO SUCESORIO

Segunda Parte
(Segunda Edición)

QUITO - ECUADOR

QUINTADA EN 1620
QUITO





PRESENTACION

MANUAL DE DERECHO SUCESORIO, en su primera parte, ha recibido el bautismo benévolo de los hombres de derecho, tanto del país como del exterior, quienes lo han encontrado ágil, sencillo y singularmente didáctico. De allí que sus tres ediciones se agotaran con una celeridad desacostumbrada en materia de publicaciones que rozan los contornos científicos. Pero hay que reconocerlo que han sido los sectores estudiantiles los que, con más acentuado impulso, se han interesado por compenetrarse de sus enfoques e inquietudes.

Sin embargo, la órbita propia de la disciplina quedaba trunca, pues restaba por examinarse cuanto atañe a las asignaciones forzosas: porción conyugal, legítimas y mejoras; cuota de libre disposición; desheredamiento, revocación de las disposiciones testamentarias, reforma del testamento; medidas que amparan a los sucesores: guarda y fijación o aposición de sellos, declaración de la herencia yacente, nombramiento de curador de la herencia yacente, declaración de apertura de la sucesión e inventarios; aceptación o repudio de las asignaciones, beneficio de inventario, petición

de herencia y otras acciones en favor de los asignatarios, ejecutores testamentarios, albaceas fiduciarios, partición de bienes sucesorios, pago de deudas hereditarias y testamentarias, beneficio de separación. Capítulos todos estos de trascendencia suma en especial para quienes aspiran a consagrarse al ejercicio del noble apostolado de la abogacía. Y la alternativa se ha convertido en una tenaz exigencia por completar los trabajos encaminados a desarrollar esos temas, no obstante los escollos naturales para difundir la obra; y por fin, ahora, merced a la decisión de nuestra Universidad, puede salir a luz esta segunda parte, que en lo fundamental persigue el objetivo de divulgar aspectos generales del Libro III del Código Civil que no habían alcanzado a ser propuestos y que de modo preponderante lindan con las esferas adjetivas; es decir, que tienen que ver más con las cuestiones procesales y de práctica forense; en razón de lo cual he procurado no sólo teorizar y detenerme a la contemplación de ángulos doctrinarios, sino proponer, por lo menos, en lineamientos generales, esquemas que puedan presentar siquiera la imagen leve de la ritualidad operante en el campo propio de la actividad jurídica y que, en casos concretos, pueden lograr hasta la pretensión de servir, en algo así como modelos, para cuantos se inician en las arduas tareas del profesionalismo y servicio a la comunidad. Aquella, en lo esencial, la importancia de esta segunda parte, tan reclamada por todos quienes se han familiarizado con la metodología de la primera.

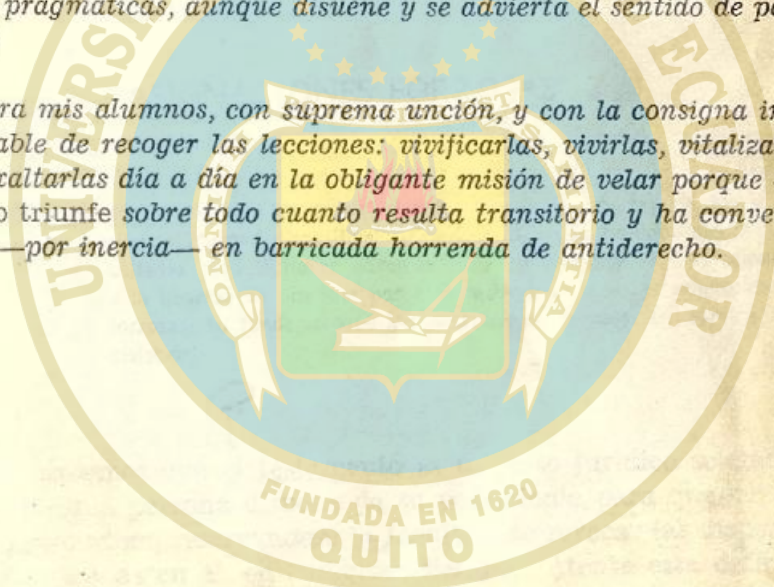
De otro lado no nos es desconocida la realidad nacional en este ámbito, huérfano de concepciones y de creaciones; con una bibliografía limitadísima, o sin ella, por principio. Ante lo cual la cátedra se impuso la obligación de cubrir ese flanco, en beneficio de la juventud.

Como sabemos de antemano, nuestro Código Civil, en su mencionado Libro III, no únicamente propone los problemas inherentes a la sucesión por causa de muerte, sino que, a manera de contraste, también aborda las tesis relativas a las llamadas donaciones entre vivos. Mas, consecuente con los enunciados de la propia cá-

tedra, no pretendo involucrar en este volumen todo cuanto concierne a dicho contrato, y prefiero en todo caso deslindarlo y tratar de él en opúsculo aparte.

Y al someter a la consideración general, aspiro que también las líneas que vienen prendan en el espíritu inconforme de mis discípulos, preferentemente, pues a ellos van dedicadas. Con ellos hemos ido modelando en la conciencia varios de sus planteamientos y el cotidiano quehacer universitario ha sido la más genuina y acendrada matriz de sus desvelos, investigaciones, obsesiones y fórmulas. Más tarde habrá de advenir, como un imperativo categórico, el derecho sucesorio comparado, que puede ofrecernos mayores y mejores perspectivas y bases doctrinarias, filosóficas e inclusive pragmáticas, aunque disuene y se advierta el sentido de paradoja.

Para mis alumnos, con suprema unción, y con la consigna insobornable de recoger las lecciones: vivificarlas, vivirlas, vitalizarlas y exaltarlas día a día en la obligante misión de velar porque el derecho triunfe sobre todo cuanto resulta transitorio y ha convertido —por inercia— en barricada horrenda de antiderecho.





The seal of the Universidad Central del Ecuador is a circular emblem. It features a blue outer ring with the university's name in gold capital letters. Inside the ring is a yellow field with a blue border containing the Latin motto "POTENTIOR EST VERITAS". The center of the seal depicts a shield with a green base and a yellow upper section, topped by a sunburst and a book. Above the shield are five gold stars.

CAPITULO XVIII

ASIGNACIONES FORZOSAS

¿Existe libertad de testar? Limitaciones a la libertad de testar.—
¿Existe libertad dispositiva? ¿Conviene dejar al testador plenas facultades para disponer libremente de su patrimonio? Limitaciones a la libertad de disponer por acto testamentario.— Las asignaciones forzosas: su fundamento.— Las asignaciones forzosas en nuestra legislación.

Bien sabemos que el testamento es un acto jurídico solemne por el cual una persona dispone de su patrimonio para que surta efecto postmortem, reservándose la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, en cualquier tiempo. Atenta esta definición, surgen como consecuencia dos interrogantes: a) ¿existe libertad de testar?; y, b) ¿existe libertad de disponer por acto testamentario?

Como podrá apreciarse, se plantean dos situaciones de diferente contenido y magnitud, y por lo mismo hay que analizarlas

por separado, pues no es dable confundir los términos y enunciados. Una es la libertad de testar y otra muy distinta la libertad de disponer.

Cuando hablamos de libertad para testar, penetramos en un campo amplio, puesto que, como de acuerdo con la ley, toda persona es capaz para otorgar testamento, con las excepciones taxativamente contempladas en el artículo 1065 de nuestro Código Civil cuando tipifica las inhabilidades que son cuatro: 1ª) la del menor de dieciocho años; 2ª) la del que se hallare en interdicción por causa de demencia; 3ª) la del que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa; y, 4ª) la del que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente, esa libertad comprende y ampara a una zona humana mayor y que contrasta definitivamente con la otra proposición. Por consiguiente, la norma, el principio constituye la *libertad testamentaria*; quien es capaz, tiene libertad para realizar dicho acto jurídico; empero, quien es incapaz para otorgar testamento carece asimismo de libertad para intervenir en el referido acto. No tiene libertad para ser testador.

Toda persona que es capaz para otorgar testamento y que goza de libertad testamentaria, estará asistida de la libertad dispositiva? ¿Podrá disponer de sus bienes a su arbitrio?

La libertad testamentaria tiene su limitación, como se ha visto; la persona capaz tiene libertad, no así el incapaz, que está privado de tal libertad. Esta, por lo tanto, bien podría equipararse a la capacidad y podríamos hasta proponer una especie de igualdad algebraica: capacidad para testar igual libertad para testar.

En cambio, en relación con el segundo de los planteamientos formulados, la respuesta no puede tener un carácter absoluto. Depende de las relaciones de familia. Quien carece de descendientes, de padres y de cónyuge, goza de plena libertad dispositiva, sin limitación posible, en consonancia con la estructura jurídica actual del Estado ecuatoriano. No así quien tiene los miembros de fami-

lia antes enumerados, cuyo derecho a disponer libremente está limitado por las llamadas asignaciones forzosas. ✓

Desde la época en que el derecho romano consagró las más trascendentales instituciones en la órbita civil se han planteado las cuestiones inherentes a la fundamentación de dichas asignaciones, llegándose a definir dos posiciones antagónicas: la una que proclama la *libertad dispositiva plena*, amparándose en el razonamiento de que quien generó su patrimonio está asistido de las más amplias garantías y facultad también para disponer del mismo. Por lo regular las legislaciones anglosajonas se han acogido a este principio. Pero de otro lado se ha argumentado en el sentido de que jamás persona alguna puede llegar a modelar una fortuna por sí sola, sin el concurso de los más variados factores; y que, por lo mismo, siendo su patrimonio una especie de *producto social*, está obligada a compartirlo con aquellos seres que le están más íntimamente vinculados por lazos de consanguinidad y parentesco. He ahí cómo los *deberes sociales* son imperativos e inexcusables. Los pueblos que han modernizado sus legislaciones se inclinan generalmente por este criterio, que parece más justo y humano, y proclaman la necesidad de la existencia de *limitaciones a la libertad dispositiva*, negando el derecho a la *arbitrariedad*, como califican algunos tratadistas.

Estas cuestiones fueron abordadas y debatidas con subida pasión en determinadas épocas, singularmente en Francia, a raíz de su gloriosa revolución; y como lo anotó Schutzensberger, *la historia de las revoluciones políticas y sociales está escrita en la historia del derecho de sucesión*.

El profesor de la Universidad de Montevideo Eduardo Vaz Ferreira, aunque confunde la libertad de testar con la libertad dispositiva, al referirse a esta última, apunta los siguientes conceptos: "Mientras subsista la herencia, las asignaciones forzosas deben mantenerse como medio de evitar que el testamento pueda ser utilizado, sea para crear excesivas desigualdades dentro de la misma familia, sea para hacer salir los bienes del círculo familiar exclu-

yendo de toda participación en los mismos a los integrantes de la familia del testador. En efecto la libertad de testar ilimitada, según la manera de utilizarla, podría tener dos principales consecuencias diferentes: O favorecer a un hijo en perjuicio de todos los demás, o favorecer a extraños en perjuicio de todos los hijos. Ninguna de estas consecuencias nos parece deseable".

Nuestra legislación, que arranca del sabio proyecto del código civil chileno, elaborado por don Andrés Bello, participa de un criterio ecléctico, como se observó, admite la plena libertad dispositiva en favor del testador que carece de descendientes, padres y cónyuge supérstite, caso bastante restringido; no así en el evento de estar ligado a uno o más de estos elementos, que abarca un espectro mayoritario y en el que se imponen las asignaciones forzosas.

Las limitaciones se fundamentan en el hecho de que el hombre no vive solo; su medio natural es la sociedad, la que le provee de todo cuanto requiere para satisfacer sus necesidades. Y el hombre en primer término está cercado por un núcleo familiar, hacia el cual tiene deberes ineludibles y básicos. El concurso de todos cuantos integran dicho núcleo determina el acrecentamiento del patrimonio: iniciativas, ahorro, solidaridad, esfuerzos, afecto, en fin, que constituyen poderosos motores y estímulos para la lucha por la vida. De modo que un patrimonio siempre resulta ser un producto social; y de allí que encarna un profundo sentido humano y de justicia el limitar al hombre en la libertad bárbara para disponer de los bienes que no son, no pueden ser exclusivos en términos absolutos.

Participamos del criterio de que esta limitación a la libertad de disponer por acto testamentario, encarna un contenido estrictamente social y ataca directa y valientemente al espíritu individualista tan nocivo y perjudicial para el desarrollo humano y la solidaridad que debe reinar en las colectividades. Así, pues, las llamadas asignaciones forzosas, que constituyen esa valla, esa limitación a la libertad dispositiva, son respuesta inequívoca de la aspiración del hombre por vivir, actuar y sobrevivir en función social.

LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

Son aquellas que imperativamente tiene que hacerlas el testador en favor de ciertas personas, y si no las hace o las hace indebidamente, la propia ley suple la omisión o corrige el error, aun contrariando la voluntad expresa de él. De manera que quien tiene asignatarios forzosos no puede dejar de cumplir este mandato ineludible; y si pretende burlar tal emanación legal, disponiendo de su patrimonio arbitrariamente, la misma ley garantiza su fiel práctica mediante la institución conocida con el nombre de *reforma del testamento*, que es el acto jurídico por el cual los asignatarios forzosos deducen ante el juez competente la respectiva acción para exigir que se restablezca el derecho violado, cuando el testador ha prescindido de ellos a través de disposiciones en favor de personas extrañas a quienes no les asistía derecho alguno.

El maestro colombiano Arturo Valencia Zea sostiene que "la institución de las asignaciones forzosas revela que nuestra legislación civil no reconoce libertad absoluta al testador para disponer de sus bienes por causa de muerte, y así podemos decir que, en general, libertad de disposición existe por negocios jurídicos *inter vivos*, no mediante negocios jurídicos *mortis causa* (testamentos).— Entre los dos polos opuestos que pueden concebirse al respecto, libertad absoluta para testar o inexistencia de tal libertad, las legislaciones actuales suelen situarse en un campo intermedio, toda vez que no privan al testador de alguna libertad para distribuir sus bienes, pero no le otorgan libertad total. En ciertos casos, el testador puede libremente disponer de todos sus bienes cuando carece de asignatarios forzosos (hijos, padres, cónyuge); y en otros, tiene libertad para disponer libremente de la mitad de sus bienes, mas con la obligación de destinar la otra mitad para los asignatarios forzosos en la forma prescrita por la ley; por último, existen casos extremos en que el testador sólo puede disponer libremente de una cuarta parte de bienes, pues las otras tres cuartas debe asignarlas a los asignatarios forzosos". En verdad, como el código civil colombiano se inspiró plenamente en el proyecto de Bello,

adoptado como su código por parte de Chile, y el nuestro se deriva de éste, los sistemas son idénticos en esta materia, como trataremos de demostrar más adelante. Sin embargo, también en el caso de Valencia se colige que identifica libertad de testar con libertad de disponer, que en estricto derecho son diferentes, como queda demostrado.

Las asignaciones forzosas son, por consiguiente, de derecho público, puesto que tienen un carácter eminentemente social, en consonancia con los razonamientos sugeridos antes. Se proponen proteger a los integrantes de la familia del causante, considerando a ésta como la célula básica y primordial de toda estructura humana.

Además, las diversas legislaciones no mantienen un criterio uniforme en relación con las clases y proporción de dichas asignaciones. Existen las más variadas posiciones tanto en los enunciados como en el fondo y orientación mismos. El proyecto de don Andrés Bello consignó cuatro clases de asignaciones forzosas, que son: los alimentos, la porción conyugal, las legítimas y las mejoras.

Nuestro Código, que reprodujo textualmente dicho proyecto convertido en el código civil chileno, también contempló por mucho tiempo la misma clasificación; y sólo a partir de las reformas introducidas en el año de 1970 fue eliminada la primera asignación forzosa relacionada con los alimentos que por ley se deben a ciertas personas, con el claro propósito de encuadrar los sistemas a las realidades y tomando en consideración que tanto el derecho como la obligación de carácter alimenticio encarnan un sentido estrictamente personal, producto de la relación de persona a persona y que, por lo tanto, son intransmisibles, pues con la muerte del alimentario se extingue su derecho y con la muerte del alimentante se extingue su obligación; todo lo cual no obsta para que éste, en su carta testamentaria, imponga a cualesquiera de sus sucesores la obligación de suministrar alimentos mediante una asignación propiamente modal, generando los llamados legados de alimentos, como lo contemplan las disposiciones contenidas en los artículos mil veinticuatro y mil ciento ochenta y tres de nuestro Código.

Con relación a esta clase de asignaciones, el artículo 1216 del Código Civil vigente, dice: Asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Asignaciones forzosas son:

1ª—La porción conyugal;

2ª—Las legítimas; y,

3ª—La cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes.

En estricto sentido jurídico y en consonancia con la realidad económico-social ecuatoriana sólo las legítimas constituyen una auténtica asignación forzosa, con un carácter absoluto, desde luego que, como examinamos en el capítulo siguiente, en la práctica no existe porción conyugal; y en relación con las mejoras tenemos que adelantar que en cierto aspecto permite al testador discriminar eligiendo o seleccionando entre sus descendientes a la persona favorecida; y naturalmente es una asignación forzosa en tanto y en cuanto sólo está consagrada para favorecer a los descendientes.



The seal of the Universidad Central del Ecuador is a circular emblem. It features a blue outer ring with the text "UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR" in white capital letters. Inside the ring is a yellow field containing a blue shield with a red cross and a green base. Above the shield are five yellow stars. The text "FUNDADA EN 1620" is written in a semi-circle at the bottom of the seal.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

CAPITULO XIX

PORCION CONYUGAL

Concepto de porción conyugal.— Requisitos para que exista la porción conyugal.—Momento en que deben cumplirse dichos requisitos.— Determinación matemática de la porción conyugal.— Casos y situaciones inherentes a la porción conyugal.— La porción conyugal como complemento del patrimonio del cónyuge supérstite.— Facultad de renunciamento de los bienes propios o de la porción conyugal.— Crítica del sistema.— Necesidad de reforma de la ley, para que deje de ser cuota de beneficencia y constituya una auténtica asignación forzosa.

Existen dos disposiciones en nuestro Código, las contenidas en los artículos 1218 y 1223, que norman lo que constituye la esencia de la institución. La primera nos da una concepción de lo que es y significa dicha asignación forzosa y la segunda se concreta a determinar matemáticamente lo que ella comporta.

En el primer artículo invocado, el legislador propiamente da una definición obligatoria de *Porción conyugal*, cuando dice que

es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación.

En todas las legislaciones, a partir de Roma, ha existido casi invariablemente la institución de la porción conyugal, pero con diverso criterio, ya en cuanto a las personas ya en relación a la cuantía. Desde el tiempo en que rigió el derecho romano se quiso favorecer o amparar mejor al cónyuge supérstite, pero en la generalidad de los casos, a quien se trataba de proteger no era al cónyuge sobreviviente, en forma indiferenciada, sino a la cónyuge. Y en lo que concierne a lo cuantitativo, existe asimismo disparidad de determinación, ya que unas veces se fija la cuarta, otras la mitad, el tercio, etcétera del patrimonio sucesorio; en algunas legislaciones tiene el carácter de rebaja previa, como en el caso nuestro, ya contemplado en materia de acervos, para pasar del ilíquido al líquido, y otras veces sólo se calcula a partir de éste.

Algunas instituciones contemporáneas consagran la porción conyugal únicamente en favor de la mujer. Nuestra ley, como es obvio y justo, no discrimina, y considera por lo menos en el plano declarativo tanto en favor de la viuda como del viudo.

El Código Civil chileno vigente, en su artículo 1173, establece que tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio. Igual disposición contemplan otras legislaciones latinoamericanas, como la colombiana, portorriqueña, etc., y la uruguaya concede porción conyugal inclusive al cónyuge separado.

Para que el cónyuge sobreviviente tenga derecho a la porción conyugal es preciso que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que tenga el carácter de cónyuge supérstite;
- b) Que sea capaz y digno; y,
- c) Que sea pobre.

Es indudable que para hacerse acreedor a esta asignación forzosa, quien invoca su derecho debió haber estado unido por contrato matrimonial a la persona de cuya sucesión se trata.

El segundo requisito es sine qua non en tratándose de todo sucesor, y como la porción conyugal llama a suceder en una cuota del patrimonio del causante, su titular tiene que reunir obligatoriamente los atributos de capacidad y dignidad. El tercer requisito nos hace pensar que se trata de una cuota de caridad o de beneficencia; y esto es cruel y duro, incompatible con los principios que decimos proclamar y defender.

Sin resignarnos a la exigencia del pauperismo del cónyuge sobreviviente, surge el interrogante: ¿en qué momento deben llenarse estas tres clases de requisitos? El artículo 1219 nos da la respuesta categórica e irreversible: *El derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, y no caducará en todo o en parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente.*

Doctrinariamente tenemos que responder a la inquietud, sosteniendo que al momento mismo de abrirse la sucesión, que se opera de derecho automáticamente a la muerte del de cujus.

Si el cónyuge supérstite reúne los requisitos contemplados en la ley: capacidad y dignidad y pobreza al tiempo del fallecimiento del causante, nació su derecho a la porción conyugal, pues antes lo único que existía era la mera expectativa; y aun en el evento de que varíe su situación con posterioridad por la adquisición de nuevos bienes, no se le podrá privar de su porción conyugal, porque el legislador quiere, como se ha visto, que los requisitos se cumplan en el momento mismo del deceso de uno de los cónyuges.

A la inversa: supongamos que el cónyuge sobreviviente posee bienes cuantiosos que superan a la cuota que le correspondería en concepto de porción conyugal, al tiempo de la muerte de su consorte, no tendría derecho a dicha asignación forzosa, por más que transcurrido un tiempo de esa circunstancia quede en extrema pobreza. Como no tuvo derecho a la porción conyugal al tiempo de

abrirse la sucesión, jamás convalecerá su situación; perdió el derecho y nunca lo recuperará y ya no podrá invocar su condición de cónyuge pobre para exigir la asignación forzosa que estudiamos.

Algunas legislaciones también contemplan la necesidad de que concurra un cuarto requisito: que exista sentencia ejecutoriada que releve de toda culpabilidad al ex-cónyuge, para tener acceso a la porción conyugal, de conformidad con lo antes anotado, que ciertos códigos conceden porción conyugal inclusive al divorciado sin haber dado ocasión para la disolución del vínculo matrimonial.

En nuestro imperativo jurídico mal puede hablarse de porción conyugal en favor del ex cónyuge, vale decir del divorciado que sobrevive al causante que fue su consorte, por cuanto ya no es propiamente tal desde el momento en que el fallo pronunciado por el juez competente se ejecutoria y se inscribe en los correspondientes libros del Registro Civil, desde luego que una vez disuelto el vínculo matrimonial dejan de ser cónyuges y son personas totalmente extrañas, para los efectos estrictamente legales. Empero, en el caso sui generis consagrado en nuestro Código de la separación conyugal judicialmente autorizada, como no obstante ello subsiste el matrimonio y por consiguiente la calidad de cónyuges, muerto uno de ellos, el superviviente tiene derecho a la porción conyugal.

La definición cuantitativa de la porción conyugal está dada, como se señaló oportunamente, en el artículo 1.123, que reza:

La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de la sucesión, y como bien conocemos es materia de rebaja previa. Es decir, que una vez practicada la separación de patrimonios, para obtener el acervo ilíquido y hechas las rebajas inherentes a gastos de última enfermedad, mortuoria y judiciales, por una parte, y de las deudas hereditarias e impuestos fiscales que gravaren toda la masa sucesoria, por otra parte, se obtiene un acervo líquido tentativo, del cual debe calcularse la cuarta parte; y entonces puede apreciarse jurídicamente que, por haber definido el código civil como cuota en favor del cónyuge que carece de lo necesario para su congrua sustentación (cónyuge pobre), nos hallamos realmente frente a un conflicto

aparentemente externo o de forma, en que es preciso plantear primero qué se entiende por congruo. ¿Acaso tendrá el mismo sentido en que el legislador propuso la cuestión de *alimentos congruos*?

Examinemos el problema. El artículo 369 de nuestro código, en su segundo inciso, los define como que *son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social*. Sin embargo, en la materia específica que se aborda, la situación es diferente y alcanza grados de relatividad, pues hay que comparar esa cuarta de que hablamos antes con los bienes del cónyuge sobreviviente —sus gananciales y bienes propios— y entonces es posible que se presenten tres situaciones o casos de porción conyugal:

- a) *Que el cónyuge supérstite carezca en absoluto de patrimonio*; que en verdad sea pobre de solemnidad, circunstancia hipotética y rarísima, en la que sí *tendría acceso pleno a la porción conyugal*. Pongamos un ejemplo:

A y B contraen matrimonio. Carecen de bienes durante los primeros años de vida conyugal. Pero B hereda el patrimonio de sus padres, cuyo avalúo alcanza a un millón de sucres, y más tarde fallece luego de aceptar la herencia. En el presente caso no es posible calcular el acervo común, por cuanto los bienes de la causante fueron de su exclusiva propiedad y no están mezclados con otros y ni siquiera con los de la sociedad conyugal, toda vez que ésta no posee bien alguno, y habrá que pasar directamente a formar el acervo ilíquido, que está constituido precisamente por ese millón de sucres. Vamos a suponer que por concepto de las tres primeras rebajas se contabiliza un total de doscientos mil sucres, que los deducimos del acervo ilíquido de un millón de sucres, con lo cual obtenemos un acervo líquido tentativo de ochocientos mil sucres, que lo dividimos para cuatro, para calcular la porción conyugal, que por simple coincidencia es también de doscientos mil sucres. Como la sociedad conyugal careció de to-

Luis Noriega contrae matrimonio con América Solis, y en la sociedad conyugal adquieren una casa, bienes muebles y una camioneta. Fallece Luis Noriega y se procede a la declaración de apertura de sucesión y a la formación de inventarios solemnes, toda vez que quedan dos hijos menores de edad, y se obtienen los siguientes acervos:

Acervo común:

Avalúo casa	\$	800.000,00
Avalúo bienes muebles ..	„	70.000,00
Avalúo camioneta	„	130.000,00
	\$	1'000.000,00

Acervo ilíquido:

Gananciales en la casa	\$	400.000,00
Gananciales en los bienes muebles	„	35.000,00
Gananciales en la camioneta	„	65.000,00
	\$	500.000,00

Acervo líquido tentativo:

Acervo ilíquido	\$	500.000,00
Menos tres primeras rebajas	„	100.000,00
	\$	400.000,00

Porción conyugal:

Acervo líquido tentativo divisible para cuatro:

$$400.000,00 : 4 = 100.000,00$$

Si la porción conyugal que corresponde matemáticamente a la cónyuge sobreviviente América Solís es de \$ 100.000,00, comparamos con sus gananciales que ascienden a \$ 500.000,00, supuesto que no posea bienes propios, y encontramos que este valor es superior a aquél, y concluimos que no tiene derecho a porción conyugal, y como consecuencia nada hay que deducir del acervo líquido tentativo, porque, como se ha demostrado, no existe la cuarta rebaja, y de hecho se convierte en definitivo acervo líquido o partible.

Como podrá colegirse, en la realidad económico-social ecuatoriana, se presenta el caso generalizado y común de que los cónyuges modelan su patrimonio una vez consumado el vínculo matrimonial, y ninguno de los consortes es dueño exclusivo de aquél, que pertenece en su unidad y totalidad a la sociedad conyugal, mas no a marido o mujer únicamente. En cualquier momento que se liquide o disuelva la sociedad conyugal, corresponderá a cada uno de los cónyuges por lo regular el cincuenta por ciento, en concepto de gananciales; y, por regla general, muerto uno de ellos, su acervo ilíquido estará representado por aquéllos, y si procedemos a las rebajas de ley, tenemos que los gananciales del cónyuge supérstite son mayores que el acervo líquido tentativo; y si a partir de éste calculamos la cuarta parte para determinar la cantidad que corresponde a la porción conyugal, todavía es más acentuada la diferencia entre ésta, que resulta minúscula y los gananciales que le superan plenamente. Esta es la realidad nuestra que se repite en su más alto porcentaje a imagen y semejanza del problema planteado. De tal suerte que la porción conyugal queda escrita en la letra de la ley y no se presenta en la mayoría de los casos, por las razones expuestas; y en tal virtud no viene a constituir una genuina asignación forzosa, en los términos, con la amplitud y la universalidad que debe caracterizarla y no simplemente como una eventual excepción.

En lo que concierne a la cuantía, nuestra legislación ha arrastrado la tradición del derecho romano de la *quarta uxoria* y es, por

lo mismo, como se puntualizó oportunamente, la cuarta parte del acervo líquido tentativo; cuota que es variable en otros países que contemplan la mitad o el tercio, por ejemplo. 4

Pero puede ocurrir que el cónyuge sobreviviente tenga por concepto de donaciones, herencia o legados más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, ¿en qué situación quedaría atentas tales circunstancias? La disposición contenida en el artículo 1.224 nos da la regla precisa:

La diferencia entre lo que le corresponde a título de porción conyugal y lo que tiene por concepto de legados, donaciones, etcétera, se imputará a la cuarta de libre disposición.

Este precepto, en su parte final, vale decir en lo que concierne a la cuarta de libre disposición, será valedero, y por consiguiente surtirá efecto, única y exclusivamente en las sucesiones testamentarias, en las cuales el causante de modo expreso hace tal asignación, pues es privativo sólo de él, y ni siquiera la ley puede suplir esa omisión o disponer libremente de dicha cuarta parte del patrimonio sucesorio.

Del somerísimo examen que se ha hecho de la presente institución, se deduce que no obstante de que la ley consagra a la porción conyugal como la primera asignación forzosa, esto es que tiene que hacerla el testador de modo inevitable e imperativo, dada la modalidad restrictiva introducida por nuestro legislador, no se presenta en la vida práctica y real de las sucesiones que se abren dentro del ámbito nacional, aunque aparezca en contadísimos casos como una simple excepción y circunscrita a la esfera del segundo caso examinado, esto es de la porción conyugal de complemento. Por lo mismo, si aspiramos a que la porción conyugal cumpla su objetivo, como auténtica asignación forzosa, es preciso reformar las disposiciones pertinentes, comenzando por modificar la definición, eliminando su última parte, que viene a ser el apéndice artificioso que desvirtúa la esencia de la institución y proclamando que la porción conyugal es la cuarta parte del patrimonio del causante

que la ley asigna al cónyuge supérstite. Y nada más; y de hecho derogando todas las demás disposiciones que son contraproducentes, como la contenida en el artículo 1.222, que textualmente dice:

✓ El cónyuge sobreviviente podrá a su arbitrio retener lo que posea o se le deba, renunciando la porción conyugal, o pedir la porción conyugal, abandonando sus otros bienes o derechos.

No se registra caso alguno en el cual se haya aplicado la disposición precedente, que resulta impracticable y hasta absurda, si nos atenemos estrictamente a lo que en realidad constituye la porción conyugal dentro del marco de realidades socio-económicas ecuatorianas.

Hernando Carrizosa Pardo, miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y Profesor de derecho civil en la Universidad Javeriana de Bogotá, en su valioso texto de Sucesiones y Donaciones, apunta estos conceptos sugestivos: "La porción conyugal no se le da al cónyuge, ni éste lo recibe, como heredero, sino en calidad de cónyuge, pues se le otorga al que carece de lo necesario para su propia subsistencia, como quien dice: al cónyuge pobre. - De aquí proviene el que muchos asignan a la porción conyugal naturaleza puramente alimenticia, cual si sólo fuera asignación de alimentos congruos (Fabres, Vélez), y que su motivo y razón sea el mismo de la obligación alimentaria. Nosotros creemos que es esto y algo más. La porción tiene carácter alimenticio, y carácter de indemnización. Lo primero porque es para el pobre y para su congrua subsistencia, pero también lo segundo, porque la pobreza del cónyuge no se considera objetivamente, sino puesta en función de la fortuna de su consorte premuerto. Esta indemnización le es debida al pobre en razón de que ha llevado el aporte de su vida que se ha gastado en el matrimonio, y el valor de ese aporte, grandísimo valor, lo pierde irreparablemente al morir su consorte, si no se le indemniza".

Finalmente, no se puede dejar de considerar el alcance que tuvo el complemento del artículo 1.223 ya enunciado y que se contrae

a precisar el aspecto cuantitativo, cuando concluye que la porción conyugal es la cuarta de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de la sucesión, expresión esta última que está por demás, que no es necesaria y que probablemente guardaba cierta armonía con el sistema anterior, que reconocía la existencia de hijos y padres ilegítimos, entre otros aspectos. Mas, derogada esa inhumana e injusta institución, carece de todo fundamento; y, por consiguiente, también debe prescindirse de ella, circunscribiendo la referida disposición a normar que la porción conyugal está constituida por la cuarta parte de los bienes del causante. Entendido que tampoco resulta exacto en términos absolutos, por todo cuanto queda demostrado.

Al respecto, el artículo 1.049, de la codificación de 1950, rezaba:

Los hijos legítimos excluyen a los demás herederos, menos a los hijos ilegítimos, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al marido o mujer sobreviviente.

Y el 1051:

Si el difunto no ha dejado posteridad legítima, le sucederán sus ascendientes legítimos de grado más próximo o sus padres ilegítimos, su cónyuge y sus hijos ilegítimos. La herencia se dividirá en tres partes: una para los ascendientes legítimos o los padres ilegítimos, una para el cónyuge, y otra para los hijos ilegítimos.

Y por último el 1234:

La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. Se aplicará esta disposición aun al caso de que con los descendientes legítimos concurrieren hijos ilegítimos.

Habiendo descendientes legítimos, el viudo o viuda serán contados entre los hijos legítimos, y recibirán como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo legítimo.

The seal of the Universidad Central del Ecuador is a circular emblem. It features a blue outer ring with the university's name in white capital letters. Inside the ring is a light blue field containing five yellow stars. Below the stars is a yellow banner with the Latin motto "POTENTIOR EST VERITAS" in blue capital letters. At the bottom of the seal is a shield with a green base and a yellow top section containing a red flame-like symbol.

CAPITULO XX

LEGITIMAS Y MEJORAS

Alcance del capítulo.— Concepto legal de legítima considerada como auténtica asignación forzosa.— Los legitimarios.— Casos en que se presentan las legítimas.— Criterio en torno a legítimas en algunas legislaciones en Europa y América.— La cuarta de mejoras.— Requisitos.— Algunos planteamientos jurídicos en torno a las mejoras.

Para compenetrarse más hondamente de toda la problemática de las asignaciones forzosas, deberían ser enfocadas en conjunto, las legítimas y mejoras, en relación con la cuota de libre disposición y los acervos, puesto que guardan —aunque parezca paradójico— una estrecha vinculación estructural y de contenido. Sin embargo, es preferible que se desdoble toda esa compleja materia en tres diferentes capítulos, confrontando en primer término el planteamiento sucinto de la fenomenología de las legítimas y mejoras, para esbozar el panorama de la cuota de la cual el testador puede disponer libremente y culminar con la revisión de los acervos, tan íntimamente conectados con aquello que constituye la esencia del

sistema y puesto que resultan apreciaciones inseparables cuando no complementarias y motivo categórico de integración. He allí el alcance del presente capítulo y de los dos subsiguientes.

Comencemos por abordar las cuestiones propias de las dos asignaciones forzosas ya enunciadas: legítimas y mejoras.

El legislador se ha apartado una vez más del criterio lógico y aparece muy elemental y tal vez simplista cuando al definir las legítimas, en su artículo 1.226 establece que:

LEGITIMA es la cuota de los bienes del difunto, que la ley asigna a los legitimarios.

¿A quiénes llama nuestra ley legitimarios? El precepto legal contempla dos categorías de legitimarios: 1ª) la de los hijos; y, 2ª) la de los padres. Es decir, que son legitimarios exclusivamente los hijos y los padres, entendido que aquéllos excluyen a éstos; de tal modo que si en una sucesión concurren hijos y padres, los únicos legitimarios son los hijos, que prevalecen sobre los padres; y si sólo hay padres, éstos serán los legitimarios y en esa esfera culmina tal calidad, pues la reforma no contempla el caso de otra suerte de descendientes o de ascendientes. Con la acertada eliminación de la institución infamante e injusta de la "ilegitimidad", se borraron las odiosas fronteras que en este ámbito también existían, antes de 1970, en que los legitimarios eran: a) los descendientes legítimos e ilegítimos; b) los ascendientes legítimos; y, c) los padres ilegítimos.

En este aspecto pienso que es útil y conveniente examinar cuáles son las fórmulas jurídicas que adoptan las varias legislaciones en torno de las legítimas y legitimarios y de la cuota que se asigna. Así, por ejemplo, el Código Civil alemán contempla la institución de la legítima, que equivale a la mitad de la porción hereditaria legal y que corresponde necesariamente a los legitimarios: hijos, padres y cónyuge sobreviviente; el Código Civil argentino también acepta las legítimas y legitimarios son: a) los descendientes legítimos; b) los hijos adoptivos; c) los descendientes legítimos o extramatrimoniales del hijo adoptivo; d) los ascendientes legítimos;

e) los padres adoptivos; f) el cónyuge supérstite; g) los hijos extramatrimoniales; h) el padre natural; e, i) la nuera viuda; el Código Civil *brasileño* también admite la institución de las legítimas y son legitimarios los hijos o los ascendientes, a quienes destina la mitad de los bienes; el Código Civil *colombiano* asimismo prevé la existencia de la legítima y de los legitimarios, que son los hijos legítimos, los hijos naturales, los hijos adoptivos y los padres, a quienes les asigna la mitad del patrimonio sucesorio; el Código Civil *español* establece la legítima en favor de los hijos, a quienes les corresponde las dos terceras partes, con la siguiente regulación: una tercera parte para distribuir necesariamente entre los hijos y otra tercera parte que debe dejarse a los hijos, pero no en partes iguales, sino en la parte que estime conveniente el padre o la madre, y que propiamente tendría el carácter de mejora; el Código *francés* igualmente contempla la existencia de la legítima, pero variable: la mitad del capital herencial, si el causante no deja sino un hijo; las dos terceras partes, si deja dos hijos; las tres cuartas partes, si deja tres o más hijos; la mitad, si existen ambos padres; o la cuarta si existe uno solo; el Código Civil *italiano* reconoce legítimas para los hijos legítimos, para los hijos naturales y para los ascendientes legítimos y el cónyuge; en favor de los hijos legítimos reserva la mitad del capital herencial, si existe uno solo; y los dos tercios, si los hijos son más; para los ascendientes legítimos reserva un tercio del patrimonio; para los hijos naturales, un tercio, si existe únicamente un hijo, y la mitad, si existen varios hijos naturales; el Código Civil *peruano* destina como porción legítima para los hijos y el cónyuge, dos terceras partes, y una mitad para los ascendientes; el Código Civil *suizo* igualmente admite el derecho de legítima, en la siguiente forma: para los descendientes, tres cuartas partes de la herencia; para los padres, la mitad; para los hermanos, una cuarta parte, y para el cónyuge, su respectiva asignación que por ley le corresponde; finalmente, el Código Civil *venezolano* designa la mitad del patrimonio en concepto de legítimas para los descendientes, y sólo a falta de éstos, para los ascendientes y el cónyuge.

El profesor de Derecho Civil en las Universidades de Buenos Aires y La Plata, Jorge O. Maffía, sostiene que la legítima es un

derecho de sucesión sobre determinada porción del patrimonio del causante, protegido por la ley y cree que, con un sentido más positivo, aparece la nueva concepción testamentaria que impone la necesidad de dejar algo a los herederos forzosos (porción legítima). Se abre paso, entonces, la idea de que el testamento que no favorecía en nada o en parte muy pequeña a los parientes más próximos del testador era contrario a la piedad, y por tanto impugnable.

En nuestro sistema tajante, si bien son legitimarios única y exclusivamente los hijos y sólo cuando faltan éstos, los padres, empero, como excepción, traslada la institución de la *representación* propia de las sucesiones abintestato a este ámbito; y así el artículo 1.228 nos proporciona una norma mediante la cual este derecho, que se circunscribe a la órbita de esta clase de sucesiones, también se transplanta a la testamentaria, pero con las limitaciones que examinaremos, cuando establece que:

Los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y las reglas de la sucesión intestada.

Lo primero queda aclarado con respecto al derecho de representación. Además, recordemos que, cuando en la sucesión intestada el padre o la madre no pueden o no quieren suceder, son llamados a ocupar el lugar de ellos sus respectivos hijos, quienes jurídicamente se colocan al mismo nivel de sus tíos, aunque económicamente no, puesto que éstos heredan por cabezas y aquéllos por estirpes. Por otra parte, como el derecho de representación se presenta exclusivamente en la línea descendente y sólo quedan como legitimarios los hijos, en el evento de que faltaran ellos, serían llamados sus hijos, vale decir los nietos del causante, en consonancia con los lineamientos generales de este derecho; porque en el caso de que no existieran hijos del de cujus llamados a ser legitimarios, tendrían tal carácter los padres de éste y desde luego no podría operar la institución de la representación. Además, sólo sería aplicable en el caso de premuertos y nada más, pues de lo que se trata concretamente es del ordenamiento del testamento.

Nos sirvamos de un ejemplo para esclarecer el problema. Una persona desea disponer de su patrimonio para después de sus días, mediante acto testamentario. Al tiempo de legalizar su voluntad tiene únicamente tres hijos; empero, otros dos han fallecido antes, dejando posteridad. El testador tendría que asignar obligatoriamente la mitad de legítimas a todos y cada uno de sus hijos (tres cuotas) y a todos y cada uno de sus nietos, hijos de cada uno de los premuertos (dos cuotas). Si partimos de un supuesto numérico, tendríamos lo siguiente: el acervo líquido alcanza a \$ 1'200.000, la mitad de legítimas ascendería a \$ 600.000,00, que tenemos que dividir en cinco partes estrictamente iguales: \$ 120.000,00, representaría la legítima rigurosa que corresponde a cada uno de los tres hijos y en relación con las cuotas de los hijos premuertos, tendríamos que asignar la cantidad de ciento veinte mil sucres a todos los hijos de cada uno de ellos, es decir, a los nietos del testador, por cuanto quienes suceden por derecho de *representación*, *heredan por estirpes*, lo que significa que cualquiera que sea el número de representantes, entre todos ellos no recogerán sino la cuota que habría correspondido a su padre si hubiera podido suceder. Si los hijos del primer premuerto hubieran sido a su vez cuatro, les correspondería treinta mil sucres a cada uno, y si los del segundo hubieran sido seis, no les correspondería a título de legítima rigurosa, sino veinte mil sucres, a cada uno.

No obstante la claridad y simpleza del ejemplo, vale la pena insistir en que, si bien es verdad que el derecho de representación es exclusivo de la sucesión intestada, en que se lo aplica con toda la amplitud y sin restricciones en línea recta, en que puede operar hasta el infinito y en línea colateral únicamente hasta los hijos de los hermanos —*sobrinos*—, cuando los padres no pueden —por ser premuertos, incapaces o indignos— o no quieren —por no aceptar o repudiar la asignación— suceder, se traslada a la sucesión testamentaria circunscribiéndose tan sólo al caso en que, cuando los hijos, que son los legitimarios por excelencia, han fallecido antes que su padre —el testador— y han dejado a su vez hijos, que son nietos de éste, a los cuales forzosamente habrá de asignarles la

parte de la legítima que por derecho propio habría correspondido a su hijo premuerto.

Y este mecanismo debe quedar definitivamente esclarecido. No se podrá aplicar jamás en línea colateral: el tío no está obligado a dejar asignación alguna al hijo de su hermano premuerto; y tampoco, por elemental lógica, aun en el caso de línea recta sería aplicable al evento de que el hijo sea incapaz, indigno, no acepte o repudie la asignación, puesto que se trata del acto testamentario, y todo esto último surge a posteriori del deceso del antecesor, quien no puede jamás prever tales acontecimientos.

Ahora bien, si las legítimas constituyen la mitad del patrimonio (acervo líquido) que el testador tiene que asignar obligatoriamente a sus hijos y tan sólo a falta de éstos a sus padres, las mejoras constituyen, en cambio, la cuarta parte del patrimonio sucesorio que el testador puede distribuir en favor de los descendientes que él desee.

Por ello sostenemos que la cuarta de mejoras, en un sentido, si es una asignación forzosa y en otro, encarna cierto grado de libertad. Es en tanto y en cuanto sólo está destinada a los descendientes y a nadie más; y no es en estricto carácter jurídico una asignación forzosa, en razón de que al testador le asiste libertad que le permite escoger, seleccionar, discriminar, en una palabra, a sus descendientes. Lo que jamás puede hacer es mejorar a quienes no son sus descendientes, y ni siquiera a sus ascendientes ni a su cónyuge, como puede observarse en la práctica testamentaria nuestra en que a menudo se registran testamentos en que se mejora a diversas personas que no son precisamente los únicos a los cuales está consagrada esta asignación forzosa: los descendientes.

Por consiguiente, tenemos que la mitad de legítimas está destinada en favor de los legitimarios: hijos, o a falta de éstos, padres; la cuarta de mejoras, en beneficio de los descendientes; quedando una cuarta parte, que el legislador la distingue con la denominación de *cuarta de libre disposición*, que, como se apreciará en el siguiente capítulo, no tiene carácter absoluto, pues a veces será la mitad y aun en otras la unidad completa, vale decir todo el patrimonio sucesorio.

Las mejoras, por lo tanto, constituyen asignaciones testamentarias por las cuales el testador expresamente asigna la cuarta parte de sus bienes a uno o más de sus descendientes, hasta el infinito, por así decirlo, y sin las limitaciones regladas en la legislación anterior a las reformas del año de 1970.

El inciso primero del artículo 1251 de la edición elaborada por Comisión Legislativa en el año de 1950, decía:

De la cuarta de mejoras puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus descendientes mencionados en el artículo 1.047. Podrá, pues, asignar a uno o más de esos descendientes toda la cuarta, con exclusión de los otros.

Dicho precepto, a su vez, se concretaba a fijar que:

Solamente hay lugar a la representación en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hijos legítimos o ilegítimos, en los nietos ilegítimos, esto es, en los hijos ilegítimos de los hijos legítimos o ilegítimos del causante; en la descendencia legítima de tales nietos, y en los hijos legítimos o ilegítimos de los hermanos legítimos o ilegítimos.

La concordancia entre las dos disposiciones mencionadas y sin vigencia ya, resultaba un tanto forzada y compleja y falsa en su parte final, puesto que jamás tenían acceso a la cuarta de mejoras los sobrinos, que no tienen el carácter de descendientes del tío.

Los requisitos para que las mejoras tengan eficacia, son cuatro:

- a) Que exista testamento, pues se trata de una institución propia, exclusiva de la sucesión testamentaria;
- b) Que el testador tenga descendientes;
- c) Que sean instituidos expresamente uno o más de dichos descendientes para ser favorecidos con esta asignación forzosa; y,
- d) Que lo asignado en concepto de mejoras no exceda de la cuarta parte del acervo líquido o partible.

En relación con las mejoras de que estamos tratando, pueden formularse algunas cuestiones interesantes:

1ª—¿Puede el testador asignar menos de esa cuarta parte concepto de mejoras?

Si puede. Lo que quiere el legislador es que el límite no exceda de esa cuarta parte del acervo líquido, viene a constituir el límite que no se puede rebasar, de ocurrir tal fenómeno, no surtiría efecto en el exceso menos que una acertada previsión del testador le llevara a establecer concretamente que lo que sobre se imputará a la cuarta de libre disposición. No siempre se cuenta con la información precisa al tiempo de otorgar testamento por una parte, y, por otra, el referido acervo sólo se calcula post mortem, es decir una vez separados los patrimonios y practicadas las rebajas; y todo ello resulta casi imposible pues se carece de los datos relativos a gastos de última enfermedad, mortuoria, judiciales, etc., por ejemplo. Por ello resulta generalmente aconsejable que por concepto de cuarta de mejoras no se haga la determinación de una especie o cuerpo cierto, salvo el caso de que los cálculos lleven a una determinación de que siempre quedará un margen de operatividad.

2ª—¿Las mejoras constituyen herencia o legado?

Según como estén concebidas en el acto testamentario. Pueden constituir herencia cuando se señala una partícula de esos bienes, precisamente la cuarta parte, entonces tendríamos el caso categórico de un heredero de cuota, como cuando el testador dice: Mejoro a mi nieto Magdalena en la octava parte de mis bienes; o asigno mi hijo Miguel Angel la cuarta de mejoras. O puede constituir legado, cuando se asigna uno o más cuerpos ciertos o especies, al tenor de lo propuesto al final del artículo precedente, o una o más especies indeterminadas

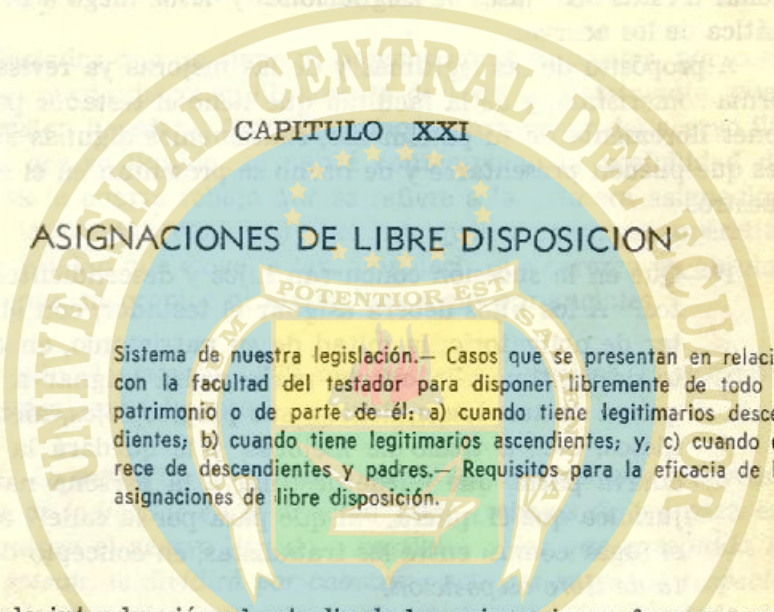
tal género, como cuando el testador dispone de su patrimonio en la siguiente forma: Dejo mi casa de la avenida 12 de Octubre Nº 578 a mi hijo Rodrigo, imputándose a la cuarta de mejoras y en lo que exceda a la cuarta de libre disposición; o: mejoro a mi hija Ximena con el terreno que poseo en la ciudad de Manta; o también: asigno a mi nieta Adriana, en calidad de mejoras, cien libros de mi biblioteca.

3ª.—¿El testador está obligado a mejorar a sus descendientes siempre e ineludiblemente?

No, desde luego. Es cuestión voluntaria. Aquello que la ley le impide es mejorar a otra u otras personas que no sean sus descendientes. Y en el evento de decidirse por hacer mejoras, tiene que ceñirse estrictamente a las limitaciones contempladas en el Código Civil, o sea favorecer exclusivamente a los descendientes y no sobrepasar de la cuarta parte del acervo líquido o partible, que por mandato de nuestra estructura jurídica está consagrada para esta asignación forzosa.

Manuel Somarriva Undurraga, Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile, al tratar de las mejoras insiste en que constituyen una asignación forzosa, que no se presumen y que no son susceptibles de sujetarse a modalidades o gravámenes, salvo casos excepcionales; y está en lo justo en el enunciado de todas tres características, desde luego que la ley las consagra como asignación forzosa y el legislador no supone las mejoras; ellas necesitan de una declaración expresa del testador y asevera: "Como una consecuencia de la facultad que tiene el testador de distribuir la cuarta de mejoras en la forma que desee, puede imponer a los beneficiados con ella un gravamen en favor de otro descendiente", aspecto interesante que debe ser considerado en materia testamentaria, pues el testador bien podría disponer de la siguiente manera: Asigno a mi nieto Luis la cuarta de mejoras y le impongo la obligación de educar a su hermana Alexandra.



The seal of the Universidad Central del Ecuador is a circular emblem. It features a blue outer ring with the university's name in white capital letters. Inside the ring is a shield with a green base and a yellow top section. Above the shield is a banner with the Latin motto "POTENTIOR EST". The shield is flanked by two white ribbons. The background of the seal is a light blue sky with several yellow stars.

CAPITULO XXI

ASIGNACIONES DE LIBRE DISPOSICION

Sistema de nuestra legislación.— Casos que se presentan en relación con la facultad del testador para disponer libremente de todo su patrimonio o de parte de él: a) cuando tiene legitimarios descendientes; b) cuando tiene legitimarios ascendientes; y, c) cuando carece de descendientes y padres.— Requisitos para la eficacia de las asignaciones de libre disposición.

En la introducción al estudio de las asignaciones forzosas propusimos dos interrogantes en torno de la libertad de testar y de la libertad de disponer, que resultan dos concepciones precisas y hasta paralelas, pero en modo alguno idénticas; y en relación con esta última cuestión admitimos que nuestra ley adopta un criterio ecléctico: ni concede la libertad plena ni la restringe total y definitivamente.

Pero además, en su oportunidad aclaramos que aunque son fenómenos que están estrechamente conectados, para que no se sugiera la incompatibilidad al tratar en conjunto de las asignaciones

forzosas y de las asignaciones de libre disposición, optamos por abordar por separado estas últimas, las mismas que deben ser debidamente consideradas, a efecto de evitar errores y problemas, que se van generalizando singularmente en los ámbitos profesional y judicial.

Pero de todos modos suponemos que la trabazón es tan sólida que a pesar de nuestro afán didáctico, no podemos dejar de relacionar a estas dos clases de asignaciones y desde luego a la problemática de los acervos.

A propósito de las legítimas y de las mejoras ya revisadas en forma somerísima, y de la facultad que tiene el testador para disponer libremente de su patrimonio, examinemos algunas situaciones que pueden presentarse y de hecho se presentan en el convivir nuestro:

- 1º—Que en la sucesión concurren hijos y descendientes de éstos. A los hijos deberá asignar el testador, con el carácter de obligatorio, la mitad de su patrimonio, en concepto de legítimas; la cuarta parte podrá asignar a cualesquiera de sus descendientes: sus propios hijos, nietos, bisnietos, etc., a título de mejoras, y le quedará la última cuarta parte, que puede destinar a la persona natural o jurídica que él quiera, “al que pasa por la calle”, como es el lugar común entre los tratadistas, en concepto de *cuarta de libre disposición*;
- 2º—Que en la sucesión no existan descendientes, vale decir ni hijos ni nietos, etc., sino exclusivamente padres. A éstos tendrá que asignarles forzosamente la mitad de legítimas; y como carece de descendientes, no tiene a quien asignar la cuarta de mejoras, la que se suma a la cuarta de libre disposición y por consiguiente la otra mitad el testador podrá disponer a su arbitrio; es decir, tenemos ya la *mitad de libre disposición*; y,
- 3º—Que en la sucesión no existan ni descendientes ni padres; por lo tanto, no habiendo ni hijos ni padres, queda vacan-

te la mitad de legítimas; pero como tampoco hay otra clase de descendientes, en ningún grado, también queda vacante la cuarta de mejoras; asignaciones forzosas que se suman a la cuarta de libre disposición, la misma que ya no es una parte, sino que se ha convertido en la unidad, y tenemos el caso categórico de libertad dispositiva plena, cuando el testador a falta de legitimarios y de descendientes, *puede disponer libremente de todo su patrimonio.*

El testador que no tiene ni descendientes ni padres, por consiguiente, puede disponer libremente de todo su patrimonio, pues ya no existen herederos forzosos, aunque para pasar del acervo ilíquido al acervo líquido, se habrá contemplado la posibilidad de que exista la cuarta rebaja que se refiere a la primera asignación forzosa: la porción conyugal, siempre que el cónyuge superviviente tenga la calidad que exige la ley, vale decir que carezca en absoluto de bienes, ni propios ni atribuibles a sus gananciales.

Por ello el artículo 1.229 nos da reglas precisas al respecto, cuando reza textualmente:

La mitad de los bienes, previas las deducciones y agregaciones indicadas en el artículo 1.023 (rebajas de ley para estructura el acervo líquido o partible) y las que enseguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada. Lo que cupiere a cada uno en esa división será legítima rigurosa.

No habiendo descendientes con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.

Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; una cuarta, para las mejoras con que el difun-

to haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes, sean o no legitimarios; y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio.

Conviene aclarar la expresión: *sean o no legitimarios*, desde luego que no todo descendiente es legitimario, como queda puntualizado. El hijo es siempre legitimario. El nieto puede serlo circunstancialmente, cuando se aplica el criterio de representación, en virtud de que su padre o madre han sido premuertos al tiempo de que el causante hace sus disposiciones testamentarias y caso de excepción, por lo tanto; empero, los bisnietos y más descendientes nunca alcanzan la categoría de legitimarios, aunque están en aptitud jurídica de ser beneficiados con esta asignación forzosa de la cuarta de mejoras, que no admite limitación alguna en la órbita de la descendencia del de cujus.

En conclusión, mientras las asignaciones forzosas tienen un carácter imperativo e ineludible, siempre y cuando se cumplan las exigencias legales, lo que queda de ellas está sujeto únicamente a la voluntad del testador, quien tiene libertad para disponer de parte o de todo su patrimonio y en consonancia con los casos examinados: a) cuando el testador carece de legitimarios (hijos o padres) y de descendientes, sólo entonces puede disponer con entera libertad de la totalidad de su patrimonio, sin reservas ni obligaciones. Ejemplo: Si "X" ha decidido otorgar su carta testamentaria y es soltero y no ha procreado descendencia extramatrimonial, y su padre y su madre han fallecido antes, él puede disponer de sus bienes a su arbitrio, sin limitación de ningún género, asignando de modo global la integridad de su patrimonio a quien él desee o quiera; b) cuando el testador carece de descendientes y sólo le sobreviven padre o madre o ambos a la vez, como éstos son sus legitimarios a falta de hijos, que no los tiene, está obligado a asignarles la mitad de legítimas y de la otra mitad puede disponer como a bien tenga. Ejemplo: Si "Y" es soltero y jamás ha procreado descendencia extramatrimonial y sus padres viven (el padre o la madre o ambos), en su testamento

tiene que asignar a éstos forzosamente la mitad de su patrimonio, a título de legítimas y la otra mitad puede asignar con entera libertad a cualesquiera personas naturales o jurídicas; y, c) cuando el testador tiene legitimarios, esto es hijos o padres y desde luego descendientes, a los primeros, unos u otros, está obligado a dejarles la mitad de sus bienes, en concepto de legítimas; a los descendientes, uno, varios o todos, la cuarta parte, en calidad de mejoras y tan sólo podrá disponer a su arbitrio de la cuarta parte restante; y es en ese evento en que se configura de modo categórico aquella fórmula jurídica y económica que la ley y los tratadistas conocen generalmente con la expresión tan empleada de *cuarta de libre disposición*.

Pero para que surta efecto el llamamiento a suceder en la cuarta de libre disposición, o en la mitad o en la totalidad del patrimonio, de conformidad con las situaciones contempladas, es preciso que concurren los siguientes requisitos:

- 19—*Que exista testamento, porque* la parte de libre disposición sólo puede asignarse expresamente, mediante acto testamentario. *No puede haber asignación tácita*, ni el legislador podría atribuirse la facultad de disponer de aquello que únicamente incumbe a la voluntad del testador. Nadie podría invocar el carácter de pariente cercano, amigo íntimo o “preferido” del de cujus, etcétera, para exigir que se interprete que la cuarta de libre disposición, por ejemplo, le habría asignado a él, porque *tampoco se presume*;
- 20—*Que lo asignado a título de libre disposición no exceda de la cuarta o de la mitad del patrimonio sucesorio*, según los casos previstos, puesto que cuando el testador tiene descendientes, sólo podrá disponer a su arbitrio de la cuarta parte del acervo líquido y nada más: la totalidad de asignaciones a título de cuarta de libre disposición, jamás puede rebasar matemáticamente de dicha parte; lo propio en el evento de que carezca de descendientes en general y ten-

ga padres, con el carácter de legitimarios, a quienes tiene que asignarles obligatoriamente la mitad de legítimas, caso en el cual ya puede disponer libremente a más de la cuarta parte señalada, que podría haber estado destinada a los descendientes si los hubiera, en concepto de mejoras. Tampoco en este evento podrá sobrepasar de la mitad del acervo partible; y,

- 3º—*Que el beneficiado con la asignación de libre disposición—cuarta parte, mitad o totalidad del patrimonio— sea capaz y digno*, porque si no lo es, no puede suceder, y esa parte quedaría vacante y acrecería al acervo líquido, para aplicar finalmente las normas de la sucesión intestada, haciendo el llamamiento de conformidad con los órdenes preestablecidos por el legislador, y desembocando en última instancia en el fisco, representado, como sabemos, por la Junta de Defensa Nacional.



CAPITULO XXII

EL FENOMENO DE LOS ACERVOS IMAGINARIOS

Somera revisión de los acervos imaginarios en relación con las asignaciones forzosas y las asignaciones de libre disposición.— Formación del primer acervo imaginario por donaciones a legitimarios.— Las donaciones a no legitimarios.— Situaciones que se derivan de dichas donaciones: a) cuando son menores a la cuarta de libre disposición (no se presenta problema); b) cuando son mayores, pero no excesivas (afecta a la cuarta de libre disposición testamentaria); y, c) cuando las donaciones son voluminosas (afecta a las mejoras y puede afectar a las legítimas).— El segundo acervo imaginario.— La res titución.— Planteamiento de problemas.

A través de los capítulos precedentes han sido enunciados algunos de los planteamientos inherentes a las asignaciones forzosas: porción conyugal, legítimas y mejoras y a las asignaciones de libre disposición: la cuarta, la mitad y la globalidad sucesoria materia de disposición al arbitrio del testador, pero todo esto se circunscribe a la esfera estrictamente testamentaria, a la previsión de

la persona en relación con su familia y patrimonio, fundamentalmente; ¿pero será dable examinar cuanto atañe a su querer espontáneo, cuando es persona y dueño de su libertad de obrar? ¿Puede hacer donaciones a otros legitimarios? ¿Puede donar a no legitimarios? ¿En qué proporción o volumen? ¿Cuáles serán las consecuencias post mortem, si el donante dejó legitimarios?

Intimamente vinculada con el capítulo de las legítimas y las mejoras e inclusive con el de libre disposición, está la institución de los *ácervos imaginarios* que, como examinamos en su oportunidad, *constituyen creaciones del legislador encaminadas a proteger a los legitimarios por donaciones hechas por el causante*, porque precisamente éste se halla revestido de innumerables facultades, entre otras las de transferir gratuita e irrevocablemente parte de su patrimonio, mediante actos de voluntad que se convierten en auténticos contratos y que nuestro propio Código los denomina redundantemente como *donaciones entre vivos*. Cuando las perfecciona a favor de *otros legitimarios*, la ley, con el propósito de igualar a todos en materia de legítimas, adoptó la teoría del *primer acervo imaginario*, que persigue como objetivo cardinal amparar a los legitimarios por donaciones hechas por el causante a otros legitimarios. Esto querrá decir que la ley impide que el padre, por ejemplo, quiera favorecer a unos hijos más que a otros en atención a consideraciones varias, como las de la edad, sexo, incapacidad física o mental, afectos, etcétera? No, porque al donante —vamos a decir— le queda la facultad de otorgar testamento y por dicha expresión de voluntad mejorar a aquel de los descendientes que libremente desee, sin perjudicar en su legítima a los demás; e, inclusive, favoreciéndole con la cuarta de libre disposición, que puede destinarla a quien quiera, con mayor razón a quienes está entrañablemente atado por los milagrosos lazos de la sangre y el amor.

Pero el de *cujus* no sólo tiene facultad para donar sus bienes a otros legitimarios, con las limitaciones consiguientes, sino también puede hacerlo en beneficio de terceras personas que no son ni sus hijos ni sus padres, los únicos legitimarios posibles, en consonancia con las prescripciones de nuestro Código Civil; y cuando el

causante ha hecho donaciones a no legitimarios, pueden presentarse tres situaciones: a) que las donaciones no excedan de la cuarta de libre disposición —que sean iguales o menores que ellas—, caso que no registra derivación jurídica o económica alguna; b) que las donaciones sean mayores que dicha cuarta de libre disposición, pero no excesivas; caso que determina el que la cuarta de libre disposición testamentaria se vea afectada precisamente en el valor sobrepasado; y, c) *que las donaciones sean desmedidas, con lo cual se perjudica a los descendientes en su cuarta de mejoras y aun se puede afectar a hijos o padres, según las circunstancias, en sus legítimas*; y que, por consiguiente, *en defensa de los derechos vulnerados, el legislador creó el segundo acervo imaginario*, que ampara a los referidos perjudicados, quienes pueden intentar la acción de restitución, en contra de los donatarios, en orden inverso al de las correspondientes donaciones, comenzando por atacar a quien fue favorecido con la última, que se supone que, por estar más próxima a la apertura de sucesión, fue la que más castigó a los beneficiarios de la cuarta de mejoras o de la mitad de legítimas; y así sucesivamente, hasta llegar a atacar al que fue beneficiado con la primera donación, en el evento de que con la restitución de las anteriores no se pudiese cubrir en su totalidad las asignaciones forzosas mencionadas.

Con el propósito de que el estudioso de estas materias tenga la oportunidad de revisar conocimientos, aplicándolos a casos concretos, vamos a insistir a continuación en algunos planteamientos prácticos relativos a dichos acervos imaginarios, suponiendo que se conoce todo el proceso del cálculo de los acervos reales hasta conformar el acervo líquido, a base del cual se desarrolla toda la problemática concerniente a aquellos acervos.

PRIMER ACERVO IMAGINARIO

Como se ha expuesto repetidamente, el primer acervo imaginario persigue por finalidad esencial igualar a los legitimarios en materia de sus legítimas, cuando otro u otros de ellos han sido favorecidos por el antecesor mediante donaciones imputables a las mencionadas legítimas. Las reglas relativas al cálculo del primer acervo imaginario son muy sencillas y se limitan a operaciones simples: Si se parte del acervo líquido —patrimonio exclusivo del causante, una vez separado de otros patrimonios y luego de practicadas todas las rebajas de ley que se presenten— debemos añadir a él las donaciones hechas por su antecesor a los legitimarios; esa suma representa el primer acervo imaginario, del mismo que obtenemos la cantidad que numéricamente corresponde a cada legítimo, dividiendo para el número de éstos; el cuociente así alcanzado constituirá la legítima rigurosa a que tiene derecho cada uno de los legitimarios. Empero, sólo recibirá esa cuota quien no fue favorecido con donación alguna por el de cujus; y aquel o aquellos de los legitimarios que fueron beneficiados por su predecesor mediante donaciones, únicamente tendrán derecho a la diferencia, descontando el valor que constituyó materia de la donación, pues se les rebajará lo recibido como imputable a la legítima. De tal suerte que al final todos los legitimarios tendrán derecho a un valor estrictamente igual, a título de legítima. Pongamos un ejemplo:

X tiene cinco hijos: A), B), C), D) y E), a varios de los cuales les hace donaciones en la siguiente forma: a B \$ 100.000,00; a D \$ 50.000,00 y a E \$ 150.000,00. Fallece X y abierta la sucesión y formados los inventarios, se calculan los diversos acervos reales: acervo común, acervo ilíquido, y el acervo líquido asciende a la suma de \$ 700.000,00.

En primer término sumamos todas y cada una de las donaciones hechas por el padre a sus hijos, que son sus legitimarios, y tenemos que llegan a \$ 300.000,00. Si el acervo líquido o partible es de \$ 700.000,00, agregamos a él este valor últimamente contabi-

lizado de \$ 300.000,00 y tenemos el primer acervo imaginario de un millón de sucres (\$ 1'000.000,00), el mismo que lo dividimos para cinco, que es el número de legitimarios, y tenemos la cifra de \$ 200.000,00, que es la cantidad que corresponde a cada uno de los cinco hijos, a título de legítima rigorosa; aquellos de los hijos que no fueron beneficiados con las donaciones, vale decir A y C, reciben la totalidad de dicha asignación forzosa, o sea \$ 200.000,00 cada uno; no así los tres restantes que recibieron donaciones que se imputan a la legítima, por lo cual les descontamos así: a B \$ 100.000,00; a D \$ 50.000,00 y a E \$ 150.000,00, y tenemos los resultados que gráficamente pueden expresarse de este modo:

Legitimarios	Legítima rigorosa	Donaciones	Legítima efectiva
A	\$ 200.000,00		\$ 200.000,00
B	" 200.000,00	\$ 100.000,00	" 100.000,00
C	" 200.000,00		" 200.000,00
D	" 200.000,00	" 50.000,00	" 150.000,00
E	" 200.000,00	" 150.000,00	" 50.000,00
Primer acervo imaginario:	\$ 1'000.000,00	Total donaciones: \$ 300.000,00	Acervo líquido: \$ 700.000,00

Del cuadro explicativo anterior se deduce que, en materia de legítimas todos los hijos han sido igualados, pues nadie ha percibido más de los doscientos mil sucres a que tenía derecho, aunque aparentemente B, D y E parecían ser los privilegiados; pero como los respectivos valores donados se imputan a la legítima, se les descontó, al tiempo de practicar las operaciones, sin perjudicar a los demás. Por lo mismo podemos concluir que es una medida salvable, que permite apreciar la bondad de la creación legislativa.

SEGUNDO ACERVO IMAGINARIO

El segundo acervo imaginario también ampara a los legitimarios, pero desde diferente antecedente que el primer acervo imaginario que se circunscribe a la esfera de los legitimarios, tanto en la protección como en las donaciones, según ha podido contemplarse. En tratándose del acervo que estudiamos, se trata de donaciones hechas por el causante a personas que no son sus legitimarios. La expresión *extraños*, que emplea el legislador en el artículo 1.231, no es de lo más acertada y hasta resulta inconveniente, pues, cuando existen hijos, éstos excluyen a los padres, que ya no son legitimarios; y cuando se ha hecho, en tales circunstancias, donaciones a los padres, por ejemplo, no puede ni debe considerarse como hechas a extraños; lo propio si los donatarios son los hermanos, los tíos, etcétera. ¿Podrán considerarse "extraños" a los padres, a los hermanos o a los tíos? Absurdo. Más adecuada y ceñida a la realidad es la expresión que hemos adoptado doctrinariamente: *donaciones a no legitimarios*.

En el evento de que el causante, teniendo legitimarios, haya hecho donaciones a no legitimarios, pueden presentarse tres clases de situaciones:

1ª—*Que los bienes materia de las donaciones no tengan un valor mayor que el de la cuarta de libre disposición*, vale decir que las donaciones sean iguales o menores que la cuarta de libre disposición, como en los ejemplos que proponemos a continuación:

María dona a su hermana Victoria \$ 60.000,00, a su tío Luis \$ 80.000,00 y a su amiga Nelly \$ 20.000,00. Todas estas tres donaciones alcanzan a la cantidad de \$ 160.000,00. Muere María, y calculados los varios acervos reales, se obtiene la suma de \$ 480.000,00, por concepto de acervo líquido; a base de estos datos hacemos las siguientes operaciones:

Acervo líquido	\$	480.000,00
Donaciones a no legitimarios	„	160.000,00
Acervo imaginario	\$	640.000,00

De este acervo imaginario calculamos la cuarta de libre disposición, mediante una simple división para cuatro:

$$640.000,00 : 4 = 160.000,00$$

En el caso propuesto, María podía donar máximo la suma de ciento sesenta mil sucres (\$ 160.000,00), valor al que justamente alcanzan las donaciones realizadas, es decir no sobrepasaron de la cuarta de libre disposición, y por lo tanto no genera ninguna consecuencia jurídica ni económica.

Otro caso:

Fallece una persona y automáticamente se abre la sucesión, siendo procedente examinar todo lo relativo a su familia y a su patrimonio, y se encuentra lo siguiente: procreó cuatro hijos que le sobreviven; ha donado a su madre \$ 20.000,00 y a un amigo \$ 30.000,00; el acervo líquido alcanza a \$ 230.000,00. Con estos elementos, procedemos a practicar las siguientes operaciones:

Acervo líquido	\$	230.000,00
Donaciones a no legitimarios	„	50.000,00
Acervo imaginario	\$	280.000,00

$$280.000,00 : 4 = 70.000,00 //$$

Como la cuarta de libre disposición es de \$ 70.000,00, el máximo que podía donar el de cujus, y sólo donó \$ 50.000,00, tampoco se presenta problema alguno, pues el caso está encuadrado den-

tro de los cánones preestablecidos y materia de estos planteamientos.

2ª—Que las donaciones efectuadas por el causante a no legitimarios, sean mayores que la cuarta de libre disposición, pero no excesivas. Es decir que hechos los cálculos, al tenor de los formulados en los ejemplos precedentes, se encuentra que lo donado ha resultado mayor que la cuarta de libre disposición: podía donar, en un supuesto, cuarenta mil sucres, y donó cincuenta y cinco mil; como se excedió en quince mil, este valor matemático va a afectar a la cuarta de libre disposición testamentaria, que se verá reducida precisamente en esa cantidad, como en el ejemplo que vamos a desarrollar a continuación:

Enrique dona a su sobrino \$ 200.000,00, y el acervo líquido alcanza a \$ 280.000,00:

Acervo líquido	\$ 280.000,00
Donaciones a no legitimarios	„ 200.000,00
Acervo imaginario	\$ 480.000,00
Calculamos la cuarta de libre disposición:	
$480.000,00 : 4 = 120.000,00$	

Por consiguiente, podía donar hasta \$ 120.000,00, pero como donó \$ 200.000,00 calculamos la diferencia:

Donaciones a no legitimarios	\$ 200.000,00
Cuarta de libre disposición	„ 120.000,00
Diferencia o exceso	\$ 80.000,00

Ahora, al acervo líquido, añadimos este exceso, para formar un nuevo acervo imaginario y que no es primero porque no se trata de donaciones a legitimarios, ni segundo porque a simple vista se aprecia que se trata de una donación razonable y no exagerada, y

en la siguiente forma desarrollamos esa operación y las subsiguientes:

Acervo líquido	„	280.000,00
Exceso o diferencia	„	80.000,00

Acervo imaginario	\$	360.000,00
-------------------------	----	------------

De este acervo imaginario procedemos a calcular tanto la mitad de legítimas, como la cuarta de mejoras:

Acervo imaginario	\$	360.000,00
Mitad de legítimas	„	180.000,00
Cuarta de mejoras	„	90.000,00

La cuarta de libre disposición debería ser, en términos matemáticos, igual a la cuarta de mejoras, numéricamente hablando, o sea también \$ 90.000,00; pero como en materia de donaciones se excedió en ochenta mil sucres, restamos de los noventa mil estos ochenta mil y tenemos diez mil sucres (\$ 10.000,00), que corresponderá a la cuarta de libre disposición. También podemos calcular lo que queda para la referida cuarta, de la siguiente manera:

Mitad de legítimas	\$	180.000,00
Cuarta de mejoras	„	90.000,00

Suman legítimas y mejoras, mitad y cuarta, respectivamente	\$	270.000,00
--	----	------------

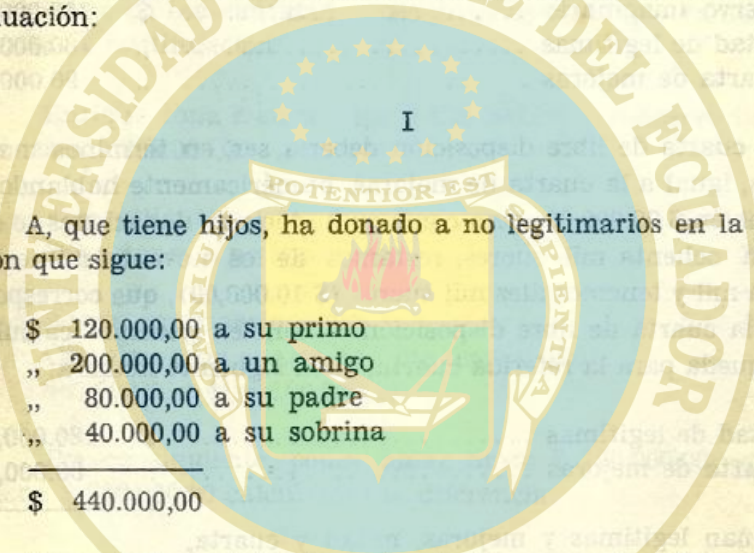
Acervo líquido	„	280.000,00
Suma de legítimas y mejoras	„	270.000,00

Saldo para cuarta de libre disposición	\$	10.000,00
--	----	-----------

En definitiva, la solución del problema se concretaría de este modo:

Mitad de legítimas	\$	180.000,00
Cuarta de mejoras	,,	90.000,00
Cuarta de libre disposición	,,	10.000,00
ACERVO LIQUIDO	\$	280.000,00

3ª—*Que las donaciones a no legitimarios sean exageradamente elevadas, que sobrepasen a la cuarta de libre disposición de manera voluminosa, con lo cual afectarían, en principio a la cuarta de mejoras, y si las donaciones son superiores, también se podrían ver reducidas las legítimas, como en los ejemplos que proponemos a continuación:*



I	
A, que tiene hijos, ha donado a no legitimarios en la proporción que sigue:	
\$ 120.000,00 a su primo	
,, 200.000,00 a un amigo	
,, 80.000,00 a su padre	
,, 40.000,00 a su sobrina	
\$ 440.000,00	

Lo cual da un total de cuatrocientos cuarenta mil sucres a título de donaciones a no legitimarios. Fallece A, y calculados los acervos reales, tenemos que arroja una suma de \$ 400.000,00 como acervo líquido o partible.

Acervo líquido	\$	400.000,00
Donaciones a no legitimarios	,,	440.000,00
Acervo imaginario	\$	840.000,00

Calculamos la cuarta de libre disposición:

$$840.000,00 : 4 = 210.000,00$$

Donaciones a no legitimarios	\$	440.000,00
Cuarta de libre disposición	„	210.000,00
Exceso o diferencia	\$	230.000,00

Acervo líquido	\$	400.000,00
Diferencia o exceso	„	230.000,00

Segundo acervo imaginario \$ 630.000,00

Mitad de legítimas	\$	315.000,00
Cuarta de mejoras	„	157.500,00

Sumamos mitad de legítimas:	\$	315.000,00
Cuarta de mejoras:	„	157.500,00

Total que se necesita para cubrir legítimas y mejoras	\$	472.500,00
Menos acervo líquido	„	400.000,00

Falta para completar la cuarta de mejoras	\$	72.500,00
---	----	-----------

Otra manera de calcular sería:

Acervo líquido	\$	400.000,00
Mitad de legítimas	„	315.000,00

Saldo para mejoras \$ 85.000,00

Cuarta de mejoras	\$	157.500,00
Saldo para mejoras	„	85.000,00

Falta para completar la cuarta de mejoras	\$	72.500,00
---	----	-----------

Del cuadro explicativo anterior se deduce que la mitad de legítimas puede cubrirse plenamente y que aun existe un saldo para mejoras, cuyo complemento exigiría la cantidad de \$ 72.500,00. En consecuencia, los descendientes del causante favorecidos con la cuarta de mejoras, tendrían que ejercer su derecho proponiendo la acción de restitución primero en contra de la sobrina, por los \$ 40.000,00, y el saldo de \$ 32.500,00 se obtendría mediante igual acción en contra del padre del causante —antecesor de aquéllos y por lo mismo moralmente imposible y no recomendable— y del amigo y el primo, hasta completar los \$ 72.500,00 que faltan para obtener los \$ 157.500,00, que corresponde a los descendientes, a título de cuarta de mejoras.

II

Ahora examinemos un caso en que las donaciones a no legitimarios sean tan voluminosas que afecten totalmente a la cuarta de mejoras y que inclusive ataquen a las legítimas, que se vean disminuidas:

Fallece Alexandra, y se procede a la apertura de la sucesión, facción de inventarios y más operaciones y diligencias sucesorias, que al final determinarán el monto de los bienes de la causante, para luego efectuar la participación de los mismos; y se obtienen los siguientes elementos contables:

a)	Ha donado a su amiga Alicia	\$	300.000,00
	Ha donado a su sobrino Federico	„	800.000,00
	Ha donado a su tía Magdalena	„	700.000,00
	Total de donaciones a no legitimarios	\$	1'800.000,00
b)	El acervo líquido totaliza	\$	800.000,00

Con los datos precisos procedemos a realizar las operaciones poniendo en práctica las respectivas fórmulas, así:

Acervo líquido	\$ 800.000,00
Donaciones a no legitimarios	„ 1'800.000,00
Acervo imaginario	\$ 2'600.000,00

Calculamos la cuarta de libre disposición:

$$2'600.000,00 : 4 = \$ 650.000,00.$$

Sólo podía donar \$ 650.000,00, pero donó \$ 1'800.000,00, excediéndose desmesuradamente:

Total de donaciones a no legitimarios	\$ 1'800.000,00
Sólo podía donar cuarta de libre disposición ..	„ 650.000,00
Exceso o diferencia	\$ 1'150.000,00

Acervo líquido	\$ 800.000,00
Exceso o diferencia ..	„ 1'150.000,00
2º Acervo imaginario	\$ 1'950.000,00
Mitad de legítimas ..	\$ 975.000,00 — 800.000 = 175.000,00
Cuarta de mejoras ..	\$ 487.500,00 487.500,00
Suman los valores a restituirse	\$ 662.500,00

Del desarrollo de este segundo problema en materia de donaciones abultadas a no legitimarios, se puede colegir que faltan \$ 175.000,00 para cubrir el valor de las legítimas; y si ya no hubo lo suficiente para legítimas, va a faltar la totalidad de lo inherente a la cuarta de mejoras, es decir la cantidad de \$ 487.500,00. En consecuencia, amparados por la ley, los legitimarios tendrán derecho a exigir que Magdalena restituya \$ 175.000,00, para completar

la mitad de legítimas; y los descendientes \$ 487.500,00, para cubrir lo que les corresponde a título de cuarta de mejoras. En definitiva, tenemos un gran total de \$ 662.500,00, como materia de restitución. Y en el evento de que Magdalena no restituyese e inclusive fuera declarada insolvente, los afectados tendrían derecho a ejercitar idéntica acción en contra de Federico y aun de Alicia, en ese orden.

The seal of the Universidad Central del Ecuador is a large, circular emblem in the background. It features a blue outer ring with the text 'UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR' in white. Inside the ring is a shield with a yellow upper half and a green lower half, separated by a horizontal line. On the shield is a red and white torch. Above the shield is a banner with the Latin motto 'POTENTIOR EST' and 'SAPIENT' on the sides. The year '19' is visible on the shield.

**PROBLEMAS DE ACERVOS RELACIONADOS CON LAS
ASIGNACIONES FORZOSAS Y LAS ASIGNACIONES
DE LIBRE DISPOSICION**

Un ciudadano fallece y una vez declarada abierta la sucesión y formados los inventarios, se registran los siguientes elementos de juicio, en relación con la materia que nos interesa:

- a) Su padre le ha donado acciones del Banco del Pichincha por un valor de doscientos mil sucres;
- b) Integró una sociedad mercantil en unión de tres socios, cuyo capital efectivo al momento de su muerte alcanza a la suma de un millón de sucres;
- c) Contrajo matrimonio con X, y en sociedad conyugal adquirió una hacienda, cuyo avalúo es el de dos millones quinientos mil sucres;
- d) Con el aporte personal de su mujer compraron una casa por valor de trescientos mil sucres;
- e) Los cónyuges han procreado cuatro hijos: A - B - C y D;

- f) Al hijo A le han donado sus padres cincuenta mil sucres, para que se traslade a Europa a completar sus estudios; al hijo B y al hijo D les ha donado su padre ciento cincuenta mil y veinticinco mil sucres, respectivamente;
- g) El causante de soltero ha contraído una deuda, que llega a la cantidad de cuarenta mil sucres y la sociedad conyugal debe a terceras personas veinte mil sucres; y,
- h) Los gastos de última enfermedad, mortuoria y judiciales llegan a la suma de veinticinco mil sucres.

En el presente caso tenemos datos que nos permiten calcular todos los acervos reales: común, ilíquido y líquido y además el primer acervo imaginario.

Comencemos por formar el acervo común, a base de la acumulación del patrimonio propio del de cujus más los patrimonios aleatorios, ya por efecto de haber integrado la sociedad conyugal, ya también por concepto de la sociedad mercantil.

Acervo común:

Acciones del Banco del Pichincha	\$ 200.000,00
Capital sociedad mercantil	„ 1'000.000,00
Valor hacienda de la sociedad conyugal	„ 2'500.000,00
Casa adquirida con el aporte de la mujer	„ 300.000,00
Acervo común, masa común de bienes o acervo bruto	\$ 4'000.000,00

Como hemos insistido, el acervo común o bruto no es partible, pues están confundidos varios patrimonios, el del causante con el de su cónyuge y sus aportaciones con las de los demás de la sociedad comercial, por lo cual debemos proceder a separar patrimonios, para obtener al acervo ilíquido.

Acervo ilíquido:

Patrimonio exclusivo del causante:

Acciones Banco Pichincha	\$ 200.000,00
Su aporte a la sociedad	" 250.000,00
Gananciales en la hacienda	" 1'250.000,00
Gananciales en la casa	" 150.000,00

Acervo ilíquido \$ 1'850.000,00

Gananciales del cónyuge superviviente:

Gananciales	\$ 1'250.000,00
cónyuge sobreviviente	" 150.000,00

\$ 1'400.000,00

Tampoco el acervo ilíquido nos permite entrar a realizar las operaciones de partición para determinar la cuota que corresponde a cada heredero, pues previamente hay que practicar las rebajas de ley, que son las siguientes:

1ª—Gastos de última enfermedad, funerales y judiciales	\$ 25.000,00
2ª—Deuda hereditaria (la contraída personalmente)	" 40.000,00
50% de la deuda de la sociedad conyugal	" 10.000,00
Total rebajas	\$ 75.000,00

Acervo líquido:

Acervo ilíquido	\$ 1'850.000,00
Menos primeras rebajas	" 75.000,00

Acervo líquido tentativo \$ 1'775.000,00

En principio, tampoco el acervo líquido tentativo es susceptible de proceder a las operaciones de partición, desde luego que es necesario establecer matemáticamente a cuánto asciende la porción conyugal, y si se presenta tal asignación forzosa en el caso que estudiamos. Al efecto, dividimos dicho acervo líquido tentativo para cuatro, pues dicha porción es la cuarta parte del patrimonio.

nio del predecesor que la ley asigna al cónyuge supérstite que carece de lo necesario para su congrua sustentación:

$$\$ 1'775.000,00 : 4 = 443.750,00.$$

Numericamente la porción conyugal asciende a la cantidad de \$ 443.750.00, que le habría correspondido a la cónyuge sobreviviente si habría sido pobre de solemnidad, si hubiera carecido en absoluto de bienes, pero como su patrimonio alcanza a:

Gananciales cónyuge supérstite	\$ 1'400.000,00
Menos 50% de la deuda de la sociedad conyugal	„ 10.000,00

Total patrimonial de la cónyuge sobreviviente \$ 1'390.000,00
se deduce que supera plenamente al valor matemático de la porción conyugal.

Como puede observarse a primera vista, la cónyuge posee mucho más que la cuarta parte calculada, y por lo tanto no tiene derecho a porción conyugal; y en consecuencia, el acervo líquido tentativo se convierte en acervo líquido definitivo, llamado también partible, el mismo que asciende a la suma de \$ 1'775.000,00.

Es a partir de este acervo líquido que podemos hacer las siguientes operaciones relativas a los acervos imaginarios; y como en el problema propuesto sólo existen donaciones a otros legitimarios, procedemos a obtener el primer acervo imaginario, agregando a dicho acervo líquido las donaciones a los hijos —que son los legitimarios—, pero prescindiendo de los gastos de educación a los cuales está obligado el padre y que para el efecto no constituyen donaciones.

Donaciones a legitimarios:

Donación a B	\$ 150.000,00
Donación a D	„ 25.000,00
Suman donaciones	\$ 175.000,00

Primer acervo imaginario

Acervo líquido	\$ 1'775.000,00
Más donaciones a legitimarios	„ 175.000,00
Primer acervo imaginario	\$ 1'950.000,00

A este resultado le denominamos acervo imaginario porque no existe en realidad, y le clasificamos como primero porque tiene por objeto amparar a los legitimarios por donaciones hechas por el de cujus a otros legitimarios; de tal suerte que, en materia de legítimas, todos son igualados; y para ello previamente calculamos lo que les corresponde a título de legítima rigurosa, dividiendo dicho acervo imaginario para el número de legitimarios, que en el caso contemplado son cuatro, puesto que los hijos del causante fueron: A - B - C y D.

$1'950.000,00 : 4 = 487.500,00$, cantidad que representa la legítima rigurosa matemática, a base de la cual estructuramos el siguiente cuadro configurativo del problema:

Legitimarios	Legítima rigurosa	Donaciones	Legítima efectiva
A	\$ 487.500,00		\$ 487.500,00
B	„ 487.500,00	\$ 150.000,00	„ 337.500,00
C	„ 487.500,00		„ 487.500,00
D	„ 487.500,00	„ 25.000,00	„ 462.500,00
Primer acervo imaginario:	\$ 1'950.000,00	\$ 175.000,00	\$ 1'775.000,00 Acervo líquido

Los hijos que fueron favorecidos con donaciones imputables a las legítimas, reciben menos, por cuanto se les descuenta los valores materia de la donación; y aquellos que nada recibieron a título de donación, reciben íntegra su legítima rigurosa; es decir, al final, todos reciben igual valor en concepto de legítima, gracias a la creación del legislador precisamente con el propósito de amparar a los legitimarios por donaciones hechas por el antecesor en favor

de los legitimarios, pero en desigual proporción, en unos casos, y en otros omitiendo donar. Por consiguiente, consideramos que el primer acervo imaginario cumple una finalidad acertada, en el afán de que impere la justicia.

Propongamos un último problema encaminado a facilitarnos que puedan ser calculados todos los acervos reales y los dos imaginarios:

Alfonso Navarro hereda de sus padres una hacienda, contrae matrimonio con Felipa Hidalgo, y en sociedad conyugal adquieren una casa, un automóvil y bienes muebles. Procrean tres hijos, a los cuales el padre les ha hecho donaciones en la siguiente forma: al primero sesenta mil sucres (\$ 60.000,00) y al último ciento diez mil sucres (\$ 110.000,00). Antes de contraer matrimonio, Alfonso Navarro donó a su madre \$ 100.000,00; a una sobrina \$ 250.000,00 y a un amigo \$ 180.000,00. Fallece y formados los inventarios, aparecen los siguientes elementos de juicio, para formar los acervos reales:

La hacienda se avalúa en	\$	800.000,00
La casa es avaluada en	„	500.000,00
El avalúo del automóvil asciende a	„	120.000,00
Los bienes muebles se calcula en	„	80.000,00
Los gastos de última enfermedad, mortuoria y judiciales suman	„	140.000,00
Las deudas hereditarias ascienden a	„	470.000,00
Se ha pagado por concepto de impuestos que gravan la masa sucesoria	„	230.000,00

Tenemos, por consiguiente, todos los datos para proceder a calcular primero los acervos reales y a base del acervo líquido, los

Para establecer si existe o no la cuarta rebaja, primero restamos del acervo ilíquido estas tres primeras rebajas y tenemos un acervo líquido tentativo, del siguiente modo:

Acervo ilíquido	\$ 1'150.000,00
Menos tres primeras rebajas . . .	„ 840.000,00
<i>Acervo líquido tentativo:</i>	\$ 310.000,00

Como hemos insistido, hemos adoptado este calificativo de *tentativo*, puesto que legalmente existe una cuarta rebaja que es la porción conyugal, la misma que debe calcularse partiendo del valor que constituye este acervo. Pero en el caso propuesto, a simple vista, se aprecia que no puede existir esta rebaja, por cuanto los gananciales de la cónyuge sobreviviente —\$ 350.000,00— inclusive superan con cuarenta mil sucres (\$ 40.000,00), a dicho acervo líquido tentativo, no se diga a la cuarta parte de él que numéricamente constituiría la porción conyugal, o sea: \$ 77.500,00. En consecuencia, como no existe porción conyugal, y están hechas todas las rebajas posibles, el acervo líquido tentativo se convierte automáticamente en acervo líquido o partible, a base del cual calcularemos los dos acervos imaginarios, comenzando por el segundo, para investigar si los donatarios no legitimarios tienen que restituir a los legitimarios lo recibido en exceso.

Acervo líquido o partible: \$ 310.000,00

Donaciones a no legitimarios:

Donación a su madre, el dos de agosto de mil novecientos setenta	\$ 100.000,00
Donación a la sobrina, el veinte de mayo de mil novecientos setenta y tres	„ 250.000,00
Donación al amigo, el trece de diciembre de mil novecientos setenta y seis	„ 180.000,00
Total donaciones a no legitimarios	\$ 530.000,00

Acervo líquido	\$ 310.000,00
Donaciones a no legitimarios. „	530.000,00
Acervo imaginario	\$ 840.000,00

De este acervo imaginario obtenemos la cuarta de libre disposición, para conocer hasta cuánto podía donar el de cujus, para lo cual dividimos para cuatro:

$$840.000,00 : 4 = 210.000,00$$

Dados los antecedentes que están formulados, sólo podía donar, como máximo, doscientos diez mil sucres (\$ 210.000,00), pero como donó a no legitimarios la suma de quinientos treinta mil sucres (\$ 530.000,00), tenemos que se ha excedido:

Donaciones a no legitimarios	\$ 530.000,00
Cuarta de libre disposición	„ 210.000,00
Diferencia o exceso	\$ 320.000,00

A base de estos datos procedemos ahora sí a calcular el segundo acervo imaginario:

Acervo líquido o partible	\$ 310.000,00
Exceso o diferencia	„ 320.000,00
<i>Segundo acervo imaginario:</i>	\$ 630.000,00

De este segundo acervo imaginario obtenemos la mitad de legítimas y la cuarta de mejoras, y establecemos los valores que restan para cubrir dichas asignaciones forzosas:

Segundo acervo imaginario. \$	630.000	
Mitad de legítimas	„ 315.000	— 310.000 = \$ 5.000,00
Cuarta de mejoras	„ 157.500	„ 157.500,00
<i>Suma a restituirse</i>		\$ 162.500,00

Si no existió toda la cantidad para la mitad de legítimas, que se vio afectada en cinco mil sucres, mal puede haber valor alguno para la cuarta de mejoras, que se encuentra afectada en su totalidad, o sea en \$ 157.500, lo que da un faltante total de ciento sesenta y dos mil quinientos sucres (\$ 162.500), que los legitimarios tienen derecho a exigir que restituya el amigo, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 1.232, que dice:

Si fuere tal el exceso que no sólo absorba la parte de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, sino que menoscabe las legítimas rigurosas, o la cuarta de mejoras tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo contra los donatarios, en orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes. La insolvencia de un donatario no gravará a los otros.

Con los elementos registrados, procedemos a formar el primer acervo imaginario que en la situación contemplada estará integrado por el acervo líquido, más los valores a restituirse y las donaciones a otros legitimarios:

Donaciones a otros legitimarios:

Al último	„	110.000,00
Al primogénito	\$	60.000,00

Suman las donaciones a legitimarios

\$ 170.000,00

Primer acervo imaginario:

Acervo líquido	\$	310.000,00
Suma a restituirse	„	162.500,00
Donaciones a otros legitimarios	„	170.000,00
Primer acervo imaginario	\$	642.500,00

Como son tres los legitimarios (hijos) del causante, dividimos el primer acervo imaginario para ese número, y tenemos:

$$642.500,00 : 3 = 214.166,66.$$

Este valor de doscientos catorce mil ciento sesenta y seis sucres sesenta y seis centavos (\$ 214.166,66) constituye la legítima rigurosa que corresponde matemáticamente a cada uno de los legitimarios; empero, como dos de ellos: el primero y el último fueron favorecidos con donaciones imputables a las legítimas, les descontamos los valores recibidos y únicamente el segundo percibirá la cantidad completa a título de legítima. Todo lo cual nos da como resultado los valores que percibirán los legitimarios, con la descomposición numérica estructurada en este cuadro:

Legitimarios	Legítima rigurosa	Donaciones a legitimarios	Legítima efectiva
1º	\$ 214.166,66	\$ 60.000,00	\$ 154.166,66
2º	„ 214.166,66	„	„ 214.166,66
3º	„ 214.166,66	„ 110.000,00	„ 104.166,66
3	\$ 642.499,98	\$ 170.000,00	\$ 472.499,98

La suma de la legítima rigurosa nos da el primer acervo imaginario y la del acervo líquido más los valores que deben ser restituidos por los donatarios, la cantidad de \$ 472.499,98, que se aproxima a lo matemático, con menos dos centésimos por efecto de que el primer acervo imaginario no resultó ser divisible para tres.

De este modo se ha insistido en la formulación y solución de casos en los cuales se puede presentar un problema global en materia de acervos, que no siempre se suele desarrollarlos en debida forma y que constituyen serios obstáculos especialmente en orden a la partición de los bienes sucesorios.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

CAPITULO XXIII

EL DESHEREDAMIENTO

Concepto y fundamento del desheredamiento.— Requisitos para que surta efecto el desheredamiento.— La definición y causales según nuestro Código.— Crítica al enunciado de Planiol.— Paralelo entre la indignidad y el desheredamiento.— Consecuencias del desheredamiento.— ¿Puede revocarse la disposición mediante la cual se deshereda a un legítimo?

Al abordar la temática relativa a los requisitos para suceder y planteando todo cuanto concierne a la dignidad y a las indignidades, invocamos el enunciado del notable tratadista Planiol, para quien *la indignidad es un desheredamiento legal y el desheredamiento una indignidad testamentaria*. Lo cual a primera vista parece conducirnos por la órbita de identidad de instituciones; empero, como vamos a apreciar más adelante, no resulta verdadero, pues cada una de ellas comporta diferentes propósitos, contenidos y derivaciones, aunque se presenta como un singular acomodo fraseológico.

Mientras la indignidad en último término es la falta de mérito para suceder a una persona, el *Desheredamiento* es, en esencia, *un acto jurídico por el cual el testador priva a sus legitimarios de las asignaciones forzosas, por causales justas taxativamente contempladas en la ley.*

Si en general entre causante y causahabiente debe mantenerse un vínculo ético que consagre, por lo menos, una relación normal exenta de todo impedimento para que la relación humana se realice de modo positivo, más imperativo y obligante resulta el que entre padres e hijos o entre éstos o aquéllos se mantenga una suerte de unión basada en los sagrados ligámenes de sangre, comprensión, respeto, amor, en fin. Jamás con un sentido egoísta o interesado, pero sí profundamente espontáneo, irreversible y marcado con los nobles quilates de la espiritualidad y acendradas virtudes de honda e irrevocable raigambre humana.

Cuando esos lazos se deterioran y sufren quebrantos por actos u omisiones conscientes del hijo o del padre o la madre —cuando tengan el carácter de legitimarios— el legislador faculta al testador para sancionar esa falta, negándole el derecho de gozar de las asignaciones forzosas impuestas por mandato jurídico. Y esto que apriorísticamente parece contraproducente e injusto inclusive, en definitiva alcanza un fondo de razón y equilibrio social, por cuanto todo derecho debe nacer de una obligación y la mínima obligación natural que se impone a todo legitimario, en relación con su antecesor, es la de respeto, consideración, mantenimiento impoluto y armonioso del nexo humano, sin que por actos u omisiones conscientes se vea alterado. Es indudable que al fin y a la postre resulta una sanción, un castigo; y aunque no somos partidarios de lo punitivo, por lo punitivo, sin embargo hay fundamentos poderosos que también pesaron en la mente y conciencia del legislador para introducir esta institución dura y justa, al propio tiempo, pero que está en consonancia asimismo con la conducta de quien estando amparado por la ley con la legítima rigurosa o las mejoras, ha vulnerado ese vínculo respetable.

Pero como todo lo que constituye excepción debe estar expresamente contemplado en la propia ley, así también nuestro Código exige requisitos y señala de modo taxativo las causales de desheredamiento, de tal suerte que no deja al arbitrio del testador, quien tiene que ceñirse estrictamente a las normas sustantivas para expresar su voluntad de desheredar a sus legitimarios, ejerciendo el derecho que le confieren las correspondientes disposiciones.

Los requisitos que deben concurrir para que surta efecto el desheredamiento son los siguientes:

- a) Que exista testamento;
- b) Que la persona que va a ser afectada por el desheredamiento sea legitimario del testador —hijos o padres—;
- c) Que el testador expresamente desherede mediante la respectiva cláusula testamentaria;
- d) Que el acto u omisión en que ha incurrido el legitimario estén tipificados en la ley;
- e) Que el testador invoque la causal legal en que funda el desheredamiento; y,
- f) Que la causal en la que ha incurrido el legitimario sea judicialmente comprobada.

Aunque sea del modo más somero debemos examinar todos y cada uno de estos requisitos, para configurar el cuadro jurídico del desheredamiento:

a) *Que exista testamento.* El desheredamiento constituye un acto testamentario por excelencia, a tal punto que nuestro Código Civil lo define diciendo, en su artículo 1.252, que el *desheredamiento es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o de parte de su legítima*, que aunque doctrinariamente no responde a la esencia de la institución jurídica, porque el desheredamiento no es una disposición, sino un acto jurídico que se expresa o manifiesta mediante una disposición testamentaria; pero lo que queda como definitivo es que sólo se pue-

de desheredar por testamento; y si no existe testamento, mal puede haber desheredamiento. En una sucesión intestada, por ejemplo, los interesados podrían pedir que el juez declare indigna a una persona si ha incurrido en una o más de las diez causales de indignidad previstas en la ley, y si el juez declara la indignidad, el asignatario no podrá conservar aquello que es materia de la herencia; y en ese evento no habría consideración restrictiva alguna, pues afectaría por igual a aquel que tiene el carácter de legitimario en relación con el causante y a aquel que no lo tiene, pero no podría hablarse de desheredamiento, desde luego que es institución privativa de la sucesión testamentaria. El testamento, pues, es la fuente, la raíz del desheredamiento, basado en la ley, porque ésta es la que faculta al testador para privar al legitimario de su asignación forzosa. En el ámbito judicial se han propuesto acciones encaminadas a obtener que se reconozca la desheredación constante de un instrumento privado, de una carta, etcétera; e, inclusive se ha llegado a presentar el testimonio de personas conocidas que aseveran que escucharon al de *cujus* declarar que deshereda a su hijo; sin embargo, como es de la esencia del desheredamiento la existencia de testamento, el juez ha desechado, como es obvio, la acción.

b) *Que la persona que va a ser afectada por el desheredamiento sea legitimario del testador —hijos o padres—*: No se puede desheredar sino a los legitimarios, esto es a los hijos, y sólo a falta de éstos a los padres, puesto que únicamente ellos tienen tal carácter; y la desheredación precisamente se contrae exclusivamente a privar de la legítima rigurosa a quien en principio tiene derecho a esa asignación forzosa, pero como ha incurrido en un acto u omisión conscientes, la ley le castiga facultando al testador para que le prive de su derecho. No cabe siquiera plantear la posibilidad de desheredar a otra persona que no es legitimario, por más que exista un vínculo de parentesco con el testador; por ejemplo, si éste tiene hijos, ellos son sus únicos legitimarios, que excluyen a los padres, y en tal evento no se podría desheredar a éstos, que no tienen carácter de legitimarios; peor en el caso de ser extraños.

c) *Que el testador expresamente desherede mediante la respectiva cláusula testamentaria:* No hay posibilidad de un desheredamiento tácito. El testador tiene que hacerlo de modo expreso, empleando, como si dijéramos, una fórmula sacramental, como cuando dice: "Desheredo a mi hijo..." Inclusive podría hacerse constar, entre las declaraciones testamentarias, una por la cual se asevera que el hijo cometió determinada falta —alguna de las tipificadas en la ley—, pero si el antecesor no manifiesta que es su voluntad desheredar a su vástago, si no menciona expresamente el acto u omisión conscientes en que incurrió y que corresponda a una de las causales contempladas en la ley, no surte efecto el desheredamiento.

d) *Que el acto u omisión en que ha incurrido el legitimario esté tipificado en la ley:* Para evitar la arbitrariedad, el legislador puntualiza de modo taxativo cuáles son las causales por las cuales el testador puede desheredar a su legitimario, y éstas se encuentran expresamente contempladas en el artículo 1.253 del Código Civil, que son las únicas que puede invocar aquél para privar de su legítima a sus hijos o a sus padres, cuando reúnen la condición o calidad de legitimarios. Pueden éstos incurrir en otros actos u omisiones, que a juicio del testador merezcan tal sanción, mas, como la ley no consagra esa causal, mal se puede desheredar al legitimario que haya obrado de ese modo. Para evitar la apreciación subjetiva, prevalece la norma jurídica expresa sobre la calificación que puede otorgar el particular a las acciones humanas.

e) *Que el testador invoque la causal legal en que funda el desheredamiento:* Ya se ha insistido en el hecho de que el desheredamiento tiene que ser expreso; pero tampoco puede limitarse a la disposición simplista que quedó ejemplificada, puesto que tiene que mencionarse la causa del desheredamiento. No surtiría efecto tal acto si sólo se concretara a decir, por ejemplo: "Desheredo a mi hijo por las causas legales..." o: "desheredo a mi predecesor por lo que prescribe el Código Civil...". El testador necesariamente tiene que citar la causal por la cual deshereda a su legitimario, en

una cláusula que empiece disponiendo de este modo, a manera de ejemplo: "desheredo a mi hijo X, por haber cometido injuria grave en contra del honor de mi padre...".

f) *Que la causal en la que ha incurrido el legitimario sea judicialmente comprobada:* Sin este requisito trascendental se consagraría la libertad plena para que el testador desemboque en el campo propio de la arbitrariedad y hasta del libertinaje, que desherede por cualquiera de los motivos que se le ocurra y prevalezca la pasión y otra suerte de reacciones dañinas atentatorias de la justicia y del derecho. Precisamente para frenar impulsos hasta inhumanos el artículo 1.254 de nuestro Código establece que:

No valdrá ninguna de las causas de desheredamiento mencionadas en el artículo 1.253, si no se expresa en el testamento específicamente, y si además NO SE HUBIESE PROBADO JUDICIALMENTE EN VIDA DEL TESTADOR, o las personas a quienes interesare no lo probaren después de su muerte.

De tal modo que tampoco surtiría efecto el desheredamiento si no se llena este requisito fundamental de que se ventile en la esfera judicial, con la opción para que el legitimario haga valer sus derechos y se defienda ante la acusación deducida. Y una vez probada judicialmente, el testador puede proceder al acto testamentario por el cual deshereda a su legitimario, utilizando, por ejemplo, la siguiente expresión completa: "Desheredo a mi hijo A, por haber cometido injuria grave en contra de la persona de mi cónyuge, como aparece del fallo ejecutoriado pronunciado por el señor Juez Primero de lo Penal de Pichincha, el primero de abril de mil novecientos setenta y siete".

Pero también la ley contempla una especie de proyección, que es lo que da margen para las dudas. La prueba de la causal no se la reserva exclusivamente para el testador; la ley la extiende también en favor de las personas interesadas, que entiendo que se trata de los otros legitimarios. Puede el legitimario idóneo —capaz y

7

digno— acudir a probar judicialmente esa causal. Además, interpreto que se trataría, por ejemplo, del caso en que el legitimario desheredado intente una acción de reforma del testamento. Como tal acción sólo podría proponerla una vez vigente la carta testamentaria, esto es, muerto su autor, si el desheredado lo hace, la ley faculta al legitimario no desheredado para probar la existencia de la causal en que se fundó el testador para desheredar al demandante. Pero como la expresión legal es demasiado amplia y genérica, se podría concluir que también asistiría igual derecho a aquel heredero abintestato que, de surtir efecto el desheredamiento, sería el auténtico beneficiado.

Causales de desheredamiento:

El principio sustantivo es que los descendientes no podrán ser desheredados, pues tienen derecho a la legítima rigurosa los hijos y en general los demás descendientes pueden ser favorecidos con la cuarta de mejoras. La excepción a la norma es que podrán ser desheredados quienes incurran en una o más de estas causales, que son cinco, no obstante de que nuestro Código, en el artículo 1.253, ya invocado, las agrupa tan sólo en cuatro numerales:

- 1^a—Por haber cometido injuria grave contra el testador, en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes;
- 2^a—Por no haberle socorrido en el estado de demencia o desvalimiento, pudiendo;
- 3^a—Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar;
- 4^a—Por haber cometido un delito al que se haya aplicado alguna de las penas designadas en el numeral 4º del artículo 329: se efectúa la emancipación judicial por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declare a ambos padres culpados de un delito a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad; y,

5ª—Por haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames; a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado.

Tradicionalmente, y de conformidad con el proyecto de Bello, se mantuvo una causal más para el desheredamiento de los descendientes: "por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo". Causal que, con sobrada razón y fundamento ético, se la eliminó cuando la reforma del año de 1970.

Si bien es verdad que entre las causales para el desheredamiento de los descendientes pueden faltar algunas que, a juicio de tratadistas y estudiosos, debían ser tomadas en cuenta, consideramos que las puntualizadas en sí son justas y que el legislador ha obrado acertadamente, al tipificarlas de este modo, con dos salvedades tan sólo: a) la tercera resulta contraproducente, por cuanto todo acto testamentario se perfecciona a través de solemnidades y una de las principales constituye la presencia de testigos, quienes moralmente vendrían a ser un óbice para que se consume tal hecho, y por lo mismo es casi imposible que se produzca. Por otra parte, su prueba —en el evento de intimidación, por ejemplo— sería prácticamente imposible; y, b) la cuarta es muy mal traída y no alcanzo a explicarme por qué razón se reincide en invocar esa concordancia en diversos pasajes de este libro de nuestro Código. De todos modos conviene destacar que existe hasta una total ausencia de lógica, pues se trata de desheredación a los descendientes y la sanción se refiere a los padres condenados a una de las penas establecidas.

El último inciso del propio artículo 1.253 prescribe que:

Los ascendientes podrán ser desheredados por cualquiera de las tres primeras causas. Es decir, que siendo los padres también legítimos, cuando no existen hijos, la ley prevé la posibilidad de desheredarles a ellos, cuando hayan incurrido en las causales anota-

das que están taxativamente enumeradas y que no podrán ser ampliadas ni será dable aplicar el criterio de analogía, tomando alguna o algunas de las consagradas como causales de indignidad.

El insigne maestro Luis De Gásperi, en su Tratado de Derecho Hereditario, al abordar la temática inherente a esta materia, sostiene estas tesis interesantes: "Concebido el testamento más con mira a beneficiar al heredero que a castigarle e infamarle, y grande el descrédito que la desheredación puede ocasionarle, no cuesta trabajo entender que sólo se la permita por *causas justas* limitativamente establecidas por la ley, como Justiniano lo decidió por su Novela 115 y a su imitación por las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio. Estas causas son todas de índole personal en las relaciones directas del testador con el legitimario; y todas suponen hechos impíos del legitimario en tales relaciones directas".

Y a propósito del planteamiento de Planiol, con el cual nos propusimos iniciar el estudio de la presente institución, tenemos que aseverar que nos parece un despropósito jurídico, aunque el juego de palabras reúna hasta cierto colorido, pero la imagen no es la acertada, por cuanto las analogías serían muy simplistas, empero los contrastes marcados y definitivos.

Paralelo entre la indignidad y el desheredamiento.

Si partimos del concepto y objeto propios de cada institución, podemos encontrar las siguientes semejanzas entre las indignidades y la desheredación:

- 1ª—Ambas constituyen instituciones del derecho sucesorio;
- 2ª—Las dos representan sanción en contra del sucesor, por actos u omisiones conscientes;
- 3ª—Una y otra privan al causahabiente de sus asignaciones; y,
- 4ª—Indignidades y desheredamiento constituyen casos de excepción y por lo tanto deben estar expresamente contemplados en la ley.

En cambio, las *diferencias* resultan más acentuadas y concluyentes, y podemos reconocer, por lo menos las siguientes:

- 1ª—La indignidad afecta a todo sucesor; el desheredamiento exclusivamente a los legitimarios;
- 2ª—La indignidad puede presentarse tanto en la sucesión testada como en la intestada; el desheredamiento es institución propia y exclusiva de la sucesión testamentaria;
- 3ª—La indignidad es aplicable por igual a asignatarios a título universal como a asignatarios a título singular, esto es a herederos y legatarios; la desheredación sólo a los herederos. El último inciso del artículo 1.226 establece que: *los legitimarios son, por consiguiente, herederos*;
- 4ª—La indignidad puede declarar el juez a petición de cualquier persona interesada en la sucesión; el desheredamiento es acto privativo del testador; es expresión de voluntad reservada únicamente a los padres para desheredar a sus hijos o a éstos para desheredar a aquéllos, cuando tengan el carácter de legitimarios;
- 5ª—La indignidad puede ser declarada por cualesquiera de las diez causales contempladas en los artículos 1.032, 1.033, 1.034, 1.035, 1.036 y 1.037; la desheredación para los descendientes tan sólo por una o más de las cinco establecidas en el artículo 1.253 y para los ascendientes únicamente por una o más de las tres primeras;
- 6ª—La indignidad puede perdonarse; el desheredamiento no;
- 7ª—La indignidad de purga por la posesión del bien materia de la herencia o legado por más de cinco años; la desheredación no admite purga;
- 8ª—El indigno puede adquirir el bien materia de la sucesión, pero declarada la indignidad, se le impide conservar; el desheredado jamás adquiere el derecho de dominio, porque precisamente mediante ese acto testamentario se le priva de su asignación forzosa, aunque sujetándose a los principios generales podría adquirir por prescripción mayor extraordinaria; y,

93—La indignidad abarca un campo amplísimo; mientras la desheredación uno esencialmente restringido, singularmente en consonancia con lo aseverado en varios pasajes, en torno a que, de las investigaciones realizadas en mucho más de un decenio, las sucesiones abintestato alcanzan al ochenta por ciento aproximadamente, no así las testadas que se reducen apenas a un veinte por ciento.

Por consiguiente, nada más errado que formular una alegoría sosteniendo esa especie de igualdades algebraicas: indignidad igual desheredamiento y éste igual a aquélla. Ni en el fondo ni en la forma se identifican, pues, como queda aclarado, la indignidad es aplicable a cualquier persona, la desheredación exclusivamente a los legitimarios, diferencia que comprende un espectro ilimitado, general para el un caso y restringido para el otro, más todas las diferencias propuestas que nos permiten apreciar todo cuanto distancia a las dos instituciones.

Consecuencias del desheredamiento.

El profesor de la Universidad de La Plata José Arias, comienza apuntando, al hablar de los efectos: "La desheredación es una sanción; mediante ella se priva de su legítima al culpable de alguno de los hechos reprobables previstos por la ley". Y Julius Binder, profesor de la Universidad de Gottingen, sostiene que "es dudoso si el causante puede desheredar de modo parcial —es decir, manifestar que deshereda a un legítimo sólo en una parte de lo que por legítima le corresponde— o bien limitar o gravar la legítima del heredero forzoso que podría ser desheredado con justa causa, aduciendo ésta como fundamento de la limitación o el gravamen. Se alega en contra la naturaleza de pena única para una única culpa que tiene la desheredación; en pro, el principio *quien puede lo más puede lo menos*, y el hecho de que una desheredación parcial puede en ocasiones estar justificada por el deseo de suministrar al legítimo los medios más indispensables para su vida. Por

otra parte, no se trata aquí de dividir la culpa, que perdura en toda su extensión, sino de atenuar la pena, lo que no parece imposible cuando queda al arbitrio del causante el imponerla o no".

Es probable, desde luego, que el testador de modo expreso determine cuantitativamente la parte que, mediante el desheredamiento, priva a su legitimario, porque nuestra ley admite esa posibilidad, cuando en su artículo 1.252 dice que el desheredamiento es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del *todo o parte de la legítima*; sin embargo, cuando no lo hace, los efectos o consecuencias de la desheredación no se limitan sólo a la legítima, sino que se extienden a las otras asignaciones y aun a las donaciones, como lo prescribe el artículo 1.255, que reza textualmente:

Los efectos del desheredamiento, si el testador no los limitare expresamente, se extienden no sólo a las legítimas, sino a todas las asignaciones por causa de muerte y a todas las donaciones que le haya hecho el testador.

En consecuencia, *el testador puede privar a su legitimario de parte de su legítima* y no de toda ella ni de las mejoras ni de la cuota de libre disposición, pero para ello se requiere la manifestación expresa de su voluntad. Mas, en el caso de emplear la simple y ritual fórmula testamentaria —*desheredo a mi hijo*— entonces *el desheredamiento será total*, y surtirá pleno efecto en cuanto a legítimas, mejoras y en general con respecto a todas las asignaciones testamentarias y a las donaciones; sólo que en este último caso no encontramos fórmula jurídica para que los legitimarios no desheredados o los herederos abintestato, en el evento de resultar el desheredado el único sucesor testamentario, puedan hacer uso de su derecho y exigir la restitución, que no contempla la ley. Sostengo que tendría que ventilarse la acción siguiendo el procedimiento ordinario, que complica y obstruye el ejercicio de tan importante facultad consagrada en la ley sustantiva.

Para concluir este somero bosquejo en torno al desheredamiento o desheredación, como emplean la mayor parte de tratadistas y códigos, surgen algunos problemas que a manera de interrogantes pueden proponerse así: a) ¿El desheredado pierde su derecho relativo a alimentos?; y, b) ¿Puede revocarse el desheredamiento?

En verdad, son cuestiones que inquietan en el ámbito jurídico, y por ello el propio legislador normó todo cuanto concierne a dichos planteamientos. En primer lugar proclamó el principio de que *el desheredado no pierde su derecho a los alimentos necesarios, salvo los casos de injuria atroz*. Como los alimentos encarnan un sentido vital, privar de ellos a una persona es anticiparse a la partida de defunción, atentar contra su existencia misma. Empero, se ha querido usar de una medida dura, en el evento de que el alimentario incurriera en injuria atroz, es decir en agravio o ultraje cruel, inhumano, desmesurado de obra o de palabra contra quien siendo su alimentante será también el testador, quien tiene que asignarle obligatoriamente la mitad de legítimas; pero, que, por haber faltado a sus deberes, será sancionado con el desheredamiento.

En lo concerniente a la segunda inquietud, conocemos suficientemente y hemos insistido en sostener que es de la esencia de las disposiciones testamentarias su revocabilidad; siendo el desheredamiento un acto jurídico que se concreta mediante una disposición testamentaria, está comprendida dentro de la posibilidad de revocarse y expresamente está contemplada en el artículo 1.256, que establece que:

El desheredamiento podrá revocarse, como las otras disposiciones testamentarias, y la revocación podrá ser total o parcial. Pero no se entenderá revocado tácitamente por haber intervenido reconciliación; ni el desheredado será admitido a probar que hubo intención de revocarlo.

Y todo esto es lógico y justo, puesto que la situación de la familia, del patrimonio y de los sentimientos está sujeta a todos los cambios, modificaciones, fluctuaciones y alternativas, y por ello se

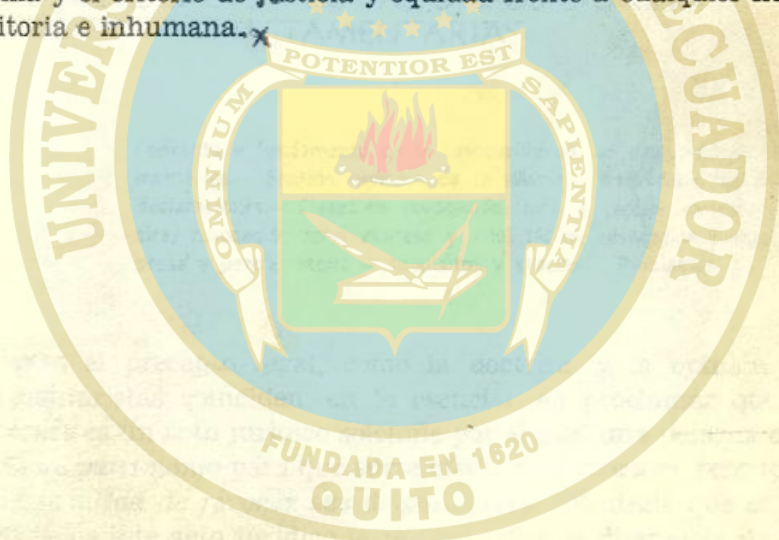
ha previsto expresamente la institución de la revocación, que tiene que manifestarse, por cuanto no puede presumirse y tratar de dar un alcance o interpretar la voluntad que no se expresó en la forma legal.

Vamos a suponer que una vez otorgado el testamento, su autor se arrepiente de haber desheredado a un legitimario, y mediante mensaje epistolar declara que le perdona, e, inclusive, en reunión de familia deja constancia de ello y aun lo hace públicamente. Nos preguntamos, ¿surtiría efecto el perdón? De ningún modo. No hay que olvidar que desheredó a su legitimario sirviéndose del único instrumento jurídico idóneo para adoptar tal medida, y como *las cosas en derecho se deshacen de la misma manera como se hacen*, para que cuaje dicho perdón, tendría que revocarse la disposición mediante la cual se desheredó al legitimario; si no lo hace en forma expresa, no surte efecto la revocación, a menos que se trate de un acto de revocación plena de todas las disposiciones testamentarias, entre las cuales de hecho estaría involucrada la relativa al desheredamiento.

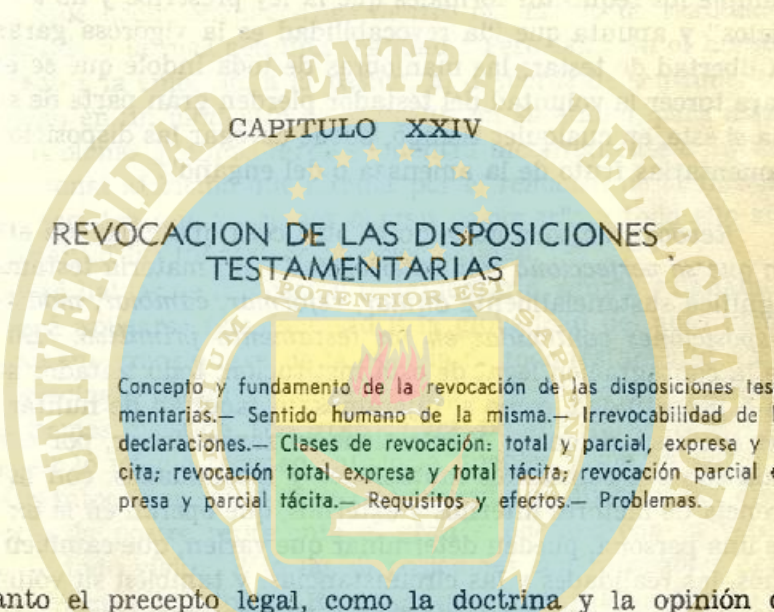
Pero también surge otra pregunta en relación con esta materia, suponiendo que se deduzca la acción de nulidad del testamento, y el juez mediante fallo acepte la demanda y declare la nulidad de dicho acto jurídico, ¿contemplaría también a la desheredación? ¿Quedarían anuladas las declaraciones?

En realidad se trata de cuestiones importantes y de subido interés jurídico y económico. Mi criterio es que, declarada la nulidad del acto testamentario, quedarían borradas todas las disposiciones, incluyendo la que contenía el desheredamiento, que, como se ha visto, está dado mediante una disposición testamentaria; todo esto por ser de interés privado. Empero, en lo que concierne a las declaraciones —que son estrictamente de orden público, y que por lo mismo imprimen carácter—, no sufrirían absolutamente nada, no obstante la declaración de nulidad del testamento, por cuanto tienen el carácter de firmes e irreversibles; son eminentemente intocables e irrevocables; todo ello por el sentido social que encarnan.

Inclusive podríamos aplicar el principio de que lo que la ley no lo prohíbe, se entiende que lo permite. No existe norma jurídica alguna sobre estos planteamientos y es menester que los jueces obren con criterio de justicia social, en esencia. En repetidos pasajes de nuestro estudio hemos mencionado que de las declaraciones, la trascendental, la de mayor contenido humano es el reconocimiento de un hijo, lo cual reviste tanto valor y comporta un auténtico acto de justicia y ética; que por lo menos el padre o la madre, en actitud de arrepentimiento y de conciencia, le den a su vástago la calidad de tal, como expresión final de su existencia. Esto, para mí, es definitivo e interpreto que, aunque se declare por medio de sentencia ejecutoriada, la nulidad de la carta testamentaria, quedaría vigente el reconocimiento del hijo, y la justicia tendría que pronunciarse en ese sentido, para que prevalezca la esencia sobre la forma y el criterio de justicia y equidad frente a cualquier nota transitoria e inhumana. x





The seal of the Universidad Central del Ecuador is a circular emblem. It features a central shield with a yellow field containing a red cross and a green field containing a white cross. Above the shield is a blue arc with the Latin motto "POTENTIOR ES". The shield is flanked by two white banners with the words "VERITAS" and "SAPIENTIA". The entire emblem is set against a blue background with a pattern of small white stars. The words "UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR" are written in a large, gold, serif font around the perimeter of the seal.

CAPITULO XXIV

REVOCACION DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Concepto y fundamento de la revocación de las disposiciones testamentarias.— Sentido humano de la misma.— Irrevocabilidad de las declaraciones.— Clases de revocación: total y parcial, expresa y tácita; revocación total expresa y total tácita; revocación parcial expresa y parcial tácita.— Requisitos y efectos.— Problemas.

Tanto el precepto legal, como la doctrina y la opinión de los comentaristas coinciden, en lo esencial, en proclamar que el *testamento* es un acto jurídico solemne por el cual una persona *dispone de su patrimonio* para que surta efecto post mortem, *reservándose la facultad de revocar sus disposiciones*. Es decir que es de la esencia de este acto jurídico la revocabilidad, a diferencia de las llamadas donaciones entre vivos, que son intrínseca y fundamentalmente irrevocables.

El catedrático de Derecho Civil de la Escuela Libre de Derecho de México, Luis F. Uribe, en su tratado de Sucesiones en el Derecho Mexicano, afirma que "por revocación se entiende la retractación

que hace el sujeto de un acto que ha ejecutado y que unilateralmente puede dejar sin efecto". Y coincide con las definiciones que al respecto enuncian Escriche y Dalloz, que la consideran en esencia como la retractación o el dejar sin ningún efecto lo que se ha hecho.

Para Ramón Meza Barros, "la revocación es el único medio de hacer inválido un testamento otorgado válidamente, es decir, que cumple los requisitos formales que la ley prescribe y no adolece de vicios" y apunta que "la revocabilidad es la vigorosa garantía de la libertad de testar; las maniobras de toda índole que se empleen para torcer la voluntad del testador pierden gran parte de su eficacia si éste, en cualquier tiempo, puede derogar las disposiciones testamentarias fruto de la amenaza o del engaño".

Revocar, en todo caso, no es otra cosa que dejar sin efecto algo que se perfeccionó con anterioridad. En materia testamentaria significa sustancialmente *anular, reformar, cambiar, modificar las disposiciones contenidas en un testamento primitivo.* En virtud de la consagración legal de esta institución, todo testador se reserva a perpetuidad, como si dijéramos, la facultad de nulitar y alterar sus disposiciones. Y esto tiene su razón de ser, por cuanto la vida con sus constantes mutaciones y modalidades, con la concurrencia de factores internos y externos, que operan en la existencia de una persona, pueden determinar que varíen, que cambien los hechos, las realidades y las circunstancias, y también su voluntad es susceptible de sufrir alternativas y transformaciones.

La familia, el patrimonio y los sentimientos no son inmutables. Están sujetos al vaivén y contingencias de la vida. Todo circula, se desarrolla, crece, se transforma, periclita; y al operarse esos fenómenos es obvio que concomitantemente y para armonizar lo uno con lo otro, el testador se reserve, por mandato de la ley, ese derecho a dejar insubsistentes sus disposiciones, o cuando menos a modificarlas o reformarlas.

Quien otorga testamento cuando tiene tres hijos, y con posterioridad procrea uno, dos o más, es evidente que tendrá que cambiar su carta testamentaria, al compás de los nuevos hechos y cir-

cunstancias; y a la inversa, si cuando otorgó su testamento tenía cuatro hijos y más tarde fallecen dos, tiene necesariamente que rectificar sus disposiciones. Si éstas fueran irrevocables se estaría patrocinando una injusticia permanente; se estaría desconociendo la realidad y se faltaría a la verdad.

Por otra parte, también el patrimonio puede sufrir contingencias y alternativas, bien incrementándose o menoscabándose, y en tales eventos la revocación asimismo permite actualizar las disposiciones, vale decir, encuadrarlas dentro del marco de realidades, respondiendo a la más genuina realidad. Pero también el hombre no es ajeno a la emoción, a la pasión, al desborde de sentimientos, que pueden en un momento dado influir en su ánimo, para disponer de sus bienes que más tarde encuentra inconveniente e injusto. Un tradicional aforismo que circula por el remanso de la filosofía popular, registra que "acciones borran pasiones"; y todo ello surtirá a plenitud las fuentes de la revocabilidad.

¿Cabrá hablar de revocación testamentaria, simple y llanamente? ¿Podrá aplicarse esta facultad a la globalidad del acto jurídico? Bien conocemos que es de la esencia de todo testamento contener *disposiciones*, aunque puede contemplar también *declaraciones*, y éstas, hemos insistido, son *irrevocables*, porque son de orden público y por lo mismo revisten categoría jurídica y son en términos absolutos intocables, como el reconocimiento de un hijo, por ejemplo, que a la postre representa el gran encuentro con la verdad exenta de todo vicio. Sólo las disposiciones son *revocables* desde los tiempos más remotos de Roma en que, mediante la Ley de las Doce Tablas, se lo perfeccionó como un mecanismo jurídico trascendental al testamento, al que se le revistió inclusive de un singular carácter religioso. Y ello encarna un sentido racional y ajustado a las vicisitudes de la existencia humana, tan subordinada a cambios, mutaciones, al "corsi y ricorsi", que enunciara en los diversos ámbitos el filósofo y sociólogo Vico.

Planteados así los antecedentes y encontrando una institución justa y compatible con el proceso social, surgen inquietudes, comenzando por lo operativo: ¿cómo se revoca el testamento? o mejor dicho: ¿cómo se revoca las disposiciones testamentarias?

La propia ley, que ha instituido la facultad de revocar, franquea el sistema para perfeccionar el mecanismo.

La revocación para que surta pleno efecto jurídico tiene que hacerse por acto testamentario, desde luego que las cosas en derecho se deshacen del mismo modo que se hacen. Por testamento se dispuso de los bienes y únicamente mediante acto similar se puede dejar sin efecto las disposiciones constantes en una carta testamentaria anterior.

— La revocación de las disposiciones, una vez perfeccionada en la forma legal, deja insubsistentes las disposiciones contenidas en el testamento otorgado antes, el mismo que, en la práctica ha sido reformado por voluntad del propio testador que dispuso de una manera primero y que luego consideró necesario revisar su decisión original.

— La revocación de las disposiciones testamentarias puede ser: *total o parcial, expresa o tácita.*

Entendemos por *revocación total* cuando el testador deja sin efecto o modifica plenamente las disposiciones contenidas en un testamento otorgado con anterioridad. No queda ni una sola de las disposiciones del testamento otorgado en el pretérito; en cambio, es *parcial*, en el evento de que únicamente anule algunas de las disposiciones, pero no todas, quedando vigentes las demás.

Entendemos por *revocación expresa* aquella mediante la cual el testador deja constancia, manifiesta que su voluntad es invalidar una o varias o todas las disposiciones testamentarias anteriores; cuando emplea, por así decirlo, la fórmula sacramental: *revo-co tal disposición o todas las disposiciones; y tácita*, en el evento de que sin dejar constancia de la revocación, de hecho se reforman las disposiciones.

Si en la práctica y jurídicamente se contemplan estas clases de revocaciones, o sea total y parcial, expresa y tácita, conocemos que pueden surgir, como de hecho surgen y se presentan las combinaciones o fórmulas mixtas, esto es: revocación total expresa y revocación total tácita, revocación parcial expresa y revocación parcial tácita.

Revocación total expresa es aquella en que el testador invalida íntegramente las disposiciones mediante declaración de voluntad, por ejemplo, cuando manifiesta en un testamento posterior: "El 13 de diciembre de 1926 otorgué testamento solemne abierto ante el señor escribano Pompeyo Jervis, y es mi voluntad revocar, como en efecto revoco todas las disposiciones contenidas en dicho acto jurídico".

Revocación total tácita ^{de mi voluntad} es aquella en la cual sin necesidad de que el testador deje constancia expresa acerca de que es su voluntad modificar las disposiciones constantes en una carta testamentaria precedente, lo hace de hecho; por ejemplo:

El testador, en febrero de 1972 dispone de su patrimonio en la siguiente forma: Cláusula quinta.— Instituyo mi heredero universal a Miguel Angel; asigno mi casa a María Luisa; dejo diez mil sueres a Lucía; aclarando que esa suma la tengo depositada en la cuenta de ahorros número 4093 que mantengo en la mutualista Benalcázar de esta Ciudad. Pero en junio de 1977 otorga un nuevo testamento, con las siguientes disposiciones: Cláusula quinta.— Sea mi heredera universal Susana; asigno mi casa a Ximena y dejo los diez mil sueres que tengo en la Mutualista "Benalcázar" al Movimiento de Liberación e Integración del Indígena Ecuatoriano (Modelinde).

Revocación parcial expresa es aquella mediante la cual el testador manifiesta que deja sin efecto alguna o algunas de las disposiciones, como en el ejemplo siguiente: En testamento otorgado en abril de 1950 dispuso de su patrimonio de este modo:

Cláusula tercera.— Sea mi heredero universal A;

Cláusula cuarta.— Dejo mi hacienda "Bella Vista" a B;

Cláusula quinta.— Asigno mi biblioteca a C;

Cláusula sexta.— Lego el terreno del Quito Tennis a D.

Mas, en testamento otorgado en agosto de 1974, dice:

Revoco las disposiciones contenidas en las cláusulas quinta y sexta de mi testamento anterior, otorgado en abril de 1950; o, con más propiedad: deajo sin efecto los legados instituidos a favor de C y de D.

Revocación parcial tácita es aquella en virtud de la cual el testador en carta testamentaria posterior cambia, modifica o invalida algunas de las disposiciones, no todas, sin emplear la fórmula sacramental, sin manifestar que revoca o deja sin efecto, como en el ejemplo desarrollado a continuación:

X otorga testamento solemne cerrado, el 7 de octubre de 1951 y las disposiciones son: a) Sea mi heredero universal Rafael; b) Asigno mi hacienda "Pesillo" a Rosa; c) Mi automóvil marca Ford, modelo 1974 sea de Rodrigo; y, d) Dejo todos mis bienes muebles a David. Empero, en agosto de 1977 otorga un nuevo testamento, en esta vez solemne abierto, el mismo que contiene solamente las siguientes disposiciones: a) Instituyo legatario de mi hacienda "Pesillo" a Enrique; y, b) Asigno mi automóvil, marca Ford, modelo 1974, a Laura.

En el presente caso de revocación parcial tácita, tanto Rafael como David, sucesores a título universal y singular, respectivamente, de conformidad con el primer testamento, serán el primero heredero universal y el segundo legatario de especie, pues sólo fueron revocadas las disposiciones concernientes a la hacienda y al automóvil que corresponden, en su orden a Enrique y Laura, mas no a Rosa y Rodrigo.

Lo acertado jurídicamente hablando es que la persona que otorga un testamento posterior, emplee la fórmula sacramental enunciada, manifestando expresamente que revoca tal o cual disposición o todas las disposiciones, según el caso, para prevenir cualquier clase de conflicto, duda o problema que puede surgir por olvido o descuido en las nuevas disposiciones.

De todos modos se tendrá por válido el testamento primitivo en aquello en que el nuevo o los siguientes no contemplen disposiciones en contrario.

En esta interesante materia pueden también considerarse algunas situaciones, y son las que examinamos a continuación:

- a) ¿Se pueden revocar las disposiciones contenidas en un testamento solemne abierto, mediante un testamento solemne cerrado? Perfectamente, porque se trata en el fondo de anular o reformar las disposiciones emanadas del primero; y como ambos testamentos son solemnes, no existe impedimento legal alguno para revocar las disposiciones sirviéndose de otra clase de testamento común u ordinario, como les llamamos en doctrina;
- b) ¿Se pueden revocar las disposiciones contenidas en un testamento solemne cerrado, mediante un testamento solemne abierto? Igualmente sí, aunque considero indispensable proceder a la apertura y publicación del testamento solemne cerrado anterior, por varias razones: Primera.— Para confrontar las disposiciones constantes en uno y en otro instrumento jurídico, porque pueden existir revocaciones tácitas; Segunda.— Primordialmente, porque el testamento solemne cerrado anterior puede contener declaraciones de trascendencia, como por ejemplo el reconocimiento de un hijo, y como esta declaración es de orden público, y por lo mismo es irrevocable, subsiste y permanece vigente a perpetuidad. De no proceder a la apertura y publicación del testamento solemne cerrado, se desconocería tal expresión de voluntad y se consumaría con ello una gravísima injusticia, que resultaría insubsanable. En el ejercicio profesional conocí algunos casos en que quien había reconocido a un hijo por testamento cerrado, se arrepintió más tarde de ese acto de conciencia, y fue aconsejado para otorgar un nuevo testamento, pero solemne abierto, en el cual no se mencionaba para nada al hijo reconocido ni se ratificaba el reconocimiento, y si por desgracia no se hubiera conocido del primer testamento, se aplicaba exclusivamente el último y con ello se perpetraba una monstruosidad; y finalmente tercera, puesto que

resulta útil y conveniente reconstruir la historia ya en torno a la familia, ya al patrimonio, ya a la voluntad del testador, hasta para poder acercarse a la más ajustada interpretación;

- c) ¿Se pueden revocar las disposiciones contenidas en un testamento menos solemne, privilegiado o especial, mediante un testamento solemne abierto o cerrado? Evidentemente, siempre y cuando se lo haga durante su vigencia, o sea mientras dura la contingencia que determinó esta modalidad testamentaria y hasta noventa días después de desaparecidas las circunstancias obligantes, al tenor de lo que prescriben los artículos 1.096 y 1.103 del Código Civil, pues fenecido dicho plazo caduca el testamento en su totalidad, y mal pueden ser revocadas sus disposiciones que son ya inexistentes; y,
- d) ¿Se pueden revocar las disposiciones contenidas en un testamento solemne abierto o cerrado, mediante un testamento menos solemne o especial? Si se puede revocar y surtiría efecto su revocación, como es obvio; sin embargo, tratándose de esta última clase de testamentos, que casi podríamos considerarlos como *testamentos a plazo*, una vez vencido el tiempo de noventa días, caduca y caducaría, por consiguiente, también la revocación, quedando vigente, por lo mismo, el testamento solemne que trató de ser reformado o dejado sin efecto mediante este otro que ya es inexistente, si el testador fallece con posterioridad a los noventa días contemplados en la ley.

Antes de dar por examinado cuanto concierne, en lo fundamental, a la revocación, bien valdría la pena plantear, siquiera en los planos teóricos, un asunto que podría ocurrir: una persona ha otorgado testamento militar, en el cual reconoce a su hijo; dentro del tiempo legal, revoca expresamente todas las disposiciones, mediante un testamento solemne abierto. Como es costumbre dar por vigente exclusivamente al último legalmente perfeccionado, e

ignorar todo lo anterior, nos preguntamos ¿en qué situación quedaría el hijo reconocido? Nuestra tesis se inclina por lo que queda demostrado en varios pasajes de este estudio: el reconocimiento es una declaración que tiene el carácter de irreversible, que jamás puede modificarse y, por consiguiente, el reconocimiento surte pleno efecto. Empero, será menester indagar acerca de la existencia de dicha carta testamentaria y obtenerla, si el caso lo requiere, por medio de la justicia, precisamente para que ésta alcance su objetivo primordial y de estricto sentido humano y social.





The seal of the Universidad Central del Ecuador is a circular emblem. It features a blue outer ring with the university's name in gold capital letters. Inside this is a light blue circle containing a yellow shield with a red flame-like design. Above the shield are five gold stars. A white banner with the Latin motto "VERITAS LIBERABIT VOS" is draped across the shield. The words "ALUM" and "SAPI" are visible on the left and right sides of the shield respectively.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

CAPITULO XXV

REFORMA DEL TESTAMENTO

Fundamento para la existencia de esta institución.— ¿Se tratará de una auténtica reforma del testamento? Error en la denominación.— Más propiamente debe llamarse: Acción de los asignatarios forzosos.— Concepto y objeto de esta acción.— Quienes tienen derecho a ella.— Contra quienes debe intentársela.— Ante quién y dentro de qué tiempo.— Casos de acción de reforma del testamento.— Efectos.— Preterición.

El simple enunciado de esta institución nos hace pensar que se confunde con otra que es la revocación, cuyos lineamientos generales fueron desarrollados en el capítulo anterior, y que no es otra cosa que el acto por el cual el testador deja sin efecto o modifica las disposiciones constantes en una carta testamentaria anterior; y esto responde a un estricto sentido de lógica y hermenéutica, desde luego que la reforma tiene que ser privativa de quien originó aquello que será materia de cambio, inclusive por el tradicional principio jurídico tan invocado de que las cosas en derecho se deshacen de la misma manera como se hacen. Una persona otor-

ga testamento, es decir dispone de su patrimonio para que surta efecto cuando deja de ser tal, y entonces parece natural que sólo a ella le incumba la facultad de reformar sus disposiciones, y tal derecho está consagrado en nuestro código en la institución conocida con el nombre de *revocación de las disposiciones testamentarias*.

Este acto jurídico mediante el cual el testador, con posterioridad al otorgamiento del testamento, decide reformar las disposiciones, constituye la esencia de la institución y esta facultad se reserva indefinidamente hasta cuando deja de ser persona por la muerte.

Sin embargo de lo que antecede, puede ocurrir que el testador creyéndose asistido de la libertad dispositiva plena, procede al acto jurídico quebrantando los principios que consagran las asignaciones forzosas. A menudo, por desconocimiento de las normas legales o por un equivocado asesoramiento, las personas otorgan testamento con un criterio errado, sintiéndose amparadas en el clásico atributo de la propiedad, cuyo titular piensa que es libre para disponer de sus bienes como a bien tenga. Así, por ejemplo, quien tiene cónyuge, asigna la porción conyugal a una tercera persona; quien tiene legitimarios, dispone de las legítimas en favor de quien no tiene esa calidad, dentro de los límites de consanguinidad establecidos; el testador que tiene descendientes, mejora a quienes no lo son. Es decir, en todos estos casos se priva de las asignaciones a las personas que por ley debían forzosamente ser instituidas con las pertinentes disposiciones. La ley, entonces, aspira a que prevalezca un principio de justicia, y así faculta al cónyuge supérstite y a los legitimarios que han sido privados de su correspondiente asignación forzosa para intentar una acción que nuestro Código la tipifica como *reforma del testamento*, con una denominación impropia y errada, pues la institución para guardar armonía con la lógica, debía llamarse: *acción de los asignatarios forzosos*.

Toda reforma incumbe, por norma general, a quien hizo aquello que requiere ser cambiado y que constituye materia de la reforma, como se ha establecido. Pero todo lo que está ceñido al estricto marco de la lógica, da un giro en la órbita testamentaria, para

que prevalezca la justicia, y la acción llamada de reforma del testamento ya no le va a corresponder a su autor, que ha dejado de ser persona, sino al asignatario forzoso cuyo derecho ha sido vulnerado; y si bien es verdad que del texto del artículo 1.261 se desprende que se limita sólo a los *legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde*, o sea las legítimas; empero, al tenor de lo que prescriben los artículos 1.265 y 1.266, se extiende asimismo en favor de los propios legitimarios, por las mejoras, y del cónyuge sobreviviente, por la porción conyugal.

Por consiguiente, si la acción de reforma del testamento no constituye otra cosa que la acción de los herederos forzosos para exigir que se les reconozca en tal calidad y se les haga la asignación que les es propia y exclusiva, tendrán derecho a proponer dicha acción:

1º—*Los legitimarios* que testamentariamente han sido privados de la legítima, sin ser expresamente desheredados. Cuando en una carta testamentaria no se *asigna* la legítima rigurosa a los legitimarios; cuando teniendo esta clase de asignatarios forzosos, se instituye heredero universal a quien no es ni hijo ni padre o madre del testador; cuando se deja la legítima a alguno o algunos de los legitimarios, pero no a todos, los legitimarios —hijos o padres, a falta de aquéllos— *tienen derecho a ejercitar esta acción de reforma del testamento*. Empero, es indispensable analizar la situación que puede derivarse del fallecimiento de uno o más de los legitimarios con derecho a proponer la acción de reforma del testamento. Si este nuevo causante carece de descendientes, con él se extinguiría la pertinente acción y nadie podría reclamar la legítima; sin embargo, si deja hijos, éstos —por el derecho de representación ya enfocado— estarían asistidos de la acción que estudiamos.

2º—*Los propios legitimarios, pero descendientes*, en el evento de que el testador mejore o atribuya la cuarta de mejoras a quienes no son sus descendientes, puesto que esta asignación forzosa

está consagrada única y exclusivamente en favor de los descendientes, con cierta libertad de selección o para escoger, pues el testador, como se ha repetido con insistencia, puede mejorar a uno solo de sus descendientes, a varios, o a todos. Pero si en carta testamentaria se mejora a extraños, vale decir a quienes no son descendientes del testador, ¿tendrían éstos derecho para intentar la acción que estudiamos? En principio parece que sí, pero el problema radica en que las ramas de la descendencia pueden ser múltiples, lo cual complicaría definitivamente la solución del problema, a diferencia de los legitimarios que son únicamente los hijos y sólo a falta de éstos, los padres, y nada más; en cambio, en materia de descendientes, tendríamos que considerar a todas las generaciones de modo ilimitado. Y por expresa disposición de la ley, la cuarta de mejoras ya no va a ser tal, puesto que para que surta efecto tiene que estar expresamente contemplada en el testamento a favor de los descendientes; sino que, reformado el testamento, la asignación correspondiente a mejoras acrece al caudal hereditario, es decir va a favorecer a los legitimarios, en consonancia con la prescripción del artículo 1.265, que reza textualmente:

Si el que tiene descendientes de los determinados en el Art. 1.048, dispusiere de cualquiera parte de la cuarta de mejoras a favor de otras personas, tendrán también derecho los legitimarios para que en eso se reforme el testamento y se les adjudique dicha parte.

Sin embargo de ello, el legislador deja un vacío. ¿A qué clase de legitimarios? Opino que sería exclusivamente a favor de los hijos para ser consecuentes con los principios, pues es de la esencia de esta asignación forzosa el que se consagre a favor de los descendientes. Pero como la ley no aclara este aspecto, en definitiva sería el juez quien resuelva el problema que puede suscitarse en el caso de que no existan hijos y sólo haya padres, que serían legitimarios.

3º—*El cónyuge sobreviviente*, que asimismo en la letra de la ley es asignatario forzoso, también tendría derecho a deducir la acción de reforma del testamento, cuando se le ha privado de la porción conyugal, asignándole a quien no ostenta la calidad pertinente. En nuestra Costa, especialmente, por ejemplo es frecuente hallar testamentos, en los cuales el testador dispone de esta manera: "Asigno la porción conyugal a mi conviviente..." o a mi amiga X; y en el evento de que el causante hubiera estado casado, su viuda será la única capaz de ejercer la facultad de pedir la reforma del testamento, para que el juez le reconozca como cónyuge supérstite, y en el caso de existir numérica y económicamente dicha asignación, adjudicar a ella y jamás a la conviviente o a la amiga. Empero, si el testador fuera célibe, por más que en el testamento disponga de la porción conyugal, no surtirá ningún efecto la asignación, por cuanto está consagrada exclusivamente en favor del viudo y de la viuda y nadie más.

Despejado el interrogante relativo a las personas a las cuales asiste el derecho de proponer la acción de reforma del testamento, surge uno nuevo: *¿contra quién debe intentarse la acción de reforma del testamento?* Si se trata de legítimas, deberá deducirse la acción contra la persona o personas a las cuales se les haya hecho tal asignación, sin ser hijos ni padres del testador. Si se trata de las mejoras, también contra los favorecidos que no sean descendientes del causante. Por último, en el caso de haber favorecido con la porción conyugal a quien no es el cónyuge sobreviviente, la acción deberá dirigirse contra él.

Como norma y por principio general, la acción de reforma del testamento debe proponerse en contra de los herederos o legatarios instituidos testamentariamente, sin tener las calidades previstas, y cuya asignación a título universal o a título singular afecte a las asignaciones forzosas.

Si el testador ha asignado la cuarta de libre disposición a extraños teniendo legitimarios descendientes, no hay lugar a reforma del testamento, porque el testador que tiene esta clase de asignatarios forzosos, tiene plena facultad para disponer libremente de la cuarta parte de su patrimonio.

También es preciso formular una nueva cuestión: ¿ante quién debe proponerse la acción de reforma de testamento? En principio hay que contestar sosteniendo que ante el juez competente, y en esta materia el único juez competente es el del último domicilio del causante, que no es lo mismo, como hemos aclarado, que el del lugar en donde fallece la persona.

Por último, asimismo salta a la vista la consideración temporal: *¿dentro de qué tiempo puede proponerse la acción que estudiamos?* Como toda acción, en esta que es motivo de nuestro análisis, es preciso conocer el *plazo* que puede tener todo afectado para formular su acción, y el artículo 1.261 señala el de *cuatro años*, contados desde el día en que los asignatarios forzosos tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de tales. Esto por norma general; sin embargo, el inciso segundo del referido precepto establece que:

Si el legitimario, a la apertura de la sucesión, no tenía la administración de sus bienes, no prescribirá respecto de él la acción de reforma antes de la expiración de cuatro años, contados desde el día en que tomare esa administración.

Los demandados, por consiguiente, podrían invocar a su favor la prescripción, siempre y cuando prueben que han transcurrido más de cuatro años desde que los actores —legitimarios o cónyuge supérstite— conocieron de la existencia del testamento y de su calidad de asignatarios forzosos. En tratándose de testamento solemne abierto valdría la certificación o declaración del notario que confirió copia de dicho instrumento público, previa la presentación de la correspondiente copia certificada de la partida de defunción del causante; y, con relación al testamento cerrado, sería prueba suficiente la copia certificada del acta de la diligencia de apertura y publicación del mismo, del que apareciera que el actor o actores concurrieron a dicha diligencia judicial; es decir, en ambos casos sería la demostración plena de que conocieron no sólo de la existencia del testamento, sino de su mismo contenido.

Efectos de la reforma del testamento.

Con la reforma del testamento se persigue tan sólo hacer justicia a los asignatarios forzosos, restituyéndoles aquello que por derecho les corresponde, o sea: la legítima a los legitimarios, la porción conyugal al cónyuge sobreviviente y la cuarta de mejoras también a los legitimarios, por las razones antes expuestas; y en este último caso, según el contexto de la ley, ni siquiera a los legitimarios descendientes, sino indistintamente a los hijos y a los padres a falta de aquéllos, con la salvedad de nuestro criterio ya expuesto.

De manera que la acción de reforma del testamento no entraña nulidad; lo que implica es un cambio, una modificación, en la parte en la cual afecta a los asignatarios forzosos. En lo demás, el testamento conserva y mantiene su validez y eficacia, permanece vigente. La acción de reforma del testamento tiene otras características que las de nulidad. La nulidad se propone, por ejemplo, cuando el testamento debe quedar sin efecto por vicios o por haber quebrantado normas expresamente contempladas en la ley.

Supongamos un testamento elaborado ciñéndose severamente a la ley en todo cuanto concierne a las solemnidades y aun al fondo mismo, sin embargo el testador ha hecho caso omiso de la porción conyugal, entonces el cónyuge supérstite está revestido de la facultad para plantear la acción de reforma del testamento, para exigir que se le reconozca el derecho a la mencionada asignación forzosa; y en todo cuanto contenga el testamento en lo demás, ya sean declaraciones y otras disposiciones, es válido, menos en aquella en que precisamente afectaba a la porción conyugal.

Examinemos otro ejemplo: Se otorga un testamento perfecto desde el punto de vista de las formalidades externas y aun con respecto al fondo mismo, pero el testador, en una de las cláusulas, manifiesta: "*mejoro a mi amigo Ramiro*"; como éste no es descendiente, carece de derecho para ser asignatario forzoso; y, por consiguiente, atenta dicha circunstancia, los legitimarios proponen la acción de reforma del testamento en contra de aquél, para privarle de la mejora, por cuanto se trata simplemente de un amigo y no

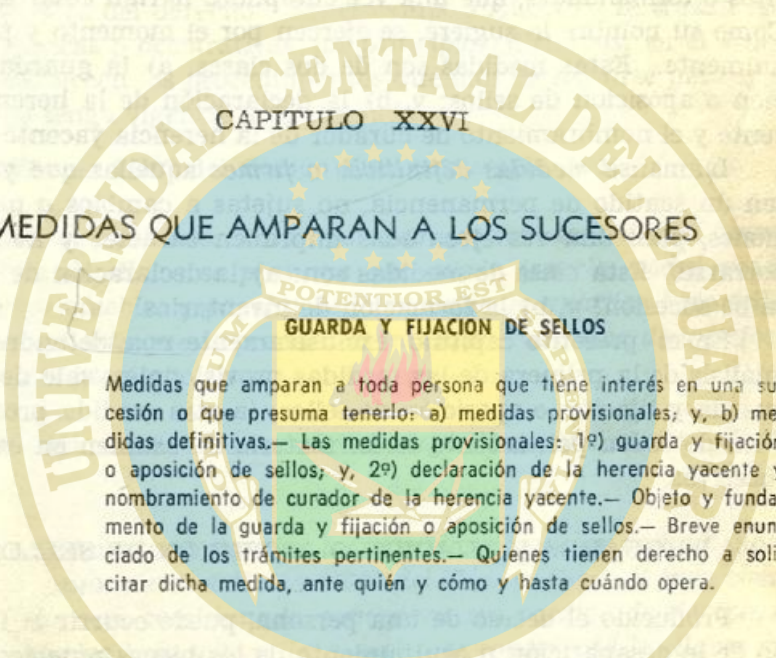
de un descendiente; y esa cuarta de mejoras ilícitamente dispuesta, acrece al patrimonio sucesorio y beneficia a los legitimarios, sin discriminación posible —todos los hijos: matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos— ya que la ley carece de facultad para mejorar a ellos como a bien tenga, como en el caso de las genuinas mejoras, en que el testador se reserva ese derecho de escoger a cuál o cuáles de los descendientes les favorece con esa asignación forzosa.

La preterición

Por último, debemos abordar, así sea en términos muy generales, la materia concerniente a la *preterición*, que equivale al silencio u olvido de los legitimarios, por parte del testador.

La temática desarrollada en la integridad de este capítulo se contrae a la derivación producida por efecto de que el de cujus, en su carta testamentaria, haya violado las asignaciones forzosas, teniendo cónyuge supérstite, ha asignado la porción conyugal a distinta persona; teniendo legitimarios —hijos, o a falta de éstos, padres—, ha dejado la mitad de legítimas a terceros que no tengan tal calidad; o cuando mejora a quienes no son sus descendientes. Pero dentro del propio ámbito se presenta un nuevo caso: cuando el testador simplemente ha preterido, ha olvidado a los asignatarios forzosos; cuando, por ejemplo, instituye su heredero universal a quien no es su asignatario forzoso, sin asignarle expresamente ni la mitad de legítimas, ni la porción conyugal ni la cuarta de mejoras; o cuando todo su patrimonio lo asigna por partes alícuotas o instituye legados de especies o cuerpos ciertos, a terceras personas; entonces el heredero tendría otra suerte de acciones y no la de reforma del testamento.

Al respecto, Meza Barros anota estos valiosos conceptos: “La preterición consiste en pasar en silencio a un legítimo, sin asignarle lo que por ley le corresponde y sin desheredarle. La ley entiende que esta omisión del testador demuestra que carece de motivos para desheredar al legítimo y ha considerado inoficioso asignarle lo que habrá de corresponderle de todas maneras”.



CAPITULO XXVI

MEDIDAS QUE AMPARAN A LOS SUCEORES

GUARDA Y FIJACION DE SELLOS

Medidas que amparan a toda persona que tiene interés en una sucesión o que presume tenerlo: a) medidas provisionales; y, b) medidas definitivas.— Las medidas provisionales: 1º) guarda y fijación o aposición de sellos; y, 2º) declaración de la herencia yacente y nombramiento de curador de la herencia yacente.— Objeto y fundamento de la guarda y fijación o aposición de sellos.— Breve enunciado de los trámites pertinentes.— Quienes tienen derecho a solicitar dicha medida, ante quién y cómo y hasta cuándo opera.

También al abordar este capítulo tenemos que aclarar que el legislador ha involucrado en el campo del derecho sustantivo algunas instituciones que si bien participan de ese espíritu, tienen mejor una orientación adjetiva y pertenecen propiamente a la esfera del derecho procesal civil.

El legislador a todo trance desea precautelar los derechos e intereses sucesorios, ya en favor de herederos y legatarios, ya también de acreedores y más personas interesadas en una sucesión, y

CAPITULO XXVI

MEDIDAS QUE AMPARAN A LOS SUCEORES

GUARDA Y FIJACION DE SELLOS

Medidas que amparan a toda persona que tiene interés en una sucesión o que presume tenerlo: a) medidas provisionales; y, b) medidas definitivas.— Las medidas provisionales: 1º) guarda y fijación o aposición de sellos; y, 2º) declaración de la herencia yacente y nombramiento de curador de la herencia yacente.— Objeto y fundamento de la guarda y fijación o aposición de sellos.— Breve enunciado de los trámites pertinentes.— Quienes tienen derecho a solicitar dicha medida, ante quién y cómo y hasta cuándo opera.

También al abordar este capítulo tenemos que aclarar que el legislador ha involucrado en el campo del derecho sustantivo algunas instituciones que si bien participan de ese espíritu, tienen mejor una orientación adjetiva y pertenecen propiamente a la esfera del derecho procesal civil.

El legislador a todo trance desea precautelar los derechos e intereses sucesorios, ya en favor de herederos y legatarios, ya también de acreedores y más personas interesadas en una sucesión, y

con tal objeto ha normado la existencia de ciertas medidas de las cuales puede hacer uso toda persona en general ligada a la sucesión; y estas medidas pueden ser de carácter estrictamente transitorio o provisional y otras de carácter definitivo o firme.

Llámanse *medidas provisionales* aquellas creadas por la ley con un sentido sustancialmente pasajero o transitorio, para proteger los derechos e intereses sucesorios, mientras se llenen otros requisitos o formalidades, que una vez cumplidos harían cesar aquéllas. Como su nombre lo sugiere, se ejercen por el momento y provisionalmente. Estas medidas son de dos clases: a) la guarda y fijación o aposición de sellos; y, b) la declaración de la herencia yacente y el nombramiento de curador de la herencia yacente.

Llámanse *medidas definitivas o firmes* aquellas que ya revisiten un sentido de permanencia, no sujetas a cambios o modificaciones, pues una vez ejecutadas imprimen carácter y no pueden borrarse. Esta clase de medidas son: a) la declaración de apertura de sucesión; y, b) la formación de inventarios.

En el presente capítulo exclusivamente nos detendremos al análisis de la primera de las medidas provisionales, vale decir a la guarda y fijación o aposición de sellos; la otra medida provisional y las de orden permanente serán materia de examen en capítulos sucesivos.

LA GUARDA Y FIJACION O APOSICION DE SELLOS ✓

Producido el deceso de una persona, puede ocurrir el fenómeno de la desaparición u ocultamiento de los bienes muebles que le pertenecieron. Suceso impresionante este que demuestra en el fondo la ausencia de sentimientos y de una línea impoluta y la depravación moral, en suma. Aprovecharse de ese paréntesis de angustia y desolación para consumir actos reñidos con los más elementales signos de espíritu humanitario y de solidaridad con el dolor del prójimo. Pero como tal suerte de acciones se repiten, el legislador se propone dar la máxima protección a los sucesores y demás personas naturales o jurídicas ligadas al problema en defensa de sus derechos e intereses; y con tal propósito ha generado

esta institución, que consiste en que el juez, a petición de parte o de oficio, procede a guardar y sellar los bienes muebles y papeles de la sucesión de que se trata, a efecto de que no sean sustraídos o se pierdan, perjudicando de este modo a herederos, legatarios, acreedores y otras personas interesadas, y al propio fisco, el mismo que dejará de percibir los correspondientes impuestos.

En esta materia, penetramos prácticamente y de lleno en la órbita adjetiva del derecho. En el campo sustantivo se trazan las normas básicas o declarativas, los principios, diríamos; en el adjetivo se establecen los procedimientos que han de seguirse para que el derecho tenga vigencia y sea logrado.

El artículo 1.267 del Código Civil contempla que: ✓

“Desde el momento de abrirse una sucesión, todo el que tenga interés en ella, o se presume que pueda tenerlo, podrá pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo sello y llave, hasta que se proceda al inventario solemne de los efectos hereditarios”.

Y el artículo 642 de nuestro Código de Procedimiento Civil, establece:

“Cuando haya que guardar los muebles y papeles de una sucesión, conforme al artículo 1.267 del Código Civil, el juez competente, o su comisionado, procederá, sin pérdida de tiempo, a asegurarlos bajo sello y llave, y el juez conservará las llaves en su poder hasta que se forme el correspondiente inventario.

Se trata, pues, de un acto judicial solemne, por cuanto a petición de parte o de oficio, como se ha establecido, el juez se traslada al lugar o lugares en los cuales se encuentran los bienes muebles y papeles del de cujus y procede a guardarlos bajo llave, a sellarlos, etcétera, salvo los muebles de uso doméstico y cotidiano, respecto de los cuales la ley sólo exige que se forme la respectiva lista.

El artículo 643 del Código de Procedimiento Civil, reza textualmente:

Si los muebles y papeles estuvieren en diversos cantones, o parroquias, el juez de la causa dirigirá los exhortos o comisiones a los otros jueces para que cada uno, por su parte, proceda a la guarda y selladura, en la forma prescrita en el artículo anterior.

Hemos citado las disposiciones del Código de Procedimiento Civil desde luego que consideramos que ellas prevalecen sobre las del Código Civil, por cuanto como se ha dicho, en esta materia hemos penetrado de hecho en el terreno esencialmente adjetivo y si comparamos el artículo 1.267 del Código Civil y el 642 del de Procedimiento Civil, encontramos algunas diferencias; por ejemplo: este último prescribe que el *juez competente o su comisionado*, sin pérdida de tiempo procederá a asegurar bajo llave y sello y el juez conservará las llaves en su poder hasta que se forme el *correspondiente inventario*; mientras la disposición del Código Civil dice que la guarda y fijación de sellos *deberá hacerse por el ministerio del juez*, y que los bienes muebles y los papeles de la sucesión se guardarán bajo llave y sello, *hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios*. Como podrá observarse el Código Civil parte de un concepto errado cuando prescribe que la guarda permanecerá hasta la formación de inventarios solemnes, como si todo inventario forzosamente tuviera ese carácter de solemne; más acertada es la disposición adjetiva, al hablar de "correspondiente inventario", por cuanto existen dos clases de inventarios: ordinarios y solemnes y estos últimos son practicados única y exclusivamente en determinados casos, como se analiza más adelante.

Lo propio si comparamos los artículos 1.268 y 643 de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, respectivamente, en que se presentan asimismo contrastes esenciales, pues en el primero se habla sólo de cantones y en el segundo también de parroquias; en el

primero se refiere al juez del lugar en que se hubiere abierto la sucesión, en el segundo al juez de la causa; más apropiado era decir *juez competente* que, como sabemos, es el del domicilio que tuvo el causante; en el primero se dice: de oficio o a instancia de cualquiera de los herederos, acreedores o interesados, dirigirá exhortos a los otros jueces, en el segundo se prevé, a más de los exhortos, las comisiones.

La guarda y fijación o aposición de sellos es, por así decirlo, sagrada. Sólo el juez que actuó es capaz y competente para dejar sin efecto tal medida, por el mismo principio repetidamente enunciado acerca de que *las cosas en derecho se deshacen del mismo modo como se hacen*. Si alguna persona, por ignorancia o mala fe, procede a abrir y violentar los sellos y cerraduras incurre en infracción grave sancionada por la ley, y el juez de lo penal le aplicará las sanciones contempladas en el Código respectivo.

Una vez propuestos los aspectos generales en torno a la institución que revisamos, surge de inmediato una pregunta: *¿quiénes tienen derecho para solicitar esta clase de medidas o sea la guarda y fijación o aposición de sellos?*

En primer lugar, los *asignatarios a título universal o a título singular*, por razones obvias; en segundo lugar, los *acreedores de la sucesión*, y esto es justo, porque con la desaparición u ocultamiento de los bienes muebles, pueden verse afectados quienes cuentan con el valor de ellos para ser satisfechos en sus créditos por obligaciones que contrajo el de cujus y que por mandato de la ley transmitió a sus herederos; en tercer lugar, *el propio Fisco*, desde luego que también puede resultar perjudicado, en relación con los impuestos que tiene que recaudar por concepto de la sucesión, y que siempre están en consonancia con el monto total del patrimonio sucesorio; en cuarto lugar, *todos los que tengan interés o presuman tenerlo en la sucesión*; y, por último, *el juez, de oficio*, al tenor de la disposición de procedimiento civil transcrita.

También surge otra interrogación, en esta materia: *¿cuánto tiempo duran estas medidas precautelatorias?*

Estas medidas provisionales duran generalmente hasta que el juez declara abierta la sucesión y se ordena la formación de inventarios, por cuanto una vez practicados éstos, ya se conoce judicial y administrativamente cuál es el patrimonio sucesorio, es decir, qué existe y qué no existe; cuál es el activo y cuál es el pasivo sucesorio.

Además, ya se indicó, oportunamente, que la ley, con un criterio de equidad, permite que los objetos de uso doméstico no sean guardados bajo llaves ni sellados, y cuya custodia se confía a alguno de los propios tenedores, "para el uso de las personas que habitan la casa o casas del difunto", con la obligación de formar lista de ellos, de conformidad con lo que manda el artículo 652 del Código de Procedimiento Civil.

En general, se trata de una medida eventual y precautelatoria, que tiene un carácter eminentemente procesal y de trámite, y en virtud de ello es que nuestro Código de Procedimiento Civil establece las normas pertinentes en sus artículos 642 y siguientes hasta el 656, inclusive, que deben ser revisados y examinados, para el cabal conocimiento y práctica de esta institución.

Algunas legislaciones, a más de esta medida provisional, contemplan la del *secuestro de bienes*, como en el caso de Colombia, cuyo ilustre tratadista Arturo Valencia Zea, al referirse a las que él denomina *medidas de mera conservación*, en su Derecho Civil, apunta estos conceptos: "Las anteriores medidas —se refiere a la guarda y fijación de sellos— tienen por fin impedir el fraude, la ocultación o sustracción de papeles o muebles de una sucesión, y en realidad son medidas destinadas a durar muy poco tiempo, no así las del secuestro, que son más enérgicas, pues se aplican a todos los objetos de una sucesión, tanto muebles como inmuebles. Pueden solicitar el secuestro las mismas personas que pueden pedir la guarda y fijación de sellos de los muebles y papeles de la sucesión; y los mismos jueces competentes para aplicar aquellas medidas pueden practicar las del secuestro".

Como se trata de una materia esencialmente procesal y preventiva, conviene aclarar que la petición que se dirija al juez competente debe ser de lo más simple; y atenta la circunstancia de que se requiere que la diligencia se cumpla perentoriamente y sin dilación, tampoco será necesaria la presentación de la correspondiente copia certificada de la partida de defunción, requisito imprescindible en toda suerte de trámites sucesorios, salvo este que debe agilitarse sin pérdida de tiempo en guarda de los múltiples intereses que se propone proteger con medida tan conducente y oportuna.





CAPITULO XXVII

DECLARACION DE LA HERENCIA YACENTE Y NOMBRAMIENTO DE CURADOR DE LA HERENCIA YACENTE

La herencia yacente en el Derecho Romano.— Fundamento y objeto de esta institución.— Quién puede solicitar, dentro de qué tiempo y quién puede declarar la herencia yacente.— El curador de la herencia yacente: su misión y responsabilidad.— Consecuencias jurídicas y económicas de esta institución.

Planteamos muy someramente cuanto concierne a la primera medida provisional, restándonos considerar la segunda, que se refiere a la declaración de la herencia yacente y al nombramiento de curador de la herencia yacente.

El fallecimiento de una persona genera por lo común consecuencias jurídicas y económicas; y operado dicho acontecimiento, *la sucesión se abre automáticamente*, vale decir, al tiempo mismo del deceso del de cujus; pero, por otra parte, simultáneamente se opera también la *delación*, esto es el llamamiento que hace la ley a

los sucesores para que acepten o repudien sus respectivas asignaciones; de modo que no hay intervalo entre el hecho jurídico de la muerte y los fenómenos asimismo jurídicos de la apertura de la sucesión y de la delación.

Pero, ¿qué ocurre cuando el causahabiente —especialmente el heredero— ni acepta ni repudia la asignación? Si acepta, no se produce ningún conflicto ni problema, puesto que ya existe un nuevo titular del derecho, cuyo dominio y más facultades se retrotraen al instante mismo de producida la muerte de su antecesor. Supongamos que una persona fallece el 10 de junio y su heredero acepta la asignación el 24 de julio siguiente. Mas, entre la apertura de la sucesión —10 de junio— y la aceptación de la herencia —24 de julio— se han producido algunas circunstancias, como el embargo de bienes, una prohibición de enajenar o de celebrar cualquier acto o contrato limitativo de dominio, incrementos de los bienes, reducción, acciones de diversa índole, ocupación por parte de terceras personas, usurpación, flagelos, etcétera, etcétera. Como el acto jurídico de la aceptación conlleva la virtualidad de la retroactividad, es decir se retrotrae al momento preciso del deceso del causante, su sucesor recoge el patrimonio en el mismo estado y condiciones en que se encontraba al tiempo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata, en que opera instantáneamente la apertura de la sucesión; y en tratándose del heredero, como es el continuador de la personalidad jurídica y económica del de cujus, al cual le sucede en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, tendrá previamente que cumplir éstas para adquirir aquéllos tal como estaban al fenecer su antecesor.

Y si bien es verdad que es facultativo de todo causahabiente aceptar o repudiar la asignación, no se puede dejar indefinidamente que ocurra esto, por múltiples y variadas razones aun de sentido práctico, y en esencia porque todo patrimonio, en lo posible, debe tener un titular, para que esté en función social, sirviendo a alguien, y no inactivo y parasitario. Pero como de hecho puede presentarse una situación anómala, el artículo 1.285 prevé la facultad para *declarar la herencia yacente* y proceder al *nombramiento de curador de dicha herencia*, en los siguientes términos:

Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un periódico del cantón, si lo hubiere, y en carteles que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del mismo; y se procederá al nombramiento del curador de la herencia yacente.

Si hubiere dos o más herederos y aceptare uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios pro indiviso, previo inventario solemne; y aceptando sucesivamente sus coherederos, y suscribiendo el inventario, tomarán parte en la administración. Si discordaren entre ellos, el juez nombrará un administrador.

Mientras no hayan aceptado todos, las facultades del heredero o herederos que administran serán las mismas de los curadores de la herencia yacente; pero no estarán obligados a prestar caución, salvo que haya motivo de temer que bajo su administración peligren los bienes.

Jamás en una sucesión deja de haber un titular de la herencia, por cuanto si no existe testamento o los sucesores testamentarios repudian la asignación, se tendría que aplicar las disposiciones de la ley en torno a los órdenes de la sucesión intestada; y si faltan los consanguíneos taxativamente contemplados en dichos órdenes legales, o éstos no aceptan o repudian, queda el Estado, como el gran heredero universal, aunque no siempre representado con acierto, según el criterio ya emitido con anterioridad, al abordar la temática pertinente, en la primera parte, de este estudio.

No puede hablarse, por consiguiente, como lo hacen algunos tratadistas, al considerar a la herencia yacente como *herencia sin heredero*. Aunque el Derecho Romano creó la institución y le participó, en principio, precisamente de ese sentido, interpretando la

herencia yacente como herencia sin heredero, aquello no es verdad en términos jurídicos, por lo expuesto. Sin embargo lo que ocurre es que puede presentarse el caso de que ningún sucesor recoge la asignación. Más concretamente que el heredero ni acepte ni repudie ni participe activamente en la sucesión, y mientras adopte una decisión formal, transcurra el tiempo en que se muestra el patrimonio sucesorio aparentemente sin dueño, sin titular del derecho de dominio, lo cual crea problemas y de hecho pueden provocarse situaciones conflictivas. Frente a esta realidad humana y social, Roma pensó que no convenía que un patrimonio sucesorio permaneciera indefinidamente sin titular, y se norma todo lo relativo a la declaración de la herencia yacente y al nombramiento de curador de la herencia en mención.

Julius Binde⁷, al enfocar esta temática y puntualizando sus apreciaciones dentro del ámbito del Derecho Romano, concreta sus argumentos en la siguiente forma: "La más antigua jurisprudencia romana conceptuaba la herencia yacente como falta de dueño; la posterior, tratando de superar las pocas satisfactorias consecuencias de tal concepción, aceptó que en la herencia continúa todavía la personalidad jurídica del causante: *hereditas personam defuncti sustinet, personae vice fungitur*. Con ello, sin embargo no se había resuelto el problema de cómo sea posible configurar derechos que no pertenecen a un titular existente. La jurisprudencia pandectística buscó la solución aceptando que la herencia yacente es una persona jurídica, esto es, una persona ficticia. Con ello, en realidad, nada se había ganado, puesto que las ficciones no son medio de conocimiento científico y por otra parte los pasajes citados de las fuentes se limitan a decir que la herencia funciona como una persona viviente".

Charles Maynz, citado por Luis F. Uribe, en su tratado de Sucesiones en el Derecho Mexicano, refiriéndose al mismo tema apunta: "Se designa por el nombre de herencia yacente la sucesión abierta entre tanto no es adquirida por alguna persona. En este estado no forma más que una agregación material de bienes sin dueño. Sin embargo, como está destinada a ser adquirida por una o varias personas, que continuarán sin interrupción la persona del

difunto, se ha pretendido considerar el patrimonio mismo como contenido provisionalmente a una persona. Gracias a esta ficción la herencia yacente se considera como una persona civil teniendo capacidad para derechos patrimoniales”.

La *herencia yacente*, por tanto, es aquella que, producido el fallecimiento de una persona y habiéndose abierto la sucesión y llamado a los herederos para que acepten o repudien la asignación, no lo hacen, es decir, dejan aparentemente la herencia sin titular, mejor dicho sin quien asuma tal carácter y ejerza los correspondientes derechos y cumpla las obligaciones inherentes a la sucesión.

Sólo al juez le corresponde declarar yacente la herencia, ya a pedido del cónyuge supérstite, familiares, dependientes o interesados en la sucesión o ya también de oficio, como se enunció antes. Pero la simple declaratoria no surtiría efecto y resultaría ineficaz, si no se designa simultáneamente un curador.

Como sabemos, existen curadurías de personas y curadurías de bienes. El caso típico de una curaduría de bienes es precisamente esta en que, por no asumir momentáneamente la calidad de herederos, no existe persona alguna que los administre; y en tal evento la ley prevé la designación de un curador.

Por faltar provisionalmente el titular de la herencia, ésta tiene el carácter de yacente, es decir, herencia sin heredero que asuma tal responsabilidad; agregaría también en el evento de que tampoco existiera albacea en funciones. Y para que haya una persona que cuide, que vigile y que responda de los bienes sucesorios, el juez, asimismo por mandato de la ley y a petición de parte interesada, procede al nombramiento de curador de la herencia yacente, al cual se le inviste de facultades y atribuciones y esencialmente de responsabilidades.

Nuestro Código Civil se refiere al *curador de la herencia yacente* en sus artículos 520 y siguientes, y la primera disposición contiene esta especie de declaración de principios, cuando establece que *se dará curador a la herencia yacente, esto es, a los bienes del difunto cuya herencia no ha sido aceptada*. La curaduría de la herencia yacente será dativa.

El curador de la herencia yacente se halla sujeto en su administración a todas las trabas de los tutores o curadores, y además se le prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados. Se le prohíbe especialmente alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos y enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles; a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, o que el pago de las deudas lo requiera.

No obstante lo consignado, que constituye mandato expreso del Código Civil, en sus artículos 526 y 527, el artículo 523 establece concretamente esta facultad:

Después de transcurridos cuatro años desde el fallecimiento de la persona cuya herencia está en curaduría, el juez, a petición del curador y con conocimiento de causa, podrá ordenar que se vendan todos los bienes hereditarios existentes, y se ponga el producto a interés con las debidas seguridades, o si no las hubiere, se deposite en las arcas del Estado.

Existe una disposición interesante que propiamente es de derecho civil internacional y es el caso del difunto a cuya herencia es necesario nombrar curador, y tiene herederos extranjeros, el Cónsul de la nación de éstos tendrá derecho para proponer el curador o curadores que hayan de custodiar y administrar los bienes, al tenor de lo que prescribe el artículo 521; y el juez discernirá la curaduría al curador o curadores propuestos por el Cónsul, si fueren personas idóneas; y a petición de los acreedores o de otros interesados en la sucesión, podrá agregar a dicho curador o curadores, otro u otros, según la cuantía y situación de los bienes que compongan la herencia, como lo establece el artículo siguiente.

Finalmente, el inciso segundo del artículo 530 señala que la curaduría de la herencia yacente cesa por la aceptación de la herencia, o, en el caso del artículo 523, por el depósito del producto de la venta en las arcas del Estado.

CAPITULO XXVIII

DECLARACION DE APERTURA DE SUCESION Y FORMACION DE INVENTARIOS

Las medidas de carácter definitivo o permanente: a) declaración de apertura de sucesión; y b) formación de inventarios del patrimonio sucesorio.— La apertura de sucesión en el derecho sustantivo y la declaración de apertura de la sucesión en el ámbito del derecho adjetivo procesal.— Su significado y trámite.— Ejemplo de modelos de escrito solicitando esta clase de medidas.— Las diligencias procesales.— La formación de inventarios.— Clases de inventarios: a) inventarios ordinarios; y, b) inventarios solemnes.— Examen de cada uno de ellos.— Peritos e informes.— Términos.— Breve consideración en torno a los impuestos en la sucesión.— Tablas de impuestos y recargos de acuerdo a la Ley vigente de impuestos sobre las herencias legados y donaciones.

En consonancia con los planteamientos precedentes, todo interesado en una sucesión está amparado por dos clases de medidas: las de carácter eminentemente provisional, como las estudiadas: guarda y fijación o oposición de sellos y declaración de la herencia yacente y nombramiento de curador de dicha herencia, y las

que revisten un sentido firme y definitivo, y éstas son dos: a) la declaración de apertura de sucesión; y, b) la formación de inventarios.

También esta suerte de medidas encarna, por así decirlo, un fundamento estrictamente adjetivo o procesal y están contempladas de preferencia en el Código de Procedimiento Civil.

Cuando propusimos las cuestiones inherentes a las fases del derecho sucesorio, establecimos que son tres: *apertura de sucesión*, *delación* y *aceptación de la asignación*. Las dos primeras extrañas o mejor dicho ajenas a la voluntad de los causahabientes, sólo la última considerada como de claro y categórico sentido volitivo. Al referirnos a la primera nos pronunciamos porque no es otra cosa que el *trance* en el que se encuentra el *patrimonio del de cujus* —desprendido como se halla de éste— *para pasar a sus sucesores*.

¿Podríamos sustentar que en el terreno procesal encarna idéntica significación? De ningún modo, puesto que en materia sustantiva hablamos categóricamente de *apertura de sucesión*, mas en la esfera adjetiva se trata propiamente de la declaración de la *apertura de sucesión*.

La *declaración de la apertura de la sucesión* no es otra cosa que el acto jurídico o más propiamente judicial por el cual, a petición de toda persona que tenga interés en una sucesión, o de oficio, el juez competente, en vista de la partida de defunción, procede a pronunciarse porque se halla cumplida dicha primera fase del derecho sucesorio y aleatoria e irreversiblemente ordena que se formen los inventarios de los bienes sucesorios.

Este trámite judicial, en el cual tiene especial interés el fisco, en principio es meramente declarativo y se complementa con aquello que ya representa un verdadero proceso de jurisdicción voluntaria, que puede degenerar en contenciosa, siempre y cuando alguna o algunas de las partes formulen observaciones o se opongan a los trámites y diligencias. Pero en el fondo esta clase de medidas persigue como objetivo cardinal el llegar a determinar la base imponible, la cuota que corresponde a cada sucesor y el impuesto que está obligado a satisfacer al erario nacional en relación con su respectiva herencia o legado.

* La ley de impuesto sobre las herencias, legados y donaciones contempla las disposiciones encaminadas a reglamentar todo dicho proceso, y de cuyas normas se desprende que no será requisito esencial de toda sucesión tal procedimiento, pues faculta a los procuradores de sucesiones a proceder administrativamente —sin previa declaración y mandato judiciales— cuando se trate de sucesiones que no valgan más de trescientos mil sures, mejor diría cuyo acervo líquido no exceda de este valor, o cuando, por el número de herederos, el valor aproximado de las cuotas no exceda de sesenta mil sures. (Art. 33).

Asimismo señala el plazo dentro del cual debe efectuarse esta suerte de tramitaciones, sin recargo del uno por ciento por cada mes o fracción de mes que pase de diez días, cuando en su artículo 27 establece que dentro de tres meses contados desde el día de la muerte de una persona de cuya sucesión se trata, si ha ocurrido en el país, o de seis meses si hubiere ocurrido en el exterior.

Por otra parte, será obligatorio el trámite judicial cuando entre los sucesores existan personas que no tienen la libre administración de sus bienes.

La segunda medida de carácter firme o definitivo, como se enunció, se refiere a la formación de inventarios, que no puede solicitarse ni ordenarse aisladamente, sino de modo conjunto con la anteriormente analizada.

La *formación de inventarios* no constituye otra cosa que el acto por el cual el perito o peritos designados por el juez, a petición de los interesados o del respectivo procurador de sucesiones que existe en cada provincia, proceden a estudiar todo cuanto integra el patrimonio sucesorio, elaborando un listado completo de bienes muebles e inmuebles y en general del activo y pasivo de la sucesión.

Existen dos clases de inventarios en esta materia: a) los inventarios ordinarios; y, b) los inventarios solemnes.

Inventarios ordinarios propiamente son aquellos ya descritos en los cuales el perito o peritos preparan detalladamente la enumeración de todo cuanto constituye el patrimonio sucesorio, con

indicación precisa del activo y pasivo y su correspondiente avalúo comercial, debiendo presentar el informe veraz al juez de la causa.

Los inventarios solemnes son, en cambio, aquellos en los que interviene, a más del perito o peritos, el secretario de la correspondiente judicatura, al tenor de lo que prescribe el artículo 671 del Código de Procedimiento Civil en que:

Cuando alguno o algunos de los herederos estén o deban estar bajo tutela o curaduría, o siendo menores no pueden estar representados por el padre o la madre, por haber contraposición de intereses, se formará el inventario con asistencia de las personas que los representen, del secretario del juzgado, de dos testigos y del perito o peritos, y no concurrirá el juez sino a solicitud de algún interesado.

Y el 672 del propio cuerpo de leyes, en relación con la disposición transcrita: *en los demás casos, bastará que los interesados formen el inventario en presencia del perito o peritos y de los testigos.*

Esto último queda establecido simplemente en la letra de la ley, pues no ocurre en la práctica, y son los peritos quienes cumplen tal cometido, aunque al elevar el informe pertinente hagan comparecer tanto a los interesados como a los testigos; y esto es obvio, porque por lo común la mayoría de los interesados y de las personas en general no cuentan con los suficientes elementos de juicio ni la imparcialidad requerida para hacer un avalúo serio y fiel, y si a ellos les está facultada la formación del inventario, resultaría contraproducente y daría margen a irregularidades y hasta fraudes, por la tendencia generalizada de evadir los impuestos.

En conclusión diremos que las diligencias de declaración de apertura de la sucesión y la formación de inventarios persiguen en el fondo una finalidad estrictamente tributaria, que interesa sobremanera al Estado, pues, como culminación de todo el proceso, y una vez establecido el acervo líquido o partible, el respectivo pro-

curador de sucesiones —representante de los intereses fiscales— procede a realizar un estudio detenido e individualizado de cada sucesor, y de conformidad con la ley tantas veces mencionada, determina la cantidad que debe cubrir por concepto de impuesto que grava su asignación.

TRAMITE DE UN JUICIO DE DECLARACION DE APERTURA DE SUCESION Y FORMACION DE INVENTARIOS DE LOS BIENES SUCESORIOS

Con el objeto de que podamos seguir el curso de las diligencias que estudiamos, conviene que formulemos el escrito del caso, como uno de los tantos modelos que pueden proponerse en esta materia, y para tener una idea general sobre el proceso mismo. Una vez producido el deceso del antecesor, sus causahabientes dirigirán al juez una petición, que bien puede estar concebida lacónicamente en los siguientes términos:

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL

Nosotros, Pedro, Josefina y Miguel Angel Acosta Díaz, exponemos:

De las copias certificadas de las partidas anexas se desprende que nuestro padre, el señor Gonzalo Acosta Gómez falleció en esta Ciudad, el doce de febrero de mil novecientos setenta y seis y que somos sus herederos universales, en virtud de que no otorgó testamento.

Por consiguiente y fundándonos en las leyes pertinentes, pedimos a usted que se digne declarar abierta la sucesión y que disponga la formación de inventarios del patrimonio del causante.

Solicitamos, al propio tiempo, que se cuente con el señor Procurador de Sucesiones y que se hagan las publicaciones, en consonancia con lo que manda el artículo ochenta y siete del Código de Procedimiento Civil.

Nos reservamos el derecho de designar perito de nuestra parte.
La cuantía, por el momento, es indeterminada.

Cualquier notificación recibiremos en el estudio jurídico de nuestro defensor, señor doctor Aurelio García, avenida Juan Montalvo número doscientos ochenta y nueve.

(f) Pedro Acosta Díaz.

(f) Josefina Acosta Díaz.

(f) Miguel Angel Acosta Díaz.

(f) Dr. AURELIO GARCIA.

O también podría adoptarse este otro modelo:

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DE PICHINCHA

Yo, SEBASTIAN ANDRADE ULLOA, comparezco y expongo:

Acompaño las correspondientes copias de las partidas de las que aparece que mi hermana Magdalena Andrade Ulloa murió en esta capital, el quince del presente mes, y que quedé como su único y universal heredero, por cuanto no otorgó testamento y no dejó ni descendientes ni ascendientes y era de estado civil soltera.

En tal virtud, de conformidad con la ley y dentro del plazo pertinente, solicito a usted que se digne declarar abierta la sucesión y se ordene la facción de inventarios, para que el señor Procurador de Sucesiones proceda a liquidar el monto del impuesto que me corresponde satisfacer al Fisco.

Sírvase disponer la publicación de rigor y la práctica de las diligencias respectivas.

La cuantía es indeterminada, por el momento.

Se me notificará en el estudio de mi defensor, señor doctor Gonzalo León Vidal, conocido por el señor Secretario.

(f) Sebastián Andrade Ulloa.

(f) GONZALO LEON VIDAL.

Y en tratándose de sucesiones en las cuales participan menores de edad y herederos que se hallan ausentes del país, bien podría sugerirse una demanda de este tenor que contempla esas circunstancias:

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL

Yo, doctor MANUEL ROMERO SANCHEZ, ante usted comparezco y manifiesto:

La señora Albertina Torres viuda de Ubidia falleció en la ciudad de Popayán, el veinticuatro de mayo del presente año de mil novecientos setenta y ocho y dejó cuatro hijos: María Augusta, Iván, Magdalena y Xavier Ubidia Torres, a quienes les instituyó sus herederos universales, mediante testamento solemne abierto, en el cual también me designó como su albacea, de acuerdo con los instrumentos que adjunto.

La causante estuvo domiciliada en esta Capital, y por consiguiente, en consonancia con las disposiciones vigentes, solicito a usted se sirva declarar abierta la sucesión y que se practiquen los inventarios solemnes, contando para ello con los señores Secretario de la judicatura y Procurador de Sucesiones.

Dígnese ordenar las publicaciones de ley; que intervenga uno de los señores Agentes Fiscales, puesto que la primera de los hijos reside en Madrid y que, como los demás son menores de edad, se les provea de curador ad litem, a cuyo efecto se escuchará a sus

abuelos Ernesto Torres y Clemencia Ubidia y al señor Presidente del Tribunal de Menores.

La cuantía se fijará oportunamente.

Seré notificado en mi oficina jurídica, conocida por el señor actuario.

(f) MANUEL ROMERO SANCHEZ.

Escritos más o menos de este contenido resultan como las claves en esta materia y constituyen la esencia del trámite procesal de la apertura de la sucesión y formación de inventarios de los bienes sucesorios. Luego de la fe de presentación, que incumbe exclusivamente al secretario, el juez procede a calificar la demanda, declara abierta la sucesión, ordena que se practiquen los inventarios, solemnes, si se trata del último escrito, que se cuente con el Procurador de Sucesiones y que se cite por la prensa a los herederos presuntos y desconocidos, a la par que concede un término para que los interesados designen su perito. Al propio tiempo, atenta la petición formulada, dispone que se oiga a los parientes de los menores, al señor Presidente del Tribunal de Menores y a uno de los señores Agentes Fiscales, previo el nombramiento de curador ad-litem y que se notifique a aquél para que intervenga por la ausente. De conformidad con la reforma introducida, se publica el texto íntegro de la demanda y providencia recaída en ella, por una sola vez, y el extracto en dos días subsiguientes al de la primera publicación, después de la última, existe un término de veinte días —días hábiles— para que quien tenga derecho lo haga valer oportunamente, fenecido el cual las partes piden al juez el nombramiento de perito o peritos, ciñéndose al mandato contenido en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, que dice:

Generalmente, en todos los casos en que hubiere necesidad de la intervención de peritos, se verificará el nombramiento en la persona designada por las partes. Si éstas fueren más de

dos, el juez elegirá entre los candidatos presentados para dicho cargo, hasta dos peritos, procurando que prevalezca la voluntad de la mayoría de los interesados, y tomando en cuenta que el nombramiento debe recaer en personas mayores de edad, de reconocida honradez y probidad, que tengan suficientes conocimientos en la materia sobre la que deban informar y que, de preferencia, residan en el lugar en donde debe practicarse la diligencia o en que se sigue el juicio. (Esta última parte corresponde al Art. 272).

Por consiguiente, atenta la petición del caso, el juez procede a nombrar a los peritos, les señala día y hora para que tomen posesión de su cargo y les concede un término para que presenten sus informes, conjuntamente con el Secretario de la judicatura en tratándose de inventarios solemnes, los mismos que se hace conocer a las partes, y por supuesto al Procurador de Sucesiones —que también ya es parte— para que los aprueben u observen, concediendo para tal efecto el término común de quince días; término que se lo puede renunciar a petición unánime de los interesados. Si éstos están de acuerdo y no se presenta objeción alguna, el juez aprueba los inventarios por sentencia y dispone que el proceso pase a conocimiento del Procurador de Sucesiones, quien procederá a la liquidación del correspondiente impuesto a la sucesión, que tiene el carácter de personal, en atención al grado de parentesco con el causante, edad, estado, civil, número de hijos, patrimonio propio, etc.

Si se dedujeran observaciones a los inventarios, el artículo 675 del Código de Procedimiento Civil prevé que el juez convocará a las partes a una junta de conciliación, con la advertencia de que lo acordado por los concurrentes será obligatorio. Empero, *de no mediar acuerdo, la jurisdicción voluntaria se convierte automáticamente en contenciosa*, debiendo sustanciarse sumariamente las objeciones, comenzando por conceder el juez diez días para la prueba, si hubiere hechos justificables, sin perjuicio de aprobar el inventario en la parte no objetada. Producida la discrepancia, se ventila

el juicio con los recursos ordinarios y normales y con los consiguientes problemas y *demora* hasta alcanzar la decisión requerida.

Ejecutoriado el fallo mediante el cual se aprueban los inventarios, el juez dispone que el proceso pase al Procurador de Sucesiones de la respectiva jurisdicción, el mismo que procede administrativamente a la liquidación del impuesto causado, practicada la cual notifica con ella a los interesados y remite una copia a la Dirección General de Rentas, fijando el plazo de diez días para que éstos presenten sus observaciones o acepten la liquidación, al tenor de lo que establece el artículo 37 de la Ley de Impuesto sobre las herencias, legados y donaciones.

Vencido el término que tienen los interesados para reclamar sobre las liquidaciones efectuadas por el Procurador de Sucesiones, el Director General de Rentas dispone que se emita el título u orden de cobro, para que se haga efectivo el pago del impuesto debido, de acuerdo con el contenido del artículo 47 del propio cuerpo de leyes; e inmediatamente que la oficina de recaudación recibe el título, notifica a los deudores, concediéndoles el plazo de sesenta días para que lo cancelen, "con apercibimiento de la coactiva, vencido dicho plazo", pudiendo solicitarse la ampliación de éste hasta por un año, especialmente si en la sucesión no hay bienes en numerario.

En varios pasajes de esta ley se habla indistintamente de "término" o de "plazo", y, como sabemos, uno es el concepto de término —que se circunscribe a los días hábiles— y otro el de plazo —que se refiere simple y llanamente a los días calendario, todos, con inclusión de domingos, días de fiesta, etcétera—. Tratamos de interpretar que la intención del legislador fue la de que prevaleciera el auténtico sentido de *término* antes que el de plazo; y así lo ha establecido tanto la costumbre como la jurisprudencia.

Bien se ha podido apreciar que las medidas consideradas como definitivas, firmes o permanentes persiguen como objetivo cardinal

el que los sucesores —herederos o legatarios— cumplan sus deberes para con el fisco, el mismo que percibe por dicho concepto valores bastante apreciables que contrastan con los reglados en legislaciones de otros países, puesto que hay recargos hasta del 300% (trescientos por ciento), en tratándose de asignatarios colaterales en quinto o mayor grado o de extraños.

Los artículos 4 y 5 de la Ley tantas veces invocada prescriben que los padres, los hijos y los cónyuges pagarán el impuesto de conformidad con la siguiente escala, previas las deducciones que considera el Art. 6º:

Cuantía básica desde	Impuesto sobre cuantía básica	Excedente hasta	Impuesto sobre el excedente
\$	\$	\$	
		20.000	6,00%
" 20.000	" 1.200	" 40.000	6,50 "
" 40.000	" 2.500	" 80.000	7,50 "
" 80.000	" 5.500	" 140.000	8,50 "
" 140.000	" 10.600	" 200.000	9,50 "
" 200.000	" 16.300	" 300.000	10,50 "
" 300.000	" 26.800	" 500.000	11,50 "
" 500.000	" 49.800	" 700.000	13,00 "
" 700.000	" 75.800	" 1'000.000	15,00 "
" 1'000.000	" 120.800	" 2'000.000	18,00 "
" 2'000.000	" 300.800	" 3'000.000	22,00 "
" 3'000.000	" 520.800	" 4'000.000	26,00 "
" 4'000.000	" 780.800	" 5'000.000	30,00 "
" 5'000.000	" 1'080.800	en adelante	35,00 "

Los demás ascendientes y descendientes, los colaterales y extraños pagarán un impuesto que se computará sobre la respectiva asignación o donación de acuerdo con la tabla que contiene el artículo 5º invocado, más los siguientes recargos sobre el monto del impuesto que así resultare:

Parentesco	Recargo
Abuelos y nietos	10,00 %
Otros ascendientes o descendientes	20,00 „
Colaterales en segundo grado	80,00 „
Colaterales en tercer grado	140,00 „
Colaterales en cuarto grado	200,00 „
Colaterales en quinto o mayor grado y extraños	300,00 „

Las alícuotas que han de gravar las fracciones excedentes de una categoría a otra en los diferentes grados de parentesco colateral, de acuerdo a lo anterior, no excederán de los siguientes niveles:

Colaterales en segundo grado	43,00 %
Colaterales en tercer grado	55,00 „
Colaterales en cuarto grado	65,00 „
Colaterales en quinto grado	85,00 „

El impuesto que se liquide conforme a lo que dispone el artículo quinto que revisamos no excederá de los siguientes porcentajes efectivos sobre la materia imponible, en las asignaciones y donaciones a colaterales y extraños:

Colaterales en segundo grado	35,00 %
Colaterales en tercer grado	40,00 „
Colaterales en cuarto grado	50,00 „
Colaterales en quinto grado y extraños	65,00 „

Los parientes por afinidad pagarán el impuesto correspondiente al respectivo grado según las tarifas establecidas en las disposiciones ya citadas, más un recargo del 20% calculado sobre el valor del impuesto resultante, pero en ningún caso el tributo excederá de lo que corresponde a extraños.

El impuesto se computará sobre el valor líquido de la asignación, previa la rebaja general de veinte mil sucres para cada heredero o donatario y de cinco mil sucres para cada legatario. Del im-

puesto calculado conforme a las reglas anteriores (artículos 4º, 5º y 6º), se efectuarán las siguientes rebajas, en consonancia con lo que determina el artículo 7º de la Ley tantas veces mencionada:

- a) 5% a los asignatarios o donatarios casados; 10% a los que tengan dos hijos vivos o representados por su descendencia; 20% si los hijos son tres; 30% si son cuatro; 40% si son cinco y 50% si son seis o más; y,
- b) 5% si el asignatario o donatario tiene cuarenta años o más de edad, 10% si pasa de cincuenta años de edad; 15% si pasa de sesenta; 20% si tiene más de sesenta y cinco años; 25% si la edad pasa de 70 años, 30% si la edad es más de setenta y cinco años.

Pero también la ley que examinamos contempla recargos del impuesto en las siguientes proporciones: los asignatarios o donatarios que tengan bienes propios pagarán el 5% sobre el impuesto causado de conformidad con lo establecido anteriormente, por cada sesenta mil sucres a que asciendan dichos bienes si son solteros, divorciados o viudos y que no tengan más que un hijo. La base para el cómputo del recargo se aumentará en veinte mil sucres por cada hijo que tengan los casados, viudos, divorciados o solteros. Los casados sin hijos pagarán ese recargo por cada ochenta mil sucres. El recargo no podrá exceder del 70% del impuesto causado para el caso del soltero, divorciado o viudo sin hijos, ni del 60% para el casado, viudo, divorciado o soltero con más de un hijo.

Como bienes propios del asignatario o donatario, para los efectos del recargo a que se refiere el párrafo precedente, se considerará también la parte que le corresponda en los gananciales de la sociedad conyugal, cuyo cómputo efectuará el Procurador de Sucesiones a la fecha de la delación de la herencia o del otorgamiento de la donación mediante denuncia escrita que exigirá del heredero o de su representante.

También contempla la referida ley exenciones a los impuestos a la sucesión en los siguientes casos: a) las asignaciones que no excedan de veinte mil sucres (herencias) y las que no excedan de cinco mil sucres (legados); b) las asignaciones que se hicieren a favor de instituciones de derecho público y de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, a los establecimientos de educación, asistencia o beneficencia y en general a las instituciones de interés público o servicio social; c) las que tuvieren por objeto la fundación de establecimientos educativos o de beneficencia, así como las que se destinan para estimular las investigaciones científicas, actividades artísticas, literarias y fomento de la cultura en general; d) las indemnizaciones que, por la muerte del autor de la sucesión perciban los herederos, así como las pensiones del Estado, del Seguro Social y sus prestaciones y los fondos de defunción que hayan tenido en las asociaciones mutualistas; e) los importes de los seguros de vida y de desgravamen hipotecario; f) las que se otorguen a favor de las asociaciones de trabajadores con personería jurídica, hasta la cantidad de ciento cincuenta mil sucres, debiéndose el impuesto por la diferencia; y, g) las asignaciones que se hicieren a legaciones o embajadas extranjeras para la construcción de sus casas residenciales, siempre que exista reciprocidad; y en general las que se hicieren a favor de Estados extranjeros, también con el carácter de reciprocidad.

Las liquidaciones de impuestos a las herencias o legados serán notificadas a los interesados, a quienes se les concederá el plazo de diez días para que den su aceptación o formulen las correspondientes observaciones, y vencido dicho plazo se procederá a emitir el título u orden de cobro, que será notificado por la respectiva oficina de Recaudación, que señalará el plazo de sesenta días para que lo cancelen.

Transcurridos sesenta días desde la fecha de la notificación a los sucesores con la emisión de los títulos de crédito, se causarán los intereses de mora, en el máximo permitido por la ley, los mismos que se computarán sobre el valor adeudado como impuesto, y aun en el caso de haberse concedido prórroga para el pago.

Si en la sucesión no hubiere dinero o valores de fácil realización, los contribuyentes podrán solicitar al señor Director General de Rentas la ampliación del plazo para pagar el impuesto hasta por un año. En casos excepcionales de dificultad de pago, por la cuantía del impuesto o su proporción sobre los bienes heredados, el Ministro de Finanzas podrá ampliar el plazo a dos años. (Art. 50).

Transcurridos diez años desde la apertura de la sucesión o de la fecha originaria de la obligación tributaria, en su caso, prescribirá la acción del Fisco aun cuando no se hubiere presentado las denuncias obligatorias (Art. 51) (*).

En las sucesiones que no causen impuestos, los Procuradores de Sucesiones conferirán certificado liberatorio (Art. 69).

(Disposiciones tomadas del Registro Oficial Nº 137, de 26 de julio de 1976, en que se publica la Codificación de la Ley de Impuesto sobre las herencias, legados y donaciones, elaborada por la Comisión de Legislación).

(*) El Código Tributario publicado en el suplemento del registro oficial número 958, de 23 de diciembre de 1975, en la Sección 5ª de la **prescripción**, artículo 54, dice: "**Plazo de prescripción.**— La acción de cobro de los créditos tributarios, y sus intereses, así como las multas por incumplimiento de los deberes formales, prescribirá en el plazo de cinco años, contados desde la fecha en que fueron exigibles; y, **en siete años**, desde aquella en que debió presentarse la correspondiente declaración, si ésta resultare incompleta o si no se la hubiera presentado.— Cuando se conceda facilidades para el pago, la prescripción operará respecto de cada cuota o dividendo, desde su respectivo vencimiento".

Y su artículo 447.— **Vigencia.**— El presente Código comenzará a regir en toda la República desde su publicación en el Registro Oficial y sus normas prevalecerán sobre las que figuran en otros cuerpos legales, sean éstas de carácter general o **especial**". Lo cual está en abierta contradicción con el precepto contenido en el artículo décimo segundo del Código Civil. No obstante las disposiciones transcritas del Código Tributario, considero que en esta materia específica relativa a los impuestos sucesorios rige la del artículo 51 de la Ley de impuesto sobre las herencias, legados y donaciones, arriba enunciada.

En conclusión, las llamadas medidas definitivas, como la declaración de apertura de sucesión y la facción de inventarios, no comportan un fenómeno trascendental, pues simplemente se las cumple, en los casos previstos por la ley, para llenar simples requisitos; aunque, como se ha expresado, es de subido interés para el fisco que, gracias a ellas, puede recaudar cuantiosos fondos, en concepto de impuestos sucesorios. Y conviene insistir en que ni siquiera representan un factor decisivo ni constituyen elementos de utilidad práctica, puesto que, inclusive en los procesos de partición generalmente se prescinde de los datos que arrojan ellas para proceder a verificar nuevos cálculos al tiempo de efectuar las operaciones pertinentes.



CAPITULO XXIX

ACEPTACION O REPUDIO DE LAS ASIGNACIONES

La tercera fase del Derecho Sucesorio: aceptación con la cual culmina todo el proceso.— Aceptación o repudio facultativos.— La aceptación de la herencia: sus modalidades y clases.— Repudio de las asignaciones.— Aceptación expresa y aceptación tácita.— Repudio expreso; excepción.— Características.— Efectos y consecuencias de la aceptación o repudio de las asignaciones.

En el capítulo inherente a las fases del Derecho Sucesorio recordamos que ellas son tres: apertura de la sucesión, delación y aceptación de la asignación. La primera se concretó aseverando que es el trance en el que se encuentra el patrimonio del causante para pasar a sus sucesores; la segunda, por mandato de nuestro Código, no es otra cosa que el actual llamamiento que la ley hace a los herederos o legatarios para que acepten o repudien la asignación, y la tercera constituye la aceptación, con la cual se cierra todo el proceso sucesorio, que es lo que interesa de modo específico a la colectividad, por razones de contenido económico-social.

Una vez abierta la sucesión, en el momento mismo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata, y producida automáticamente la delación de ella, recién nace la facultad del asignatario para aceptar la herencia o legado. Mientras las dos primeras fases son extrañas a los sucesores, ajenas a ellos, independientes, por así decirlo, esta última fase se caracteriza por constituir un acto eminentemente volitivo y libre. Todo asignatario está revestido de la facultad de aceptar o repudiar la herencia o legado. No existe en nuestra legislación el prototipo del *heredero necesario*, al tenor del sistema preconizado por el Derecho Romano, heredero al cual se le negaba tal atributo y estaba obligado inexcusablemente a aceptar la herencia, por más que dicha aceptación generara los más graves problemas y conflictos. La legislación contemporánea, a partir de la Revolución Francesa, se humanizó y consagró esta facultad civilizada, esto es que todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente su asignación, sin que exista imposición alguna, salvo el caso contemplado en el artículo 1.276 de nuestro Código Civil, que puntualizamos más adelante.

Aceptación de la asignación es el acto por el cual el heredero o legatario de modo voluntario y libre conviene en incorporar a su propio patrimonio aquello que constituye materia de la asignación.

La aceptación de la herencia o legado puede ser expresa o tácita. *Es expresa* cuando el asignatario deja constancia de que su voluntad es la de hacer suyo el bien materia de la herencia o legado o aquella por la cual el heredero o legatario, mediante declaración de voluntad, manifiesta que asume la responsabilidad de tal y recoge la asignación. El artículo 1.286, en su parte inicial, dice que *es expresa cuando se toma el título de heredero* y el 1.287: *se entiende que alguno toma el título de heredero, cuando lo hace en escritura pública o privada, obligándose como tal heredero, o en un acto de trámite judicial*. En los ejemplos propuestos en el capítulo anterior, en relación con la declaración de apertura de sucesión y formación de inventarios, tendríamos casos evidentes de aceptación expresa. La posesión efectiva, en materia de sucesión abintestato, es una típica demostración de aceptación expresa. Al

respecto, Hernando Carrizosa Pardo, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, establece con singular claridad el contraste existente entre *posesión legal* y *posesión efectiva*, que considera bien notoria, por cuanto "la posesión legal es la posesión ficticia que se confiere por ministerio de la ley al heredero, que versa sobre todo el patrimonio, y que le basta solo para hacer tradición válida de las cosas muebles, singularmente consideradas, pertenecientes a una sucesión, porque respecto de estas cosas la ley no exige tradición escrita; la posesión efectiva es la posesión inscrita del heredero, sobre las cosas raíces singularmente consideradas, que se encuentran en la herencia, y sin la cual el heredero no puede hacer tradición válida de dichas cosas antes de la partición".

Es indispensable precisar conceptos que en la práctica ocasionan serios inconvenientes, pues se apartan de su genuina filosofía y alcance. La posesión efectiva no sólo es cuanto asevera con sabiduría el maestro colombiano, pues para el imperativo jurídico ecuatoriano, comporta fundamentalmente un título indiscutible en materia de sucesión intestada, viene a ser, para mí, lo que la carta testamentaria en las sucesiones testadas. El fallo pertinente será el título justificativo del heredero abintestato.

Por la trascendencia que tiene y el marco amplísimo en que opera, nos proponemos asimismo sugerir una especie de modelo:

Escrito solicitando la POSESION EFECTIVA

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DE PICHINCHA

Yo, SEBASTIAN LOPEZ CORDOVA, expongo:

Acompaño copias certificadas de las partidas de defunción y nacimiento de las cuales se desprende que mi padre, el señor Rodrigo López Méndez falleció en esta Ciudad, el veinticuatro de mayo de mil novecientos setenta y tres, sin haber otorgado testamento, circunstancia por la cual quedé como su heredero universal, en mi calidad de hijo único.

Los bienes conocidos de la sucesión consisten en: la casa número quinientos de la avenida Eloy Alfaro de esta Capital, un lote de terreno ubicado en la parroquia de Puéllaro de este Cantón, el automóvil número setecientos noventa y ocho, marca Renault, modelo mil novecientos setenta y los valores depositados en la cuenta de ahorros número dos mil treinta y nueve en la Mutualista "Pichincha" de esta Ciudad y todos los bienes muebles que se hallan en el domicilio de la avenida Eloy Alfaro ya nombrado.

En tal virtud y fundándome en las disposiciones pertinentes, pido a usted que se digne concederme la POSESION EFECTIVA del patrimonio sucesorio, y para que proceda con conocimiento de causa, y a mayor abundamiento, le solicito se sirva recibir las declaraciones de los testigos señores Juan José Mejía y Antonio Viteri, al tenor del siguiente interrogatorio:

Primera.—Sobre edad y más generales de ley;

Segunda.—Si es verdad que el señor Rodrigo López Méndez falleció en esta Ciudad, el veinticuatro de mayo de mil novecientos setenta y tres;

Tercera.—Si es verdad que el causante no otorgó testamento y que quedé como su heredero universal, en calidad de hijo único;

Cuarta.—Que los bienes del preindicado de cujus consistieron en la casa número quinientos de la avenida Eloy Alfaro de esta Ciudad, con sus respectivos muebles, un lote de terreno ubicado en la parroquia de Puéllaro de este Cantón, el automóvil marca Renault, matriculado en esta Capital, con el número setecientos noventa y ocho y los valores depositados en la cuenta de ahorro número dos mil treinta y nueve de la Mutualista "Pichincha";

Quinta.—Que lo declarado sabe por ser público y notorio y por haber constatado personalmente los hechos.

La cuantía, de conformidad con los correspondientes inventarios, es de dos millones de sucres.

Se me notificará en el estudio de mi defensor, señor doctor Humberto García Ortiz, situado en la calle Carrión cuatrocientos ochenta y cinco.

Este escrito debe ir firmado por el compareciente y su defensor, y una vez puesta la fe de presentación por el Secretario de la judicatura, el Juez ordena que se reciban las declaraciones de los testigos y atentas éstas y los documentos aparejados a la petición, pronuncia su fallo, concediendo la posesión efectiva. Esta resolución judicial tan pronto como se halle ejecutoriada, debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Quito; y luego de llenados estos requisitos, el secretario confiere copia certificada de la sentencia, que viene a constituir, como se aseveró oportunamente, el título de heredero, por así decirlo, en las sucesiones abintestato.

Como enunciamos antes, la solicitud por la cual se pide la posesión efectiva constituye un categórico ejemplo de aceptación expresa y el fallo pertinente tiene el valor de una auténtica declaración judicial confirmatoria de dicha aceptación, y por el cual se concede la posesión efectiva de los bienes. Cuando los herederos son dos o más, se confiere la posesión efectiva proindiviso de los bienes sucesorios.

La aceptación es *tácita* cuando el heredero ejecuta actos de señor y dueño —no meramente conservativos— que le convierten de hecho en sucesor a título universal. No ha antecedido declaración alguna, pero sin embargo hace, por ejemplo, actos de heredero; ya es continuador de la personalidad jurídica y económica del causante; asume tal categoría y responsabilidad.

Conviene transcribir el texto de la ley en varios pasajes, en relación con esta materia, y así el artículo 1.275 establece que:

Si un asignatario vende, dona o transfiere de cualquier modo a otra persona el objeto que se le ha deferido, o el derecho de suceder en él, se entiende que por el mismo hecho acepta. (Aceptación tácita). Y en concordancia con esta disposición, la del 1.289, que reza:

La enajenación de cualquier efecto hereditario, aun para objetos de administración urgente, es acto de heredero, si no

ha sido autorizada por el juez, a petición del heredero, protestando éste que no es su ánimo obligarse en calidad de tal. (Aceptación tácita).

Y como ya lo aclaramos, el 1.288 dispone que *los actos puramente conservativos, y los de inspección y administración provisional urgente, no son actos que suponen por sí solos la aceptación.*

La *repudiación de la asignación* es el acto volitivo por el cual el sucesor se niega a admitir la herencia o legado; los rechaza; se opone a incorporar a su propio patrimonio cuanto constituye materia de la asignación. En definitiva, asistido por el derecho consagrado por la ley, no asume la responsabilidad de heredero o legatario. Mientras la *aceptación* puede ser expresa o tácita, como se ha examinado, el *repudio* tiene que ser siempre *expreso*, con una sola excepción, que será motivo de análisis más adelante.

Para aceptar o repudiar la herencia o legado, el asignatario favorecido tiene que reunir los dos requisitos generales: ser capaz y ser digno. Si no reúne dichos atributos, no está revestido de la facultad pertinente, porque tampoco es sucesor. Empero, como ya se contempló, el menor de edad es perfectamente capaz para suceder, al igual que toda otra persona, que no esté marginada por adolecer de una o más de las incapacidades absolutas o relativas expresamente señaladas por la ley; sin embargo, no goza de la capacidad de obrar, para comprometerse en un acto declarativo, por ejemplo, y la *aceptación o repudio* tendrá que perfeccionarse mediante la intervención de su respectivo representante legal, quien, en el caso de herencia, tendrá que hacerlo obligatoriamente con beneficio de inventario. Y en materia de repudiación, nuestro legislador es más concreto en la disposición del artículo 1.281, que prescribe que:

Los que no tienen la libre administración de sus bienes no pueden repudiar una asignación a título universal, ni una asignación de bienes raíces, o de bienes muebles que valgan más de veinte mil sucres, sin autorización judicial, con conocimiento de causa.

Tanto la *aceptación* como la *repudiación* de las asignaciones son *indivisibles*. De manera que no se podrá aceptar una herencia o legado en una parte solamente, aunque cuando se trata de diversos objetos o porciones independientes, se puede aceptar uno y repudiar otro. Supongamos que se llegue a una persona un automóvil y un caballo; se trata de dos objetos distintos, y por lo mismo bien se puede, por ejemplo, aceptar el automóvil y repudiar el caballo, o viceversa. En cambio, si se asigna todo el patrimonio (herencia), no se podría aceptar bienes y derechos y repudiar las obligaciones. Y en el evento de un legado de cien toneladas de trigo, no se podría aceptar tan sólo veinticinco. Lo que no admite la ley es la divisibilidad, indudablemente por las derivaciones y consecuencias que se producen.

También el repudio tiene que referirse a la asignación global. Se repudia toda la asignación o no se la repudia. Pero no se puede repudiar una parte de la asignación y aceptar otra, por el propio principio de la indivisibilidad, ya invocado. Al respecto, el artículo 1.273 es terminante, cuando norma que:

No se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar otra.

Tampoco se puede aceptar o repudiar condicionalmente ni desde o hasta cierto día, en consonancia con lo que prescribe el artículo 1.272, y esto es obvio por el espíritu mismo de la institución sucesoria. El heredero, por ejemplo, no podría comparecer ante el juez y manifestar: acepto la herencia si me gradúo de médico; o: repudio la asignación mientras me encuentre viajando por el África. Tampoco surtiría efecto, si el legatario expresara su voluntad de aceptar la casa materia de la sucesión desde el veinte de abril de mil novecientos ochenta o repudiar el legado si contrae matrimonio. Pero, como ya aclaramos, se puede aceptar una asignación y repudiar otra:

Pero no se podrá repudiar la asignación gravada, y aceptar las otras, a menos que se defiera separadamente por derecho de acrecimiento o de transmisión, o de sustitución vulgar o fideicomisaria; a menos que se haya concedido al asignatario la facultad de repudiarlas separadamente. (Art. 1.274).

Enunciamos en este mismo capítulo que el acto de aceptación o repudiación es libre, voluntario, facultativo y que a nadie se le puede imponer tal cosa; sin embargo, a manera de sanción, como lo ordena el artículo 1.276, *el heredero que ha sustraído efectos pertenecientes a una sucesión, pierde la facultad de repudiar la herencia; y no obstante su repudiación permanecerá heredero; pero no tendrá parte alguna en los objetos sustraídos.* Y en el caso del legatario, pierde los derechos que como tal pudiera tener sobre dichos objetos; y no teniendo el dominio de ellos, está obligado a restituir el duplo de ellos, sin perjuicio de las penas a las que fueran condenados por la infracción consumada tanto el legatario, al que expresamente nos referimos, como el heredero en el evento antes confrontado.

Propuestos los antecedentes relativos a la aceptación y repudio de las asignaciones, se plantean cuestiones de interés que deben ser absueltas, como las siguientes: ¿qué ocurre cuando un asignatario indebidamente no acepta ni repudia su herencia o legado? ¿Qué principios y normas establece nuestro Código, al respecto? ¿Existe alguna regulación que faculte exigir al heredero o legatario que se pronuncien respecto de su situación? El artículo 1.277 nos señala el procedimiento a seguir en tales circunstancias, cuando regla que:

Todo asignatario estará obligado, en virtud de demanda de cualquier persona interesada en ello, a declarar si acepta o repudia, y hará esta declaración dentro de los cuarenta días subsiguientes al de la demanda. En caso de ausencia del asignatario, o de estar situados los bienes en distintas provincias, o de otro grave motivo, podrá el juez prorrogar este plazo; pero nunca por más de un año.

Se entiende que el plazo comienza a correr desde que el asignatario es citado con la correspondiente demanda, mas no desde que ésta es presentada a la judicatura, porque sería injusto y contrario a todos los principios procesales. Y como corolario de todo lo propuesto, tenemos que aquí se puede presentar el único caso —de excepción, por cierto— de *repudio tácito*, cuando el asignatario incurre en mora, esto es cuando no obstante preceder orden judicial, guarda silencio, *no declara si acepta o repudia*, evento en el que *se entenderá que repudia*, como lo establece el artículo 1.278, disposición que concuerda con la contenida en el artículo 1.280, que prescribe que *la repudiación no se presume de derecho sino en los casos previstos por la ley*.

EFFECTOS JURIDICOS DE LA ACEPTACION O REPUDIO DE LAS ASIGNACIONES

Desde el momento en que una persona acepta la asignación expresa o tácitamente, asume la responsabilidad de señor y dueño; el patrimonio materia de la herencia o legado se incorpora al suyo propio, y los efectos de la aceptación se retrotraen al momento mismo de la apertura de la sucesión, vale decir desde el instante del fallecimiento del de cujus, a despecho de cuanto consigna el artículo 1.284 que prefiere que *los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia se retrotraigan al momento en que ésta haya sido deferida*; disposición esta última que atenta contra la realidad jurídica y económica y que pretende destruir todo el sistema, pues bien pueden ocurrir las siguientes circunstancias: a) que la delación se postergue, por ejemplo, por sucesivas repudiaciones; y b) que se trate de una asignación condicional, entonces surgiría el problema, ¿cuál es la situación del patrimonio sucesorio entre el deceso del causante y la delación? Más genuino, real y valedero es el criterio que hemos sostenido a través de nuestros estudios, es decir, que tales efectos se retrotraen al momento mismo de la apertura de la sucesión que, como hemos

recalcado, opera simultáneamente con la muerte del de cujus, sin margen temporal posible. No así la delación que en principio también es de generación automática, sin embargo, ese llamamiento puede verse postergado atentas circunstancias imprevisibles y contingentes, como las propuestas, esto es en el evento de que se produzca el repudio de la asignación y éste tenga lugar después de transcurrido algún tiempo, en que tendría que volverse a la segunda fase del derecho sucesorio, o sea a la delación, y esto puede ocurrir luego de corridos días, semanas, meses o años, lo cual entorpece todo el proceso, que jurídicamente exige y presupone la anulación de elementos o factores extraños, a fin de precaver que se produzca intervalo alguno entre la muerte de una persona y la existencia de su sucesor, en lo tocante al derecho de dominio del patrimonio sucesorio; o también cuando se trata de una condición suspensiva, en que necesariamente tendría que esperarse que se realice el hecho, para que nazca el derecho y pueda perfeccionarse la delación, todo lo cual provocaría respuestas anómalas y realmente conflictivas, que es preciso evitar y conjurar de antemano.

Este patrimonio ingresa al del continuador de la personalidad jurídica y económica del causante, en el caso del heredero, y simplemente, en tratándose del legatario, con los mismos caracteres, vicios y defectos, en el mismo estado y modalidad en que estuvo en poder del antecesor; ni ensanchado ni restringido, tal como estuvo al tiempo de abrirse la sucesión. Aunque las consecuencias jurídicas y económicas son diferentes, como se ha repetido, según se refiera al heredero o al legatario. Si al primero, éste tendrá que comenzar por cumplir las obligaciones del de cujus, del cual es su prolongación, su auténtico continuador, a quien le sucede en todos sus bienes, derechos y obligaciones fundamentalmente; e, inclusive, puede ver afectado su propio patrimonio, si acepta simple y llanamente la herencia que estuvo demasiado gravada, lo cual puede acarrearle hasta la insolvencia. Si el segundo, tan sólo recoge el bien materia del legado en el estado en que se encuentra y no asume otras responsabilidades, a menos que el testador le haya impuesto algún gravamen, alguna obligación.

La persona que acepta una herencia o legado se reputa, por consiguiente, como que fue heredero o legatario desde el momento mismo del deceso de su antecesor, sin ningún intervalo, sin interferencia posible, por más que el acto de aceptación se haya dilatado en el tiempo; y esto es obvio e impide con ello situaciones irregulares y aun problemáticas.

Con relación al repudio o *repudiación*, que es el vocablo que emplea más frecuentemente el legislador, también diremos que sus efectos se retrotraen asimismo al momento preciso de la apertura de la sucesión; de tal suerte que se reputará como que jamás fue heredero o legatario, y no asumirá responsabilidad alguna. A veces, en determinados casos, repudiar es más conveniente que aceptar; y quien repudia se ve liberado de complicaciones y situaciones por demás complejas; se descarga, por así decirlo, de confrontaciones y alternativas de lo más singulares y repletas de incertidumbre y expectativas lo más inquietantes.

Sin embargo, y dentro de esta situación, se propone también otra inquietud: ¿qué sucede con los acreedores del repudiante? Pues es muy posible que éstos fundaron su confianza en la expectativa de que el sucesor esté en condiciones de cumplir sus obligaciones, y precisamente por dicha circunstancia fueron amplios y generosos en conceder los préstamos solicitados, por ejemplo. Al respecto, el artículo 1.283 nos da la solución y constituye la clave en esta materia, cuando establece que:

Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta el valor de sus créditos; y en el sobrante subsiste.

Si en verdad la fase definitiva del Derecho Sucesorio es la *aceptación*, mediante la cual prácticamente el patrimonio del causante pasa ya a sus sucesores, por voluntad de ellos, salvo las excepciones previstas en la ley, y que es lo que interesa a la comuni-

dad y al proceso económico social de los pueblos; empero, en el evento de producirse la repudiación, se torna a la segunda fase, esto es a la *delación*, para que de nuevo opere el llamamiento pertinente, y agotándose los sucesores en las líneas de consanguinidad preestablecidas, surja el Estado, el mismo que siempre acepta, pero amparado por el beneficio de inventario, en consonancia con los principios y reglas que nos proponemos examinar en el siguiente capítulo.

Mas, antes de dar término al presente capítulo me parece oportuno citar la teoría de la *opción* desarrollada por los profesores franceses Mazeaud, en sus lecciones de Derecho Civil, quienes al plantearla, anotan estos puntos de vista: "Toda persona llamada a recoger los bienes del de cujus como heredera ab intestato, legataria o instituida por contrato, posee una opción. Esa persona es tan sólo un sucesible: *puede negarse a ser sucesora*. Por qué le está reservada esa posibilidad? Si se trata de una sucesión universal o a título universal, porque tal sucesión comprende no solamente el activo, sino el pasivo; de tal suerte, el sucesor quedará obligado a pagar las deudas del de cujus, incluso si exceden del activo que aquél reciba: *ultra vires successionis*; se advierte entonces el interés que puede tener un sucesible en no convertirse en sucesor. Si se trata de una sucesión a título singular, o sea, de un legado singular, la opción es el resultado de un principio de que nadie puede ser favorecido pese a él: un interés moral es susceptible de oponerse a la aceptación de una liberalidad; y hasta un interés pecuniario cuando el legado impone una carga" (*).

(*) Los profesores de la Facultad de Derecho de París Henri y León Mazeaud y Jean Mazeaud, Consejero de la Corte de Casación, en sus Lecciones de Derecho Civil, parte cuarta, volumen III, La Transmisión del Patrimonio Familiar, abordan la interesante cuestión de la Opción de los Sucesibles.



Concepto y objeto del beneficio de inventario.— Requisitos y características.— Quienes pueden acogerse a esta garantía: en qué momento y de acuerdo a qué modalidades.— Excepciones.— Personas naturales y jurídicas que están obligadas a aceptar la herencia con beneficio de inventario.— Efectos jurídicos y económicos.— Responsabilidades del heredero beneficiario.— Obligación de rendir cuentas.— ¿Pueden los legatarios acogerse a esta garantía?

En repetidos pasajes de nuestro estudio hemos insistido en destacar cuál es la situación del *heredero*, como continuador de la personalidad jurídica y económica del causante, a quien sucede en todos los bienes, derechos y *obligaciones* transmisibles. Y desde el momento en que el heredero ocupa el lugar de su antecesor, asume automáticamente el pasivo sucesorio, vale decir todas sus obligaciones; se coloca en situación especial, por cuanto bien puede ocurrir que las deudas sean mucho más cuantiosas que los bienes materia de la herencia que en verdad recoge al optar tal categoría. Hecho el balance entre el activo y el pasivo, puede resultar que éste supere a aquél, y a veces exageradamente.

El heredero, todavía en nuestra legislación, no ha perdido totalmente las características del heredero clásico del Derecho Romano, aunque evidentemente se le ha restringido en varios de los órdenes, circunscribiéndose su *reemplazo* tan sólo a las esferas *jurídica* y *económica*, habiéndose prescindido de todo cuanto concierne a las órbitas de lo social, político, religioso, militar, administrativo, etcétera. Más tarde, el feudalismo, mediante el sistema del mayorazgo, de modo preferente, logró imprimir diversa orientación, rodeándole a la sucesión de otra suerte de calidades, atributos y condiciones.

Actualmente el heredero universal asume la responsabilidad plena de todo cuanto atañe al activo y pasivo sucesorios, y parece que esto no siempre resulta de lo más conveniente y justo. Supongamos, por ejemplo, que en una sucesión la totalidad de bienes alcanza a la suma de trescientos mil sures, y las deudas, que constituyen todo el pasivo, ascienden a ochocientos mil sures; si el heredero acepta expresamente la asignación o hace actos de señor y dueño, lo cual comporta aceptar tácitamente, sufre menoscabo en su economía, desde luego que no sólo nada ingresará a su patrimonio, sino que, inclusive, se verá afectado el suyo propio en la cantidad de quinientos mil sures, ya que tiene que cubrir las obligaciones que llegan a ochocientos mil, y tan sólo cuenta en verdad con trescientos mil, como materia de los bienes sucesorios o mejor dicho su activo. Lo cual, a simple vista, no deja de causar molestias y problemas y, repito, no parece tan justo. Ahora bien, si el antecesor fue el padre, supongamos, y el hijo goza de una situación económica solvente, qué mejor que satisfaga todas las deudas y así mantenga la tradición de honor y el buen nombre de su padre. No obstante lo cual, y precisamente, para evitar que los herederos sufran un impacto y se vean lesionados en sus propios bienes, es que el legislador creó la institución del *beneficio de inventario*, o de inventarios, así en plural, como lo denominan algunos tratadistas, aunque pienso que da lo mismo, puesto que indistintamente hablamos del inventario o de los inventarios.

Por el beneficio de inventario se protege al heredero que habiéndose acogido a este privilegio, sólo está obligado a cubrir el pasivo hasta la medida del activo. Y el artículo 1.292 claramente establece que:

El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta el valor total de los bienes que han heredado.

Como se expuso oportunamente —al presentar el paralelo entre el sucesor a título universal y el sucesor a título singular— esta institución es típica, exclusiva del heredero, ya que únicamente a él se le faculta para invocar a su favor garantía tan importante; y jamás puede hacerlo el legatario, por cuanto él, por norma general, no asume el pasivo, sucede al causante en una o más especies o cuerpos ciertos o en una o más especies indeterminadas de tal género, a menos que de modo expreso así lo disponga el testador, como cuando en una cláusula de su carta testamentaria establece: "Asigno mi casa de la Avenida Río de las Amazonas número dos mil ochocientos a Ana, quien entregará cien mil sures que debo a María Esther; en cuyo evento, de considerarlo gravoso, le quedaría a la causahabiente la facultad de repudiar la asignación.

"Por la aceptación con el beneficio de inventario —apunta el tratadista Vittorio Polacco, en su texto De las Sucesiones— se evita la confusión de los dos patrimonios y por tanto no se dan las consecuencias de la aceptación pura y simple. En efecto la ley expresamente declara que el beneficio de inventario produce las dos consecuencias diametralmente opuestas a las de la aceptación pura y simple, que son: a) se extinguen por confusión los derechos recíprocos antes correspondientes a los dos patrimonios; y, b) el heredero está obligado a satisfacer, como si las hubiese contraído el mismo, las deudas hereditarias y a soportar las otras cargas que gravan sobre el patrimonio del difunto o impuestas por éste por acto de última voluntad, como son los legados. El efecto del beneficio de inventario consiste en dar al heredero estas ventajas:

que no sea obligado al pago de las deudas hereditarias y de los legados más allá de los bienes que le hayan correspondido y pueda liberarse cediendo todos los bienes de la herencia a los acreedores y legatarios; que no se confundan sus bienes propios con los de la herencia y le sea conservado contra ella el derecho a obtener el pago de sus créditos. La aceptación con el beneficio confiere al aceptante la calidad de heredero, y por eso de propietario de las cosas hereditarias, ni más ni menos que la pura y simple”.

El profesor de la Universidad argentina de Córdoba, Guillermo Borda, al referirse a esta institución en su Manual de Sucesiones, expone estos criterios: “El beneficio de inventario es un recurso que se concede al heredero para eludir la responsabilidad personal por el pago de las deudas del causante; en otras palabras, responde sólo con bienes dejados por éste, pero no con los propios. Si la herencia fuera manifiestamente insolvente, lo normal será renunciarla; pero muchas veces la situación patrimonial es confusa, no se conoce con precisión el estado de los negocios del causante, el monto exacto de sus bienes y deudas. En tal caso, aceptar la herencia lisa y llanamente es peligroso, porque las deudas pueden superar el haber; renunciarla, en cambio, sería perjudicial, si en definitiva resultara un superávit. El heredero cuenta entonces con la posibilidad de aceptar bajo beneficio de inventario, lo que implica dejar de lado el principio de la responsabilidad *ultra vires*”.

REQUISITOS Y CARACTERISTICAS DEL BENEFICIO DE INVENTARIO

Como toda estructura jurídica, para que produzca sus efectos, para que se perfeccione, la que analizamos, requiere de formalidades sin las cuales no valdría; y esos requisitos son cinco, a saber:

- 1º—Que el sucesor que se acoge a tal beneficio sea heredero testamentario o ab intestato;
- 2º—Que el heredero impetre a su favor de modo expreso dicho amparo;

3º—Que el heredero no haya aceptado antes expresa o tácitamente la asignación a título universal;

4º—Que los inventarios sean solemnes; y,

5º—Que se formen inventarios fieles.

Estudiemos de modo sucinto todos y cada uno de estos requisitos enumerados:

1º—*Que el sucesor que se acoge a tal beneficio sea heredero testamentario o ab intestato:*

En verdad se trata de una institución dedicada única y exclusivamente al heredero, por cuanto sólo él es el continuador de la personalidad jurídica y económica del de cuius, cuya vacante ocupa precisamente en esas dos esferas de manera primordial; y de acuerdo a lo expuesto en varios capítulos de nuestro estudio, en primer término responde por el pasivo. Ese es, en definitiva, el papel del heredero —sea testamentario o ab intestato—: pagar las deudas de su antecesor; cumplir todas sus obligaciones, en las cuales le sucede a título universal. El legatario, por tener otro carácter, no goza de esta especie de privilegio, como venimos sustentando; pues, aun cuando el testador le haga una asignación propiamente modal en que diga, por ejemplo, “dejo a Josefina mi casa ubicada en la avenida 12 de Octubre Nº 578, y le impongo la obligación de cancelar el crédito hipotecario que grava el referido inmueble para responder por el préstamo otorgado por el Banco del Pichincha”, a la legataria le asistiría la alternativa: o acepta la asignación y paga la deuda, o repudia el legado y con ello se libera del gravamen; o más categóricamente esta otra clase de asignación: “Asigno a Rafael Antonio mi hacienda “Pucate”, ubicada en la parroquia de Chambo, cantón Riobamba, quien pagará todas mis deudas”, evento en el cual el legatario de especie o cuerpo cierto debería previamente hacer un verdadero balance: verificar el valor matemático del predio materia de la asignación y el monto total de las deudas, a efecto de optar por la aceptación del

legado o su repudiación; pero jamás podría invocar a su favor el beneficio de inventario, pues no es heredero.

Un grave error se contempla a menudo en la esfera judicial y consiste en dar curso a las peticiones enderezadas por legatarios impetrando a su favor el beneficio de inventario, que legal, doctrinaria y por simple sentido común corresponde únicamente al heredero, que es el exclusivo titular posible del ejercicio de esta facultad, como queda esclarecido ampliamente.

29—*El heredero debe impetrar a su favor de modo expreso dicho amparo:*

Se trata de un derecho, de una facultad a la cual el heredero puede acogerse o no. Pero para gozar de esta garantía, hay que solicitar al juez, de manera expresa, haciéndole conocer que acepta la herencia, pero con beneficio de inventario. No se presume que todo heredero se acoge a dicha protección; todo lo contrario, el principio general es que el heredero tiene que cumplir sus obligaciones de modo pleno, sin limitación alguna; por excepción, cuando solicita expresamente el beneficio de inventario, no se le impone la obligación de pagar todas las deudas, sino hasta el monto del activo. De tal modo que nada ingresa a su patrimonio con respecto a la sucesión, pero tampoco nada egresa, pues con el activo que ha quedado se tratará de cubrir en lo posible el pasivo, y quienes serán los afectados indudablemente serán los acreedores del causante, cuando éste murió dejando numerosas deudas y casi en estado de insolvencia.

30—*El heredero no debió haber aceptado antes ni expresa ni tácitamente la asignación a título universal:*

Desde el instante en que el heredero universal declara que acepta la asignación, asume todas las responsabilidades, y previamente tiene que pagar las deudas hereditarias y testamentarias, sin poder eximirse de tal responsabilidad; y, al propio tiempo, cuando sin declarar que acepta, sin embargo hace actos de señor

y dueño, es decir, acepta tácitamente la herencia, y de manera automática se hace responsable por el pasivo sucesorio.

En la vida práctica son numerosos los casos que se presentan cuando el heredero, sin consulta previa o mal asesorado, procede a ejercitar actos de señor y dueño, como por ejemplo, cuando celebra contratos de compraventa, arrendamiento, anticresis, mutuo hipotecario, comparece en juicio en calidad de actor o de demandado, etcétera, en relación con los bienes materia de la herencia. Más tarde, practicado el balance, encuentra que el pasivo supera al activo, y en mucho. Entonces surge el conflicto, porque toda medida resulta extemporánea, ya no puede corregir el error; tal situación ya no convalece, pues aceptó, es heredero y en tal carácter tiene que pagar todas las deudas, aun en detrimento de su propio patrimonio y de su integridad jurídica y económica, por cuanto aun puede ser afectado con la declaratoria de insolvencia.

Lo aconsejado en tales casos es que el heredero previamente haga un cálculo estimativo de los bienes sucesorios y de las deudas hereditarias y testamentarias, cuando las haya, y cuando el pasivo se aproxima al activo, ya debe acogerse al beneficio de inventario, no se diga cuando el pasivo es igual o mayor que el activo, en que necesariamente debe aceptar la herencia con beneficio de inventario, pero absteniéndose de todo acto o contrato o declaración que le conviertan automáticamente en heredero.

Asimismo resulta improcedente e inconveniente la costumbre arraigada en algunos sectores profesionales, atados inconsciente y rutinariamente a la fórmula caduca de invocar a todo trance el "beneficio de inventario". Se dio el caso de que fallecido un distinguido profesional de la ingeniería, con un patrimonio abundante, con créditos a su favor y en una situación de solvencia plena, cuando su cónyuge supérstite solicitó al juez que declare abierta la sucesión y mande a formar los inventarios, con sorpresa y estupor constatamos que en la correspondiente demanda publicada por la prensa de acuerdo con las disposiciones legales, se acogía al beneficio de inventario, cuando no existía razón alguna. Una

petición en tal sentido repugna, porque hasta se pone en juego una regla peligrosa en torno de la reputación y buen nombre de un correcto y distinguido ciudadano, que ni siquiera remotamente se aproximaba a la insolvencia, pues para varios tratadistas, este beneficio debe ser impetrado en las sucesiones de los causantes insolventes.

49—*Los inventarios deben ser solemnes:*

Como se trata de una situación especial, la ley no permite que se practiquen inventarios comunes u ordinarios, desea que se les rodee de más formalidades, por la naturaleza de la institución a la que se acoge el heredero. Oportunamente examinamos que lo que constituye en esencia el inventario solemne es la presencia y actuación obligatoria del secretario de la correspondiente judicatura, lo cual no excluye la posibilidad de que también pueda solemnizar con su intervención el juez de la causa. ¿Querrá decir que se participa de mayor solemnidad aún con la presencia del juez? De ninguna manera, el secretario le da solemnidad suficiente a esta diligencia y nadie más; ahora, como “lo que abunda no daña”, hay situaciones en que a petición de parte o por propia iniciativa, o de oficio, como se dice, interviene también el juez. De todos modos, siempre en la práctica procesal se puede evaluar la diferencia y los contrastes entre una y otra clase de inventarios; como que la comparecencia del secretario le participara de un carácter de mayor seriedad y trascendencia, pues se fija día y hora para iniciar la diligencia, el secretario va tomando nota —a más del perito o peritos— del activo y pasivo, se deja constancia de todo lo actuado en el correspondiente proceso, y en fin con una serie de actuaciones se da solemnidad a los inventarios, y esto favorece inclusive a los acreedores hereditarios y testamentarios.

Vale la pena mencionar la regla contenida en el artículo 1.300, de acuerdo con la cual se establece que:

Tendrán derecho a asistir al inventario el albacea, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos o abintestato, el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito. Las personas antedichas podrán ser representadas por otras que exhiban escritura pública o privada en que se les cometa este encargo, cuando no lo fueren por sus representantes legales, tutores, curadores o cualesquiera otros legítimos representantes. Todas estas personas tendrán derecho a reclamar contra el inventario en lo que les pareciere inexacto.

5º—Los inventarios deben ser fieles:

Nos preguntamos, ¿No serán acaso suficientes los inventarios solemnes? El requisito de que los inventarios sean *fieles* se refiere a que sean verídicos, auténticos, que respondan estrictamente a la realidad, porque bien puede acontecer que para rehuir el cumplimiento de las obligaciones —inclusive de orden tributario— se proceda a ocultar algunos bienes, papeles, etcétera, o a fijarles valores que no son los comerciales y los que en efecto rigen dentro de la respectiva circunscripción territorial. También se observa a menudo que los peritos y actuarios se concretan a reproducir las cifras constantes del avalúo catastral correspondiente, que en varios cantones, especialmente de nuestra Costa, no reflejan ni en mínima parte el valor efectivo, singularmente en estos tiempos de escandalosa inflación, en que se ha perdido toda ponderación en materia de compraventa de bienes raíces. Se compra y vende, por ejemplo, casas y aun departamentos en más de un millón de sucres, y sus avalúos catastrales son irrisorios y realmente inferiores en alto grado. Frente a esta costumbre nociva y ancestralmente mantenida es que se impone el que los valores de los bienes sucesorios, respecto de los cuales se ha impetrado el beneficio de inventario, correspondan matemáticamente a la verdad y sean practicados con la máxima fidelidad posible.

Y al respecto de esto la disposición contenida en el artículo 1.301 es terminante, cuando dice que:

El heredero que en la formación del inventario omitiere de mala fe hacer mención de cualquiera parte de los bienes, por pequeña que sea, o supusiere deudas que no existen, no gozará del beneficio de inventario.

PERSONAS A LAS QUE FAVORECE EL BENEFICIO DE INVENTARIO Y PERSONAS QUE ESTAN OBLIGADAS A ACEPTAR CON DICHO BENEFICIO

Hemos sostenido que el beneficio de inventario es institución propia, exclusiva del heredero, en consonancia con aquello que representa, como si dijéramos, la clave en esta materia y que queda consagrada con la disposición contenida en el artículo 1.297, cuando se proclama que:

Todo heredero conserva la facultad de aceptar con beneficio de inventario mientras no haya hecho acto de sucesor a título universal (heredero); sin embargo de este principio motor, obviamente se desprende que existen dos excepciones inobjetables: a) no gozan de este privilegio quienes no hacen uso de su derecho, vale decir los herederos que no invocan expresamente a su favor tal beneficio; y, b) quienes expresa o tácitamente aceptan la herencia sin manifestar que lo hacen con beneficio de inventario.

El artículo 1.293 inclusive acentúa el valor de este principio cuando ordena que:

Si de muchos coherederos unos quieren aceptar con beneficio de inventario y otros no, todos estarán obligados a aceptar con beneficio de inventario; supongamos que en una sucesión existen diez herederos y uno solo de ellos impetra tal amparo, dicha invocación favorecerá a todos sin excepción, desde luego que

la ley así lo dispone y resuelve el problema en el sentido más favorable para todos. Para el legislador tiene tanta trascendencia la institución que comentamos que aun llega a *negar al testador el derecho de prohibir que su heredero acepte con beneficio de inventario*, como lo contempla al artículo 1.294.

No obstante de que se trata de un acto meramente facultativo —que puede ejercerse o no— la propia ley concede, como si dijéramos automáticamente, tal protección a varias personas jurídicas y a varias personas naturales; y quienes gozan del beneficio de inventario, inclusive sin pedirlo, son:

- 1º—El Fisco;
- 2º—Las corporaciones y establecimientos públicos;
- 3º—Las personas que no pueden aceptar o repudiar sino por ministerio o con autorización de otras; y,
- 4º—Los herederos fiduciarios.

Y en tratándose de las tres primeras clases de personas, el inciso final del artículo 1.295 es categórico respecto de esto cuando establece que:

No estarán obligadas por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta donde alcance lo que existiera de la herencia al tiempo de la demanda, o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas.

RESPONSABILIDADES DEL HEREDERO BENEFICIARIO

Ya dijimos que quien no se acoge al beneficio de inventario responde por la totalidad del pasivo, aun en menoscabo de su propio patrimonio; su descuido o negligencia pueden acarrearle confrontaciones graves e insalvables. Sin embargo no se crea que el heredero beneficiario queda, por ser tal, plenamente relevado de

toda responsabilidad, pues nuestro Código se ha preocupado por normar las diversas situaciones cuando en los artículos 1.302, 1.303, 1.304 y 1.305 puntualiza las responsabilidades que se derivan de dicho acto voluntario:

- a) El heredero que acepta con beneficio de inventario se hace responsable, no sólo del valor de los bienes que reciba al tiempo de abrirse la sucesión, sino *aun de los que posteriormente sobrevengan a la herencia sobre la que recaiga el inventario*, al cual se agregará la enumeración y avalúo pertinentes con las mismas formalidades observadas para el principal;
- b) Se hará asimismo responsable de todos los créditos, como si los hubiese efectivamente cobrado; todo ello sin perjuicio de que, para su descargo en el tiempo debido, justifique lo que sin culpa suya haya dejado de cobrar, poniendo a disposición de los interesados las acciones y títulos no pagados; y,
- c) El beneficiario será responsable, hasta la culpa leve, de la conservación de las especies o cuerpos ciertos que se deban.

Empero, el heredero que goza del beneficio de inventario, *podrá en todo tiempo exonerarse de sus obligaciones, abandonando a los acreedores los bienes de la sucesión que deba entregar en especie y el saldo que reste de los otros, y obteniendo de ellos o del juez la aprobación de la cuenta que de su administración deberá presentarles.*

De lo último se desprende que el beneficiario debe rendir cuentas, y especialmente cuando opusiere a una demanda la excepción de estar ya consumidos en el pago de deudas y cargas los bienes hereditarios o la porción de ellos que le hubiere cabido, en que, *deberá probarlo presentando a los demandantes cuenta exacta y en lo posible documentada*, de cuantas inversiones haya hecho, como lo manda el artículo final de este título. Pero también, cuan-

do consumidos los bienes de la sucesión, o la parte de ellos que le hubiere cabido al beneficiario en el pago de las deudas y cargas, deberá el juez, a petición de aquél, citar por edictos a los acreedores hereditarios y testamentarios que no hayan sido pagados, para que reciban cuenta exacta, y en lo posible documentada de cuantas inversiones haya hecho, y sólo aprobado por ellos o por el juez, en el evento de que exista discrepancia entre éstos, será declarado libre de toda responsabilidad ulterior (Art. 1.307).

El Código Civil argentino en esta materia no admite la gradación de culpas y dispone que el heredero beneficiario *es responsable de toda falta grave en su administración* (Art. 3.384, 1ª parte) y en la 2ª contempla lo siguiente: "Si su administración fuere culpable, o por otra causa personal al heredero, perjudicare los intereses hereditarios, los acreedores y legatarios pueden exigirle fianza por el importe de los perjuicios que ella les cause; y si el heredero no la diere, los muebles serán vendidos, y su precio depositado, como también la porción del precio de los inmuebles que no se emplease en pagar los créditos hipotecarios; y aun cuando los créditos absorban toda la herencia, no puede pedir comisión alguna por su administración, aunque la sucesión sea abandonada a los acreedores y legatarios".

No debemos cerrar este capítulo sin aclarar el principio inherente a la confusión de deudas y créditos que, para el caso de gozar del beneficio de inventario precisamente se evita tal situación, y las deudas y los créditos propios del beneficiario no se confunden con los propios de la sucesión, al tenor de lo que prescribe el artículo 1.304 de nuestro Código Civil vigente.



CAPITULO XXXI

PETICION DE HERENCIA Y OTRAS ACCIONES QUE AMPARAN A LOS SUCESOES

Principales acciones que amparan a los herederos: a) petición de herencia; b) acción reivindicatoria; y, c) otras acciones especiales.— Concepto y objeto de la petición de herencia.— Quién tiene facultad para intentar la acción de petición de herencia; contra quién ha de intentarla; ante quién y dentro de qué tiempo.— Consecuencias jurídicas y económicas de la petición de herencia.— Prescripción de la acción.— Acción reivindicatoria.— Concepto y objeto.— Quién tiene derecho a proponerla; contra quién; ante quién y dentro de qué período de tiempo.— Consecuencias jurídicas y económicas.— Prescripción.— Diversas otras acciones de heredero, principalmente las de intervenir en juicio, ya como actor, ya como demandado, en su calidad de continuador de la personalidad jurídica y económica del de cujus.— Conclusiones respecto a las acciones que amparan a los herederos.— Las acciones propias del legatario: a) acción reivindicatoria; y, b) acciones especiales.— Acciones exclusivas del legatario de especie.— La acción del legatario de género, para exigir la entrega de la especie indeterminada de tal género, con la cual le ha favorecido el testador.— Problemas y ensayo de modelos de diferentes peticiones al respecto.

En verdad el ser sucesor constituye algo así como una "categoría", y quien sucede a una persona está revestida, además de recoger los bienes, derechos y obligaciones —en el caso del heredero— y exclusivamente los bienes —en el caso del legatario— de ciertas acciones que dinamizan su respectiva calidad y permiten ejercitar su derecho.

Nosotros, en este capítulo, debemos circunscribir la esfera de las apreciaciones únicamente al campo propio de las acciones, ya del heredero, ya del legatario.

ACCIONES DE LOS HEREDEROS

Si el heredero es en la práctica el continuador de la personalidad jurídica y económica del causante, es obvio que está revestido de ciertas acciones que le son propias y características; y estas acciones son de tres clases:

- 1ª—La acción de petición de herencia;
- 2ª—La acción reivindicatoria; y,
- 3ª—Acciones especiales.

Acción de petición de herencia

Puede ocurrir que una tercera persona, que no es heredero, pero que se cree ser tal, esté en posesión de los bienes hereditarios. Ante tal situación —no inverosímil ni excepcional— el legislador con perspicacia y prudencia, ha previsto una acción estrictamente legal y de carácter ético, para que frente a la disparidad de posiciones del heredero, que vamos a denominarle "auténtico" y del heredero, que vendría a resultar "putativo", éste sea conminado por la autoridad competente a reintegrar dichos bienes por los cauces idóneos, evitando toda confrontación al margen del derecho, que generaría conflictos y situaciones hasta de índole penal.

El profesor Valencia Zea, ya citado, al respecto dice: "La acción de petición de herencia se dirige a dirimir quién tiene mejor derecho a recoger una herencia determinada; versa sobre el *título de heredero*, es decir, acerca de quién tiene mejor título a una herencia".

Se podrá argüir que circunstancias como las planteadas jamás pueden presentarse; sin embargo, en la práctica no son raros dichos casos, y para objetivizarlos me propongo señalar algunos que se han producido:

I

El señor "X" otorga su testamento mediante el cual instituye heredero a "Z", quien de labios del propio testador o por terceras personas llega a conocer de esta disposición. Empero, más tarde "X" otorga un nuevo testamento, en el cual nombra como su heredero universal a "S", con lo cual ha revocado tácitamente su carta testamentaria anterior. A su deceso, "Z", que estaba convencido de ser el heredero único del testador, asume la calidad de tal, de muy buena fe, y sólo más tarde llega a enterarse de que su expectativa se desvaneció por el segundo y definitivo testamento, cuya disposición principal precisamente consagra la calidad de asignatario a título universal a favor de "S".

II

Fallece una persona sin otorgar testamento; como no se conocía la existencia de hijo alguno extramatrimonial, su cónyuge sobreviviente se cree heredera universal, al tenor de la ley, y por ser llamada en su orden, a falta de descendientes y ascendientes, y aspira a la totalidad del patrimonio sucesorio. Más tarde, aparece una persona que dice ser hijo del causante y mediante la exhibición de la respectiva partida de nacimiento acredita su estado civil y por ende la calidad de hijo del de cujus.

III

A la muerte del antecesor quedan como sus únicos y universales herederos A, B y C, y puede ocurrir que sólo "C" esté en posesión de la herencia creyéndose único y universal heredero abintestato, dejando, por consiguiente, al margen de la sucesión a "A" y a "B".

IV

En un núcleo familiar de aquellos patriarcales —tan común en nuestras ciudades de antaño— han morado muchas personas en una casa que sucesivamente ha ido pasando de unas personas a otras, y ante los decesos de varios de los considerados principales sucesores, ha sobrevivido una persona ligada por vínculos de consanguinidad bastante remotos con los titulares originarios o quizá sin nexó alguno de parentesco. Mas, como viviera muchos años en dicho bien raíz e inclusive se le estimaba como miembro íntimo de familia, se le reputa sucesora de los últimos que sobrevivieron. Pero he aquí que retorna del exterior, en donde ha residido por largos años, el hermano del último de los legítimos propietarios, quien falleció célibe sin dejar descendencia ni ascendientes; él si tiene la calidad de heredero ab intestato.

En fin suelen presentarse estos y otros casos parecidos en que coexisten dos herederos: el *putativo*, que se cree ser genuino y en dicho carácter asume la posesión de los bienes sucesorios, y el *auténtico* o legítimo. A éste le asiste todo derecho y en consecuencia está revestido de la acción de petición de herencia. En los cuatro ejemplos propuestos, "S", por expresa disposición testamentaria última y definitiva, en el primer caso; el hijo, quien excluye a todos los demás y aun a la cónyuge supérstite, en el segundo; "A" y "B", en el tercero, puesto que también son herederos, y no únicamente "C"; y, finalmente, el hermano, llamado en tercer lugar dentro de

los órdenes de la sucesión intestada, en el cuarto ejemplo formulado. Y todos ellos, por ser los herederos, tienen derecho a deducir la acción de petición de herencia contra "Z", la cónyuge sobreviviente, "C" y la persona que estaba en posesión del patrimonio hereditario, respectivamente.

En consecuencia, diremos que la *acción de petición de herencia* es aquella en virtud de la cual el heredero comparece ante el juez y le solicita que le reconozca como tal y disponga que se le restituya y adjudique el patrimonio hereditario que está en poder de una tercera persona que también se cree heredera, sin serlo.

Al efecto, el artículo 1.309 señala la norma precisa por la cual:

El que probare su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales, y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc. y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños.

Y la disposición siguiente, vale decir la contenida en el artículo 1.310 insiste en que:

Se extiende la misma acción no sólo a las cosas que al tiempo de la muerte pertenecían al difunto, sino a los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia.

Únicamente al heredero le asiste el derecho de intentar la acción de petición de herencia, entendiéndose por tal a la persona que por voluntad del causante expresada testamentariamente le confiere ese carácter específico o a la persona llamada por la ley a falta de testamento válido y eficaz, en tratándose de sucesiones abintestato. Se trata, pues, de una institución propia, exclusiva del heredero.

No obstante lo cual hay que distinguir entre éste y el que se cree heredero sin serlo, al que le hemos dado la denominación de *heredero putativo*. En realidad ni se le ha hecho el llamamiento mediante carta testamentaria ni pertenece, con derecho, a alguno de los órdenes de la sucesión intestada; mientras el heredero justifica su calidad de tal, aquél no puede exhibir testamento en que se le instituya heredero ni puede demostrar con los instrumentos públicos del caso que a él le corresponde la herencia ab intestato, por participar del primero, segundo o tercer orden de la sucesión legal, en tratándose de personas naturales, o del cuarto, reservado tan sólo para el Estado, representado desde el año de 1942 por la Junta de Defensa Nacional, en consonancia con las disposiciones pertinentes.

Esta acción de petición de herencia hay que proponerla ante el juez competente y en el evento de muerte natural, el juez competente es el del último domicilio del de cujus (no el del lugar en donde fallece, sino el del lugar en donde tuvo su residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella); en el caso de declaratoria de muerte presunta por desaparecimiento, el juez del último domicilio conocido en el Ecuador. Esto en relación con el territorio; en lo que concierne a la cuantía, si se la determina, será el juez provincial o cantonal, o más propiamente el primero, por tratarse generalmente de cuantía indeterminada.

El artículo 1.314 señala que:

El derecho de petición de herencia expira en quince años. Pero el heredero putativo, cuando por disposición judicial se le ha concedido la posesión efectiva, podrá oponer a esta acción la prescripción de cinco años contados como para la adquisición de dominio.

Es decir, si bien es verdad que el heredero puede entablar su acción de petición de herencia dentro de los quince años, a partir del quinto año, corre el riesgo de que el tenedor, que también se

considera heredero, haga uso de este derecho y obtenga sentencia por la cual el juez deseche la acción de petición de herencia y reconozca que el "putativo" ha adquirido el dominio de los bienes hereditarios por prescripción. Lo aconsejable será, en consecuencia, que el heredero deduzca su acción antes de los cinco años. ¿Qué ocurriría si no obstante haber transcurrido más de cinco años, el heredero putativo no hace uso de este derecho que le franquea la ley? Simplemente que el juez, probada la calidad de heredero, tendrá que adjudicarle los bienes sucesorios y condenará al "putativo" a la restitución correspondiente.

Quien, creyéndose heredero, está en posesión de los bienes hereditarios, es condenado a restituirlos a la persona que tiene derecho y justifica su calidad de asignatario a título universal, como se ha repetido insistentemente, deberá satisfacer acto seguido la emanación judicial, inclusive para liberarse de mayores derivaciones. Aunque pueden producirse diversas situaciones una vez deducida la acción, y no siempre opera una respuesta razonable como es de esperar atentos los antecedentes jurídicos; lo lógico y procedente sería que ni siquiera se espere el fallo, sino que se obre con sujeción al derecho y a los dictados de conciencia, tan pronto como se propone la litis. Mas, si citado con la demanda, el heredero putativo continúa en posesión de los bienes, se le reputará tenedor de mala fe y en tal carácter tiene que restituir, a más de todo el patrimonio sucesorio, los frutos que ha percibido. No así el poseedor de buena fe, que sólo está obligado a entregar los bienes sucesorios tal como se encuentren al momento de haber sido citado con la consiguiente demanda. El artículo 1.312 nos proporciona una regla más explícita, cuando establece que:

El que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico; pero habiéndola ocupado de mala fe, lo será de todo el importe de las enajenaciones y deterioros.

De todos modos, la demanda es el punto de partida para calificar si existe buena o mala fe, y más concretamente la citación que se hace de ella al heredero putativo, en la forma legal. El caso más frecuente es aquel en que se han otorgado sucesivos testamentos, revocando las asignaciones a título universal; el primero o anterior heredero —que sólo tuvo una mera expectativa— si no conoció de una posterior disposición mediante la cual se dejó sin efecto, revocando expresa o tácitamente la anterior, en la que se le instituía heredero, presumimos que actúa de buena fe.

El profesor Ramón Meza Barros considera que “el fallo que acoge la acción de petición de herencia da origen a diversas y recíprocas prestaciones entre el supuesto heredero y el verdadero que obtuvo en el pleito. Para los efectos de estas prestaciones mutuas, como sucede en la acción reivindicatoria, es fundamental indagar si el poseedor vencido ha estado de buena o mala fe”. Y más adelante, añade: “Es preciso examinar el valor de los actos ejecutados por el heredero aparente, vencido en el juicio de petición de herencia” y considera que los actos de disposición del heredero aparente no son propiamente inválidos sino inoponibles al verdadero heredero”; y concluye con este criterio interesante: “No obstante gran parte de la doctrina cuestiona esta conclusión, inspirándose en serias consideraciones de equidad. Se dice que el tercero que ha cedido a un invencible error no debe ser víctima de su buena fe y que la pérdida debe más bien soportarla el verdadero heredero que no se ha dado a conocer y negligentemente ha dejado que otro le suplante y ocupe su lugar”.

Acción reivindicatoria

La segunda acción que ampara a los herederos es la que se conoce con el nombre de *acción reivindicatoria*, precisamente mediante la cual, cuando los bienes sucesorios están en poder de terceras personas que no son ni se creen herederos, a los genuinos les corresponde intentarla, a efecto de que el juez les reconozca como tales y ordene al poseedor extraño restituir todo cuanto constituye

materia de la asignación a título universal, al legítimo sucesor del de cujus.

Tratándose de esta acción, tenemos que precisar conceptos: 1º) a quién corresponde; 2º) contra quién debe intentarse; 3º) cuáles son las consecuencias; y, 4º en qué tiempo prescribe.

1º—¿Quién tendrá derecho a plantear la acción reivindicatoria?

Pues, simplemente el heredero o herederos, personalmente o por procurador especial, desde luego que lo que precisamente constituye la esencia de la acción es que está consagrada tan sólo en favor del heredero, cuyo patrimonio materia de la herencia está en poder de terceras personas, que ni siquiera invocan a su favor la calidad de sucesores a título universal. Y esto es lo que diferencia sustancialmente a esta acción de la ya estudiada con anterioridad.

2º—¿Contra quién debe intentarse esta acción?

La acción reivindicatoria se deduce contra la persona o personas que están en posesión de los bienes materia de la sucesión hereditaria, sin considerarse herederos; es decir, se trata por lo común de personas extrañas a tal derecho, que por ningún título son herederos. Insistimos en que allí radica el principal contraste, y muy sutil por cierto, con la petición de herencia, que está dirigida siempre y exclusivamente contra quienes poseen los bienes, como herederos también, sin tener la calidad de tales. En la acción reivindicatoria hay tenencia asimismo, hay ocupación del patrimonio sucesorio, pero por parte de extraños; de personas que ni remotamente están amparadas por algún antecedente que les hiciera por lo menos presumir que eran herederos; son, pues, terceras personas ajenas a la categoría de sucesores a título universal.

39—¿Qué consecuencias se derivarán de esta acción?

Las consecuencias de la acción reivindicatoria, son principalmente: a) que quien está en posesión de la herencia sin ser causahabiente a título universal, se halla en situación irregular, que bien puede llegar a reputarse como dolosa, e inclusive delictiva; y, b) está obligado a restituir todos los bienes sucesorios que ha estado ocupando, usando, usufructuando, etc. Empero, si ha estado de buena fe, sólo tendrá que restituirlos tal como están al momento de la citación con la demanda. Si se le declara que ha estado en posesión de dichos bienes de mala fe, a más de devolverlos, será condenado a responder por el deterioro, los frutos, indemnización de daños y perjuicios, costas y gastos procesales.

Por ejemplo, se reputará de buena fe a quien compró los bienes sucesorios en tal carácter, sin percatarse exactamente de la situación de ellos, mientras no haya prueba en contrario. Se reputará, en cambio, de mala fe, a la persona que tomó posesión de los bienes materia de la sucesión, a sabiendas de que existía heredero. Por ejemplo, si el heredero se halla ausente del lugar en donde se abre la sucesión, y una persona extraña, conociendo de dicha ausencia, ocupa los bienes, no como heredero, pero atribuyéndose la calidad de señor y dueño. Todo lo cual configurará el cuadro jurídico obvio para que el juez proceda a declararle poseedor de mala fe y le condene a la restitución de los bienes en el estado en que se encontraban al tiempo de la apertura de la sucesión, más los frutos, indemnización de daños y perjuicios, deterioros, gastos y costas procesales.

40—¿Dentro de qué tiempo prescribe esta acción?

También esta acción, como la de petición de herencia, prescribe a los quince años, contados desde el fallecimiento del causante, en que se abre la sucesión, porque quien está en posesión tranquila e ininterrumpidamente por ese período de tiempo, como mínimo, está asistido del derecho de oponerse a toda acción, alegan-

do la prescripción mayor extraordinaria operada en su favor, y adquiere el derecho de dominio por el último de los modos adquisitivos contemplados en la ley. Pero de todas maneras requiere un título y éste estará dado por la sentencia judicial ejecutoriada, pasada en autoridad de cosa juzgada, protocolizada a posteriori en una notaría, e inscrita en el correspondiente registro de la propiedad del cantón o cantones a los cuales pertenecen el bien o bienes materia de la herencia.

Acciones especiales de heredero

Es preciso insistir en esa como fórmula sacramental, pues siendo el heredero el continuador de la personalidad jurídica y económica del predecesor, es una especie de reemplazo o "resurrección" en esas dos órbitas exclusivas. Ha habido un desdoblamiento: quien feneció está en el recuerdo, en la plegaria, en la desolación y soledad, en el dolor de los que le amaron; pero insurge, como de la nada, quien va a ocupar su puesto y va a recoger sus bienes, *derechos* y obligaciones. Los mismos derechos de que estuvo revestido el de cujus, se trasladan a él, menos aquellos considerados de carácter estrictamente personales o "personalísimos", que se extinguieron con su vida. Por consiguiente, el heredero recoge todas las acciones de que hizo uso o no lo hizo su antecesor, gozando de tal derecho; y esas acciones son numerosas y de toda índole:

A

Mientras el causante se hallaba enfermo, el vecino de su predio inicia la construcción de una casa, ocupando parte del lote de terreno de aquél, quien, por su estado delicado de salud, no impidió tan inaudito atropello. El heredero, si no ha prescrito la acción, deberá intentar el juicio de obra nueva; está amparado por ese derecho, justamente como continuador de la trayectoria jurídica del de cujus.

B

Entre los papeles sucesorios, se encuentra una letra de cambio, girada por el causante, a su orden, por la suma de veinte mil sucres, aceptada por X y vencido el plazo en los días inmediatamente anteriores al deceso de aquél; el heredero del girador, que ya es muerto, estará revestido de la facultad de intentar la acción ejecutiva en contra del aceptante para cobrar el dinero que se le debía y que ahora le pertenece, como sucesor a título universal.

C

Supongamos que el antecesor, en su calidad de arrendador de un inmueble urbano, había planteado un juicio de inquilinato encaminado a obtener que el juez declare terminado el contrato de arrendamiento, por mora en el pago de las respectivas pensiones, por dos meses o más y disponga que el arrendatario desocupe el local materia del contrato, pague las pensiones vencidas y que se vencieren hasta la entrega del bien materia del contrato, etcétera, y fallece antes de pronunciarse sentencia; el heredero tiene pleno derecho a proseguir el trámite de la litis; y aún más, en defensa de los derechos sucesorios, yo argüiría que está obligado.

D

Una persona, en su calidad de coasignatario de los bienes sucesorios, es uno de los interesados en el juicio de partición que se ventila ante el juez competente, y antes de terminar el proceso, muere. Su heredero será quien continúe el curso de la acción, desde luego que ocupa el lugar, reemplaza a quien habiendo fenecido sin obtener fallo respecto de la causa en que era parte, transmite a su sucesor igual derecho.

Como podrá deducirse, en todos los casos examinados se trata de acciones en que el de cujus o sus herederos participan como

actores. A estas acciones se les podría denominar *activas*, desde luego que el actor recoge la facultad de iniciar la litis o de impulsar las ya iniciadas por su antecesor, en igual carácter.

Pero también, frente a las acciones así bautizadas, podríamos hallar las que deberían conocerse con el nombre de *pasivas*, vale decir, aquellas en que el causante soportó la demanda; es decir, tuvo la condición de demandado. Su heredero tendrá que defenderse y hacer valer sus derechos, continuando la causa, pero ya no como demandante, sino pasivamente, recibiendo los efectos de la contienda, que pueden debilitarse o superarse mediante una justa, inteligente y atinada defensa, que podría dejar incólumes los derechos que pretendían arrebatarse o quebrantarse. La omisión o negligencia en estos casos puede resultar perjudicial, contraproducente y a veces fatal. Por ejemplo, no proponer oportunamente y dentro de término un recurso, no deducir excepciones, no fundamentar un recurso, no actuar pruebas, etc., etc. Bien se colige que no todo el que demanda tiene razón y está asistido del derecho; a veces se cometen precisamente los más incalificables atropellos, y la defensa está consagrada por los principios universales de derecho, por todas nuestras Cartas Políticas y por las leyes especiales, generalmente, y es obligación de quien está amparado por la justicia y el derecho defenderlos contra quienes pretenden mancillarlos.

Todo esto en el evento de que se haya incoado acción en contra del propio predecesor; pero también puede ocurrir que terceras personas demanden al heredero, en su calidad de tal, por actos u omisiones que correspondieron al causante y que quedan francos en contra de quien es su sucesor a título universal. También se trataría de acciones pasivas, que imponen el deber de afrontarlas y no soslayarlas en modo alguno, porque en ello estriba el interés sucesorio.

Las acciones que propongan los herederos en tal carácter, o las acciones que sean deducidas en contra de ellos, tienen que reunir varios requisitos: a) presentación de la respectiva partida de defunción del de cujus; b) justificación de la calidad de herederos,

mediante la exhibición de los correspondientes instrumentos públicos; c) citación de los causahabientes a título universal que se los conoce, en la forma legal; y, d) citación por la prensa a los herederos presuntos o desconocidos, al tenor de lo que prescribe el artículo ochenta y siete del Código de Procedimiento Civil.

Las personas citadas mediante publicación por la imprenta y que no comparecieron dentro de veinte días hábiles a contarse del último aviso, podrán ser consideradas o declaradas rebeldes, es decir, no se contará para nada con ellas, puesto que no existe sujeto procesal a quien notificarle con las pertinentes providencias: decretos, autos y sentencias que en tal causa se pronuncien.

Conclusiones respecto a las acciones que amparan a los herederos

Para resumir este acápite, insistiremos en que los herederos están respaldados por tres clases de acciones: 1ª) la acción de petición de herencia que ampara al heredero contra quien está en posesión de los bienes hereditarios, como heredero, sin gozar de tal privilegio; 2ª) la acción reivindicatoria que favorece al heredero contra terceras personas que tienen la tenencia del patrimonio sucesorio, pero no con el carácter de herederos; y, 3ª) acciones especiales que asistían al propio de cujus y que no las ejercitó, o habiéndolas comenzado a ejercer, no llegaron a culminar mediante el fallo pertinente; y siendo el heredero una proyección de la personalidad jurídica y económica de su antecesor, como se ha proclamado con insistencia, está igualmente revestido de las mismas acciones, excepción hecha de las de carácter estrictamente personal, como por ejemplo, una causa de divorcio, un juicio de alimentos —como alimentante o alimentario—, una acción penal de acusación particular, por actos u omisiones conscientes atribuidos exclusivamente a la persona de cuya sucesión se trata.

En esta materia es interesante recordar la teoría del profesor Julius Binder, quien no está de acuerdo en que se hable de petición de herencia, sino más bien de *pretensión de herencia*; y hasta

cierto punto tiene razón, desde luego que el concepto de "acción" propiamente no corresponde al derecho sustantivo —derecho civil— sino más concretamente al derecho adjetivo —derecho procesal—.

Cuando el profesor colombiano Simón Carrejo habla de estas acciones, cree encontrar dos diferencias más notorias: 1ª) en cuanto al *objeto*, ya que la acción de petición de herencia, como se desprende de su propia definición, tiende primordialmente a la demostración y reconocimiento judicial de la condición de *heredero* que tenga el demandante; "es sólo en consecuencia de estos últimos elementos —demostración y reconocimiento— como puede aspirar el actor a que el juez ordene la restitución de la universalidad hereditaria; y, 2ª) en cuanto a la *prueba*, que en las dos acciones varía: en la de petición de herencia se probará la condición de heredero, al paso que en la reivindicatoria lo que demostrará el demandante será su condición de *dueño*, por cuanto lo que se disputa es si la propiedad, demostrada, da además al actor una posición preeminente jurídicamente, y por lo mismo preferible a la de poseedor".

Además, "como sucesor de todos los derechos del difunto, y como titular del dominio per *universitatem* sobre los bienes de la herencia —sostiene Carrizosa Pardo— al heredero pasan todas las acciones que el de *cujus* tenía, y así puede, representando la sucesión y pidiendo para ella, incoar cualquier acción mueble o inmueble, tal cual podría haberlo hecho éste en vida. Tiene personería el heredero para mover los interdictos posesorios que por su calidad de dueño correspondían al difunto, y la tiene para demandar la resolución o nulidad de los contratos, etc., etc. y para reivindicar para la herencia".

ACCIONES DE LOS LEGATARIOS

Así como los asignatarios a título universal —herederos— están revestidos de un conjunto de acciones, como lo hemos demostrado en los estudios precedentes, también los legatarios, aunque son asignatarios a título singular, están respaldados igualmente

por acciones dirigidas a precautelar sus derechos e intereses, respetando la voluntad del testador, que se contrajo a asignarle una o más especies o cuerpos ciertos o una o más especies indeterminadas de tal género.

Del enunciado puntualizado se desprende que existen dos clases de legatarios: I) legatarios de especie; y, II) legatarios de género. Por consiguiente, asimismo tendremos que referirnos a las acciones que favorecen a los legatarios de especie y a las acciones que amparan los derechos de los legatarios de género.

Las acciones de los legatarios de especie son dos: a) la acción reivindicatoria; y, b) acciones especiales.

La acción reivindicatoria es aquella que ampara el derecho del legatario de especie para solicitar al juez que le reconozca su justo título, que es el testamento, mediante el cual el causante le ha hecho la asignación de esa especie o cuerpo cierto, y ordene que quien está en posesión de dicho bien lo restituya a su legítimo dueño, como titular del derecho de dominio, que se origina en la voluntad del antecesor manifestada testamentariamente. Por ejemplo, el testador, en su carta testamentaria, dispone: asigno mi casa de la avenida Eloy Alfaro dos mil cuatrocientos a Grace; empero, dicho inmueble está ocupado por Arturo, quien se niega a reconocer el derecho de ésta. Procede, pues, la acción reivindicatoria, la misma que prescribe, como en el caso de la petición de herencia, en quince años, a partir de la apertura de la sucesión, vale decir, de la muerte del predecesor.

Las acciones especiales son aquellas propias del legatario de especie, quien al ser instituido como tal asignatario a título singular, adquiere el derecho de dominio sobre el bien materia de la sucesión, así no conozca que le ha sido deferido; y, como señor y dueño, puede ejercer todas las acciones inherentes a la propiedad, para precautelar sus intereses; puede proponer diversos juicios, como los de obra nueva, apeo y deslinde, saneamiento, levantamiento de medidas que limitan el dominio, etc.; y asimismo, si pesan

gravámenes sobre el bien materia del legado, tendrá que responder por ellos y soportar las acciones que en su contra se deduzcan y que se relacionen con dicha especie o cuerpo cierto.

Acción de los legatarios de género

Para concluir, es indispensable recordar que el legado de género, por lo regular, provoca problemas y conflictos, en virtud de que el favorecido pretenderá lo mejor, y quien deba cumplir la disposición testamentaria perseguirá hacerlo con el menor gravamen. En tal supuesto, al legatario de género le asiste la acción para exigir una cosa de mediana calidad o valor, al tenor de lo que prescriben los artículos 1.164 y 1.165 del Código Civil(*); y si también fallara tal procedimiento, será menester proponer una acción en contra del albacea, o a falta de éste, más generalmente en contra del heredero, para que el juez le condene a cumplir su obligación, porque se trata de la clásica deuda testamentaria, y el asignatario a título universal, para entrar en el goce de la herencia, previamente tiene que pagar todas las deudas, así las hereditarias como las testamentarias, sin excepción.

EJEMPLOS Y MODELOS DE PETICIONES INHERENTES A LAS ACCIONES DE HEREDEROS Y LEGATARIOS

Con el propósito de que los estudiantes dispongan de ciertas bases o esquemas que puedan servir de guías, a continuación se esbozan dos modelos de escritos, a través de los cuales se formulan las respectivas demandas: una de petición de herencia y otra de reivindicación, en el evento de ser legatario de especie o cuerpo cierto.

(*) Art. 1.164.—Si de muchas especies que existen en el patrimonio del testador, se legare una sin decir cuál, se deberá una especie de mediana calidad o valor entre las comprendidas en el legado.

Art. 1.165.—Los legados de género que no se limitan a lo que existe en el patrimonio del testador, como una vaca, un caballo, imponen la obligación de dar una cosa de mediana calidad o valor, del mismo género.

Demanda de petición de herencia

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DE PICHINCHA

Yo, Edmundo Bueno Campos, expongo:

Acompaño copias certificadas de la partida de defunción de mi hermano Sebastián Bueno Campos, de mi partida de nacimiento y de la sentencia dictada por el señor Juez Quinto Provincial de Pichincha, mediante la cual se me concede la posesión efectiva de los bienes sucesorios de mi prenombrado hermano.

No obstante mi calidad de heredero abintestato, a falta de descendientes, de ascendientes, de cónyuge supérstite y de otros hermanos o sobrinos de quien en vida fue Sebastián Bueno Campos, permanece en posesión de todos los bienes que fueron del de cujus, la señora Magdalena Orrantia Servigón, quien se niega a reconocer mis derechos, aduciendo que también es heredera.

En tal virtud y fundándome en las disposiciones pertinentes y en especial en lo que disponen los artículos un mil trescientos nueve y siguientes del Código Civil, demando, a la señora Magdalena Orrantia Servigón, en juicio de petición de herencia, para que una vez que se me reconozca la calidad de genuino heredero, y se me adjudique la asignación a título universal, sea condenada a la restitución del patrimonio hereditario, los frutos y en caso de oposición reclamo la indemnización de daños y perjuicios y que se le condene al bien merecido pago de los gastos y costas procesales.

La cuantía, pasando de quinientos mil sucres, no llega a ochocientos mil.

A la demandada, se le citará en su domicilio de la calle Venezuela número ochocientos treinta y siete y se hará la publicación por la prensa.

Se me notificará en el estudio de mi defensor, señor doctor Guillermo Valdivieso Macías, oficina número ciento tres de la avenida Doce de Octubre número quinientos setenta y ocho, frente a los predios de la Casa de la Cultura Ecuatoriana.

(f) Edmundo Bueno Campos.

(f) Guillermo Valdivieso Macías.

II

Demanda de reivindicación de legado de especie

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL

Yo, NELLY YEPEZ CARPIO, expongo:

De la copia certificada del testamento inscrito que adjunto se desprende que el señor Nicanor Ocampo, quien falleció en esta Ciudad, el primero de abril de mil novecientos setenta y seis, me asignó el predio denominado "Constitución", ubicado en la parroquia de Pomasqui de este cantón, hacienda que desde la apertura de la sucesión, a la muerte del de cujus, está bajo la tenencia ilegal de Floresmilo Durán Porras, quien se niega a entregarme.

Por consiguiente y atentas las circunstancias invocadas, amparado en lo que prescribe nuestro Código Civil, demando al señor Floresmilo Durán Porras, a fin de que me restituya el inmueble descrito, toda vez que me pertenece exclusivamente en razón de la disposición contenida en la cláusula cuarta de la respectiva carta testamentaria, mediante la cual se me lega el bien raíz materia de la asignación en referencia.

En caso de oposición, se le condenará a responder por los deterioros, a la indemnización de daños y perjuicios y al pago de los frutos y costas procesales.

Acompaño copia certificada de la partida de defunción del de cujus.

Se servirá ordenar la inscripción de esta demanda de acción reivindicatoria y de la providencia que recaiga en ella en el Registro de la Propiedad de Quito.

La cuantía es de dos millones de sucres, valor que corresponde al avalúo catastral del inmueble en litigio.

Al señor Durán Porras se le encuentra en la mencionada hacienda, para cuya citación se servirá comisionar al señor Teniente Político de Pomasqui, sin perjuicio de la publicación contemplada en el artículo ochenta y siete del Código de Procedimiento Civil.

Recibiré notificaciones en el estudio del doctor Luis Pallares, conocido por el señor Secretario.

(f) Nelly Yépez Carpio. ★ ★ ★

(f) Luis Pallares.

Nuestro Código de Procedimiento Civil no contempla disposiciones específicas que normen el trámite de esta clase de causas. Por consiguiente, y en consonancia con los principios sobre la materia, las dos demandas propuestas, a manera de ensayo, deberán ventilarse en juicio ordinario, el mismo que se rige por las reglas contenidas en los artículos 417 al 449 del referido cuerpo de leyes, lo cual determina el que se controvierta dando cumplimiento a los términos e instancias, que en definitiva hacen que una causa de tal naturaleza esté sujeta a todas las circunstancias, contingencias y dilatorias que le tornan en un litigio a "largo plazo" y generalmente interminable.

Por lo mismo, dados los diversos factores operantes y la necesidad de que asuntos como los planteados tengan una solución eficaz y oportuna, conviene establecer procedimientos especiales y ágiles, a efecto de que el derecho no sufra menoscabo e impere por sobre todo, y desde luego en guarda de la paz, seguridad y convivencia sociales.

La evidencia de que las cuestiones sucesorias revisten magnitud y trascendencia, ha llevado al profesor de la Universidad Nacional de Tucumán, Raúl J. Cornejo, a difundir su original y novedoso estudio sobre **EL PROCESO SUCESORIO**, que lo define como "el proceso voluntario y universal que tiene por objeto la determinación de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona a quienes la ley o el testador llaman para recibirla". También insiste en que *en ningún caso se encuentran ligadas tan íntimamente las disposiciones de forma y de fondo, de tal manera que es necesario evitar que aquéllas contradigan a éstas, pretendiendo alterarlas o modificarlas como sucede en algunos casos, donde se encuentran normas procesales que están en pugna con el código civil*. Aboga, asimismo, el referido maestro, porque los trámites se ventilen con sujeción a la ley y con la dinamia y celeridad indispensables para precautelar derechos e intereses.





CAPITULO XXXII

EJECUTORES TESTAMENTARIOS

EL ALBACEA

¿Quién es el llamado a ejecutar las disposiciones testamentarias? La institución del albaceazgo.— Capacidad para ejercer el cargo de albacea.— Incapacidades relativas a los defectos físicos y morales e incapacidades inherentes a las profesiones, empleos y cargos públicos.— Aceptación, excusa y remoción de los albaceas.— Individualidad y pluralidad de los albaceas.— Conflictos.— Facultades del juez en materia de albaceazgo.— Remuneración.— Terminación del albaceazgo.— Responsabilidades y consecuencias.— Opiniones de los tratadistas.— ¿Puede ser albacea una persona jurídica? Clases de albaceazgos: albaceas consulares.

Cuando abordamos esta temática jurídica, apreciamos que se trata de una institución privativa también de la sucesión testada; del propio enunciado de ella se deduce tal apotegma, pues lo que se persigue, en esencia, es que la voluntad del testador sea interpretada en sus alcances netos y, por ende, fielmente cumplida.

Sabemos que el acto testamentario constituye la expresión clara y elocuente de la previsión de una persona, para que después de sus días su patrimonio sea adjudicado y distribuido conforme a sus deseos, siempre que las expresiones de última voluntad se ciñan a los mandatos de la ley. Y así como el testador, mediante las disposiciones, consagra las asignaciones, así también previsivamente designa una persona de su plena confianza para que cumpla y haga cumplir su voluntad, que constituye principio legal en materia de sucesiones testamentarias; de allí que el legislador haya adoptado el nombre genérico y expresivo de *ejecutores testamentarios*.

La persona nombrada por acto testamentario para que ejecute sus disposiciones, se llama *albacea*, quien es el encargado de llevar a la práctica las órdenes impartidas por el testador, como fiel reflejo de su última y definitiva voluntad, manifestada en la forma legal.

Por consiguiente, nos encontramos asimismo frente a una institución que participa de los caracteres inherentes al derecho sustantivo, pero también con claros contornos de derecho adjetivo, por el procedimiento previsto y por las confrontaciones que pueden derivarse de tan singular coyuntura y que aun culminan en acciones judiciales de diversa índole.

Consumada la muerte de una persona, nos preguntamos: ¿quién o quiénes deben cumplir la voluntad expresa o presunta del causante? La respuesta surge de inmediato y como conclusión espontánea de todos los razonamientos y análisis propuestos a lo largo de nuestro trabajo: por norma general, a quien incumbe el cumplimiento de la voluntad del de cujus, es al *heredero*, en su condición de sucesor a título universal y de continuador de la personalidad jurídica y económica de aquél.

No obstante de que el heredero, por lo común, es la persona a quien compete el cumplimiento de las disposiciones de última voluntad del predecesor, empero, existe una estructura jurídica propia y peculiar, por la cual quien otorga su carta testamentaria está facultado específicamente para designar una o varias personas encargadas de dar ejecución a lo dispuesto por él.

En ciertas ocasiones la desconfianza que se cierne sobre la mente del de cujus y la conciencia de la idiosincrasia de sus herederos; y en otras, el deseo de que su voluntad se cumpla de modo absoluto y preciso, hace que nombre una persona, que se llama *albacea*, para que —hasta cierto punto— haga sus veces y le represente en la aplicación de las disposiciones que contiene su acto testamentario.

“La palabra *albacea* con que el artículo 3844 del Código argentino designa a la persona a quien el testador confía el cumplimiento de su testamento— manifiesta el profesor de la Universidad de Asunción Luis De Gásperi— en voz arábica, de *al-waci* que significa lo mismo, siquiera Urrea, citado por Covarrubias, haya dicho que procede de *vasión*, del verbo *vaseya*, que significa encomendar, y así hayan otras hipótesis con que los etimologistas evidenciaron que aquel vocablo no es de las lenguas vulgarmente llamadas indoeuropeas, sino uno de tantos del glosario que los musulmanes dejaron en la Península, como vestigio de su dominación hasta el siglo XV, en que fueron expulsados de ella por los Reyes Católicos. No es difícil que pareciendo espurio el origen de la palabra “albacea” haya Alfonso El Sabio resistido a usarla en la ley I, título IX, Partida VI, donde con nombres “departidos” lo mismo lo llama “cabecaleros”, “testamentarios” o “mansesores”. Mas incorporado con el correr del tiempo al romance aquel vocablo, y perdido ya el real escrúpulo de casticismo al tiempo en que los compiladores del Proyecto español de 1851 pusieron manos a la obra, vémoslo por ellos empleado como título del capítulo XI del libro III, pero seguido de la locución explicativa: “o testamentarios”, como si reconociesen que “albaceas” sólo fuese de difícil inteligencia, y así pasó al Código de español. Frecuentador asiduo Vélez Sarsfield de la obra de García Goyena, tomó de ella el título de “Los albaceas”, a secas, para el título XX, sección I del libro IV de su código. Tal es la explicación que podemos dar de esta palabra, sin filiación latina, en el lenguaje de esta rama del derecho civil tan íntimamente vinculada, por la historia, a las instituciones del derecho romano”.

Para nosotros, el albaceazgo se origina y nace de la ley, en términos generales, pero concretamente, nace del testamento. Tiene un carácter singular que debe manifestarse de modo categórico, pues no se presume el nombramiento de albacea. Ni tampoco se reputaría como tal a la persona a la cual el causante le haya designado para el ejercicio de ese cometido, en documento privado, o verbalmente, inclusive ante testigos, y ni siquiera al nombrado mediante instrumento público que no sea testamento. La única forma posible de constituir albacea es por medio de testamento otorgado conforme a las regulaciones legales específicas.

*De la capacidad y de las incapacidades
para ejercer el albaceazgo*

Como siempre, frente a instituciones de este género, surgen interrogantes y el primero de ellos es: ¿quienes pueden ser designados ejecutores testamentarios o concretamente albaceas?

Antes insistimos que indudablemente el ejecutor por excelencia es el heredero. Sin embargo, por voluntad del testador puede confiarse gestión tan importante al albacea, cuyo origen radica tan sólo en el testamento. Y para responder a la inquietud propuesta, seguimos en esta materia también el principio universal: pueden ser albaceas, y por consiguiente ejecutores testamentarios, todas las personas, como norma general, menos aquellas que de modo taxativo la ley las declara incapaces.

El artículo 1.317 del Código Civil determina dos clases de incapacidades:

- a) La del menor de edad; y,
- b) La de las personas designadas en los artículos 536 y 537.

Con respecto a la primera incapacidad resulta obvia e indiscutible, por cuanto se trata de una inhabilidad operativa, o lo que genéricamente denominan los tratadistas: incapacidad de obrar; y en el asunto que abordamos hay que reconocer que el favorecido

con tal selección por lo menos debe llenar el mínimo de la edad requerida por la ley, esto es la de dieciocho años, para que pueda discernir y saber de sus obligaciones y responsabilidades; y quien no alcanza siquiera esa edad, es incapaz.

En lo que concierne a la segunda de dichas incapacidades, la mención de otras disposiciones legales no me parece acertada, desde luego que cada institución debe tipificarse y consagrar sus peculiares requisitos y características. En el caso que examinamos se está relacionando la institución de los ejecutores testamentarios con la propia de las incapacidades para ser tutores o curadores. Las del artículo 536 se refieren a las *incapacidades derivadas de ciertos defectos físicos o morales*; y, por consiguiente, diremos que *tampoco pueden ser albaceas*:

- 1º Los ciegos;
- 2º Los mudos;
- 3º Los dementes, aunque no estén en interdicción;
- 4º Los fallidos, mientras no hayan sido rehabilitados;
- 5º Los que están privados de administrar sus bienes, por disipación;
- 6º Los que carecen de domicilio en la República;
- 7º Los que no saben leer y escribir;
- 8º Los de mala conducta notoria;
- 9º Los condenados judicialmente a una pena de las designadas en el artículo 329, numeral 4º, aunque se les haya indultado de ella; (numeral 4º del Art. 329: "se efectúa asimismo, la emancipación judicial por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que los declare culpados de un delito a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad");
- 10º El cónyuge que haya dado causa para el divorcio, según el artículo 109 (causales del divorcio), menos en el caso de los numerales 8, 11 y 12; (los numerales determinados son, respectivamente: el hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagio-

- sa o trasmisible a la prole; la separación de los cónyuges con inexistencia de relaciones conyugales, por más de tres años; y, la separación conyugal judicialmente autorizada, si han transcurrido quince años ininterrumpidos, contados desde la fecha de la inscripción de la sentencia;
- 11º El que ha sido privado de ejercer la patria potestad, según, el artículo 329; y,
- 12º Los que, por torcida o descuidada administración, han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados, por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo.

Las *incapacidades* del artículo 537, en cambio, *se refieren a las profesiones, empleos y cargos públicos*, y son las relativas a:

- 1ª Los individuos de la fuerza pública, que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos, cirujanos y demás personas adictas a los cuerpos de línea o a las naves del Estado; y,
- 2ª Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión pública, fuera del territorio ecuatoriano.

Hasta antes de la codificación última de 1970, eran incapaces de toda tutela o curaduría, y por consiguiente para ser albaceas y en general ejecutores testamentarios, los que pertenecían al fuero eclesiástico. Así como tampoco podían ser albaceas las mujeres casadas; consagrada la igualdad de los cónyuges, éstas han dejado de ser incapaces relativas, y ello con sobrado fundamento.

En general, las *incapacidades* puntualizadas nos parecen justas y además necesarias, porque para ejercer el albaceazgo es indispensable gozar de un estado físico aceptable que le permita actuar y cumplir su delicado cometido con diligencia y aptitudes normales; y en lo atinente a los aspectos morales y relacionados con las funciones o actividades, también resultan acertadas las excepciones. Aunque el clero debe estar excluido de la capacidad res-

pectiva, desde luego que bien puede asimilarse a los miembros de la fuerza pública —ejército, marina, aviación y policía nacional— que están permanentemente sometidos a sus superiores, quienes están facultados para movilizarlos en cualquier momento, anulando toda posibilidad de ejecución de las disposiciones testamentarias. Además, participo del criterio de que las personas que se consagran al culto religioso, deben entregarse por entero a su sagrada misión, libres de toda otra suerte de quehaceres y preocupaciones. La grave crisis que confrontan las comunidades y seminarios arranca de esta dispersión de actividades y el interés por participar en toda clase de menesteres del mundanal ruido, que resta tiempo, energías y mística para darse plenamente a su apostolado trascendental y altruista. Las consecuencias las estamos palpan-do cotidianamente y no constituyen el mejor testimonio que recoja el pueblo para elevarse espiritualmente y practicar los nobles mandamientos de un cristianismo puro y acendrado.

El legislador aspira a que el ejecutor testamentario viva a tiempo completo —como si dijéramos— su responsabilidad y sirva con fidelidad al propósito para el cual el testador le distinguió; y así debe considerarse a tal nombramiento, que siempre constituye un privilegio, fundado en la confianza cabal de quien no podrá dirigir las operaciones concernientes a la fenomenología de la familia y el patrimonio después de su tránsito vital.

Incapacidades supervenientes

Por otra parte, parece razonable la disposición contenida en el artículo 1.318 que ordena que *la incapacidad superveniente pone fin al albaceazgo*. Y esto debe ser automático. Propongamos algunos ejemplos: a) el testador designa a Fernando su albacea; éste comienza a ejercer el cargo, empero, por el exceso de trabajo, pierde totalmente la vista y queda ciego; b) María ha sido honrada con el nombramiento de albacea, y transcurridos apenas algunos meses de entrar en funciones, decide domiciliarse en otro país; c) Hernán actúa como albacea en una sucesión, y al poco tiempo se sentencia su divorcio por injurias graves y actitud hostil hacia

su cónyuge; d) el doctor "X", distinguido cirujano, ha aceptado ser albacea y más tarde es dado de alta como miembro de la Fuerza Aérea; e) Luis ejerce las funciones de albacea en la sucesión de Miguel Angel y después acepta el nombramiento de Embajador en España.

Es evidente que en todos los casos sugeridos, no obstante de que se partió de la capacidad al momento de posesionarse de la misión de albacea, por surgir más tarde una incapacidad, debe ser relevado de su cargo simultáneamente a la aparición del hecho o circunstancia previstos por el legislador, por cuanto viciaría de nulidad todas las actuaciones suyas desde el momento en que se vuelve inhábil para continuar en el ejercicio de sus funciones. De allí que la ley prevé tal situación y esta es una de las causales para que termine el albaceazgo.

ACEPTACION, EXCUSA, RESPONSABILIDADES Y REMOCION DE LOS ALBACEAS

Como sabemos, existen dos clases de testamentos solemnes o comunes: el abierto, nuncupativo o público y el cerrado o secreto. En tratándose del primero, por tener el carácter enunciado, no es difícil que el albacea llegue a conocer de su designación; mas, si el testamento fuere de la segunda clase, mientras no se lo abra y publique —lo cual generalmente demora semanas y aun meses— será difícil que el distinguido para ejercer tal función llegue a enterarse de su responsabilidad. En notarías y casilleros bancarios reposan centenares de testamentos solemnes secretos sin que siquiera se los haya tramitado.

Sin duda alguna constituye una costumbre acertada el que el propio testador informe de la designación que se propone y aun consulte previamente a la persona a la cual le va a confiar tan delicada misión.

El albacea que da su aceptación, deberá entrar de lleno en el desempeño de su cargo inmediatamente después de ocurrido el deceso de la persona a la cual va a representar como ejecutor testamentario, pues toda dilación puede resultar perjudicial a los intereses sucesorios.

Pero también en la vida de relación nuestra ocurre a menudo que el albacea nombrado legalmente hace caso omiso de la designación o no entra en el desempeño de su cargo por desconocer el testamento o la disposición mediante la cual se le instituye ejecutor testamentario; es en razón de ello que asimismo el legislador ha contemplado la regla del artículo 1.319, que dispone que:

El juez, a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, señalará un plazo razonable dentro del cual comparezca el albacea a ejercer su cargo o excusarse de servirlo; y podrá el juez, en caso necesario, ampliar por una sola vez el plazo. Si el albacea estuviere en mora de comparecer caducará el nombramiento.

Una cuestión que brota necesariamente y que es materia de frecuente consulta por parte de las personas nombradas para asumir tal responsabilidad, es la siguiente: ¿es obligatoria la aceptación de dicho cometido? De ninguna manera, pues el albacea designado por acto testamentario tiene la facultad de excusarse de ejercer tal cargo; empero, si se excusare sin probar inconveniente grave, incurre en indignidad, al tenor de lo que señala el inciso segundo del artículo 1.035 de nuestro Código o de la novena causal de indignidad puntualizada por nosotros en el capítulo de los requisitos para suceder.

Desde el momento en que el albacea acepta expresa o tácitamente su cometido, asume responsabilidades civiles, económicas y aun penales; y por tratarse de expresión de confianza del testador, su responsabilidad es indelegable e intransmisible; tiene un carácter estrictamente personal.

El albacea, tan pronto como fallece el testador, tiene que adoptar las medidas que franquea la ley, comenzando por solicitar, si lo juzga aconsejable y prudente, la guarda y fijación o aposición de sellos; es una de las personas llamadas a solicitar que el juez declare abierta la sucesión y ordene la formación de inventarios; debe pagar las deudas hereditarias y testamentarias y solicitar también la partición del patrimonio sucesorio.

Y durante todo el tiempo que ejerce el albaceazgo tiene la obligación de administrar los bienes, y administrarlos como un buen padre de familia, con la diligencia, sagacidad, cuidados y honrabilidad que caracterizan a un padre éticamente responsable del porvenir de todos cuantos integran ese fundamental y primer núcleo social, evitando incurrir en negligencia o descuido que acarrearían perjuicios irreparables y, por ende, su responsabilidad hasta la culpa leve. En lo esencial debe cumplir y hacer cumplir las disposiciones testamentarias, procurando interpretar con exactitud y honestidad la voluntad expresa del causante.

En una sucesión puede haber un solo albacea o pueden haber varios designados por el testador. Si éste, mediante cláusula expresa dice, por ejemplo: nombro como albaceas a A, B y C, ha de interpretarse que su voluntad fue la de que los tres ejerzan conjuntamente la función de ejecutores testamentarios y tienen que hacerlo de común acuerdo. *Cualquier diferencia o discrepancia que llegare a suscitarse entre ellos, será dirimida por el juez, quien tiene facultad para resolver la cuestión sometida a su estudio y decisión; e, inclusive, para prevenir la discordia o los conflictos podrá dividir las atribuciones, en ventaja de la administración y a pedimento de cualquiera de los albaceas o de cualquiera de los interesados en la sucesión, como lo prevé la regla contenida en el artículo 1.325.*

También puede el testador designar albaceas para cada gestión, con delimitación de atribuciones y responsabilidades. Tal puede ocurrir cuando posee bienes en distintos lugares y resulta incompatible con el ejercicio simultáneo del albaceazgo, dada la distancia y las dificultades de movilización; supongamos que el testador posee bienes en Quito, en Manta y en el Coca (Orellana), lo procedente sería que nombre tres albaceas, a efecto de que cada uno cumpla a satisfacción sus deberes dentro de la respectiva jurisdicción, entendido que los predios son de significación e importancia e inclusive generadores de problemas y conflictos. Igual cosa puede ocurrir en el caso de que las situaciones sucesorias revistan complejidad y tengan que ver con sociedades de la más

variada índole y con bienes, derechos y obligaciones afectados por limitaciones de dominio, juicios y perturbaciones; lo aconsejable parece ser que en esos eventos y circunstancias y en tratándose de cuestiones especializadas, se atribuya cada gestión a un ejecutor testamentario en particular.

Asimismo puede designar sustitutos, como cuando en cláusula testamentaria dispone: Sea mi albacea Luis, de faltar éste asuma tal responsabilidad Enrique y si éste llegare a excusarse, ejerza tales funciones Miguel Angel. Muy claramente se comprende la previsión del causante, quien, para el evento de que llegare a faltar el primero, prevé la posibilidad de que le reemplace el segundo, y si éste, el tercero, etcétera; actitud muy razonable y que refleja la prudente preocupación del de cujus.

En principio, a quien le corresponde el pago de las deudas hereditarias y testamentarias es al heredero, como lo hemos repetido en inúmeros pasajes. Sin embargo, específicamente, en varias de las disposiciones del Código Civil se contempla la responsabilidad que asume el albacea en relación con las cargas y el pasivo sucesorio, y se le fija procedimientos, inclusive el normado en el artículo 1.336, cuando prescribe que:

Con anuencia de los herederos presentes procederá a la venta de los muebles y subsidiariamente de los inmuebles, si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas o de los legados; y podrán los herederos oponerse a la venta, entregando al albacea el dinero que necesite para el efecto.

Por norma general, corresponde al albacea velar por la seguridad de los bienes sucesorios; y en el caso de justo temor sobre la situación de los bienes de que fuere tenedor éste, los herederos, legatarios o fideicomisarios, podrán pedir que se le exija las debidas seguridades, al tenor de lo que manda el artículo 1.340, aun en el evento de que el testador expresamente le haya exonerado de la obligación de rendir caución.

Como esta institución es de orden público —aunque aparentemente es de interés particular— la ley establece que *el testador no podrá ampliar las facultades del albacea, ni exonerarle de sus obligaciones contempladas claramente en las diversas disposiciones del título VIII del libro III del Código Civil (artículo 1.341).*

Asimismo se prevé que el albacea puede ser removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente. Uno de los casos precisamente es el relativo al desobedecimiento de la prohibición de cumplir las disposiciones del testador en lo que fueren contrarias a las leyes, so pena de nulidad y de considerársele culpado de dolo, de conformidad con lo que puntualiza el artículo 1.344.

REMUNERACION Y PLAZO DENTRO DEL CUAL EL ALBACEA DEBE CUMPLIR SU COMETIDO

El cargo de albacea no es de carácter honorífico simplemente; es de aquellas funciones que deben ser remuneradas por la responsabilidad que encarna y por la variedad de actividades que debe desarrollar y que absorberán todo su tiempo: preocupaciones y ocupaciones. En primer término *quien tiene derecho a fijar la respectiva remuneración es el propio testador; mas, en el evento de que éste no hubiera señalado valor alguno, será el cuatro por ciento (4%) de los bienes que administre; y si fueren dos o más los ejecutores testamentarios, la remuneración se dividirán en partes iguales; y en ningún caso tales derechos excederán de la cuarta de libre disposición; y se deducirán del acervo ilíquido.*

Uno de los problemas que se plantea y se presenta frecuentemente en materia de albaceazgo es el que concierne al *tiempo de duración* del mismo, y al efecto se está ante todo a lo contemplado en el testamento; es *facultativo del testador limitar temporalmente* el ejercicio del encargo confiado a su albacea. Una de las cláusulas más comunes es la que dispone que las funciones de albacea se extenderán por todo el tiempo requerido hasta finiquitar todos los negocios y operaciones inherentes a su cometido. Em-

pero, si el causante ha omitido tal determinación temporal, el artículo 1.347 restringe en lo posible tales actividades, limitándolas a *un año* desde el momento en que el ejecutor testamentario haya dado comienzo a su función; aunque *el juez*, con conocimiento de causa, *podrá prorrogarlo por un año más*, en consonancia con el mandato del artículo 1.348, sin perjuicio de la acción encaminada a la partición y distribución de los bienes entre los sucesores. También el plazo previsto es aceptable, para evitar que los trámites sucesorios se desenvuelvan con exagerada lentitud, ocasionando los más graves perjuicios a los sucesores y manteniendo inmovilizado el patrimonio hereditario, lo cual es contrario al proceso social: los bienes tienen que estar al servicio de la comunidad, para alentar su avance y superación.

OBLIGACION INEXCUSABLE DEL ALBACEA DE RENDIR CUENTAS Y JUSTIFICARLAS

La disposición del artículo 1.352 es muy útil y procedente, pues ordena que el albacea, una vez que *cese en el ejercicio de su misión*, *dará cuenta de la administración, justificándola*; es decir, no se trata del cumplimiento de una mera fórmula, sino que deberá demostrar a satisfacción todo lo concerniente a sus funciones, con detalle prolijo de la administración, haciendo figurar los valores que por concepto de ingresos y egresos ha manejado y contabilizado y previa la exhibición de los respectivos comprobantes, que formarán parte integrante y necesaria de sus cuentas; obligación respecto de la cual ni el testador puede relevarle. Además, las cuentas deberán ser examinadas por los interesados; y efectuado el balance del caso y establecidos los saldos, el albacea cobrará lo que se debiera a él o, a su vez, reintegrará cuanto apareciere deber a la sucesión.

El albaceazgo, por consiguiente, resulta ser una función trascendental para los fines sucesorios y las responsabilidades que gravitan sobre el albacea no se circunscriben exclusivamente a las esferas civil y económica, sino que, inclusive, puede ser objeto de ac-

ciones y sanciones de índole penal. De tal suerte que el incumplimiento de sus deberes y el desempeño doloso de sus funciones pueden acarrearle prisión, multa y otras penas, todo ello en defensa de los derechos e intereses de cuantos giran alrededor del proceso sucesorio.

DOCTRINAS Y CRITERIOS EN TORNO AL ALBACEAZGO

No nos es dable culminar la revisión de esta institución del derecho sucesorio, sin por lo menos presentar panorámicamente las doctrinas y teorías que se han expuesto en torno de ella por los más insignes tratadistas.

Rafael Rojina Villegas manifiesta que "se ha discutido constantemente en la doctrina el papel o función que desempeña el albacea, tanto legítimo como testamentario, habiéndose ensayado todas las soluciones posibles; pues sucesivamente se ha considerado al albacea como un mandatario del testador o de los herederos, como un representante legal de la herencia; también se ha dicho que es un mandatario post mortem o bien, que hay un mandato sui generis con el objeto de poder explicar múltiples anomalías o especialidades que no comprende el mandato ordinario, principalmente la relativa a la extinción por muerte del mandante. Finalmente, se ha creído también que el albacea es un representante de los acreedores de la herencia, de los legatarios, de los herederos y del testador (en la hipótesis de albacea testamentario), pero considerados todos conjuntamente, de tal manera que se ve en la herencia una comunidad de intereses cuyo órgano representativo sería el albacea".

La primera parte de la exposición transcrita, cuando Rojina Villegas al referirse al albacea, desdobra su origen, al decir *tanto legítimo como testamentario*, no concuerda con el sistema y la tradición nuestros en que sólo reconocemos la existencia de la última clase de albaceas. Empero, como el comentarista se refiere a

su propia legislación, es menester recordar que el Nuevo Código Civil Mexicano si contempla la institución de los albaceas legítimos en varios preceptos, como por ejemplo en los siguientes:

Art. 1.682.—*Cuando el testador no hubiere designado albacea o el nombrado no desempeñare el cargo, los herederos elegirán albacea por mayoría de votos. Por los herederos menores votarán sus legítimos representantes.*

Art. 1.684.—*Si no hubiere mayoría, el albacea será nombrado por el juez, de entre los propuestos.*

Art. 1.685.—*Lo dispuesto en los dos artículos que preceden se observará también en los casos de intestado, y cuando el albacea nombrado falte, sea por la causa que fuere.*

Art. 1.687.—*Cuando no haya heredero o el nombrado no entre en la herencia, el juez nombrará el albacea, si no hubiere legatarios.*

Art. 1.690.—*Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios nombrarán el albacea.*

De las disposiciones transcritas se deduce que en verdad, por mandato de la ley, no sólo es privativo del testador la designación de albacea, sino que pueden nombrar para el ejercicio de dichas funciones el juez, los propios herederos y aun los legatarios en los casos previstos; y que también además del albacea testamentario (propio de las sucesiones testadas) se contempla la existencia de los albaceas legítimos (ya para las sucesiones abintestato como para las testadas, según las circunstancias). Todo lo cual contrasta definitivamente con nuestra institución que, con acierto desde luego, reserva dicha facultad de modo concluyente y exclusivo para el testador, en razón de que se trata de un cargo de preponderante ligamen y confianza del causante.

Felipe Sánchez Román participa del criterio de que el albaceazgo es análogo al mandato, "por la genérica identidad de fines de una y otra institución, puesto que ambos se derivan del principio de representación, y consisten, en la comisión o encargo que

bien el mandante, bien el testador, hacen el primero al mandatario y el segundo al albacea, de cumplir y ejecutar, en su nombre, ciertos actos lícitos; o cometido, con mayores o menores facultades, que uno u otro le confían al arbitrio de su voluntad, o que la ley atribuye a los albaceas por presunción de la tácita, supuesta en el testador en defecto de la expresa; y que ambos, mandato o albaceazgo, no se reputan *perfectos* ni obligan al mandatario o albacea sino después de su aceptación”.

Ricci y Valverde sostienen fundamentalmente que el albacea es un *mandatario del autor de la sucesión* y corresponde a la *teoría del mandato post mortem*.

Julius Binder y Hartman sostienen la *teoría del derecho sui generis*.

Winscheid considera que *el albacea o ejecutor testamentario es un tutor*, aunque si bien no puede identificarse con la tutela exactamente, “sí al menos se le debe considerar como un curador *ad-bonum*”.

Beseler sostiene que *el albacea es un representante formal del autor de la sucesión* y el heredero un representante material de aquél.

Vitali considera al albaceazgo como un *cuasi contrato*.

Gerber, Stobbe y Unger, en cambio, coinciden en sustentar la teoría de que *el ejecutor testamentario representa a los herederos exclusivamente en virtud de un mandato recibido por el testador*.

Otros sostienen que el albacea testamentario es el legítimo representante de los herederos, legatarios y acreedores.

Luis F. Uribe, catedrático de la Escuela Libre de Derecho mexicana critica el planteamiento de todos estos autores y de sus doctrinas y teorías y sostiene esta interesante tesis: “Así como toda persona moral tiene un órgano que la representa, así como por ejemplo una sociedad anónima cuenta con una asamblea, que es el órgano supremo de la sociedad, con un consejo de administra-

ción, o con un administrador único que son los órganos encargados de su administración, así también, "la sucesión de", como persona moral necesita un órgano administrativo que es el albacea".

¿Puede ser albacea una persona jurídica?

No cabe la menor duda que se trata de una cuestión profundamente controvertida, pues presta mérito para la más diversidad de criterios y planteamientos. Guillermo Borda, por ejemplo, manifiesta que "algunos autores lo niegan, sosteniendo que se trata de un cargo otorgado en razón de la confianza hacia una persona humana; pero actualmente prevalece la opinión contraria. En verdad, lo único que exige la ley es capacidad para obligarse, capacidad de que están dotadas las personas jurídicas; por lo demás, no es exacto, por lo menos en nuestro derecho positivo, que el testador al nombrar albacea se funde exclusivamente en la confianza depositada en una persona humana, puesto que el artículo 3.866 (*) autoriza el nombramiento fundado en la consideración del cargo y establece que, en tal caso, los poderes pasan a quien lo sucede en la función; si, por lo tanto, es posible designar albacea al Presidente de la Sociedad de Beneficencia, ¿por qué no admitir que ésta misma pueda serlo? Empero, no toda persona jurídica está habilitada para ejercer el cargo, pues en virtud del principio de la especialidad su capacidad es limitada y especial, de tal modo que no podrían adquirir derechos y desempeñar funciones que no estén de acuerdo con su destino. Así, no podría ser albacea una sociedad comercial, pero sí una asociación civil de beneficencia o de socorros mutuos".

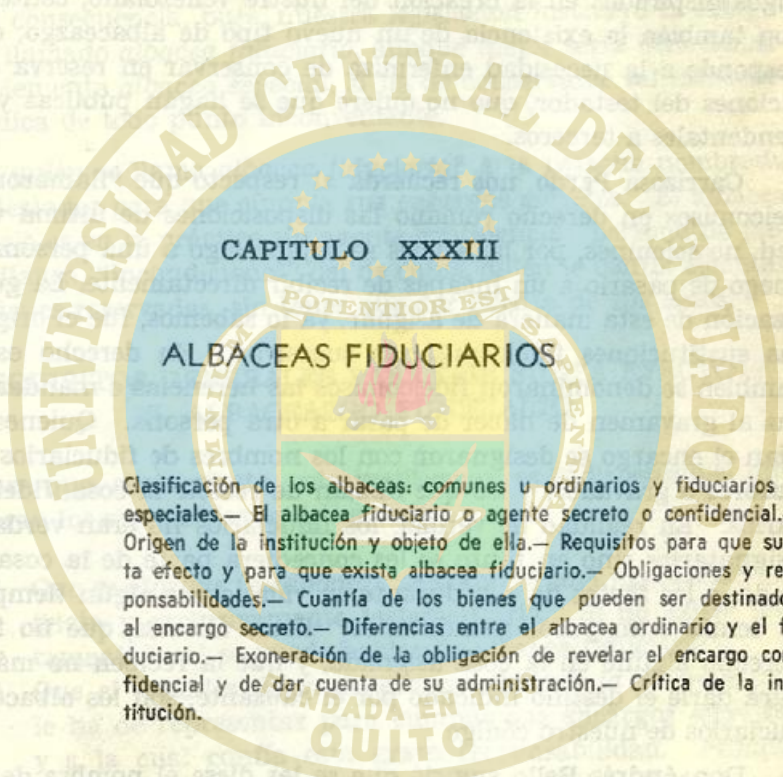
No puedo participar de este criterio, pues por sus caracteres, funciones, actividades y derivaciones, juzgo que se trata de una institución dedicada tan sólo para las personas naturales. Desconozco, sin embargo, que en nuestra jurisprudencia exista algún caso sobre la materia.

(*) Del Código Civil de la República de Argentina.

CLASES DE ALBACEAZGOS

Para terminar esta primera parte consagrada a la revisión de los aspectos más salientes de los ejecutores testamentarios, conviene por lo menos mencionar que tanto la doctrina como ciertas legislaciones contemplan la existencia de diversos tipos de albaceazgos sucesivos, como: albaceazgos conjuntos, albaceazgos anómalos, dativos y albaceas consulares, estos últimos que responden al interés de los países latinoamericanos, singularmente, de favorecer las corrientes migratorias de modo particular de Europa, estableciendo garantías en favor de los extranjeros radicados en dichos países, lo cual determinó la expedición de leyes especiales que confirieron potestad a los cónsules extranjeros para intervenir como partes en las causas sucesorias, dignando albaceas dativos, siempre que se cumplan estos requisitos: a) en las sucesiones ab intestato es necesario que el causante extranjero no haya dejado en el país descendientes, ascendientes ni cónyuges legítimos públicamente reconocidos como tales; y, b) en las sucesiones testamentarias, es preciso que fueren extranjeros y estuvieren ausentes los herederos y que también esté ausente el albacea, si hubiera alguno designado por el causante. Todo esto a condición de que exista un régimen de reciprocidad. No está por demás destacar que este sistema del albaceazgo consular ha merecido las más enconadas críticas por parte de los tratadistas, quienes consideran como "una pantalla para encubrir la lesión a la propia soberanía y con muy escasas probabilidades de la aplicación de la reciprocidad".

FUNDADA EN 1620
QUITO



Clasificación de los albaceas: comunes u ordinarios y fiduciarios o especiales.— El albacea fiduciario o agente secreto o confidencial.— Origen de la institución y objeto de ella.— Requisitos para que surta efecto y para que exista albacea fiduciario.— Obligaciones y responsabilidades.— Cuantía de los bienes que pueden ser destinados al encargo secreto.— Diferencias entre el albacea ordinario y el fiduciario.— Exoneración de la obligación de revelar el encargo confidencial y de dar cuenta de su administración.— Crítica de la institución.

En capítulo anterior examinamos sumariamente los aspectos generales concernientes a la institución de los ejecutores testamentarios, y sostuvimos que por excelencia corresponde tal gestión a los herederos; pero que, sin embargo, puede el testador designar a la persona de su confianza para que se encargue de cumplir y hacer cumplir sus disposiciones, y esa persona toma el nombre de albacea.

En nuestra legislación se contempla la existencia de dos clases de albaceas: a) el albacea común u ordinario; y, b) el albacea fiduciario o especial.

Cuanto concretamos antes se circunscribe a la órbita de la primera clase, esto es al *albacea ordinario o común*. Empero, don Andrés Bello, en su proyecto de Código Civil y la generalidad de Códigos inspirados en la creación del ilustre venezolano, contemplaron también la existencia de un nuevo tipo de albaceazgo, el que responde a la necesidad enfermiza de conservar en reserva disposiciones del testador, que no quiere que se hagan públicas y trascendentales a terceros.

Carrizosa Pardo, nos recuerda al respecto que "llamáronse fideicomisos en derecho romano las disposiciones de última voluntad, no solemnes, por las cuales se dejaba algo a una persona, con ruego de pasarlo a un incapaz de recibir directamente. La generalización de esta manera de asignar, ya lo sabemos, fue el origen de las sustituciones fideicomisarias sucesivas. En derecho español también se denominaron fideicomisos las herencias o mandas afectas al gravamen de haber de pasar a otra persona. Quienes recibían el encargo se designaron con los nombres de fiduciarios, fideyusores o gravados, y los que habían de recibir la cosa, fideicomisarios. En realidad de verdad, los fiduciarios no eran verdaderos asignatarios sino en tanto se les concediera parte de la cosa asignada, o los frutos de ella durante su vida, o por algún tiempo; en lo demás eran puros mandatarios. Estos últimos, que no tienen derecho alguno en la cosa asignada, y que la reciben no más que para darle el destino indicado por el causante, son los albaceas fiduciarios de nuestro código".

Don Andrés Bello sugirió que se les diese el nombre de teneedores fiduciarios con los siguientes razonamientos: "Estos fideicomisos se diferencian de los otros, en que el tenedor fiduciario no tiene la propiedad, ni por lo regular el usufructo del objeto que se le confía, ni expectativa de hacerlo suyo sin cargo de retribución. A la verdad puede el testador concederle el usufructo en remuneración de su servicio; mas en este caso se constituirá un verda-

dero usufructo, y se juntaría la calidad del usufructuario con la de fiduciario. El fideicomisario de la especie de fideicomisos a que se refiere el artículo puede ser una persona jurídica, una obra pía. La Ley de Partidas llama fideicomisarios al que nosotros llamamos tenedor fiduciario, y dice que igual nombre se le daba en latín. Así en efecto lo llaman algunos comentadores, pero no los jurisconsultos romanos”.

En consecuencia, pues, nuestra legislación instituyó la categoría del llamado *albacea fiduciario*, aunque mejor sería denominarlo simplemente *albacea especial*, si ha de conservarse tal estructura jurídica de todo punto inconveniente.

¿A quién se llama *albacea fiduciario*? A la persona nombrada por el testador para que cumpla sus encargos secretos. El albacea fiduciario es en la práctica un agente confidencial, persona de plena confianza, “incondicional” del de cujus, quien le confía ejecutar sus órdenes reservadas, sin tener que dar cuenta de sus actos.

REQUISITOS GENERALES PARA QUE SURTA EFECTO EL ALBACEAZGO FIDUCIARIO

Para que surta efecto esta institución es indispensable que concurren los siguientes requisitos:

- 1º *Que se otorgue testamento*; se trata de una institución estricta y exclusivamente testamentaria. Si no existe testamento, mal se puede hablar de albacea fiduciario;
- 2º *Que el testador de modo expreso designe la persona que le ha de representar para cumplir sus encargos secretos, y a la cual confía esta grave responsabilidad.* Aunque puede ser investido de tal calidad el propio heredero, o el albacea común o cualquier otra persona; empero, debe ser expresamente nombrada para el efecto por el de cujus en su carta testamentaria legalmente perfeccionada;
- 3º *Que el testador determine la especie o suma de dinero que ha de entregarse al albacea especial para el cometido que*

se le confía; requisito sin el cual no operaría la institución, pues es de su esencia hacer ese señalamiento;

- 49 *Que se destine para tal finalidad como máximo la mitad de la porción de que el testador puede disponer libremente, que es variable, y no como el lugar común generalizando que limita a la cuarta parte del patrimonio sucesorio. Y hay que insistir que pueden presentarse tres casos, al respecto: a) cuando el causante tiene descendientes, y por consiguiente no puede disponer libremente sino de una cuarta parte de sus bienes; b) cuando no tiene hijos ni descendientes en general, pero tiene el privilegio de que sus padres vivan aún, a los cuales se les debe con sobrado fundamento la mitad de legítimas, y por lo tanto puede disponer libremente de la otra mitad de su patrimonio, pues a la cuarta de libre disposición se agrega la cuarta de mejoras, destinada tan sólo a los descendientes; y, c) por último, cuando el causante no tiene ni descendientes ni padres, caso único en el cual puede disponer libremente de todos sus bienes, desde luego que, por carecer de legitimarios, a la mitad señalada en el caso precedente se suma la mitad de legítimas; y,*

- 50 *Que esos bienes se inviertan en uno o más objetos lícitos. En principio hay que celebrar el espíritu que animó a Bello, pero en la práctica ¿será valedera la disposición?, ya que, por tener la peculiaridad de "confidencial", no se conoce ni se conocerá y queda tan solamente subordinada a la línea ética del testador y del albacea fiduciario.*

REQUISITOS ESPECIALES PARA QUE SURTA EFECTO EL ALBACEAZGO ESPECIAL

A parte de estos requisitos, que pueden reputarse como generales, tenemos que precisar los requisitos especiales, que debe reunir todo albacea fiduciario para que sea válida su misión. Y los requisitos que además ha de reunir esta especie de agente secreto, son los siguientes:

I

El albacea fiduciario tiene que ser capaz; pero la capacidad que la ley le exige es de carácter mixto: a) debe ser *capaz para ejercer el albaceazgo común*; y, b) ser *capaz para suceder al causante a título singular o sea para ser legatario*. Por consiguiente, toda persona es capaz para ejercer las funciones de encargado confidencial del testador, menos quienes son incapaces para ser albaceas y para ser legatarios. En esta materia nos remitimos a los capítulos pertinentes en los cuales hemos abordado la temática específica.

II

Que el albacea fiduciario preste juramento ante el juez de desempeñar fiel y legalmente el cargo, sujetándose a la voluntad del testador. ¿Cómo puede comprobarse?

III

Que el albacea fiduciario jure ante el juez que el encargo secreto no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz o invertirla en un objeto ilícito. ¿Quién puede garantizar la solvencia del juramento?

El juramento debe ser previo a la entrega de los valores, para que este albacea especial cumpla su cometido; y si se niega a prestar dicho juramento, caducará, por el mismo hecho, su calidad de tal, como lo ha previsto el inciso final del artículo 1.357, que alcanza sobrado fundamento, porque la negativa puede ser una manifestación de las intenciones ya del testador ya del nombrado para ejercer esta clase de albaceazgo.

Desde luego que el legislador ha mantenido esta institución a través de mucho más de una centuria, la regla consignada en el artículo 1.358 encarna un contenido racional y valedero, y dice así:

Art. 1.358.—*El albacea fiduciario podrá ser obligado, a instancia de un albacea general, o de un heredero, o del curador de la herencia yacente, y con justo motivo, a dejar en depósito o afianzar la cuarta parte de lo que por razón del encargo se le entregue, para responder con esta cantidad a la acción de reforma o a las deudas hereditarias, en los casos prevenidos por ley.*

Podrá aumentarse esta cantidad, si el juez lo creyere necesario para la seguridad de los interesados.

Expirados los cuatro años subsiguientes a la apertura de la sucesión, se devolverá al albacea fiduciario la parte que reste, o se cancelará la caución.

Por último, nuestro Código para ser consecuente con el espíritu de la institución, consagra la disposición del artículo 1.359, que prescribe que:

El albacea fiduciario no estará obligado en ningún caso a revelar el objeto del encargo secreto, ni a dar cuenta de su administración.

Lo cual es consumir la irresponsabilidad y dejar exclusivamente a la buena fe del testador y su agente confidencial aquello que aparentemente constituye la esencia de la institución, que el destino de la parte del patrimonio del de cujus no será para objetos ilícitos.

CRITICA DE LA INSTITUCION

Por todo lo que queda expuesto, pienso que entre las instituciones que deben borrarse definitiva y radicalmente de nuestra legislación, es la que comentamos, por caduca, innecesaria y fiel trasunto de etapas medioevales superadas.

Nuestro criterio queda confirmado en las más variadas oportunidades, al opinar en torno de sistemas que posiblemente tienen tan sólo un sentido histórico y tradicional y que concuerdan con

realidades, factores y circunstancias de tiempo y espacio. Cuando la conciencia humana era vulnerada y aun mancillada a través de canales públicos y privados. Vencidos en buena parte serios obstáculos y vallas, proclamados los derechos humanos, y entre ellos los concernientes al respecto a la personalidad y dignidad de las personas y a la garantía de hacer uso libremente de sus derechos inalienables, forzosamente tienen que desaparecer esos vestigios de épocas de encadenamiento y frustración.

Pero veamos panorámicamente el auténtico sentido de la institución. ¿Por qué un testador puede hacer encargos confidenciales y secretos? ¿Para qué ha de acudir a tal procedimiento? ¿Por qué razón trata de ocultar sus obligaciones y sentimientos? ¿Temor de qué y temor hacia quién? ¿Tal vez se trata de un signo inequívoco de respeto humano y de hipocresía?

Pretender aparecer ante la sociedad como sujetos perfectos y de plena solvencia ética, como dechados de virtud y santidad. Que su paso por la vida aparezca ante los ojos de sus semejantes con una aureola de ejemplaridad y de trayectoria diáfana e inmaculada. Fingir una postura y esconder la verdad. Ocultar epidérmicamente lo inocultable. Si al final de sus días alguien se arrepiente de no haber reconocido a un hijo, por ejemplo, por qué no acudir a los cauces legales e idóneos? No se tratará acaso de una institución que amparaba ciertas actitudes y desviaciones que estaba vedado publicar por existir el antecedente de los llamados *votos*?

Desde el punto de vista del testador no encuentro argumento alguno que justifique la existencia de esta institución hasta de raíces morbosas y de exigencias psiquiátricas. ¿Pero qué sugiere la misma desde el ángulo de contemplación del beneficiado con tan tremendo encargo? No está obligado a revelar el contenido de su gestión ni tampoco debe rendir cuentas; queda a su arbitrio y a la sola medida de su conciencia. ¿Será confiable?

El testador debe tener el valor de ser íntegro y fidedigno; y en sus declaraciones cumplir espontáneamente los dictados de su conciencia y en sus disposiciones ceñirse a los mandamientos jurídicos, que además de todo lo que significan generalmente, están basados en principios y en razones trascendentales.

Felizmente en nuestro medio no se ha abusado de la facultad; y los casos de designación de albaceas fiduciarios son excepcionales. Dada la medida del grado de sensibilidad y evolución del hombre ecuatoriano que actúa primordialmente respondiendo a dictados humanos, racionales y repletos del sentido valorativo de la justicia. Sin embargo, de esta experiencia y de la alineación en tan supremos canales, es preciso eliminar la institución porque la juzgamos innecesaria, un baldón para el legislador y que puede dar margen para que se consumen injusticias y constituya poderoso factor de encubrimiento de la inmoralidad, cobardía e irresponsabilidad. Mejor que desaparezcan sistemas e instituciones que empobrecen la calidad espiritual y señalan senderos extraviados que deterioran los claros lineamientos y conformación de la conciencia humana y social.

DIFERENCIAS ENTRE EL ALBACEA ORDINARIO Y EL ALBACEA FIDUCIARIO

Si bien es cierto que en su origen ambas clases de albaceazgos se confunden, pues nacen del testamento y más concretamente de la voluntad expresa del testador y tienen que ser personas ciertas y determinadas, en cambio, los contrastes y diferencias son mucho más acentuados, y entre ellos anotamos los siguientes:

- 1º Albacea ordinario puede ser cualquier persona natural o jurídica —recordemos el criterio del maestro argentino Borda, quien sostiene que sí pueden ser albaceas las personas jurídicas— en cambio para ser albacea fiduciario se requiere ser persona natural, que reúna las calidades necesarias para ser albacea y legatario, al propio tiempo;
- 2º En el caso del albaceazgo fiduciario, es indispensable que el testador determine la especie o suma de dinero que ha de suministrarse para el cumplimiento del encargo secreto; no así en tratándose del simple albaceazgo;

- 39 Mientras el albacea ordinario va a administrar la totalidad del patrimonio sucesorio, por norma general, al albacea fiduciario se le proporcionará como máximo la mitad de la porción de que el testador puede disponer libremente, para que cumpla su encargo reservado;
- *40 El albacea fiduciario es un agente secreto y confidencial; el albacea ordinario no participa de ese carácter restringido y pernicioso;
- *50 Mientras el albacea ordinario no está obligado a prestar ninguna clase de juramento al tenor de lo expuesto en relación con el albacea fiduciario, es de la esencia de esta última clase de albaceazgo comparecer ante el juez para prestar juramento comprometiéndose a desempeñar fiel y legalmente el cargo, sujetándose a la voluntad del testador y declarando que el encargo secreto no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz o invertirlo en un objeto ilícito;
- *60 El albacea fiduciario no está obligado en ningún caso a revelar el objeto del encargo secreto, no así el albacea ordinario, todas cuyas actuaciones son públicas y asume responsabilidad plena por ellas;
- *70 Mientras el albacea ordinario está obligado a rendir cuentas, justificándolas; el fiduciario está relevado de tal obligación; y,
- 80 El albacea ordinario tiene que cumplir imperativamente un conjunto de deberes; en cambio el albacea fiduciario circunscribe su esfera de acción tan sólo a una gestión específica, cual es satisfacer el encargo confidencial del testador.



CAPITULO XXXIV

PARTICION DE BIENES SUCESORIOS

El condominio de los bienes.— Situaciones de los bienes proindiviso.— La estipulación de proindivisión.— Fundamentos de la divisibilidad o partición del patrimonio sucesorio.— Clases de partición: a) testamentaria; b) voluntaria, convencional o extrajudicial; y, c) judicial.— Análisis de cada una de ellas.— Requisitos de la partición cuando intervienen incapaces.— Reminiscencia histórica de la partición judicial: papel que desempeñó el "juez partidor".— Acertada eliminación de tal especie de juez.— Procedimiento en materia de partición judicial.— Las cuestiones de resolución previa.— La discusión sobre derecho de los partícipes y sobre dominio de los bienes.— La importancia de las juntas de familia.— Papel trascendental del juez común.— Diversos momentos de la partición.— Esquema de un juicio de partición.— Modelo de un escrito solicitando la partición.— Rasgos generales de su trámite.— Requisitos que debe reunir toda división.— Reglas que observará el juez para la liquidación y distribución de los efectos sucesorios.— La hijuela divisoria.— Consecuencias jurídicas y económicas.— Factor tiempo en la partición judicial.— La colación en otras legislaciones.

No siempre en una sucesión se fija el bien o bienes que corresponden a cada heredero o legatario. Lo común y general es que abierta la sucesión los causahabientes confronten una realidad que

se desdobra en las esferas subjetiva y objetiva, como una comunidad sucesoria frente a una realidad patrimonial; varios sucesores y un solo patrimonio. He ahí el problema que se plantea dentro del fenómeno sucesorio.

Si existe un solo heredero, a él le corresponde recoger todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles. Todo el caudal patrimonial está destinado para un solo sucesor a título universal; unidad y comunidad se confunden y queda todo superado, sin que aparezcan derivaciones y conflictos. Cuando existen dos o más herederos, la universalidad crea la condición original de *condóminos*. Automáticamente se produce de hecho la *situación de proindivisión*, o más propiamente el *condominio de los bienes sucesorios*.

Examinemos algunos casos que se presentan en la vida cotidiana y que el profesional de derecho debe confrontar:

- a) En una sucesión abintestato, no sobreviven al de cujus ni sus descendientes ni sus ascendientes ni cónyuge supérstite, pero queda un solo hermano; él es, por mandato de la ley, el único heredero universal y en esta calidad le corresponde la totalidad del patrimonio sucesorio, y por ende goza del *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi* y *jus vindicandi*, en similares términos que los concebidos en el derecho romano;
- b) En una sucesión intestada o legal existen cinco herederos, unidos al causante por idénticos vínculos de consanguinidad; entre todos ellos forman una comunidad sucesoria y tienen acceso pleno a la unidad patrimonial. De tal suerte que los cinco son los titulares del derecho de dominio por sucesión por causa de muerte. Ninguno en particular es dueño de todos los bienes ni de un bien específico o determinado y ninguno de ellos deja de ser sucesor a título universal. Entre todos ellos, que constituyen la comunidad hereditaria, suceden en los bienes, derechos y obligaciones transmisibles que correspondieron a su antecesor y que integran la unidad patrimonial;

- c) En tratándose de sucesión testamentaria, si el causante ha instituido un solo heredero, éste le sucede en el caudal hereditario, y por lo común sin ningún problema previsto llega al dominio individual de ese patrimonio;
- d) Empero, si el testador designa varios herederos y a cada uno de ellos le señala expresamente una cuota o mejor una parte alícuota de su patrimonio, éstos serán sus herederos de cuota, recogerán la que les corresponde y responderán asimismo a prorrata de ella;
- e) Pero bien puede el causante, por acto testamentario, instituir dos o más herederos, sin determinar la parte o el bien que corresponde a cada uno. Se tratará, entonces, de herederos proindiviso, o lo que genéricamente se conoce con el nombre de "coasignatarios" o "coparticipes". Evento en el cual el testador, no obstante estar asistido del derecho de disponer de su patrimonio, no puede condicionar la sucesión a la obligación de permanecer en ese estado de indivisión. Ninguno de los sucesores a título universal se verá forzado a mantener esa comunidad de dominio, sino que más bien cada uno de ellos está revestido de la facultad de exigir que se precise y fije cuanto le corresponde en la sucesión y que se le adjudique y entregue lo suyo; y,
- f) Por último, puede presentarse el caso de que el testador asigne una misma especie o cuerpo cierto a varias personas, como cuando en cláusula dispositiva ordena:

"Sea mi casa situada en la ciudad de Quito, Luz de América, de A, B y C", o también: Lego mi hacienda Río de las Amazonas a Vicente, Gabriel, Eloy, Alberto, Galo y Camilo, por su ejemplar espíritu cívico. En ambos supuestos hemos de interpretar que la voluntad del causante fue la que el mismo bien sea de una comunidad sucesoria, colocando en cada circunstancia a sus titulares en igual posición jurídica y económica; y como se trata de una asignación a título singular, podríamos denominarles *colegatarios*, pues A - B y C adquieren el derecho de dominio de la casa que fue

del testador y los ciudadanos expresamente llamados le sucederán en común en el derecho de propiedad del predio mencionado. Frente a estas cláusulas testamentarias, nos preguntamos: a) ¿pudo el de cujus condicionar la aceptación al mantenimiento del patrimonio materia del legado proindiviso? ¿Estarán obligados los sucesores a conservar indivisa la casa o la hacienda, respectivamente? Evidentemente que atentas las inquietudes formuladas, tenemos que responder negativamente: ni el testador tiene facultad para tal suerte de condicionamiento ni los legatarios están obligados a gozar del derecho de dominio en común, a perpetuidad, a menos que pacten la proindivisión en los términos legales específicos, puesto que de lo contrario, en cualquier tiempo, cualesquiera de ellos, podrá iniciar los trámites para poner fin a esa peculiar forma de mantener el derecho de propiedad en común.

ALGUNOS PLANTEAMIENTOS EN TORNO AL FENOMENO DE LA INDIVISION

El profesor colombiano Simón Carrejo, al abordar esta temática en su interesante texto de Derecho Civil —Sucesiones y Donaciones— enfoca así la cuestión: “La muerte de una persona hace que se defiera la herencia a sus sucesores, quienes, si la aceptan expresa o tácitamente, originan la llamada *comunidad hereditaria*, que comprende la integridad de los bienes y de las deudas de ese causante, si se excluyen aquellas cosas de que él ha dispuesto a título particular, las cuales pasan directamente a los legatarios, lo mismo que los créditos y las deudas, que ipso iure se dividen entre los varios herederos, proporcionalmente a sus cuotas. De donde deducimos que se trata de un estado de *indivisión forzada*, puesto que no es voluntariamente como los herederos han llegado a él. De ordinario la fuente de la indivisión en general no es la muerte de la persona, pues hay otras, como la contractual, consistente en la adquisición por varios de una sola cosa, la disolución de la sociedad conyugal, etc. Con el objeto de dar solución al problema de la in-

división que surge en la comunidad, lo cual se trata de eludir hasta donde es posible, la ley al referirse a la partición hereditaria da normas precisas al respecto, las cuales no son privativas de este tema, sino aplicables a la división de cualquier clase de comunidad, tal como ocurre con el artículo 1.832 en materia de sociedades y el 1.241 que se refiere a la disolución del contrato de sociedad" (*).

Esa indivisión forzada que sugiere Carrejo no resulta tan cierta, y de serlo sería de carácter transitorio, precisamente por todo cuanto contempla el Código Civil colombiano y el nuestro que ha proclamado el principio contenido de modo categórico en la regla del artículo 1.360, que es idéntica a la del 1.374 aquél, que dicen:

Art. 1.360 (1.374 del C. C. colombiano):

Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular estará obligado a permanecer en la indivisión. La partición del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario.

Es decir, entre los varios coasignatarios se puede pactar libremente la *indivisión*. Los herederos universales, tanto en sucesión ab intestato como en sucesión testamentaria, a quienes en este último caso no se les haya señalado específicamente lo que les corresponde y también los legatarios de cuerpo cierto a quienes se les

- (1) Los dos artículos invocados por el profesor Carrejo pertenecen a la legislación civil colombiana, aunque el segundo de ellos debe ser el 2.141 y no el que aparece seguramente por un error de imprenta y corresponden, respectivamente, al 206 y al 2.046 de nuestro Código Civil, que dicen textualmente:

Art. 206.—La división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios.

Art. 2.046.—Disuelta la sociedad se procederá a la división de los objetos que componen su haber.

Las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, se aplican a la división del caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones de este título.

haya asignado conjuntamente un bien, pueden convenir entre ellos conservar el dominio proindiviso de los bienes sucesorios, acordando bases de administración, participación en los frutos, utilidades, expensas, responsabilidades, etcétera; lo cual es perfectamente legal y además necesario y aconsejable, en muchos casos.

Sin embargo, el inciso segundo del propio precepto limita el periodo de tiempo en lo concerniente al estado de indivisión, cuando establece *que no puede estipularse proindivisión por más de cinco años; pero cumplido este término podrá renovarse el plazo*. ¿Por cinco años más? es la inquietud que surge a primera vista, y entendemos que se presenta un vacío de la ley en este aspecto, ya que no se aclara si es posible continuar haciendo uso del derecho de renovación por más tiempo, lo cual genera derivaciones de variada índole. Familias que viven y conviven en comunidad espiritual plena desearían no dividirse jamás los bienes sucesorios que fueron modelados con tanto sacrificio y amor por sus antepasados, pensando en los que vendrán, con un sentido acendrado de responsabilidad y altruismo, si cabe la expresión; ¿en qué situación se encuentran? ¿Tal vez mantener de hecho tal modalidad indefinidamente?

Pero también de la lectura del texto transcrito puede brotar, asimismo, una especie de "duda", en torno de los vocablos empleados indistintamente: término y plazo. Para Cabanellas, el primero "es el lapso que debe transcurrir necesariamente para crear, modificar, consolidar o extinguir una relación jurídica. También se usa muy comúnmente para designar el espacio de tiempo concedido para evacuar un trámite judicial; como término legal, término probatorio, etc.". En nuestra práctica procesal y en la legislación pertinente, podemos aseverar que conocemos dos clases de calendarios, por así decirlo: el *general*, que se refiere al transcurso del tiempo, en el cual se toman en cuenta todos los días, sin excepción y que equivale al *plazo*; y el *judicial*, en el cual se consideran como hábiles todos los días, menos los sábados, domingos, festivos y de vacantes, y que equivale propiamente al *término*. En conclusión, existe una significativa diferencia en materia de tiempo, pues

si en un año restamos tales días, nos quedan apenas aproximadamente unos doscientos quince días hábiles. De allí la necesidad de establecer —en esta esfera— con precisión y exactitud si se trata de un “término” o de un “plazo”. Las consecuencias, como puede deducirse, son muy diversas. ¿A cuál de estos conceptos hemos de dar preferencia en nuestra interpretación en lo relativo al empleo indistintamente de los dos vocablos en la disposición que comentamos?

De todos modos, frente al dominio proindiviso de los caudales sucesorios, se consagra el derecho que cada uno de los condóminos tiene para salir de la indivisión y pedir lo que en justicia le corresponde. Este último fenómeno jurídico se llama partición.

LA PARTICION

Opiniones de algunos maestros

Por tratarse de una institución tan importante, necesaria y útil en sumo grado, conviene invocar el testimonio de algunos tratadistas que se interesan por desarrollar, con cierta amplitud, materia de suyo compleja.

Para *Maffía*, la partición “es el acto mediante el cual, normalmente ha de concluir la comunidad hereditaria. Por obra de ella, la cuota aritmética y abstracta que cada uno de los coherederos tiene sobre la comunidad ha de traducirse materialmente en bienes determinados, sobre los cuales adquirirá derechos exclusivos”.

Uribe, con ciertas variantes, define a la partición como “el negocio jurídico que pone fin a la sucesión de, mediante la distribución de los bienes que forman la masa y su adjudicación entre los coherederos, transmitiéndoles en propiedad bienes determinados, de acuerdo con la parte alícuota que a cada quien corresponde”.

Los profesores *Mazeaud* opinan de esta manera: “la partición, lato sensu, comprende el conjunto de las operaciones necesarias para la fijación de los derechos privativos de los coherederos;

es decir, las operaciones preliminares o liquidación —en especial la transformación en dinero líquido de la totalidad o de parte de los bienes sucesorios— y la partición propiamente dicha, que es la distribución de los bienes de la masa entre los condóminos”.

Borda, apunta un concepto muy original, cuando afirma que “la partición es el acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les tocaba, transformándola en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo. Es un acto de *asignación*, tendiente a localizar los derechos de cuota; antes de él, esos derechos se traducen en una fracción numérica (un tercio, un cuarto); después de él se materializan en objetos determinados”.

El colombiano *Valencia Zea* considera que la partición “es negocio jurídico de enajenación, a semejanza de lo que sucede con la tradición. En efecto, mediante la partición cada heredero enajena sus derechos hereditarios universales sobre la masa herencial por derechos singulares que recaen sobre determinados efectos hereditarios; cada coheredero se desprende de algo para adquirir algo diferente. Así, el coheredero que es titular de la tercera parte de una masa herencial, trueca esa cuota universal por estos u otros derechos de propiedad, por estos u otros créditos”.

Para *Arias*, profesor de La Plata, la partición es el “acto por el cual, al dividirse los bienes de la herencia, se disuelve la comunidad hereditaria, convirtiendo a cada uno de los herederos en dueño exclusivo de las cosas que se adjudicaran”.

Julius Binder prefiere partir de la aclaración y cómo se relacionan conceptualmente dos expresiones a veces utilizadas indistintamente y asignándoles valores idénticos: *división* y *partición*. Y al efecto, sostiene: “La primera, en relación con la segunda, es un concepto complejo, cuando el Código Civil habla de partición, se entiende por ella la extinción de la comunidad en un objeto singular del patrimonio, por medio de su desmembración en partes reales o de valor. La división, por el contrario, es un procedimiento regulado por la ley, en el cual se trata siempre de la disolución

y liquidación de una comunidad patrimonial: en él deben tenerse en cuenta en todo caso los derechos de tercero, y por consiguiente pagarse las deudas: sólo el sobrante que queda tras el pago de tales deudas puede partirse entre los comuneros; desde entonces, por consiguiente, han de aplicarse las normas relativas a la partición. Si por tanto, la ley concede a los coherederos el derecho a pedir la división, ello quiere decir igualmente que no pueden demandar la partición”.

Para *Leopoldo Aguilar Carvajal*, profesor de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, “en virtud de la partición la *parte indivisa e indeterminada* que corresponde a cada heredero, se substituye por una *parte divisa y determinada* que se atribuye en propiedad individual al heredero o legatario. Durante la indivisión hereditaria el derecho de propiedad que corresponde a cada heredero sobre los bienes se encuentra indiviso, es una copropiedad con indivisión. En consecuencia, la partición tiene como finalidad poner término al estado de indivisión, consumir la atribución individual de propiedad, realizando la voluntad del testador o el mandato de la ley”. El propio autor se refiere al hecho de que la doctrina “ha discutido mucho sobre la naturaleza jurídica de la partición y en especial si se trata de un acto *declarativo* o *translativo* de propiedad. Para resolver este problema —dice— debemos consultar la legislación positiva. El Código de 1884, en su artículo 3.808 dispone: “La partición legalmente hecha, confiere a los coherederos la propiedad exclusiva de los bienes que se les hayan repartido; y a su vez el artículo 1.779 del Código Civil vigente expresa que: “La partición legalmente hecha, fija la porción de bienes hereditarios que corresponde a cada heredero”. Para el primer artículo citado parece que la partición tiene un efecto atributivo de propiedad y para el segundo consagra un efecto declarativo de propiedad; y para concluir asevera: “La verdad es que la partición puede tener efectos tanto *declarativos* como *atributivos de propiedad*”.

Somarriva, basándose en la definición de partición que da la Corte Suprema de Chile, en una sentencia, sostiene que “supone

una serie de operaciones complejas, cuyo objeto es liquidar y distribuir el caudal poseído en común, en términos tales que se asignen a cada asignatario bienes que correspondan exactamente a los derechos cuotativos de cada partícipe en la comunidad".

Finalmente, nos ocupemos del concepto que da el maestro colombiano *Simón Carrejo*, para el cual "puede decirse que al hablar de partición se hace referencia a una serie compleja de actos tendientes a finalizar el estado de indivisión existente, por intermedio de la liquidación y distribución entre los partícipes de lo que se encontraba indiviso, separando esa totalidad en las cuotas o los lotes que de acuerdo con su derecho, le corresponda a cada uno de ellos.

En verdad, a través de los conceptos enunciados encontramos, por así decirlo, varios ingredientes que se repiten y que vienen a constituir algo así como denominadores comunes, pues los varios tratadistas coinciden por lo general en establecer el punto de partida que es la presencia del elemento objetivo: los bienes sucesorios indivisos, frente al elemento subjetivo: los coasignatarios o lo que dimos en llamar, la comunidad sucesoria; luego se refieren a las operaciones enderezadas a liquidar y distribuir entre todos y cada uno de los copartícipes —en propiedad individual— el patrimonio materia de la sucesión.

En consecuencia, para nosotros la *partición* no es otra cosa que *el conjunto de operaciones jurídicas y económicas encaminadas a dividir y distribuir entre los varios asignatarios los bienes mantenidos proindiviso.*

El derecho de propiedad, tal como lo concebimos, lo vivimos y practicamos en nuestra sociedad, tiene un carácter preponderantemente individualista. A cada titular le interesa el ejercicio de su derecho de dominio. Es corriente proclamar y mantener hipotéticamente la propiedad sobre un mismo bien entre varias personas, como cuando nos referimos a "nuestra casa", "nuestra biblioteca", "nuestro árbol" y hasta "nuestra ciudad" y "nuestra patria". Empero, es casi imposible aplicar el mismo criterio en otras materias que exigen imperativamente la individualización, por conve-

niencia personal, por la paz social, por el simple goce del derecho y hasta por higiene.

E inclusive dentro de esta esfera y en relación con el punto de partida, el propio precepto ya invocado, en su último inciso, precisa que:

Las disposiciones precedentes no se extienden a los lagos de dominio privado, ni a los derechos de servidumbre ni a las cosas que la ley manda mantener indivisas, como la propiedad fiduciaria.

CLASES DE PARTICION SUCESORIA

Aunque el concepto de partición puede aplicarse a todo cuanto concierne a los bienes de la sociedad conyugal y en general a la situación que confrontan las personas que tienen en común un bien determinado, adquiere mayor alcance y contenido en materia sucesoria, que parece que se hubiera creado la institución con dedicatoria y carácter exclusivista para ella. De tal suerte que lo que persigue es que la herencia o legado que se mantiene proindiviso, sean divididos, distribuidos y adjudicados entre los varios coasignatarios. Y en esta órbita podemos distinguir tres clases de particiones: a) testamentaria; b) convencional, voluntaria o extra-judicial; y, c) judicial.

PARTICION TESTAMENTARIA

La partición testamentaria es aquella que ha practicado el propio causante y que está consagrada expresamente en el testamento.

Si bien es de la esencia de la carta testamentaria el acto por el cual una persona dispone de su patrimonio para que surta efecto post mortem, a ésta le asiste igualmente la facultad de señalar el bien o bienes que desea transmitir a sus sucesores. Lo procedente y aconsejado es que el mismo testador, a más de instituir herederos, por ejemplo, determine el patrimonio que ha de corres-

ponder a cada uno, como cuando luego de las cláusulas declarativas, dispone de sus bienes en la siguiente forma: a) instituyo como mis únicos y universales herederos a mis hijos: Susana, Fernando, Rodrigo y Miguel Angel; b) por cuenta de la legítima rigurosa asigno a Susana el predio "La Libertad", ubicado en la parroquia de Puéllaro de este Cantón, cualquier diferencia se imputará en parte a la cuarta de mejoras; a Fernando le asigno la casa número tres mil ochocientos noventa de la avenida Río de las Amazonas, y le impongo la obligación de refundir quinientos mil sucres a Rodrigo, a quien le dejo el terreno de la urbanización del Quito Tennis Club de esta Ciudad, más los quinientos mil sucres que debe refundir Fernando; y a Miguel Angel le asigno el predio número quinientos setenta y ocho de la avenida Doce de Octubre de esta Ciudad, imputándose la diferencia a la otra parte de la cuarta de mejoras y en su totalidad a la cuarta de libre disposición que expresamente dispongo a su favor.

Es decir, en el caso propuesto, por existir previsión del testador, a su fallecimiento —en que automáticamente se abre la sucesión— cada uno de sus herederos adquiere el derecho de dominio sobre los respectivos bienes materia de la partición testamentaria, con lo cual se obvian situaciones complejas y se conjuran problemas de toda índole, que a menudo tienen que confrontar los sucesores. Este procedimiento es ágil y favorable a todos los interesados y al proceso hereditario mismo. Ahora bien, como no puede haber igualdad plena o equivalencia matemática entre los bienes que se dividen, queda al arbitrio del testador equilibrar posiciones imponiendo obligaciones de refundición o bien aproximándose un tanto a la realidad, a base de imputar las diferencias a las cuartas de mejoras o de libre disposición, como en el ejemplo planteado, en que se interpreta que la voluntad del antecesor es que cada uno de sus hijos reciba un bien raíz determinado, y como sus valores no coinciden, se hace uso tanto de la tercera asignación forzosa como de la cuarta de libre disposición, y además operando con créditos y deudas, en tratándose de refundiciones, todo ello con el objeto de aproximarse a la verdad y en lo posible a la exactitud matemática.

PARTICION VOLUNTARIA CONVENCIONAL O EXTRAJUDICIAL

La *partición voluntaria, convencional o extrajudicial* es aquella por la cual los coasignatarios, mediante acuerdo unánime, deciden dividirse el patrimonio materia de la sucesión y proceden a la adjudicación pertinente. Esta clase de partición, como es lógico, y a diferencia de la anteriormente contemplada, se realiza *post mortem*, cuando no existe testamento o cuando existiendo carta testamentaria válida y eficaz, el de cujus no ha hecho uso de su derecho de partir los bienes entre sus sucesores y se ha concretado simple y llanamente a instituir herederos, o ha asignado un mismo bien a dos o más legatarios.

La denominamos de este modo, y con los calificativos enunciados, porque precisamente se perfecciona al margen de lo judicial, por acto espontáneo y gracias a una convención o acuerdo de voluntades. Para ello lo procedente es provocar una reunión de interesados en la sucesión, que por lo regular tiene el carácter de una *"junta de familia"*, preparando previamente algunos proyectos de división de bienes, los mismos que deben ser sometidos a consideración de los concurrentes; y, desde luego, lo fundamental es que haya *intención*, deseo, buena voluntad de encontrar solución al problema; que prime la cordura y un afán conciliatorio y que las decisiones se adopten en unidad de criterio, pues la oposición de uno solo de los coasignatarios, invalida la partición. En esta suerte de deliberaciones y arreglos *juega un papel preponderante el abogado* —el maestro de derecho— que con talento, sabiduría, honestidad, discreción y sagacidad busca y encuentra los cauces lícitos y racionales y orienta tal suerte de encuentros o juntas.

Si entre los bienes sucesorios existen tan sólo muebles, preciso será atender a la opinión y puntos de vista de los copartícipes. A veces el valor afectivo es el que prevalece o quizá otra suerte de apreciaciones que hay que permitir que se pronuncien hasta arribar a una conclusión, luego de desvanecidos o aclarados algunos planteamientos. Si todos demuestran interés especial en relación con

algún objeto determinado, o si en general manifiestan indiferencia, lo mejor será proceder al sorteo y en el caso último a formar lotes aceptablemente iguales o de valores aproximados. También, en el evento, pulsar entre los asistentes su preferencia e inclinación; y si tampoco se produce la manifestación expresa o sólo hay un lote que atrae más a todos, acudir al recurso salvador del sorteo, verificado el cual y acordada la división por decisión de todos, es aconsejable redactar un acta, en la que conste el lugar y fecha, los nombres de las personas interesadas, los bienes materia de la operación y la indicación precisa del procedimiento acordado y de las adjudicaciones que se han convenido, para culminar con la suscripción y firma por parte de todos los coasignatarios. Este documento servirá de constancia y constituirá, como si dijéramos, el título de propiedad.

Mas, si entre los objetos patrimoniales existen bienes raíces, el procedimiento anterior puede resultar válido, pero tan sólo hasta el acuerdo de voluntades o hasta el sorteo, en su caso, pues a posteriori es preciso redactar la hijuela divisoria, la misma que tiene que ser protocolizada en una notaría, elevándola a escritura pública, que debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón o cantones a los que pertenecen los predios materia de la partición; y aquel instrumento público inscrito y registrado servirá de título de propiedad a cada uno de los sucesores.

La partición extrajudicial a la que nos referimos puede aplicarse tanto a los sucesores a título universal (herederos) como a los sucesores a título singular (legatarios); en este último caso, cuando un mismo bien se asigna a dos o más personas, como cuando el testador dispone así: "Dejo mi casa situada en la avenida Juan Montalvo número doscientos, de la parroquia Santa Prisca del cantón Quito, a María Luisa, Jorge y Ximena". Estos no están obligados a mantener el bien raíz proindiviso, y si desean partirse, pueden hacerlo adoptando el mecanismo propuesto; esto es, por acuerdo de todos ellos proceder a la división física o material, si es posible, o a enajenarlo a terceras personas, y partiéndose matemáticamente el precio; o también, adjudicando el inmueble a uno de ellos, y recogiendo su cuota respectiva los otros, etcétera.

PARTICION JUDICIAL

La partición judicial es aquella que se ventila dentro de la jurisdicción contenciosa y en la cual los jueces y tribunales de justicia ejecutan las operaciones dirigidas a dividir y adjudicar el patrimonio sucesorio entre los coasignatarios. Es decir, se somete a la decisión de los jueces la distribución de los bienes materia de la herencia o legado en que tienen interés varias personas.

Por mandato de la ley tiene que hacerse obligatoriamente esta clase de partición, si alguno de los copartícipes no tuviere la libre administración de sus bienes, y en consonancia con lo que dispone el artículo 1.365, que reza:

Los tutores y curadores, y en general los que administran bienes ajenos por disposición de la ley, no podrán proceder a la división de las herencias o de los bienes raíces en que tengan parte sus pupilos, sin autorización judicial.

En acápites precedentes sostuvimos que lo aconsejable, cuando el testador no ha previsto la partición, es que los interesados en una sucesión, acudan al procedimiento de la división convencional o amistosa, para conjurar los problemas derivados de la indivisión y falta de acuerdo de voluntades en todo cuanto concierne a administración, aprovechamiento de los frutos, expensas, etcétera. Pero cuando los coasignatarios no llegan a una resolución o existe oposición de alguno o algunos de ellos, no queda otra alternativa y otro medio que acudir a la justicia, para que, por los cauces legales, se perfeccione la partición. Al efecto, los códigos Civil y de Procedimiento Civil consagran el derecho que ampara a cualesquiera de los condóminos para pedir al juez la división de los bienes sucesorios.

REMINISCENCIA DE LOS JUECES PARTIDORES

Y con relación al juicio de partición, los referidos códigos desde su vigencia hasta el año de 1974 contemplaron la existencia de una

institución peculiar y sui géneris en esta materia, como era la de los *jueces partidores*, categoría que se confiaba a los "abogados que hubieran ejercido la profesión, con buen éxito, por un período no menor de cinco años", designados por la Corte Superior del respectivo distrito. Es decir, el juez partidor era un juez especial, que estaba revestido de competencia para tramitar también un juicio de carácter especial, siguiendo asimismo un procedimiento especial reglamentado en las correspondientes leyes, todo lo cual resultó contraproducente en la generalidad de los casos, y constituyó fuente de explotación e ineficacia en la administración de justicia, que se retardó y embrolló mucho más que de ordinario. Influencias de todo orden conspiraron contra el criterio sano del legislador, que probablemente aspiró a aliviar la carga judicial y a rodearle de mayor agilidad y acierto. Se repitió con inusitada frecuencia el caso de jueces partidores que no tenían la menor noción de su función y responsabilidad y que comerciaban escandalosamente; campeaba la negligencia y el fraude.

La Comisión de Legislación, luego de un estudio detenido y la evaluación de todo cuanto había significado y comportado el sistema de los jueces partidores, consideró que había que suprimirlos, y sugirió al régimen de facto adoptar la decisión definitiva, y al efecto mediante decreto supremo N° 891, de 2 de septiembre de 1974, publicado en el registro oficial N° 636, de los propios mes y año, fueron derogados los artículos 1.366 y siguientes del Código Civil y los artículos 679 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, relativos al juez partidor, cargo que se lo eliminó tácitamente de la Ley Orgánica de la Función Judicial, cuya disposición transitoria cuarta, dice:

"Los juicios de partición pendientes, serán devueltos, por quienes desempeñaban las funciones de Juez Partidor, al Juez de origen, para que éste continúe la tramitación".

Además, el segundo de los artículos finales, expresa:

“Con las excepciones a que se refieren las disposiciones transitorias quinta, sexta, octava y décima primera de esta Ley, derógase la Ley Orgánica de la Función Judicial codificada por la Comisión Legislativa, con fecha 6 de abril de 1959, así como todas las leyes, decretos y disposiciones generales, especiales y reformatorias que se le opongan”.

Precepto este último con el cual se deroga la Sección XII de la referida Codificación, que precisamente trataba de los jueces partidores. Medida de todo punto de vista acertada por las razones invocadas. De tal suerte que en materia de partición se volvió a la justicia ordinaria, que garantiza —a pesar de todos los vicios y defectos— la regular administración de justicia y el que esta clase de litis se ventile siguiendo cauces normales y conocidos.

En verdad, tenemos que reconocer que la institución que comentamos, o sea la de la *partición de bienes*, es de carácter mixto: en parte pertenece al ámbito del *derecho sustantivo* (Código Civil) y en parte es propia de la *esfera adjetiva* (Código de Procedimiento Civil), porque si arranca del enunciado de principios y normas generales que fijan la facultad que asiste y de la que goza todo coasignatario para reclamar lo que le corresponde dentro de una sucesión generadora de condominio, también se precisa el establecimiento de reglas de procedimiento para poder efectivizar esa facultad, a través de las específicas tramitaciones y de los correspondientes procesos.

Y si bien la nueva Ley Orgánica de la Función Judicial prescinde, y con sobrada razón, de los jueces partidores y con ello deroga tácitamente las disposiciones sustantivas y adjetivas de nuestro derecho en materia tan concreta, subsisten vacíos y lagunas. Los preceptos de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, en este ámbito, fueron elaborados a medida de la institución de los jueces partidores, como si dijéramos, con cierta dedicatoria, y al tornar al sistema de la justicia ordinaria, varias de las normas han sufrido un desajuste y resultan inaplicables, por lo cual es imperativo proceder al estudio y reforma de los antedichos códigos, para que las re-

glas específicas se encuadren con el nuevo criterio de la partición judicial.

EL JUICIO DE PARTICION — MODELO DE UNA DEMANDA

El juicio de partición, como toda causa civil, deberá iniciarse con la presentación del correspondiente escrito de demanda, el mismo que podrá estar concebido, por ejemplo, en los siguientes términos precisos y concisos:

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DE PICHINCHA

Nosotros, ABEL TORIBIO LOPEZ FERNANDEZ y JOSEFINA LOPEZ FERNANDEZ DE TORRES, exponemos:

De las copias certificadas de las partidas que acompañamos se desprende que nuestro padre el señor Fermín López Argüello falleció en esta ciudad, en donde tenía su domicilio, el dieciocho de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, sin otorgar testamento y habiendo dejado como sus únicos y universales herederos a sus hijos Víctor Manuel y Elvira López Fernández y a los comparecientes.

Usted, señor Juez, declaró oportunamente abierta la sucesión y ordenó la formación de inventarios, los mismos que se practicaron en la forma legal y fueron satisfechos los respectivos impuestos a la herencia.

Jamás hemos estipulado proindivisión entre los causahabientes.

Con estos antecedentes y fundándonos en las leyes pertinentes y en especial en lo que disponen los artículos mil trescientos sesenta y siguientes del Código Civil y seiscientos setenta y ocho y los demás del Código de Procedimiento Civil, demandamos a nuestros hermanos Víctor Manuel y Elvira López Fernández, la partición de los bienes sucesorios que consisten en la casa número trescientos ochenta y cuatro de la calle Rocafuerte de esta ciudad, la hacienda "El Porvenir", ubicada en la parroquia San José de Minas de este Cantón, la camioneta Ford, modelo 1976, con matricu-

la número cuarenta mil cuatrocientos ochenta y todos los bienes muebles que se encuentran en los predios antes mencionados.

La cuantía la fijamos en tres millones de sucres, de acuerdo con los inventarios.

A los herederos presuntos y desconocidos se les citará por la prensa, en consonancia con lo que prescribe el artículo ochenta y siete y sus reformas del Código de Procedimiento Civil, y a Víctor Manuel y Elvira López Fernández en la casa número trescientos ochenta y cuatro de la calle Rocafuerte.

Se nos notificará en el estudio de nuestro defensor señor doctor Carlos Riofrío Andrade, avenida Diez de Agosto número dos mil setecientos quince.

(f) Abel Toribio López Fernández.

(f) Josefina López Fernández de Torres.

(f) Dr. CARLOS RIOFRÍO A.,
Matrícula Nº 84.

ASPECTOS GENERALES DEL TRAMITE

De acuerdo a la nueva modalidad introducida, la presente demanda, con los documentos y copias anexos, debe ser presentada en la oficina de sorteos, (*) en donde se procederá a fijar el juzga-

(*) La Corte Suprema de Justicia expidió, el 22 de febrero del presente año de 1978, el Reglamento de Sorteos, mediante resolución publicada en el registro oficial número 536, de 1º de marzo siguiente, cuyos artículos principales establecen las siguientes reglas al respecto: Art. 1º—**Distribución del Trabajo**.—Cuando en una ciudad existan dos o más juzgados de lo civil provincial, de lo civil cantonal, de trabajo, de inquilinato, de lo penal y de tránsito que deban conocer de un asunto sometido a su competencia, ésta se radicará mediante sorteo practicado con sujeción a lo dispuesto en el presente reglamento.

Una vez efectuado el sorteo, el juzgado al que le hubiere correspondido la causa, intervendrá en la sustanciación y resolución de la misma, cuantas veces sea necesario, sin que proceda nuevo sorteo; así como en la ejecución de la sentencia, en

do en el cual va a tramitarse, para que su titular avoque conocimiento; y una vez puesta la fe de presentación por parte del secretario de la judicatura y calificada la demanda, el juez ordena que se publique por la prensa el texto íntegro de ella y la providencia respectiva por una sola vez y en dos días consecutivos los correspondientes extractos. Si dentro de los veinte días subsiguientes a la última publicación no comparece persona alguna, o si lo hacen terceros interesados, el juez señalará un término para que se presenten las cuestiones que, a juicio de las partes, requieran resolución previa. ¿Cuáles serán, en general, dichas cuestiones? Pues, las inherentes a los derechos de cada uno de los partícipes y al dominio de los bienes.

Vencido este término, no se admitirá reclamo alguno, sin perjuicio del derecho de terceros, que se ejercitará por separado, sin obstar a que continúe el juicio de partición, al tenor de lo que prescribe el inciso segundo del artículo seiscientos ochenta y dos del Código de Procedimiento Civil.

Para estas cuestiones de resolución previa que se le presenten, el juez concederá el término de prueba de cinco hasta quince días, durante el cual ordenará de oficio la práctica de todas las diligencias y de las que pidan las partes; y todas las cuestiones que se hubieren planteado como previas, se decidirán en una sola providencia. De la resolución que se dicte, no se concederá otro recurso que el de apelación, salvo que la cuantía de la masa partible

la liquidación de daños y perjuicios provenientes de fallo ejecutoriado, tercerías y más asuntos que lleguen a ser incidentes de la causa principal.

Art. 69.—Presentación de las demandas.— Las demandas se presentarán en las oficinas de sorteo o en los Ministerios fiscales respectivos, según el caso, en los días y horas hábiles.

Para los efectos de este reglamento, se entenderán también como demandas cualquier solicitud, denuncia o reclamo que de conformidad con la Ley, se dirigiere a los jueces de lo penal o de tránsito para la iniciación de los juicios.

Asimismo, en los casos de procesos penales que hubieren sido instruidos por quienes no tienen competencia para resolverlos, concluida la etapa de instrucción, los expedientes serán enviados a las oficinas de sorteo o a los Ministros Fiscales, para el sorteo establecido por este reglamento.

fuere mayor de doce mil sures, en cuyo caso habrá lugar al recurso de tercera instancia, como lo manda el artículo 685 del propio cuerpo de leyes. El superior fallará por los méritos del proceso, sin ninguna sustanciación.

Ejecutoriada la providencia mediante la cual se deciden estas cuestiones previas, o si no se hubieran presentado tales cuestiones, el juez efectuará la partición en el término de seis meses, contados desde que avocó conocimiento de la causa, siendo hábiles todos los días y horas, por tratarse de un trámite especial y por así disponerlo la ley de la materia.

Antes de proceder a las adjudicaciones, el juez convocará a los interesados en la partición a una junta, que tendrá por objeto, en esencia, conseguir el acuerdo de ellos respecto de la distribución misma del patrimonio hereditario.

La junta de familia, en el ámbito de la presente institución, encarna una responsabilidad mayúscula para el juez, quien, con su recto criterio y sin prejuzgar ni prevaricar, puede orientar sagazmente las deliberaciones y decisiones. De allí que se considere que dicha reunión tiene una importancia definitiva y puede constituir la clave en la partición. Un juez inteligente, hábil y tierno estará llamado a alcanzar un buen éxito; pero también depende de las partes y de sus respectivos asesores y defensores, especialmente, que si son genuinos juristas y hombres de sano criterio, integridad y buena voluntad, pueden alcanzar el objetivo central, al margen de incidentes y dilatorias, que al fin y a la postre perjudican a todos.

Si hubiera conformidad en el planteamiento de lo que constituye el fundamento de la partición, el juez ejecutará la adjudicación, en la forma acordada en la referida junta de familia, "extendiendo un acta firmada por los concurrentes y autorizada por el secretario".

Si no hubiere conformidad, el juez procederá a formar los lotes, como juzgase equitativo, y convocará a los coasignatarios a nueva junta, con señalamiento de día y hora. Para ello, previamente se hará asesorar por peritos, quienes con conocimiento pleno de causa y siendo expertos y técnicos en la correspondiente ma-

teria, estarán en condiciones de suministrar al juez los datos y la orientación precisos y necesarios para que culminen con acierto las operaciones a él confiadas; y con la finalidad de que, por ejemplo, de ser cuatro los interesados, los lotes sean matemáticamente iguales, los cuales pueden ser seleccionados por ellos, y si no existe preferencia de parte interesada, se efectuará el sorteo del caso entre todos los copartícipes; y a base de ello el juez formará la *hijuela divisoria* pertinente, la misma que, una vez aprobada por las partes, y mediante sentencia por el juez, será protocolizada en una notaría e inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón o cantones a los que pertenecieren los bienes raíces materia de la partición.

También del fallo por el cual se aprueba la hijuela divisoria habrá el recurso de apelación, como lo contempla la ley, y sólo una vez ejecutoriado se procederá a la protocolización e inscripción, de conformidad con lo que queda puntualizado.

ELEMENTOS QUE CONTENDRA LA HIJUELA DIVISORIA

El artículo 690 del Código de Procedimiento Civil establece concretamente que la división comprenderá:

- 1º El nombre de la persona cuyos bienes se dividen y el de los interesados entre quienes se distribuyen;
- 2º Una razón circunstanciada de los bienes a que se contrae la partición expresando el valor de cada uno de ellos, para de ese modo determinar el de la masa partible;
- 3º La enumeración de los gravámenes que afecten a los bienes raíces, así como la de los créditos y deudas;
- 4º El señalamiento de los bienes con los cuales deben pagarse las deudas, el de la cuota que corresponde a cada uno de los partícipes y el de los bienes que por ella se les adjudican. Al tratarse de bienes muebles, se los especificará de modo inconfundible, indicando el número, peso y medida, en su caso, así como las señales distintivas; y si

fueran raíces, se precisará la cabida, ubicación, linderos y dimensiones de cada lote, sin lo cual no se aprobará ni se inscribirá ninguna hijuela;

- 5º El procedimiento empleado para la formación de los lotes y el sorteo, expresando los objetos de que se compone cada uno de aquéllos;
- 6º La determinación de las servidumbres a favor de los partícipes; y,
- 7º La fecha en que se practicó, y las firmas y rúbricas del juez y de su secretario.

REGLAS QUE DEBE OBSERVAR EL JUEZ EN LAS OPERACIONES DE PARTICION

El juez liquidará los valores que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presente las reglas contenidas en el artículo 1.380 del Código Civil, (*) que son los siguientes:

- 1ª Entre los coasignatarios de una especie que no admita división, o cuya división la haga desmerecer, tendrá mejor derecho a la especie el que más ofrezca por ella; cualquier-

(*) El artículo 1.380 del Código Civil concuerda y se relaciona con el artículo 92, del Título VII de las Disposiciones Generales de la Ley de Reforma Agraria dictada mediante Decreto Supremo Nº 1.172, de 9 de octubre de 1973, publicado en el Registro Oficial número 410, de 15 de los propios mes y año, que establece:

"Art. 92.—El fraccionamiento de los predios rústicos requiere autorización previa del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización (I. E. R. A. C.), el que la concederá una vez comprobado que la división no contraviene el espíritu de esta Ley".

"En las particiones se tomará en cuenta lo dispuesto en el inciso anterior. Si no fuere posible la partición de un predio en los términos indicados, el Juez, luego de oír al IERAC, podrá disponer la venta como cuerpo cierto o que se mantenga la indivisión".

"Los notarios públicos y registradores de la propiedad que celebraren o inscribieren, respectivamente, escrituras en contravención a lo dispuesto en esta Ley, serán separados de sus funciones por el Presidente de la Corte Superior correspondiente".

- ra de los coasignatarios tendrá derecho a pedir la admisión de licitadores extraños; y el precio se dividirá entre todos los coasignatarios a prorrata;
- 2ª No habiendo quien ofrezca más que el valor de la tasación o el convencional, y compitiendo dos o más coasignatarios sobre la adjudicación de la especie, el legitimario será preferido al que no lo sea;
- 3ª Las porciones de uno o más fundos que se adjudiquen a un solo individuo, serán, si posible fuere, continuas, a menos que el adjudicatario consienta en recibir porciones separadas, o que de la continuidad resulte mayor perjuicio a los demás interesados que de la separación del adjudicatario;
- 4ª Se procurará la misma continuidad entre el fundo que se adjudique a un asignatario y otro fundo de que el mismo asignatario sea dueño;
- 5ª En la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce;
- 6ª Si dos o más personas fueren coasignatarios de un predio, podrá el juez, con el legítimo consentimiento de los interesados, separar de la propiedad el usufructo, habitación o uso, para darlos por cuenta de la asignación;
- 7ª En la partición de una herencia o lo que de ella restare, después de las adjudicaciones de especies mencionadas en los numerales anteriores, se guardará la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible;
- 8ª En la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos; pero se tendrá cuidado de no dividir o separar los objetos que no admitan cómoda división o de cuya separación resulte perjuicio; salvo que convengan en ello unánime y legítimamente los interesados;

- 9ª Antes de efectuarse el sorteo, cada uno de los interesados podrá reclamar contra el modo de composición de los lotes; y,
- 10ª Cumpliéndose con lo contemplado en los artículos 1.365 (los tutores y curadores y en general los que administren bienes ajenos no podrán proceder a la partición de las herencias o bienes raíces de sus pupilos sin autorización judicial) y 1.369 (la partición necesariamente tendrá que ser judicial si alguno de los coasignatarios no tuviere la libre disposición de sus bienes) no será necesaria la aprobación judicial para llevar a ejecución lo dispuesto en cualquiera de los numerales precedentes, aun cuando algunos o todos los coasignatarios sean menores u otras personas que no tengan la libre administración de sus bienes.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y ECONÓMICAS DE LA PARTICIÓN

No obstante de que la partición puede perfeccionarse inclusive transcurridos varios años, después de la muerte del de cujus, sin embargo, al efectuar las operaciones pertinentes, se tomará en cuenta la situación en que se encontraba el patrimonio sucesorio al momento mismo de la apertura de la sucesión, como tuvimos oportunidad de sostener al estudiar este último fenómeno.

De tal suerte que, al recoger su porción cada uno de los coasignatarios, habrá de hacerlo con cierto sentido retrospectivo, vale decir, tomando en consideración el proceso mismo a partir del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata, en que se opera automáticamente la vacancia de los bienes que están en aptitud de pasar a sus sucesores.

Examinamos prolijamente cómo todo causahabiente, que comparte con otros la asignación, no está obligado a permanecer en esa situación y que está revestido del derecho de pedir la partición, en igual forma que quien le sucede en el derecho. Al respec-

to, no es posible pasar por alto la contradicción que existe entre el precepto contenido en el artículo 1.363 del Código Civil y el inciso segundo del artículo 678 del Código de Procedimiento Civil:

Art. 1.363: *Si un coasignatario vende o cede su cuota a un extraño, tendrá éste igual derecho que el vendedor o cedente, para pedir la partición e intervenir en ella.*

Inciso segundo del artículo 678 del Código de Procedimiento Civil:

El comprador de cuota de una cosa singular que forma parte de los bienes de una sucesión, no podrá demandar la partición de ellos.

Esta segunda disposición transcrita, atenta contra el derecho del *nuevo adquirente*, quien recoge las propias facultades que le eran inherentes a su antecesor, puesto que, como anotamos a su debido tiempo, *le sucede también en el derecho*. Aunque tenga que interpretarse que esta limitación se circunscribe exclusivamente al comprador de una parte alícuota de un legado de especie o cuerpo cierto; como si, por ejemplo, el sucesor a título singular de un predio determinado vende a una tercera persona una quinta parte del mismo; caso en que, por el precepto enunciado, no podría demandar la partición, por prohibírselo expresamente la ley. Lo cual me parece inconveniente y además injusto.

Lo propio, en tratándose del deceso de uno de los coasignatarios después de habérsele deferido la herencia o legado, no obstante de que cualquiera de sus herederos *podrá pedir la partición; pero formarán en ella una sola persona, y no podrán obrar sino todos juntos o por medio de un procurador común*, al tenor de lo que prescribe el artículo 1.364 del Código Civil.

Pero también puede ocurrir el caso en el cual el testador haya impuesto a uno de los coasignatarios una condición suspensiva, como cuando mediante cláusula testamentaria dispone de este mo-

do: Asigno la cuarta de libre disposición a Alfonso, Hilda y Marcela, pero a ésta si se gradúa de enfermera. ¿Cómo resolver la situación frente al fenómeno que contemplamos? Aparentemente se trata de una situación compleja y determinante de un verdadero estancamiento en relación con el derecho de los dos primeros herederos de cuota, empero, el artículo 1.362 obvia el problema y señala la clave:

Si alguno de los coasignatarios lo fuere bajo condición suspensiva, no tendrá derecho para pedir la partición mientras penda la condición. Pero los otros coasignatarios podrán proceder a ella, asegurando competentemente al coasignatario condicional lo que, cumplida la condición, le corresponde.

En el ejemplo propuesto, Alfonso e Hilda tienen franca la vía para intentar la partición, pero deberán asegurar la porción que le corresponderá a Marcela, cuando se cumpla la condición, esto es cuando se gradúe de enfermera. ¿Qué tiempo —como máximo— deberá esperarse para que ocurra tal acontecimiento? La respuesta es categórica y se desprende de los principios generales; nada menos que quince años, en que habrá prescrito su derecho —el de Marcela—, y será aplicable cuanto el legislador contempla en el evento de una sucesión ab intestato, a menos que el testador haya previsto la designación de sustituto, para el caso de que no se cumpla la condición dentro del plazo legal.

DIVERSAS CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN PRESENTARSE PREVIA LA PARTICIÓN O CONCOMITANTEMENTE CON ELLA

También en una sucesión puede presentarse la circunstancia de que uno de los coasignatarios, que se halla *ausente*, no tenga representante quien actúe por él, caso en el cual será necesario cumplir lo que dispone el inciso final del artículo 1.277, en que *se le nombrará curador de bienes que le represente, y acepte por él, con*

guno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de venta de cosa ajena (*).

- b) *El partícipe que sea molestado en la posesión del objeto que le cupo en la partición, o que haya sufrido evicción de él, lo denunciará a los otros partícipes, para que concurran a hacer cesar la molestia; y tendrá derecho para que le saneen en la evicción. Esta acción prescribe en cuatro años, contados desde el día de la evicción.*
- c) *No ha lugar a esta acción si la evicción o la molestia procedieren de causa superveniente a la partición; si la acción de saneamiento expresamente se hubiere renunciado; y si el partícipe ha sufrido la molestia o la evicción, por su culpa.*
- d) *El pago del saneamiento se divide entre los partícipes a prorrata de sus cuotas; la porción del insolvente grava también a todos a prorrata de sus cuotas, incluso al que ha de ser indemnizado.*
- e) *Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. (Arts. 1.724 y siguientes). La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota; las particiones judiciales no se anulan ni rescinden si previamente, por motivos legales, no se anulan las sentencias pronunciadas en ellas.*
- f) *El haber omitido involuntariamente algunos objetos no será motivo para rescindir la partición. La partición de los objetos omitidos se hará, entonces, dividiéndolos entre los partícipes, con arreglo a sus respectivos derechos.*
- g) *Podrán los otros partícipes "atajar" la acción rescisoria de uno de ellos, ofreciéndole y asegurándole el suplemento de su porción, en numerario.*

(*) Art. 1.781.—"La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el transcurso del tiempo".

- h) No podrá intentar la acción de nulidad o rescisión el partícipe que haya enajenado su porción en todo o en parte, salvo que la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo, de que le resulte perjuicio.
- i) La acción de nulidad o de rescisión prescribe, respecto de las particiones, según las reglas generales que fijan la duración de esta especie de acciones. Y,
- j) El partícipe que no quisiere o no pudiere intentar la acción de nulidad o de rescisión, conservará los otros recursos legales que para ser indemnizado le correspondan.

FACTOR TIEMPO EN LA PARTICION JUDICIAL

La sociedad contemporánea vive más a prisa. El calendario y el reloj se mueven con inusitada y desconcertante velocidad y el hombre es víctima de ellos, a tal punto que su existencia está marcada inevitablemente de sus signos fatales e insuperables. El quehacer humano se desenvuelve al compás de su inexorable imposición.

Ya nadie discute que el factor tiempo juega un papel preponderante en todas las actividades, y tanto que en las comunidades más inclinadas al mercantilismo, y por ello "metalizadas" en sumo grado, se repite firme y decididamente ese conocido aforismo: el tiempo es oro. Todos anhelamos que nuestros problemas sean resueltos a la brevedad posible, que los conflictos sean superados a ritmo veloz, que todo esté marcado por la tiranía del calendario y reloj, porque no hay tiempo que perder. Y en la esfera del derecho constituye ya un imperativo la celeridad, y la auténtica eficacia habrá de traducirse en ese sentido, precisamente, que la justicia llegue, pero con oportunidad y agilidad; la justicia que tarda y demora, llega deteriorada, afectada por ese mal, y se cree que ya no es justicia.

En la órbita judicial viene presentándose la tendencia cada vez más marcada a la lentitud. No se respetan términos ni plazos.

- h) No podrá intentar la acción de nulidad o rescisión el partícipe que haya enajenado su porción en todo o en parte, salvo que la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo, de que le resulte perjuicio.
- i) La acción de nulidad o de rescisión prescribe, respecto de las particiones, según las reglas generales que fijan la duración de esta especie de acciones. Y,
- j) El partícipe que no quisiere o no pudiese intentar la acción de nulidad o de rescisión, conservará los otros recursos legales que para ser indemnizado le correspondan.

FACTOR TIEMPO EN LA PARTICION JUDICIAL

La sociedad contemporánea vive más a prisa. El calendario y el reloj se mueven con inusitada y desconcertante velocidad y el hombre es víctima de ellos, a tal punto que su existencia está marcada inevitablemente de sus signos fatales e insuperables. El quehacer humano se desenvuelve al compás de su inexorable imposición.

Ya nadie discute que el factor tiempo juega un papel preponderante en todas las actividades, y tanto que en las comunidades más inclinadas al mercantilismo, y por ello "metalizadas" en sumo grado, se repite firme y decididamente ese conocido aforismo: el tiempo es oro. Todos anhelamos que nuestros problemas sean resueltos a la brevedad posible, que los conflictos sean superados a ritmo veloz, que todo esté marcado por la tiranía del calendario y reloj, porque no hay tiempo que perder. Y en la esfera del derecho constituye ya un imperativo la celeridad, y la auténtica eficacia habrá de traducirse en ese sentido, precisamente, que la justicia llegue, pero con oportunidad y agilidad; la justicia que tarda y demora, llega deteriorada, afectada por ese mal, y se cree que ya no es justicia.

En la órbita judicial viene presentándose la tendencia cada vez más marcada a la lentitud. No se respetan términos ni plazos.

Existen trámites de todo orden que se dilatan inverosímilmente, determinando el que la gente pierda su confianza en la justicia. Será, acaso, una respuesta de la sociedad de masas que se ha impuesto? ¿Tal vez la presencia de un enjambre de problemas de toda estirpe que se acumula acentuadamente frente a una función judicial inoperante y atada de pies y manos? Estos planteamientos aplicables al esquema nacional no encarnan validez general y universal, pues las legislaciones de varios pueblos han confrontado sabiamente este fenómeno, arbitrando medidas radicales, que por lo regular confieren a los jueces una amplia potestad, para agilizar el despacho de las causas, permitiendo, inclusive, la oralidad y la sustanciación en una o limitadísimas sesiones, con diligencias completas y acumulativas, en las cuales pueden intervenir las partes, testigos, peritos y más agentes, para llegar a una conclusión dentro del marco temporal más ajustado y preciso. Esto es lo procedente y deviene en garantía y beneficio de los litigantes y por ende de la paz social y del espontáneo avance de la colectividad.

No obstante la regla clara y precisa contenida en el artículo 1.375 del Código Civil y la concordante del 689 del Código de Procedimiento Civil, no siempre los jueces partidores cumplieron su misión y los juicios de partición se ventilaron con marcada negligencia y se estancaron años de años sin solución, lo que motivó en gran medida su descrédito. Es indudable que existió la norma limitativa, cuando en la primera de dichas disposiciones se establecía que:

El partidador efectuará la partición en el término de seis meses, contados desde la aceptación del cargo.

El testador no podrá ampliar este plazo. Los coasignatarios podrán ampliarlo o restringirlo, como mejor les parezca, aun contra la voluntad del testador.

Y el artículo correlativo del Código de Procedimiento Civil, es el 689, que reza textualmente:

El partidor practicará la partición dentro del plazo y en la forma que prescribe el Código Civil. Para este plazo, no se computará el tiempo intermedio entre la concesión de recursos de los fallos del testador y la devolución de los autos por el superior.

En estos preceptos, como puede colegirse, se confunden los vocablos "término" con "plazo", pero se sobreentiende que en los juicios de partición son hábiles todos los días, es decir el calendario común y el calendario judicial se identifican, y constituye el único caso en materia civil, asimilándose a aquello que es de la esencia de las causas penales. Pero de todas maneras, se lindera temporalmente la esfera de actividad del juez partidor, quien, por lo regular, estaba facultado para realizar todas las operaciones y trámites hasta finiquitar toda la problemática inherente a su cometido en un medio año. Frente a la eliminación de los jueces partidores y a los mandamientos legales concebidos y regulados exclusivamente en consideración a la existencia de tal jurisdicción y competencia especiales, brotan de modo automático interrogantes como los que siguen: ¿En qué situación queda el fenómeno plazo atentas las circunstancias actuales? ¿Serán aplicables las normas contenidas en los artículos 1.375 del Código Civil y 689 del Código de Procedimiento Civil?

Por todo ello, la Comisión de Legislación actual y las que entrarán a actuar tan pronto como se halle vigente la nueva Carta Fundamental de 1978, que es la décima séptima de la República del Ecuador, y sean integradas, tienen la obligación inaplazable de armonizar las disposiciones, encuadrándolas a la modalidad adoptada y reglando con justeza las normas procesales aplicables a la justicia ordinaria, para participarle de un sello de garantía y eficacia, merced a la dinamia y celeridad que se logre imprimir a esta clase de acciones, todo lo cual constituirá prenda de acierto y bienandanza social.

El partidor practicará la partición dentro del plazo y en la forma que prescribe el Código Civil. Para este plazo, no se computará el tiempo intermedio entre la concesión de recursos de los fallos del testador y la devolución de los autos por el superior.

En estos preceptos, como puede colegirse, se confunden los vocablos "término" con "plazo", pero se sobreentiende que en los juicios de partición son hábiles todos los días, es decir el calendario común y el calendario judicial se identifican, y constituye el único caso en materia civil, asimilándose a aquello que es de la esencia de las causas penales. Pero de todas maneras, se lindaba temporalmente la esfera de actividad del juez partidor, quien, por lo regular, estaba facultado para realizar todas las operaciones y trámites hasta finiquitar toda la problemática inherente a su cometido en un medio año. Frente a la eliminación de los jueces partidores y a los mandamientos legales concebidos y regulados exclusivamente en consideración a la existencia de tal jurisdicción y competencia especiales, brotan de modo automático interrogantes como los que siguen: ¿En qué situación queda el fenómeno plazo atentas las circunstancias actuales? ¿Serán aplicables las normas contenidas en los artículos 1.375 del Código Civil y 689 del Código de Procedimiento Civil?

Por todo ello, la Comisión de Legislación actual y las que entrarán a actuar tan pronto como se halle vigente la nueva Carta Fundamental de 1978, que es la décima séptima de la República del Ecuador, y sean integradas, tienen la obligación inaplazable de armonizar las disposiciones, encuadrándolas a la modalidad adoptada y reglando con justeza las normas procesales aplicables a la justicia ordinaria, para participarle de un sello de garantía y eficacia, merced a la dinamia y celeridad que se logre imprimir a esta clase de acciones, todo lo cual constituirá prenda de acierto y bienandanza social.

COLACION

Para dar término a las exposiciones sucintas en torno a la partición, no podemos prescindir del concepto de *colación* al que se refieren diversas legislaciones y que está íntimamente vinculado a la institución que revisamos.

Así, pues Guillermo Borda expresa que "toda donación hecha en vida por el causante a uno de sus herederos forzosos se presume como un simple adelanto de herencia; por tanto, al realizarse la partición, se computará dentro de la hijuela de ese heredero, compensándose a los otros con bienes de igual valor. *Esta obligación del heredero foroso de traer a la masa el valor de los bienes que le fueron donados, se llama colación.* Sólo estará dispensado de ella, en el caso de que el causante lo haya dispuesto así en forma expresa; sólo entonces se entenderá que la donación ha sido hecha con intención de *mejorar* al beneficiario (dentro de los límites de la porción disponible), y no de hacerle un simple adelanto. La colación se funda, pues, en la voluntad presunta del difunto. La ley estima que, salvo voluntad expresa en contrario, aquél no se ha propuesto modificar las porciones hereditarias que la ley reconoce a los herederos forzosos en la sucesión abintestato. Es también una manera de propender a que se respete la igualdad entre los coherederos". Nosotros salvamos este escollo con el cálculo del primer acervo imaginario, por ejemplo, al cual nos referimos oportunamente.

El maestro español Felipe Sánchez Román, en sus Estudios de Derecho Civil, manifiesta que "la *colación* en el concepto legal que el Código atribuye a esta palabra y la aplica, no es otra cosa que la *imputación* a los herederos forzosos en parte del pago de su legítima y también en la larga o mejora, es decir, el tercio o los dos tercios, si fueren descendientes, en la sucesión de ascendientes, y si en la donación por contrato se hubiere declarado de una manera expresa la voluntad de mejorar o se hubiere hecho promesa de mejorar en capitulaciones matrimoniales, o en su legítima de la mi-

dad si se tratara de la de ascendientes en la sucesión de descendientes, de lo recibido por título lucrativo o gratuito por cualquiera de dichos herederos forzosos que concurren con otros de igual calidad a la sucesión del causante común, donante o mejorante de aquéllos y la revocación o reintegro a la masa hereditaria del exceso que resultare de aquellas donaciones hechas en vida por el mismo, para que, incluyéndose en el activo de la herencia se dividan entre los partícipes y no se perjudique la legítima de los herederos forzosos que no recibieron nada por dote, donación o título lucrativo de dicho causante común en vida de éste. La *colación* es doctrina aplicable igualmente a la sucesión *testada* que a la *intestada*, pues aunque la frase de *herederos forzosos*, que son los obligados a ella, parece referirse sólo a la primera en cuanto constituye una limitación establecida a la libertad del testador que los tiene para que no pueda disponer de la porción de bienes reservada por la ley a aquéllos, como legítima, y en la *intestada* falta este supuesto de la disposición del testador y se regula por los llamamientos de la ley, éstos también están ordenados en razón de esa preferencia de los herederos forzosos, y es cierto que *ambas* sucesiones pueden concurrir unos herederos forzosos con otros que hayan recibido o no bienes o valores sujetos a *colación* y ser ésta indispensable para restablecer los principios de igualdad entre ellos por razón de su legítima e impedir el quebranto o perjuicio de la de algunos, que es el fin capital de la *colación*".

FUNDADA EN 1620
QUITO



CAPITULO XXXV

PASIVO SUCESORIO

Conveniencia de sustituir el título correspondiente de nuestro Código por el presente.— Distinción entre deudas hereditarias y deudas testamentarias.— Las cargas sucesorias.— Contenido de cada una de ellas.— ¿Quiénes están obligados al pago de dichas deudas? Responsabilidad de los herederos por las deudas hereditarias.— Fundamento de la responsabilidad de los herederos.— La acción para el pago de las deudas hereditarias debe dirigirse a todos los herederos o a cada uno por sus respectivas cuotas.— Casos que se presentan en esta materia.— Situación del heredero beneficiario, del heredero insolvente, de los herederos usufructuarios o fiduciarios y del heredero acreedor o deudor del causante.— Responsabilidad de los legatarios.— Las cargas testamentarias.— Quiénes deben pagar los legados o deudas testamentarias.— Circunstancias que se presentan en el pago de los legados.— Legados de pensiones periódicas.— Responsabilidad de las cargas de la sucesión.— Otras normas inherentes al pasivo sucesorio.

Si bien es verdad que nuestro Código adopta el título consagrado y conocido como *Del pago de las deudas hereditarias y testamentarias*, consideramos que es mucho más acertado concretar-

lo con la denominación que hemos enunciado doctrinariamente al abordar esta temática, pues al referirnos al *pasivo sucesorio* abarcamos un campo mucho más amplio, que nos permite apreciar el fenómeno con mayor visión y de un modo global, lo cual resulta más procedente y propio de las cuestiones jurídicas e inclusive económicas y contables, ya que toda sucesión está conformada en realidad por su *activo* y *pasivo*, el primero será materia de las disposiciones testamentarias o de la estricta aplicación de la ley, en tratándose de sucesiones ab intestato; y el segundo que por lo regular se identifica con la esencia de la problemática, tendrá que dilucidarse específicamente, como materia aparte, y este es el propósito cardinal de los presentes planteamientos.

Al registrar la institución propia de los acervos reales y al proponernos calcular el acervo líquido, paso al que se confluye luego de las llamadas rebajas de ley, establecimos que la segunda rebaja precisamente se circunscribe a todo cuanto concierne a las deudas hereditarias, y en esa oportunidad enfocamos incidentalmente estas cuestiones.

Por lo común se sostiene la tesis de que en una sucesión pueden configurarse dos clases de deudas: a) deudas hereditarias; y, b) deudas testamentarias. Pero el pasivo no sólo está integrado por dichas deudas, puesto que de hecho se presentan también las cargas de la sucesión, que no pueden ser involucradas en modo alguno entre las unas o las otras deudas, desde luego que comportan características y contenido específicos.

Así, pues, concluiremos que el pasivo sucesorio puede estar integrado triptícamente por los siguientes elementos: 1º) deudas hereditarias; 2º) deudas testamentarias; y, 3º) cargas de la sucesión.

Deudas hereditarias: Son aquellas contraídas por el de cujus, exigibles a él mismo una vez vencido el plazo y que, como consecuencia de su fallecimiento, se transmiten a sus sucesores.

Propongamos algunos casos de deudas hereditarias:

I

Alberto adquiere un lote de libros a crédito, y como no hace la compra al contado, la librería le exige suscribir un pagaré por el valor que queda debiendo, concediéndole el plazo de un año. Alberto se compromete a hacer pagos parciales mediante abonos mensuales, pero muere antes de extinguirse la obligación, por lo cual transmite a sus herederos la obligación de pagar el saldo y esta clase de deuda tiene el carácter de hereditaria.

II

Augusta compra un automóvil a plazos, y acepta diez letras de cambio que debe cancelar escalonadamente cada treinta días; apenas ha cubierto tres de ellas, sufre un accidente de tránsito y fallece instantáneamente. Sus herederos le suceden en todos sus bienes, derechos y obligaciones y en primer término tienen que cubrir el saldo de la deuda, que se convierte de hecho en deuda hereditaria.

III

María Luisa obtiene un préstamo bancario para construir su vivienda en el terreno que posee en "Bella Vista", y para responder por los quinientos mil sucres recibidos del Banco del Pichincha, hipoteca dicho predio con sus aumentos, mejoras, edificios, etcétera a favor de aquél. El plazo concedido es el de diez años y mientras se halla cumpliendo su obligación, fenece al término del cuarto año, situación que determina la transmisión automática de la obligación de cancelar el crédito que asumen sus herederos y, por ende, se presenta el caso típico de una deuda hereditaria.

En los motivos ejemplificados concurren los siguientes factores: a) una persona que contrae una obligación; b) una tercera persona que adquiere un crédito; c) la defunción de la persona

obligada, sin cubrir el valor total del crédito; y, d) la presencia categórica de la *deuda hereditaria*.

Deudas testamentarias: Son aquellas que tienen su origen en el testamento; que se traducen por las liberalidades de la persona de cuya sucesión se trata, expresamente contempladas en la carta testamentaria.

Examinemos algunos ejemplos:

19

Judith otorga su testamento solemne abierto, el mismo que contiene declaraciones y disposiciones, cuya cláusula quinta dice:

Quinta.—Además, hago las siguientes asignaciones:

- a) A Rubén le dejó cincuenta mil sucres;
- b) A Betty, treinta mil sucres; y,
- c) A Nelly, ochenta mil sucres.

Todos estos son legados de género, y de hecho se constituyen en deudas testamentarias.

29

Enrique en su carta testamentaria instituye dos legados en la siguiente forma, en la cláusula décima:

- 10ª.—Asigno mi casa de la calle Guayaquil número quinientos sesenta y cinco a Beatriz, quien deberá entregar ciento veinte mil sucres a Piedad, en el plazo máximo de un año, contado a partir de mi muerte.

En el caso formulado, Beatriz es legataria de especie o cuerpo cierto y tiene la opción de aceptar o repudiar la asignación; pero si acepta, asume la responsabilidad de cubrir la deuda testamentaria en favor de Piedad, que también es legataria, pero de género.

Luz María en su carta testamentaria establece los siguientes legados:

Cláusula octava.—Asigno cien mil sures al Asilo de Ancianos Corazón de María de esta Capital;

Cláusula novena.—Dejo al Hogar Indígena de Conocoto doscientos cincuenta mil sures; y,

Cláusula décima.—Lego una biblioteca a Jorge.

También en el ejemplo anterior tenemos que se trata de deudas testamentarias claramente contempladas.

Asimismo, en los casos examinados, encontramos que existen los siguientes elementos: a) testamento; b) institución de legatarios; c) personas naturales o jurídicas ciertas y determinadas a las cuales se les favorece con una asignación a título singular; y, d) la presencia clara y concreta de la *deuda testamentaria*.

Carga sucesoria: Es aquella que no es ni deuda hereditaria ni deuda testamentaria y que se presenta de hecho en un proceso sucesorio, constituyendo también parte del pasivo y afectando al activo o a sus sucesores.

Señalemos algunas situaciones que devienen en cargas de la sucesión:

Fallece X, después de un período de grave enfermedad y una intervención quirúrgica en el Hospital "Vozandes", cuyos médicos asociados tienen derecho a sus honorarios que alcanzan a treinta mil sures.

Como la planilla de los facultativos sólo se la ha extendido a posteriori del deceso del causante, no se trata de deuda heredita-

ria, tampoco consta en el testamento; tenemos, por consiguiente, una carga de la sucesión, que indudablemente incrementa el pasivo.

B

Muerta una persona que no era afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ni pertenecía a ninguna cooperativa funeraria, se encuentra que por concepto de mortuoria se debe la cantidad de veintidós mil sucres. ¿Se tratará, acaso, de una deuda hereditaria o testamentaria?

Caso típico también de una carga de la sucesión, puesto que no es deuda hereditaria, se la cubrió post mortem y el de cujus feneció sin otorgar testamento y no es tampoco deuda testamentaria.

Entre la defunción de una persona y la partición de los bienes sucesorios, se han emitido títulos de crédito correspondientes a diversos impuestos, ya fiscales, ya prediales. Es evidente que no se trata de una deuda hereditaria; peor mencionar siquiera que fue- se una deuda testamentaria.

Asimismo en el ejemplo propuesto tenemos la presencia de una auténtica carga sucesoria.

Como puede deducirse en estos últimos casos planteados concurren las siguientes circunstancias: 1ª) el deceso de una persona; 2ª) una obligación a posteriori de dicho acontecimiento; 3ª) el causante no contrajo la mentada obligación ni aparece del testamento; y, 4ª) la presencia inevitable de una genuina carga de la sucesión.

DISTINCION ENTRE DEUDAS HEREDITARIAS, DEUDAS TESTAMENTARIAS Y CARGAS DE LA SUCESION

En primer término, no es difícil determinar cuál es deuda hereditaria y cuál es deuda testamentaria; y aunque ambas se confunden, pues parten de la voluntad del causante, ya para obligarse personalmente, ya para hacer la liberalidad mediante acto testamentario, y corresponde a sus sucesores pagar la una u otra de las deudas; empero, la primera nace de la obligación contraída por él y exigible a él personalmente; sólo que, por su muerte, transmite a sus herederos dicha obligación; la segunda está dada por un acto consciente de generosidad, que se manifiesta a través del testamento. No está obligado el de cujus, sin embargo quiere, desea que se cumpla su voluntad de entregar un bien específico o indeterminado o un valor a terceras personas, sin que exista el antecedente de obligatoriedad legal. Pero, además, en tratándose de deudas testamentarias, bien puede el testador imponer esa carga indistintamente a herederos o legatarios. Lo que prima en esencia es su disposición. Ahora bien, el tercer elemento del pasivo sucesorio no tiene mayor parecido con las dos clases de deudas, porque aparece como ajeno y extraño a la voluntad del antecesor, quien ni conoció ni previó la posibilidad de tal carga sucesoria; empero de lo cual afecta a los sucesores, quienes están obligados a satisfacer los valores pertinentes.

FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS

Las deudas hereditarias deben ser cubiertas fundamentalmente por los herederos, desde luego que son la prolongación jurídica y económica del causante, a quien le suceden en todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una parte alícuota de ellos. Esa es la filosofía de la sucesión: la continuidad del proceso jurídico y económico. Fenece una persona, físicamente se convierte en desolación; espiritualmente brillan sus virtudes y atributos;

jurídicamente renace en sus continuadores, quienes asumen la responsabilidad económica. Todo lo cual garantiza el proceso social y la seguridad de las operaciones mercantiles está plenamente solventada, y además favorece y estimula los negocios, transacciones, etc.

Si existe un solo heredero, él tendrá que asumir la responsabilidad plena; él tiene que cumplir todas las obligaciones sucesorias, comenzando por pagar todas las deudas hereditarias; y responde por ellas, en general, aun con sus propios bienes, a menos que se acoja al beneficio de inventario. Mas, si son varios los herederos, el artículo 1.397 fija la regla precisa cuando manda:

Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Así, el heredero del tercio no está obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias.

En virtud de ello es que los acreedores tienen acción contra todos los herederos, por el pago total de lo adeudado, a prorrata de sus respectivas cuotas, sin invocar la solidaridad; o deben dirigir sus acciones a cada uno de dichos herederos exclusivamente por la respectiva cuota que les corresponde en la sucesión; pues, como se dilucidó, el enfocar la temática de las obligaciones intrasmisibles haciendo hincapié en que la solidaridad es de tal naturaleza porque responde asimismo a un fenómeno individual no comprometido con el conjunto.

Sin embargo de las normas generales que atribuyen toda la responsabilidad a los herederos, éstos pueden liberarse de las obligaciones que les corresponde satisfacer, impetrando a su favor el beneficio de inventario, caso en el cual no estarán obligados a cubrir la plenitud de las deudas, sino simplemente hasta el monto del activo, porque precisamente esa es la garantía del heredero beneficiario, quien no se aprovecha de los bienes y derechos sucesorios en lo más mínimo, pero tampoco es obligado a pagar el pasivo, sino tan sólo hasta que pueda atenderlo con el activo, y nada más.

El *heredero beneficiario* constituye una excepción al principio de que todo heredero tiene previamente que cumplir las obligaciones —pagar todas las deudas— para entrar en el goce y disfrute de los bienes sucesorios, del patrimonio hereditario en síntesis. Mas, para estar asistido de tal amparo debe llenar los requisitos de fondo y forma examinados minuciosamente en el capítulo pertinente de nuestro estudio, con las consecuencias jurídicas y económicas consabidas.

Como hemos penetrado de hecho en la esfera de las obligaciones que, por mandato de la ley, pueden ser divisibles e indivisibles, y la solidaridad de una obligación no le participa del carácter de indivisibilidad, es preciso bosquejar cuanto sobre la materia contempla el Libro Cuarto de nuestro Código, y así por ejemplo tenemos que el artículo 1.569 regla lo pertinente, cuando dispone:

Si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede sólo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores está solamente obligado al pago de la suya; y la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores.

Norma que admite seis excepciones, de las cuales la cuarta es aplicable a nuestra materia:

Cuando por testamento o por convención entre los herederos, o por la partición de la herencia, se ha impuesto a uno de los herederos la obligación de pagar el total de una deuda, el acreedor podrá dirigirse, o contra este heredero por el total de la deuda, o contra cada uno de los herederos por la parte que le corresponda a prorrata.

Si expresamente se hubiere estipulado con el difunto que el pago no puede hacerse por partes, ni aun por los herederos del deudor, cada uno de éstos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento. Pero los he-

rederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas.

Descartada la situación característica del heredero beneficiario, es indispensable confrontar diversas situaciones que pueden operar ante la insolvencia del heredero, o ante la presencia de herederos usufructuarios o fiduciarios o cuando el heredero fuere acreedor o deudor del de cujus; casos que el legislador ha previsto de modo expreso normando en los artículos 1.398, 1.399 y 1.400 lo procedente a efecto de hallar la más conveniente solución:

Art. 1.398.—La insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros, excepto en los casos del Art. 1.330, inciso segundo.

Art. 1.399.—Los herederos usufructuarios o fiduciarios dividen las deudas con los herederos propietarios o fideicomisarios, según lo prevenido en los artículos 1.411 y 1.415, y los acreedores hereditarios tienen el derecho de dirigir contra ellos sus acciones, de conformidad a los referidos artículos.

Art. 1.400.—Si uno de los herederos fuere acreedor o deudor del difunto, sólo se confundirá con su porción hereditaria, la cuota que en este crédito o deuda le quepa; y tendrá acción contra sus coherederos a prorrata por el resto de su crédito, o les estará obligado a prorrata por el resto de su deuda.

En materia testamentaria puede ocurrir que el causante haya dejado el usufructo de una parte de sus bienes o de todos ellos a una persona y la nuda propiedad a otra, caso en el cual el artículo 1.411 concretamente ordena que:

El propietario y el usufructuario se considerarán como una sola persona para la distribución de las obligaciones hereditarias y testamentarias que afecten a la cosa que es objeto del usufructo.

En lo que concierne a las "obligaciones que unidamente les quepa —la propia disposición establece que— se dividirán entre ellos" en consonancia con las tres reglas siguientes:

- 1ª—Será de cargo del propietario el pago de las deudas que recayeren sobre la cosa en que está constituido el usufructo, quedando obligado el usufructuario a satisfacerle los intereses corrientes de la cantidad pagada, durante todo el tiempo que continuare el usufructo;
- 2ª—Si el propietario no se allanare a este pago, podrá hacerlo el usufructuario; y a la expiración del usufructo tendrá derecho a que el propietario le reintegre el capital, sin interés alguno; y,
- 3ª—Si se vende la cosa que es materia del usufructo para pagar una hipoteca o prenda constituidas en ella por el difunto, se aplicará al usufructuario la disposición del artículo 1.409, que textualmente expresa:

El legatario que, en virtud de hipoteca o prenda sobre la especie legada, ha pagado una deuda hereditaria con que el testador no haya expresamente querido gravarle, es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos.

También en el ámbito propio del derecho de usufructo, y en tratándose de cargas testamentarias, el legislador ha previsto algunas normas esenciales, y entre ellas principalmente estas:

- a) Las cargas testamentarias que recayeren sobre el usufructuario o sobre el propietario, serán satisfechas por aquel a quien el testamento las imponga y del modo que en éste se ordenare; sin que por el hecho de satisfacerlas de ese modo le corresponda indemnización ni interés alguno;
- b) Cuando, imponiéndose cargas testamentarias sobre una cosa que está en usufructo, no determinare el testador si es el propietario o el usufructuario el que debe sufrirlas,

se procederá con arreglo a lo dispuesto en el Art. 1.411 antes transcrito;

- c) Pero si las cargas consistieren en pensiones periódicas, y el testador no hubiere ordenado otra cosa, serán satisfechas, durante todo el tiempo del usufructo, por el usufructuario, el cual no tendrá derecho a que le indemnice de este desembolso el propietario; y,
- d) El usufructo constituido en la partición de una herencia estará sujeto asimismo a las reglas del ya mencionado artículo 1.411, si los interesados no hubieren acordado otra cosa.

Y con relación al propietario fiduciario y fideicomisario, el artículo 1.415 concuerda con el 1.411 ya invocado, pues dispone que:

El propietario fiduciario y el fideicomisario se considerarán en todo caso como una sola persona, respecto de los demás asignatarios para la distribución de las deudas y cargas hereditarias y testamentarias; y la división de las deudas y cargas se hará entre los dos del modo siguiente:

El fiduciario sufrirá dichas cargas(?), con la calidad(?) de que a su tiempo se las reintegre el fideicomisario, sin interés alguno. ()*

Si las cargas fueren periódicas, las sufrirá el fiduciario, sin derecho a indemnización alguna.

El artículo 1.400 contempla la hipótesis de que el heredero sea acreedor o deudor del de cujus, situación que provoca el fenómeno jurídico, conocido con el nombre de *confusión*, que no es otra cosa que la confluencia efectiva en una misma persona de las ca-

(*) Los signos de interrogación constantes corresponden al autor, mas no al texto de la disposición legal, que aparece fielmente transcrito y que nos hace suponer que se trata de un error, desde luego que ambos vocablos resultan mal empleados, lo cual le resta sentido y dimensión a la norma.

lidades de acreedor y deudor simultáneamente en relación con la misma deuda; y dicha disposición regla en esta forma:

Si uno de los herederos fuere acreedor o deudor del difunto, sólo se confundirá con su porción hereditaria, la cuota que en este crédito o deuda le quepa; y tendrá acción contra sus coherederos, a prorrata por el resto de su crédito, o les estará obligado a prorrata por el resto de su deuda.

Con relación a las cargas testamentarias nuestro Código igualmente se pronuncia en el sentido de que no se mirarán como cargas de los herederos en común, sino cuando el testador no hubiere gravado con ellas a alguno o algunos de los herederos o legatarios en particular. Y las que tocaren a los herederos en común, se dividirán entre ellos como el testador lo hubiere dispuesto; y si nada ha dicho sobre la división, a prorrata de sus cuotas.

RESPONSABILIDAD DE LOS LEGATARIOS

El principio general en materia sucesoria es que quienes responden plenamente por el pasivo son los herederos, en su condición de perpetuadores de la personalidad intrínseca del causante en las órbitas jurídica y económica. He ahí la filosofía, por así decirlo, del sucesor a título universal. No obstante lo cual, los legatarios se verán afectados en ciertas circunstancias, como las contempladas en los siguientes casos:

19—*Cuando el testador haya destinado a los legados la porción propia de las legítimas y mejoras:* Como hemos insistido, unas y otras son asignaciones forzosas, dedicadas las primeras exclusivamente a los legitimarios (hijos, y a falta de éstos: padres) y las segundas a los descendientes; si el de cujus se ha excedido en el señalamiento de legados, invadiendo el campo propio de estas dos asignaciones forzosas, los legatarios tendrán necesariamente que contribuir al pago de las legítimas y de las mejoras, aun en perjuicio de su propia asignación;

2º—*Cuando en una sucesión no exista lo suficiente para el pago de las deudas:* En verdad las deudas hereditarias son materia de deducción previa, como quedó esclarecido a su debido tiempo; si para cumplir esas obligaciones se agota todo el patrimonio sucesorio, indirectamente también están compartiendo el pasivo los legatarios.

Así lo dispone el artículo 1.405, cuyo inciso segundo precisa que *la acción de los acreedores hereditarios contra los legatarios es en falta de la que tienen contra los herederos.*

Los legatarios que deban contribuir al pago de las legítimas y mejoras, o de las deudas hereditarias, lo harán a prorrata de los valores de sus respectivos legados; y la porción del legatario insolvente no gravará a los otros.

Y el artículo 1.406, en sus incisos segundo y tercero regla las excepciones cuando establece:

- a) Que no contribuirán con los otros legatarios aquellos a quienes el testador expresamente hubiere exonerado de hacerlo; a menos que se agotaran las contribuciones de los demás legatarios y quedare un saldo por completarse para cubrir la mitad de legítimas o la cuarta de mejoras o no satisfecha una deuda, circunstancias en las cuales deberán dar su contribución inclusive los exonerados expresamente por el testador;
- b) Los legados de obras pías o de beneficencia pública se entenderán exonerados por el testador, sin necesidad de disposición expresa, y entrarán a contribución después de los expresamente exonerados; y,
- c) Los legados estrictamente alimenticios, a que el testador está obligado por ley, no entrarán a contribución sino después de todos los demás;

3º—*Cuando el bien materia del legado soporta una prenda o hipoteca:* La norma general del artículo 1.408 dispone que si va-

rios inmuebles de la sucesión están afectos a una hipoteca, el acreedor hipotecario tendrá acción solidaria sobre cada uno de dichos inmuebles, sin perjuicio del recurso del heredero a quien pertenezca el inmueble contra sus coherederos, por la cuota que a ellos toque de la deuda. Aun cuando el acreedor haya subrogado al dueño del inmueble en sus acciones contra sus coherederos, no será cada uno de éstos responsable sino de la parte que le quepa en la deuda. Pero la porción del insolvente se repartirá entre todos los herederos, a prorrata. Mas, específicamente, en tratándose de los legatarios, el artículo 1.409 dispone que: el legatario que, en virtud de una hipoteca o prenda sobre la especie legada, ha pagado una deuda hereditaria con que el testador no haya expresamente querido gravarle, es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos. Si la hipoteca o prenda ha sido accesoria a la obligación de otra persona que el testador mismo, el legatario no tendrá acción contra los herederos;

4º—*Los legados con causa onerosa*: El artículo 1.410 también contempla el caso de los legados con causa onerosa que pueda estimarse en dinero, en que no contribuyen sino con deducción del gravamen, y concurriendo las circunstancias que van a expresarse:

- a) Que se haya realizado el objeto; y,
- b) Que no haya podido realizarse sino mediante la inversión de una cantidad determinada en dinero.

Ambas circunstancias deberán probarse por el legatario, y sólo se deducirá, por razón del gravamen, la cantidad que constare haberse invertido.

¿CABE IMPONER A UN LEGATARIO EL PAGO DE UN LEGADO?

Así formulado el interrogante, como si se hubiera penetrado en el terreno propio del absurdo y de lo inaudito. Empero, si es fac-

tible el que se produzca aquello, que bien podría definirse como *legado del legado*. Me explico: el testador puede hacer una asignación a título singular e imponer, al mismo tiempo, una carga testamentaria; es decir, como en casos contemplados al hablar de las asignaciones propiamente modales, se presentan dos legatarios: un legatario de especie o cuerpo cierto y un legatario de género, dependiente de aquél. El causante en su carta testamentaria puede introducir disposiciones de este tenor:

- 1ª Lego a Ximena mi casa número mil de la avenida Tarqui de esta Ciudad, y le impongo la obligación de atender a la educación de Alexandra;
- 2ª Asigno el terreno de la avenida Río de las Amazonas número ocho mil seiscientos de la parroquia Benalcázar de esta Capital a Ignacio, quien pagará a Carlos la suma de doscientos ochenta mil sucres, que le adeudo;
- 3ª Dejo mi hacienda "La Libertad" a Rodrigo, quien suministrará a Lucía alimentos por toda su existencia.

En los tres ejemplos formulados tenemos justamente patentizada la presencia de dos clases de legados en cada uno. Los legados en favor de Ximena, Ignacio y Rodrigo tienen el carácter de ser específicos porque se refieren a cuerpo cierto y los constituidos a favor de Alexandra, Carlos y Lucía corresponden a asignaciones propiamente modales y sus titulares son legatarios de género propiamente.

Si Ximena acepta la asignación, asume la responsabilidad de educar a Alexandra, y aquello representa un valor indeterminado; si Ignacio acepta la asignación, tiene que cubrir los doscientos ochenta mil sucres adeudados por el de cujus a Carlos; y si igualmente Rodrigo acepta, está obligado a alimentar a Lucía por toda su vida. Eventos en los cuales pueden surgir situaciones verdaderamente conflictivas, pues, a los legatarios principales, como deberíamos denominarlos, les ha impuesto el testador el cumplimiento de obligaciones que pueden acarrear problemas puesto

que inclusive pueden resultar onerosas en extremo, según los casos. Para prevenir tales hechos y derivaciones y en lo posible evitar que el primer legatario sufra detrimento en su patrimonio, derechos e intereses, el legislador prevé la siguiente regla:

Art. 1.407.—*El legatario obligado a pagar un legado, lo está sólo hasta el importe del provecho que obtenga en la sucesión; pero deberá hacer constar la cantidad en que el gravamen exceda al provecho.*

El profesor chileno Meza Barros, al hablar de la *responsabilidad de los legatarios*, sostiene que es *subsidiaria y limitada*, y que no pueden ser perseguidos para el pago de las deudas sino después que los herederos. Lo cual significa que los acreedores han de perseguir primero a los herederos, y sólo cuando no logren obtener de éstos el pago de sus créditos tendrán expedito el camino para accionar en contra de los legatarios; y al respecto concluye categóricamente que "los legatarios gozan de una especie de beneficio de excusión" (*).

(*) Guillermo Cabanellas, en su *Diccionario de Derecho Usual*, tomo primero, página 265, al hablar del **beneficio de excusión** tiene estos conceptos: "expresión moderna para referirse al derecho que asiste al fiador o garante para pedir que el acreedor se dirija en primer término contra los bienes del deudor principal, cuyo embargo y venta judicial debe pedir antes de dirigirse contra el que dio caución en el negocio jurídico. Se funda en que el carácter accesorio de la garantía debe conservarse en la fase ejecutiva; y no servirse de ella sino "accesoriamente", ante la imposibilidad de cumplimiento del deudor y de resarcimiento del acreedor con el patrimonio del principal obligado".

Dentro del Derecho Romano, el beneficio de excusión se concreta en tres especies distintas: a) en la facultad que las Novelas de Justiniano reconocían al garante, para constreñir al acreedor a perseguir primeramente en juicio al deudor principal, y a reclamar después del garante tan sólo la parte cuyo pago no hubiera podido lograr; b) en el derecho de obligar al acreedor que gozará de un derecho general de hipoteca especial, sobre ciertos bienes, a hacerse pago con los afectados al crédito hipotecario especial, si bastaban para su pago e indemnización, antes que recurrir al gravamen genérico sobre el patrimonio inmobiliario; era denominado **beneficio de excusión real**; c) en la facultad del tercer poseedor de un bien hipoteca-

LEGADOS DE PENSIONES PERIODICAS

Los legados de pensiones periódicas, según lo estatuido en el artículo 1.404, se deben día por día desde aquel en que se defieran, pero no podrán pedirse sino a la expiración de los respectivos períodos, que se presumirán mensuales.

Sin embargo, si las pensiones fueren alimenticias, podrá exigirse cada pago desde el principio del respectivo período, y no habrá obligación de restituir parte alguna, aunque el legatario fallezca antes de la expiración del período.

Si el legado de pensión alimenticia constituido por el testador fuera a favor de la persona a la cual éste le suministraba regularmente por disposición de la ley, se reputará como si se tratara de la continuación de dicho pago, y se seguirá prestando, "como si no hubiese fallecido el testador".

Sobre todo lo expuesto, prevalecerá de modo categórico la voluntad del causante manifestada en forma expresa mediante el respectivo acto testamentario, porque, en consonancia con el estatuto jurídico, todo lo inherente a pensiones periódicas y a alimentos, no constituyendo asignaciones forzosas ni imposiciones de ley, quedan exclusivamente al arbitrio de las personas, quienes obran de acuerdo a su conciencia, a las circunstancias y a su espontáneo deseo, pero siempre sólo a través del testamento, en esta materia concreta.

do (el que no es el deudor hipotecario) para que el acreedor procediera en primer término contra las personas obligadas a pagar la deuda, ya fueran el deudor principal o sus garantes; variedad conocida como **beneficio de excusión personal**, que no se aviene con el sentido moderno de la ejecución hipotecaria, esencialmente real.

No procede este **beneficio** —llamado también de orden—, cuando el fiador haya renunciado expresamente, si se ha obligado solidariamente con el deudor, en caso de concurso o quiebra del deudor y si éste no puede ser demandado judicialmente, por encontrarse en el extranjero.

RESPONSABILIDAD DE LAS CARGAS DE LA SUCESION

Al abordar la temática propia de este capítulo, puntualizamos, en lineamientos generales, que las cargas sucesorias no pueden ser consideradas ni como deudas hereditarias ni como deudas testamentarias, porque ambas proceden de la voluntad expresa del de cujus; y esta última clase de cargas aparecen al margen, no sólo del acto volitivo, sino inclusive del conocimiento del causante. Se trata de un pasivo superveniente: gastos de última enfermedad, funerales, impuestos, imprevistos, etcétera; que se presentan inexorablemente y resultan inevitables. Frente a esta realidad fatal, nos preguntamos: ¿quién asume la responsabilidad de cubrir los valores concernientes a las cargas de la sucesión? Y la respuesta es obvia: sencillamente los herederos, en su rol específico y como sucesores plenos y de máxima categoría. Este es el principio, la norma primordial. Mas, puede surgir la casuística: una persona previsiva y meticulosa, anticipándose a todo cuanto pueda ocurrir al tiempo de su fallecimiento y a posteriori, podría otorgar su testamento, y en él pronunciarse de este modo, por ejemplo: a) Mi hijo Luis Rafael cubrirá todos los gastos correspondientes a mi última enfermedad; b) Lego las acciones de la Internacional a María Luisa, quien estará obligada a responder por todos los gastos de mi mortuoria, en consideración a las circunstancias y necesidades; y, c) De haberse emitido algún título de crédito fiscal o municipal, en el lapso comprendido entre mi enfermedad y mi deceso, o con posterioridad, lo satisfarán mis hijos Susana y Guillermo.

En consecuencia, afirmaremos que las cargas de la sucesión siempre y de modo inexcusable corresponderán a los herederos. Por excepción, y exclusivamente en las sucesiones testadas, deberán cumplir dichas obligaciones la persona o personas señaladas de manera expresa por el testador, como en los casos que acabamos de proponer en el párrafo precedente y que reflejan a las claras el espíritu sagaz y el temperamento escrupuloso del de cujus, quien,

con toda anticipación, dispone cómo ha de subsanarse aquello que está dentro del marco de posibilidades y que en nuestros tiempos hemos dado en repetir el lugar común de los "imponderables".

OTRAS NORMAS INHERENTES AL PASIVO SUCESORIO

La institución del pasivo sucesorio, como hemos convenido en llamarla, culmina con la formulación de algunas normas aplicables ya a los acreedores hereditarios como también a los acreedores testamentarios, y a otras situaciones derivadas del propio proceso y que comportan regulaciones útiles que han de observarse en los casos pertinentes. Ellas son:

1ª—Los acreedores testamentarios no podrán ejercer las acciones a que les da derecho el testamento, sino conforme al artículo 1.403, que reza:

Las cargas testamentarias no se mirarán como cargas de los herederos en común, sino cuando el testador no hubiere gravado con ellas a alguno o a algunos de los herederos o legatarios en particular.

Las que tocaren a los herederos en común, se dividirán entre ellos como el testador lo hubiere dispuesto; y si nada ha dicho sobre la división, a prorrata de sus cuotas o en la forma prescrita por las disposiciones sobre la materia.

2ª—Si en la partición de una herencia se distribuyeren los legados entre los herederos de diferente modo, podrán los legatarios entablar sus acciones, o de conformidad a esta distribución, o en conformidad al artículo 1.403, antes transcrito, o en conformidad al convenio de los herederos. (Inciso segundo del artículo 1.416).

3ª—No habiendo concurso de acreedores, ni tercera oposición, se pagará a los acreedores hereditarios, a medida que se presenten; y pagados los acreedores hereditarios, se satisfarán los legados. (Art. 1.417).

4ª—Pero cuando la herencia no apareciere excesivamente gravada, podrá satisfacerse inmediatamente a los legatarios que ofrezcan caución de satisfacer lo que les quepa en la contribución para el pago de las deudas. (Inciso segundo del artículo 1.417).

5ª—No será exigible esta caución cuando la herencia está manifiestamente exenta de cargas que puedan comprometer a los legatarios. (Inciso tercero del artículo 1.417).

6ª—Los gastos necesarios para la entrega de las cosas legadas se mirarán como una parte de los mismos legados. (Artículo 1.418).

7ª—No habiendo en la sucesión lo bastante para el pago de todos los legados, se rebajarán a prorrata; (Artículo 1.419); y,

8ª—Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero éstos no podrán ser demandados ni ejecutados dentro de los ocho días siguientes al de la muerte de la persona a quien hayan sucedido. Si no hubieren aceptado la herencia, el demandante podrá pedir al juez que les obligue a declarar si la aceptan o la repudian, conforme a lo estudiado en el capítulo pertinente, en consonancia con las expresas disposiciones de nuestro Código; y mientras gocen del plazo para deliberar, podrá nombrarse un curador de la herencia, con quien se siga el pleito o ejecución, sin que sea necesaria la notificación judicial del título, (Art. 1.420).

FUNDADA EN 1620
QUITO



The seal of the Universidad Central del Ecuador is a circular emblem. It features a blue outer ring with the university's name in white capital letters. Inside the ring is a yellow shield with a blue border. The shield contains a blue field with three yellow stars at the top and a red field with a white cross in the center. A banner across the shield reads 'POTENTIOR EST' in blue letters. Above the shield, the word 'UNIVERSIDAD' is written in blue, and below it, 'CENTRAL DEL ECUADOR' is written in blue.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

CAPITULO XXXVI

BENEFICIO DE SEPARACION

Planteamiento de la cuestión social en relación con los problemas sucesorios.— Causante y heredero con obligaciones.— Situación de los acreedores hereditarios y testamentarios.— Situación de los acreedores del heredero.— La institución del beneficio de separación: su fundamento de equidad y justicia.— Requisitos para que surta efecto.— Análisis de ellos.— Sus alcances.— Consecuencias jurídicas y económicas del beneficio de separación.

La vida social, con sus múltiples expresiones y contornos, presenta la mayor variedad de panoramas de toda índole, que a veces modelan el arquetipo del drama, que bien puede converger en la tragedia. Fenómenos que no siempre se conocen y son difundidos; pero que, con el desenlace de la muerte, afloran y se manifiestan también en los más diversos grados y formas. De allí el subido interés que reviste el compenetrarse de la mejor manera de las cuestiones sucesorias, que no constituyen otra cosa que un fiel trasunto de cuanto comporta la verdad en su inexorable itinerario entre la vida y la muerte y entre ésta y aquella.

El legislador, que tiene el primordial deber de interpretar con fidelidad suma esos procesos y su pertinente fenomenología, contempla la realidad y advierte todo el proceso que gira en su torno, anticipándose, además, a lo porvenir, pues la norma jurídica la elabora a imagen y semejanza de lo captado y experimentado, pero con alcances mediatos e inmediatos, atalayando en esencia el mañana.

En esta esfera, familia y patrimonio, pueden atravesar por situaciones singulares, configurando un cuadro de lo más característico y que se repite, con inusitada frecuencia, atentos los factores y circunstancias. Sin exagerar los términos, pero con los datos objetivos captados en nuestra comunidad y con las experiencias sociales, más que literarias o simplemente retóricas, trataremos de ensayar un bosquejo de hechos evidentes que han tenido constante incidencia en la historia humana, en el viejo y nuevo mundo y en todas partes, en fin.

Un núcleo familiar acomodado, desenvuelve su existencia siguiendo los cánones rituales del medio. El padre trabaja intensamente, pero no puede desligarse de los hábitos de "clase"; el "club", el juego, la diversión, los compromisos, los viajes. La madre se inclina al ocio y las novelorías propias del círculo en que actúa. Los hijos crecen por instinto e inercia; falta el calor de hogar. Nadie ha impreso en ellos la lección con huellas trascendentales y perdurables; y avanzan en el camino vital, vacíos; posiblemente rodeados de todo el confort y las nuevas exigencias de la moda y del rol social, y campeando la frivolidad y otros peligrosos extravíos y síntomas muy adecuados para el psicoanálisis. Los amigos les inducen también a otra suerte de comportamiento, encontrando el vigoroso respaldo del "tronco" que, como una mina inagotable, se prodiga con amplitud desmedida, surtiendo todos los canales. Y he ahí que uno de los vástagos, crecido en ese teatro desconcertante, se lanza por la pendiente: se entrega a los vicios. Todo cuanto ha podido extraer de las arcas paternas resulta insuficiente y efímero; y junto a él y sus estimuladoras relaciones, pululan esos

parásitos sociales que alimentan desde los ángulos económicos esa carrera desenfrenada hacia la liquidación. El hijo está ya repleto de obligaciones; sus acreedores amenazantes exigen más y más, lo cual determina que también el padre, para cubrir esa lacra, adquiera obligaciones desacostumbradas, evitando, eso sí y a todo trance, deshacerse de algunas de sus propiedades raíces, que inclusive guardan un valor afectivo. Empero, la vida sigue igual y quizá más crítica, empujada por el impulso inicial acelerado. No se han recogido las experiencias y todo, todo se precipita hacia la ruina. Los acreedores del hijo aspiran a recuperar sus inversiones ilícitas, atacando los fondos paternos y esperan con ansias que fenezca, para operar en el auténtico papel de aves de rapiña.

El día esperado no tarda en llegar; pero es el día de la hecatombe porque el fallecimiento del padre representa el eclipse de quien mantenía en todo caso las apariencias y constituía la gran reserva. Sus propios acreedores y los acreedores del hijo —convertido ya en heredero— han de perseguir el patrimonio sucesorio con similar ahinco y pasión; y bien puede acontecer que estos últimos se anticipen, satisfagan sus apremios y dejen a aquéllos sin posibilidad de recuperar las sumas dadas en préstamo al causante y al margen de la misma sucesión.

Así esbozado el esquema patético, surgen innúmeras inquietudes, que a manera de interrogantes pueden concretarse de este modo: a) Quién tiene más derecho a los caudales sucesorios, los acreedores hereditarios y testamentarios o los acreedores del heredero cuyos perfiles hemos pretendido recrear? b) ¿Cómo adelantarse los unos a los otros? ¿En qué medida puede prevalecer lo justo sobre lo injusto?

Frente al problema, se presume que, aun por equidad, más derecho tienen quienes facilitaron al mismo de cujus los medios para poder subsistir con decoro y mantener la línea de apariencia y por lo menos de tradición de los suyos. Pero detengámonos a considerar la solución legal.

BENEFICIO DE SEPARACION

Nuestro Código aspira precisamente a encontrar la fórmula de derecho que contemple la problemática ideada en trazos demasiado imprecisos y generales, incorporando a su Libro III el capítulo que se propone como *beneficio de separación*, para conjurar probables derivaciones funestas para los acreedores hereditarios y testamentarios, quienes por el hecho de fundirse el patrimonio, todavía positivo de la persona de cuya sucesión se trata, con el de su vástago, cargado de deudas, se verían definitivamente afectados, pues los acreedores de éste tendrían la oportunidad propicia y el terreno expedito para dar cima a sus abyectos propósitos, aunque disfrazados de formalidades rituales a través de letras de cambio, pagarés, cheques, recibos y en general títulos ejecutivos, entre los cuales se cuentan inclusive los fallos de juicios ordinarios.

Por consiguiente, el *beneficio de separación* es la institución del derecho sucesorio mediante la cual los acreedores hereditarios y testamentarios tienen la facultad de comparecer ante el juez para solicitarle que prohíba que se confunda el patrimonio del de cujus con el del heredero, mientras no sean satisfechos sus propios créditos. En virtud de ello la ley le ha tipificado con tal denominación, empleando específicamente el vocablo "*separación*", porque en efecto lo que se persigue con dicha medida es que los bienes del antecesor permanezcan intactos y sin sufrir adición o restricción, sin adherirse a otros patrimonios ni soportar fusión alguna, durante todo el tiempo en que sus acreedores directos operen, con entera libertad y garantía, en orden a obtener que sus créditos sean plenamente cubiertos, para que luego, una vez confundidos los patrimonios, hagan valer sus derechos los acreedores del heredero, al tenor de lo que dispone el artículo 1.421, que dice:

Los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios podrán pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero; y en virtud de este beneficio de sepa-

ración tendrán derecho a que con los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias, con preferencia a las deudas propias del heredero.

Estos casos no resultan raros ni inverosímiles y alcanzan cierta incidencia, a nivel general; y nosotros sostenemos que la solución legal es acertada, pues, qué persona con mayor derecho al patrimonio sucesorio que la que facilitó al causante los medios económicos para atender a sus necesidades y urgencias sociales? La relación es directa, inmediata; no así la de quienes jugaron con el heredero, hasta convertirlo en una piltrafa humana. Se trata, por ende, de una institución útil y conveniente, siempre en aras de que imperen los principios y la justicia.

Sin embargo, el derecho de cada acreedor a pedir el beneficio de separación subsiste mientras no haya prescrito su respectivo crédito, como lo manda el artículo 1.423, en su primer inciso; y con ello lo que se propone el legislador es garantizar a todos los interesados durante todo el tiempo en que se hallen vigentes sus derechos y no definitivamente extinguidos por la prescripción.

TESIS DE CARRIZOSA PARDO

Al referirse a materia tan sugestiva, Carrizosa Pardo anota las siguientes reflexiones: "Desde luego la separación es una figura que debilita el principio de que el heredero es continuador de la persona del causante, en cuanto impide, respecto de los acreedores, la fusión de patrimonios. Mirando del lado de los acreedores, notamos que les otorga un derecho de preferencia, puesto que les evita la concurrencia de los acreedores del heredero; y como tratándose de inmuebles, el beneficio se registra, hay quienes han pretendido sostener que el derecho de los acreedores separatistas es real, equivalente en el fondo, a una hipoteca a favor de los acreedores, sobre los bienes de la herencia. Pero fácil es demostrar que si bien concede a los separatistas un derecho de preferencia, no les

da ninguno de persecución, como sería necesario tenerlo por derecho real porque el beneficio se logra únicamente respecto de los bienes que no han salido de manos del heredero. El registro del decreto no hace cosa distinta de llevar a conocimiento de terceros el derecho de preferencia de los acreedores separatistas sobre los inmuebles de la sucesión, sin que deba creerse que, por razón de esta inscripción, haya de adquirir su derecho la naturaleza del derecho real”.

Muy docta la opinión del maestro colombiano, pero no muy ajustada a los principios jurídicos e inmanentes a la justicia, a mi modo de contemplar el fenómeno, pues insisto en que los propios acreedores del de cujus están más cerca a él, por ligámenes contractuales, que los mismos herederos; y veamos por qué y cómo. El heredero recoge el patrimonio sucesorio gratuitamente, quizá sin merecerlo. En cambio el acreedor tiene claros títulos y un derecho adquirido, a menos que se trate del acreedor testamentario, que estaría más o menos en igual posición que el asignatario a título universal, pero para estas solas consideraciones. Y aquí bien valdría la pena repetir el viejo aforismo popular: *primero la obligación y después la devoción*. El causante contrajo obligaciones, y por ello hubo de generarse la posición jurídica que mantienen e invocan sus genuinos acreedores; herencias y legados, en cambio, generalmente son expresiones de liberalidad, salvo las contemplaciones inherentes a las asignaciones forzosas. Además, y hay que esclarecerlo una vez por todas, el beneficio que estudiamos ataca frontalmente a los acreedores del heredero, ya que les impide ejercitar por sí mismo toda suerte de medidas en contra de su deudor, que se supone —que siendo heredero— ha fortalecido su patrimonio, mientras los propios acreedores del antecesor no sean plenamente satisfechos en sus créditos, y con sobrados fundamento y razón.

No puede ignorarse que tal suerte de obligaciones pudieron haber sido inclusive exigidas de modo directo al mismo deudor, quien fuera favorecido con un préstamo, por ejemplo, y que en virtud de su muerte y por el proceso de transmisibilidad, tienen que

responder sus herederos; pero como éstos también pueden ser perseguidos por sus acreedores personales, los otros están más respaldados frente al patrimonio sucesorio.

REQUISITOS DEL BENEFICIO DE SEPARACION

Como toda estructura jurídica, exige la presencia de factores y mecanismos que la definan y permitan su ejercicio y aprovechamiento en favor de las personas. Así, por tanto, los requisitos para que el beneficio de separación surta efecto, son los siguientes:

- 1º Que causante y heredero sean deudores;
- 2º Que el heredero carezca de medios propios para cumplir sus obligaciones de carácter económico;
- 3º Que los acreedores hereditarios o testamentarios invoquen expresamente a su favor el beneficio de separación;
- 4º Que el patrimonio sucesorio no se halle confundido con el patrimonio del heredero; y,
- 5º Que los acreedores hereditarios o testamentarios no hayan reconocido al heredero como su deudor o que el sucesor a título universal no les haya reconocido a aquéllos como sus acreedores.

Examinemos brevemente todos y cada uno de estos requisitos para demostrar la validez de su enunciado.

1º—*Que causante y heredero sean deudores:*

Es de la esencia de esta institución precisamente que tanto la persona de cuya sucesión se trata como su sucesor a título universal tengan deudas. Si uno de ellos no las tuviere, no surtiría efecto el beneficio; ambos deben encontrarse presionados por sus respectivos acreedores, al tiempo de abrirse la sucesión, que constituye la hora "cero" en materia sucesoria; o más concretamente que uno y otro estén cargados de obligaciones hasta el instante mismo

en que se produce el deceso del causante. Si tan sólo uno de ellos debe y el otro no, resultaría improcedente acogerse a esta saludable facultad, que se ha creado en favor de los acreedores hereditarios o testamentarios, frente a un heredero asimismo repleto de deudas.

29—*Que el heredero carezca de medios propios para cumplir sus obligaciones de carácter económico:*

Varios tratadistas, al abordar esta temática, concuerdan en tipificar la situación específica del heredero, y creen que el beneficio de separación ha sido implantado con la finalidad de atacar a los acreedores del heredero "insolvente". Aunque parezca un tanto dogmático, si bien es verdad que la presencia de un sucesor a título universal en estado tan crítico configuraría de manera más objetiva y hasta elocuente el cuadro peculiar del sistema, sin embargo considero que no es indispensable que se llegue a tal extremo, desde luego que ya por el hecho de tener deudas, y algunas de cierto volumen, el heredero se encontrará en trance angustioso por no contar con los elementos materiales indispensables para atender a sus acreedores en sus exigencias y requerimientos. Atravesará por un paréntesis inquietante y cerniéndose sobre él amenazas y peligros, que lo único que puede salvarle es una oportuna herencia, porque de otro modo el desenlace, a corto plazo, revestirá las más funestas consecuencias.

30—*Que los acreedores hereditarios o testamentarios invoquen expresamente a su favor el beneficio de separación:*

Tratándose de una facultad, es requisito sine qua non que quien está amparado por ella, para gozar, haga uso de la misma. La que es materia de nuestro análisis es de aquellas que exigen que se las ejercite. No se presume ni operan automáticamente o por el simple hecho de reunir las características requeridas y estar respaldadas por créditos hereditarios o testamentarios. Unos y otros tienen que hacer uso de su derecho. Sólo que, como lo proclama el artículo 1.425, la petición que formule alguno de dichos acree-

dores, favorece a todos, pues no se trata de una acción personal, exclusivista o con dedicatoria para determinado sujeto. Si en una sucesión existen, por ejemplo, ocho acreedores hereditarios y cinco acreedores testamentarios (legatarios), la comparecencia de uno solo de estos últimos, generará la separación y resultarán beneficiados todos los demás con la acción propuesta. Los resultados siempre serán idénticos, si impetran dos, tres o más o todos los acreedores de una u otra clases. Ni por excepción se reputa que cierta persona natural o jurídica está asistida de hecho por la medida que estudiamos; para alcanzarla, hay que invocarla.

Y al enfocar este aspecto conviene relacionarlo propiamente con el procedimiento que, para Somarriva, plantea el interrogante de contra quien se pide; y al respecto razona en los siguientes términos: "La ley no ha dicho a qué procedimiento se sujeta la solididad de separación ni en contra de quién debe ella presentarse.—Respecto de este segundo punto, o sea, en contra de quién se demanda el beneficio de separación, pueden darse dos soluciones: a) que el beneficio de separación debe pedirse en contra de los herederos, y b) que debe demandarse en contra de los acreedores personales de los herederos. Esta última solución es, sin duda, la más jurídica, por cuanto los perjudicados con dicho beneficio van a ser los acreedores personales de los herederos, y no éstos, pero presenta grandes dificultades prácticas. En efecto, va a ser difícil para los acreedores hereditarios y testamentarios determinar la persona de los acreedores personales. En cambio, es fácil precisar quiénes son los herederos, por el auto de posesión efectiva. De modo que debemos inclinarnos por esta última solución".

49—*Que el patrimonio sucesorio no se halle confundido con el patrimonio del heredero:*

¿Qué se persigue con esta institución? Precisamente que no se confundan dichos patrimonios, pues de haberse producido tal circunstancia, por la aceptación expresa o tácita del heredero sería improcedente solicitar el beneficio de separación, desde luego

que, por el hecho de tal aceptación, quedan unificados el patrimonio del antecesor con el de su sucesor; y mediante la acción que analizamos se aspira a impedir que se junten los bienes de uno y otro mientras los tantas veces mencionados acreedores hagan uso de sus respectivos derechos hasta obtener que sus créditos queden satisfechos.

Supongamos que el heredero dio en arrendamiento uno de los predios del de cujus, como aquello implica acto de señor y dueño, y por ende una aceptación tácita, se encuentran automáticamente unidos los dos patrimonios, y toda petición posterior encaminada a alcanzar la separación de patrimonios resulta extemporánea y fallida. El numeral 2º del artículo 1.423 establece que el beneficio de separación no tiene lugar:

Cuando los bienes de la sucesión han salido de manos del heredero, o se han confundido con los bienes de éste, de manera que no sea posible reconocerlos.

Precepto en cuya primera parte se está previendo la posibilidad de que los acreedores del heredero, en ejercicio de sus facultades, se hayan anticipado a impetrar medidas como las de embargo, remate, etcétera; o que hayan sido vendidos, donados o simplemente permutados. Podría darse el caso de una expropiación, por ejemplo, que comenzó a tramitarse en vida del causante y que cuajó con posterioridad a su fallecimiento.

5º—*Que los acreedores hereditarios o testamentarios no hayan reconocido al heredero como su deudor o que el sucesor a título universal no les haya reconocido a aquéllos como sus acreedores.*

Tampoco opera el beneficio si “el acreedor ha reconocido al heredero por deudor, aceptando un pagaré, fianza, prenda o hipoteca de dicho heredero, o un pago parcial de la deuda”, en consonancia con lo que prescribe el numeral primero del mismo artículo. Esto en principio, y rigiéndonos al texto preciso de la ley. Mas, si

el heredero ha reconocido a los acreedores como tales, cuál será la consecuencia? Interpreto que idéntica, por cuanto de todos modos se ha producido un caso típico de subrogación, de conformidad con las claras reglas consignadas en el Libro Cuarto al normar lo atinente al "pago con subrogación". En el uno o en el otro de dichos casos prácticamente se ha producido el cambio de deudor, no obstante de que permanece invariable y constante el acreedor, quien se reserva en lo sucesivo la acción directa en contra del heredero, por insolvente que fuere, toda vez que pasa a constituirse en acreedor de éste, y queda sometido a la disposición del artículo 1.424, que en su parte fundamental establece que:

Los acreedores del heredero no tendrán derecho a pedir, a beneficio de sus créditos, la separación de bienes.

CONSECUENCIAS DEL BENEFICIO DE SEPARACION

I

El beneficio de separación permite que los acreedores del de cujus, sean hereditarios o testamentarios, cobren preferentemente los valores que se les adeuda, con prescindencia de cualesquiera otras clases de obligaciones. La filosofía y el principio de esta fórmula jurídica nos llevan a meditar que todo el proceso sucesorio sufre un verdadero paréntesis, pues se produce algo así como una suspensión o un alto en el desarrollo de las cuestiones sucesorias, hasta el momento en que dichos acreedores logren su objetivo garantizado por la ley, en el afán de que prime la justicia y se evidencie el criterio de equidad.

II

En general, para cobrar una deuda es requisito primordial la exigibilidad del crédito, merced a estar constituido por una obliga-

ción de plazo vencido, con las excepciones expresamente contempladas en las disposiciones pertinentes; y en el caso que revisamos el artículo 1.422 establece que:

Para poder pedir el beneficio de separación no es necesario que lo que se deba sea inmediatamente exigible. Basta que se deba a día cierto o bajo condición.

III

Ni en materia sustantiva ni en materia adjetiva se ha determinado el procedimiento específico para obtener este beneficio, lo cual considero que constituye un vacío, pues en tratándose de situaciones apremiantes, se hace indispensable fijar un sistema ágil y que sin lugar a dudas favorezca el ejercicio del derecho. Por lo tanto, hemos de interpretar el principio general en torno de que, cuando la ley no señala un trámite especial, es preciso aplicar las normas concernientes al proceso ordinario, y esto en nuestro medio resulta a larguísimo plazo, con todas las derivaciones y molestias, y en fin desobligante.

IV

Lo que si me parece procedente y por lo menos presenta la imagen relativa del deseo del legislador de colaborar con los acreedores del causante, es la regla del artículo final del título que pretendemos esbozar, lo cual en buenos términos significa una limitación al derecho de dominio, y el que mientras se ventile una causa repleta de imponderables y por ende compleja y larga, los bienes sucesorios no se fundan con el patrimonio del heredero en situación de casi insolvencia.

Art. 1.428.—*Si hubiere bienes raíces en la sucesión, el decreto en que se concede el beneficio de separación se inscribirá en el registro o registros que por la situación de dichos bienes corresponda, con expresión de las fincas a que el beneficio se extienda.*

Una vez cobrados los créditos, puede acontecer que exista un saldo a favor del heredero; y en torno de esta cuestión se ha previsto la norma contemplada en el inciso segundo del artículo 1.425 que manda que:

Lo sobrante, si lo hubiere, se agregará a los bienes del heredero, para satisfacer a sus acreedores propios, con los cuales concurrirán los acreedores de la sucesión que no gocen del beneficio.

En capítulo anterior sostuvimos la tesis de que el Título XI del Libro III, lejos de denominarse: *Del pago de las deudas hereditarias y testamentarias*, debe adoptar el de *Pasivo sucesorio*, y expusimos que éste abarca un campo más amplio, pues no sólo comprende tales clases de deudas, sino también en general las cargas de la sucesión. Cuando el legislador en el precepto antes transcrito expresa: "... con los cuales concurrirán los acreedores de la sucesión que no gocen del beneficio", está dándonos la razón, pues hay deudas y por consiguiente acreedores que no son ni hereditarios ni testamentarios, y que sin embargo, no obstante no gozar del beneficio de separación, tienen derecho a exigir el pago de todo cuando se les deba, por ejemplo, en concepto de gastos de última enfermedad, mortuoria e impuestos, que constituyen cargas sucesorias y que, en consecuencia, integran asimismo el pasivo de la sucesión.

Cuando la ley adopta la expresión de: "acreedores que no gocen del beneficio" también hay que extender la situación a los diferentes otros casos que pueden presentarse como los de no haber invocado tal garantía, la prescripción o que el acreedor haya reconocido al heredero como deudor, al tenor de la clara disposición del artículo 1.425 tantas veces enunciado y que textualmente reza:

Obtenida la separación de patrimonios por alguno de los acreedores de la sucesión, aprovechará a los demás acreedores de

la misma que la invoquen y cuyos créditos no hayan prescrito, o que no se hallen en el caso del numeral 1º del Art. 1.423. (Acreedor que reconoce al heredero por deudor).

VI

Hemos sostenido en diversos pasajes de nuestro estudio que el heredero ante todo y sobre todo responde del pasivo de la sucesión, debiendo en primer término cumplir las obligaciones, para luego gozar de los privilegios de la herencia. Atento este pronunciamiento, nos preguntamos: ¿el acreedor hereditario o testamentario que se ha acogido al beneficio de separación, quedará en libertad para intentar una acción directa en contra del heredero, para cobrar su respectiva deuda? Esta inquietud queda esclarecida con la disposición prescrita en el artículo 1.426:

Los acreedores hereditarios o testamentarios que hayan obtenido la separación, o aprovechándose de ella en conformidad al inciso primero del artículo 1.425 ya mencionado, no tendrán acción contra los bienes del heredero, sino después que se hayan agotado los bienes a que dicho beneficio les dio un derecho preferente. Pero aun entonces podrán oponerse a esta acción los otros acreedores del heredero hasta que se les satisfaga el total de sus créditos.

Todo lo cual parece ser procedente, pues el beneficio de separación ubica a los acreedores hereditarios y testamentarios en situación relevante que les favorece en gran medida, pero que perjudica a los acreedores del propio heredero, como se ha repetido. Sería injusto que, además de la garantía que ya les asiste, también intentasen otra acción en contra del mismo heredero, cerrando de este modo otra vez el paso a sus legítimos acreedores.

VII

Otro problema que debe plantearse es el relativo al derecho que el heredero tiene para enajenar los bienes materia de la asig-

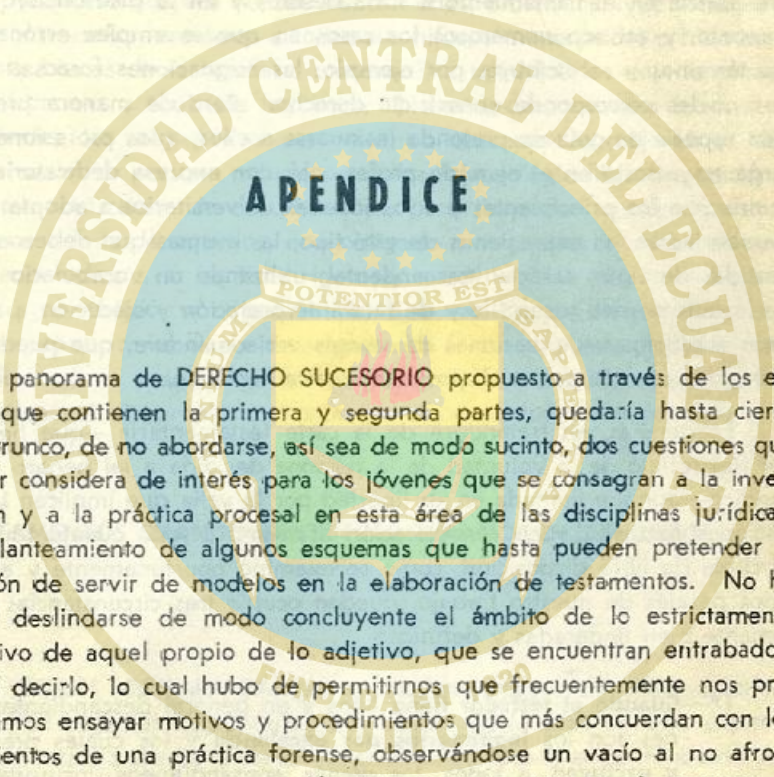
nación, a raíz de haber aceptado expresa o tácitamente la herencia: ¿qué ocurre con dichos acreedores hereditarios o testamentarios? ¿Quedarán perjudicados con tal suerte de enajenaciones? También el legislador ha previsto una medida un tanto dura, pero asimismo justa y acertada, cuando en el artículo 1.427 establece la regla precisa al respecto:

Las enajenaciones de bienes del difunto hechas por el heredero dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios, podrán rescindirse a instancia de cualquiera de los acreedores hereditarios o testamentarios que gocen del beneficio de separación. Lo mismo se extiende a la constitución de hipotecas especiales.

Naturalmente, el heredero para liberarse de sus propios acreedores, puede impetrar a su favor el beneficio de inventario, que según Valencia, tiene sus analogías con el que estudiamos. En aquél, sostiene, "es el heredero el que pide que no se confundan los bienes del causante con los suyos, y en forma especial, las deudas hereditarias con las propias; en el de separación son los acreedores hereditarios y testamentarios, quienes, ante la insolvencia del heredero o ante la falta de honorabilidad o corrección, solicitan la no confusión de créditos, es decir, que los bienes de la masa herencial continúen afectados al pago de sus créditos, y los bienes del heredero al pago de sus acreedores personales".

Por último es preciso insistir en que también en esta materia existen lagunas, e insalvables algunas de ellas, como en el caso que contemplamos que nuestro Código omite precisar dentro de qué tiempo expira la acción concedida a los acreedores separatistas que, por ejemplo de acuerdo al artículo 1.441 del Código Civil de Colombia, "expira al cabo de un año contado desde la fecha de la enajenación respectiva".



The seal of the Universidad Central del Ecuador is a circular emblem. It features a blue outer ring with the text "UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR" in white capital letters. Inside the ring is a yellow field with a blue border. In the center of the yellow field is a blue shield with a white cross. Above the shield is a banner with the Latin motto "POTENTIOR EST VERITAS". The word "APENDICE" is written in blue capital letters across the center of the seal, with small yellow stars on either side.

APENDICE

El panorama de DERECHO SUCESORIO propuesto a través de los estudios que contienen la primera y segunda partes, quedaría hasta cierto punto trunco, de no abordarse, así sea de modo sucinto, dos cuestiones que el autor considera de interés para los jóvenes que se consagran a la investigación y a la práctica procesal en esta área de las disciplinas jurídicas: a) el planteamiento de algunos esquemas que hasta pueden pretender la intención de servir de modelos en la elaboración de testamentos. No ha podido deslindarse de modo concluyente el ámbito de lo estrictamente sustantivo de aquel propio de lo adjetivo, que se encuentran entrelazados, por así decirlo, lo cual hubo de permitirnos que frecuentemente nos propusiéramos ensayar motivos y procedimientos que más concuerdan con los lineamientos de una práctica forense, observándose un vacío al no afrontar cuanto concierne a la operación testamentaria, que en sí comporta el necesario manejo de las diversas instituciones y de modo preponderante todo aquello que tiene que ver con la esencia de las llamadas asignaciones forzosas; y, b) la formulación de inquietudes concretas en torno a las reformas que ha menester nuestro Libro III del Código Civil, para concordar con los tiempos que vivimos, tan apremiantes y dinámicos.

MODELOS DE TESTAMENTOS

Si bien es verdad que el profesional del derecho, en su cotidiano quehacer, adquiere alguna seguridad y está en aptitud de reducir a términos legales cuanto constituye la voluntad limpia del testador, empero, no siempre acierta en el llamamiento a los sucesores y en la distribución del patrimonio; y así son numerosos los casos en que se emplea erróneamente los términos y se atribuye, por ejemplo, las asignaciones forzosas a quienes no les corresponde en estricto derecho. Pero de manera preferente esta especie de guía no pretende insinuarse a ellos, a los profesionales con larga trayectoria en el ejercicio profesional, con expresa dedicatoria aspira a inducir a los principiantes y a los jóvenes universitarios a adoptar fórmulas sobrias en las expresiones de este tipo, las mismas que deben estar revestidas de algún carácter trascendental, utilizando un vocabulario jurídico de lo más preciso y sencillo y de fácil interpretación y ejecución, para conjurar conflictos y derivaciones de la más variada índole, que pueden desvirtuar la esencia de las disposiciones testamentarias.

En general, en tratándose de la carta testamentaria —que tiene que ser fiel reflejo de la voluntad de la persona decidida a tal género de acto jurídico— aunque limitada en su libertad por la valla que implican las asignaciones forzosas, y en consideración asimismo a todo cuanto representa la cuota de libre disposición, como se examinó oportunamente y en repetidos pasajes de nuestro trabajo, pueden ocurrir tres circunstancias perfectamente bien linderadas y definidas:

- 1º—**Cuando el testador tiene hijos** y en general descendientes, quienes son los **legitimarios por excelencia** y los cuales prevalecen y excluyen a todos los demás consanguíneos, inclusive a los ascendientes;
- 2º—En el evento de **que el testador tenga padres**, o bien sólo padre o sólo madre, **que también son legitimarios**, siempre y cuando **no existan** ni hijos ni nietos ni ninguna otra clase de **descendientes**; y,

3º—Finalmente, **cuando** el titular del acto testamentario **no tiene ni descendientes ni padres**, es decir situación en la cual **carece de legitimarios**.

De la simple revisión de los tres únicos casos posibles en esta materia, se desprende que también se plantean tres opciones para la persona que va a disponer de su patrimonio: a) Si tiene hijos y en general descendientes, puede escoger una de dos disposiciones, o bien instituye como sus únicos y universales herederos a todos sus hijos, sin excepción; o bien distribuye sus bienes de la siguiente manera: I) a sus hijos les deja la mitad de su patrimonio, a título de legítimas; II) a uno, dos, varios o todos sus descendientes, les asigna la cuarta parte, en concepto de mejoras; y, III) destina a cualquier persona natural o jurídica la cuarta de libre disposición; b) en cambio, si carece de descendientes, pero tiene padres, siendo éstos legitimarios a falta de aquéllos, está obligado a asignarles la mitad de sus bienes, imputables a la legítima rigurosa, quedándole la otra mitad para disponer a su arbitrio; y, c) por último, si el testador no tiene ni descendientes ni padres, como carece de asignatarios forzosos, puede disponer con entera libertad de todo su patrimonio, asignándolo a quien quiera, que bien pueden ser sus propios parientes en otros grados o simplemente extraños.

TESTAMENTOS CUANDO EXISTEN LEGITIMARIOS DESCENDIENTES

I

Yo, EFRAIN VERGARA PARRA, ecuatoriano, mayor de edad, casado, de profesión ingeniero agrónomo, domiciliado en la casa número cuatrocientos ochenta y siete de la calle Tarquí de esta Ciudad, encontrándome en el uso pleno de mis facultades mentales, tengo a bien otorgar mi testamento solemne abierto contenido en las siguientes cláusulas:

Primera.—Nací en la ciudad de Manta, provincia de Manabí, el primero de abril de mil novecientos veintiséis, habiendo sido mis padres los señores Enrique Vergara y Judith Parra, quienes fallecieron en los años de

mil novecientos sesenta y uno y mil novecientos sesenta y siete, respectivamente, y cuyas sucesiones fueron declaradas abiertas, se procedió a la formación de inventarios y se pagó el correspondiente impuesto a la sucesión.

Segunda.—El dos de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco contrae matrimonio con la señorita Juana Armijos Valdivieso y en dicho enlace procreamos cuatro hijos llamados: Hernán, Fabiola, Augusta y Marcelo Vergara Armijos, todos los cuales viven.

Tercera.—No tengo descendencia extramatrimonial ni he contraído otras nupcias.

Cuarta.—Carezco en absoluto de bienes propios, pero los de la sociedad conyugal consisten en lo siguiente: a) la casa en la cual resido; b) la finca "El Porvenir", ubicada en la parroquia Tarquí del cantón Manta; c) acciones de COFIEC; d) un automóvil marca Opel, modelo mil novecientos sesenta y cuatro, número de motor RSW 745908231, matriculado en esta Capital, con el número 65.984; y, e) todos los bienes muebles que se encuentran tanto en la casa como en la finca mencionadas.

Quinta.—No me deben ni debo personalmente; pero la sociedad conyugal debe trescientos cincuenta mil sucres al Banco Amazonas.

Sexta.—Una vez formuladas las declaraciones precedentes, dispongo de mis bienes en la siguiente forma:

Instituyo mis herederos universales a mis cuatro prenombrados hijos: Hernán, Fabiola, Augusta y Marcelo Vergara Armijos, a quienes les asigno la totalidad de mis gananciales a que tengo derecho en los bienes adquiridos por la sociedad conyugal.

Séptima.—Designo como albacea, con tenencia y administración de todo mi patrimonio, a mi mujer, señora Juana Armijos Valdivieso de Vergara, a quien le relevo de la obligación de rendir caución, por su plena solvencia, la misma que percibirá la remuneración de ley y a la cual no le hago asignación alguna por cuanto sus gananciales le permitirán subsistir con decoro y holgura.

Octava.—El nueve de julio de mil novecientos setenta y dos otorgué mi testamento solemne cerrado, ante el señor notario doctor Olmedo del Pozo, cuyas disposiciones las revoco expresamente en su totalidad, dejando constancia que no contiene declaración alguna que contrarie todo cuanto expreso en el presente instrumento, que se tendrá por mi última y definitiva voluntad.

Quito, a primero de septiembre de mil novecientos setenta y ocho.

(f) EFRAIN VERGARA PARRA.

II

Yo, LUIS PALACIOS GOMEZ, ciudadano ecuatoriano, de estado civil casado, de profesión químico industrial, domiciliado en la casa número un mil ochocientos setenta y cinco de la avenida Shiris de esta Capital, declaro que me hallo en el pleno uso y goce de mis facultades mentales y volitivas y que es mi voluntad otorgar, como en efecto otorgo mi testamento solemne cerrado de la siguiente manera:

Primera.—El diez de abril de mil novecientos veintidós nací en la ciudad de Guayaquil, habiendo sido mis padres los cónyuges señores Alfredo Palacios y Rosa Inés Gómez, esta última falleció el treinta de marzo de mil novecientos sesenta y nueve y me instituyó como su único y universal heredero.

Segunda.—El quince de noviembre de mil novecientos cincuenta contraí matrimonio con la señora Blanca Arosemena, en cuya unión procreamos tres hijos: Enrique, Albertina y Pedro Palacios Arosemena, los dos últimos menores de edad.

Tercera.—No he contraído otras nupcias ni tengo hijos fuera de matrimonio.

Cuarta.—Mis bienes propios son los siguientes: a) la casa número dos mil de la calle Clemente Ballén y Chile de la ciudad de Guayaquil; b) una quinta situada en Salinas; y, c) el automóvil marca Ford Cortina, modelo mil novecientos setenta y seis, motor número GT 35422, matriculado en Guayaquil con el número 1.283. Los bienes de la sociedad conyugal formada con mi mujer están constituidos por lo siguiente: a) la casa en la cual residimos; b) un terreno en la parroquia de Pomasqui de este Cantón; c) acciones de la fábrica La Internacional; y, d) todos los bienes muebles de nuestra casa.

Quinta.—No debo ni me deben y la sociedad conyugal no tiene deudores, pero debe al Banco de Londres doscientos ochenta mil sucres.

Sexta.—Con las declaraciones precedentes, dispongo de mi patrimonio integrado por mis bienes propios y por los gananciales a que tengo derecho en la sociedad conyugal, en la siguiente forma:

- a) Instituyo como mis únicos y universales herederos a mis tres hijos: Enrique, Albertina y Pedro Palacios Arosemena, a los cuales expresamente les asigno la mitad de legítimas;
- b) Mejoro a mis hijos Albertina y Pedro Palacios; y,
- c) Asigno en porciones iguales la cuarta de libre disposición a mi padre Alfredo Palacios y a mi mujer Blanca Arosemena.

Séptima.—Procedo, además, a la partición testamentaria como sigue:

- a) A mi hijo Enrique, por cuenta de la legítima rigorosa, le adjudico la casa número dos mil de la calle Clemente Ballén, intersección Chile de la ciudad de Guayaquil y le impongo la obligación de pagar la deuda al Banco de Londres y refundir la suma de ciento cincuenta mil sucres a favor de mi padre Alfredo Palacios;
- b) A mis hijos Albertina y Pedro Palacios, por cuenta de sus legítimas y mejoras, les adjudico la quinta de Salinas y el inmueble situado en la parroquia de Pomasqui, este último tan sólo en relación con mis gananciales, vale decir los derechos y acciones y el automóvil marca Ford Cortina;

- c) A mi mujer, señora Blanca Arosemena, por cuenta de la cuarta de libre disposición y si hubiere lugar a porción conyugal, le adjudico los derechos y acciones que tengo en la casa número un mil ochocientos setenta y cinco de la avenida Los Shiris de esta Ciudad, con todos los muebles existentes en ella; y le impongo la obligación de educar a los menores de edad Albertina y Pedro hasta que obtengan un título universitario y que entregue cincuenta mil sucres a mi prenombrado padre, así como treinta mil sucres al sirviente Juan José Chicaiza, sin perjuicio de los derechos laborales que le asisten; y,
- d) A mi padre Alfredo Palacios le adjudico las acciones de la fábrica La Internacional, más los ciento cincuenta mil y cincuenta mil sucres, que refundirán, respectivamente mi hijo Enrique y mi mencionada mujer.

Octava.—Nombro como albaceas, con tenencia y administración de bienes, a mi cuñado Juan Arosemena para que cumpla su encargo en relación con los bienes situados en la provincia del Guayas y a mi tantas veces referido padre, para que administre los bienes que se encuentran en la provincia de Pichincha; a ambos les relevo de la obligación de rendir caución.

Novena.—Nombro como curador de mis hijos menores Albertina y Pedro Palacios Arosemena a mi hermana Georgina Palacios.

Décima.—Revoco expresamente y en todas sus disposiciones el testamento otorgado en la ciudad de Guayaquil, ante el señor notario doctor Jorge Maldonado Rennella, el veinte de octubre de mil novecientos setenta y seis, porque es mi voluntad que el presente prevalezca y se cumpla con toda fidelidad.

Quito, a veintiuno de junio de mil novecientos setenta y siete.

(f) LUIS PALACIOS GOMEZ.

TESTAMENTOS CUANDO SON LEGITIMARIOS LOS PADRES

I

Interviene la señora María Elena Peñaherrera de Páez, ecuatoriana, mayor de edad, de profesión preceptora y domiciliada en esta Capital, quien hallándose en su sano juicio y exenta de inhabilidades, manifiesta que otorga su testamento solemne público, al tenor de las declaraciones y disposiciones que se expresan a continuación:

Primera.—El diez de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco nací en la ciudad de Ibarra y mis padres son los cónyuges señores Manuel María Peñaherrera y Victoria Aguirre Rosales.

Segunda.—Mi religión es la católica, apostólica y romana, que heredé de mis mayores y en cuya fe y observancia he vivido y protesto morir.

Tercera.—El veinte de abril de mil novecientos sesenta y siete contraí matrimonio con el señor Mauricio Páez Merlo, en cuya unión no hemos procreado descendencia ni tampoco fuera del vínculo conyugal.

Cuarta.—Con el producto de mi trabajo y en mi estado civil de soltera adquirí la casa número ochocientos veintiuno de la avenida Alfredo Pérez Guerrero de esta Ciudad, en donde resido actualmente y la sociedad conyugal tiene los siguientes bienes: un lote de terreno en la parroquia de Cumbayá de este Cantón, la camioneta marca Chevrolet, modelo mil novecientos setenta y cinco, matriculada en Quito, con el número cuatro mil quinientos treinta y ocho, los bienes muebles que se encuentran en la mencionada casa y una cuenta de ahorros en el Banco de la Vivienda.

Quinta.—No me deben valor alguno terceras personas ni debo a nadie.

Sexta.—Con estos antecedentes, dispongo de mi patrimonio en la siguiente forma:

- a) Instituyo mis herederos universales a mis prenombrados padres los cónyuges señores Manuel María Peñaherrera y Victoria Aguirre Rosales, a quienes les asigno la mitad de mis bienes, a título de legítima rigurosa;
- b) Como puedo disponer libremente de la otra mitad, la destino para mi marido, el señor Mauricio Páez Merlo, a quien le impongo la obligación de entregar cien mil sucres al Ateneo Ecuatoriano, para que continúe la publicación de su prestigiosa revista.

Séptima.—Es mi voluntad adjudicar a mis padres el predio de la avenida Alfredo Pérez Guerrero, imputándose cualquier diferencia a la cuota de libre disposición y a mi marido todos los gananciales que me corresponden en los bienes sociales.

Octava.—Nombro como mi albacea a mi tío el señor José Ignacio Peñaherrera, quien cumplirá sus obligaciones en el plazo de seis meses a partir de la apertura de la sucesión.

Novena.—No he otorgado testamento anterior alguno, pero en el evento de aparecer lo revoco expresamente en todas y cada una de sus disposiciones, de tal manera que a las presentes se las tenga como la expresión de mi última voluntad.

Quito, a veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y seis.

(f) MARIA ELENA PEÑAHERRERA DE PAEZ.

II
FUNDADA EN 1620
QUITO

Yo, ALFONSO GANGOTENA TOBAR, ciudadano ecuatoriano, de estado civil viudo, de profesión abogado, con domicilio en esta Capital y en goce pleno de mis facultades mentales y volitivas, otorgo mi testamento solemne cerrado contenido en las siguientes cláusulas:

Primera.—Del matrimonio de mis padres los cónyuges señores Luis Gangotena e Inés Tobar, nací en esta Ciudad, el doce de febrero de mil novecientos cuarenta y dos.

Segunda.—El siete de octubre de mil novecientos setenta contraí matrimonio con la señorita Mercedes Angulo, quien falleció el veintiocho de septiembre de mil novecientos setenta y seis, sin dejar posteridad.

Tercera.—No he procreado descendencia de ninguna clase.

Cuarta.—Mi padre falleció el veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y siete.

Quinta.—Mi patrimonio está constituido así: una casa y terreno situados en la avenida Atahualpa número mil quinientos de esta Ciudad, lugar en el cual tengo mi residencia; una quinta en la parroquia de Puéllaro de este Cantón y todos los bienes muebles que se encuentren en los dos referidos predios.

Sexta.—La casa se halla hipotecada al Banco del Pichincha por un préstamo concedido para reconstruirla, por el valor de quinientos mil sucres; no reconozco otra deuda ni se me debe valor alguno.

Séptima.—Atentas las declaraciones precedentes, es mi voluntad hacer las siguientes disposiciones:

- a) Instituyo mi heredera universal a mi madre señora Inés Tobar viuda de Gangotena, a quien le corresponde la mitad de legítimas;
- b) De la otra mitad de mi patrimonio, que puedo disponer libremente, hago los siguientes legados: a mis sobrinos René, Marcela y Diego Gangotena les asigno la suma de ciento cincuenta mil sucres a cada uno; a mi empleado Manuel Paucar le dejo treinta mil sucres, sin perjuicio de todos los derechos que le corresponden de conformidad con las leyes laborales y de seguro social y al estudiante Jaime García le asigno todos los libros de mi biblioteca, a fin de que culmine sus cursos universitarios.

Octava.—Nombro como mi albacea a mi hermano Felipe Gangotena, a quien le relevo de la obligación de rendir caución.

Novena.—He otorgado varios testamentos en diversas épocas, los mismos que por el presente acto los revoco expresamente en todas y cada una de sus disposiciones, para que prevalezcan única y exclusivamente aquellas que son materia de la presente carta testamentaria. Y al retornar a mi Creador, pido a mis sucesores que observen una vida limpia y digna, manteniendo los principios cristianos que constituyeron el patrimonio admirable de todos nuestros antepasados.

Quito, a primero de enero de mil novecientos setenta y ocho.

(F) ALFONSO GANGOTENA TOBAR.

**TESTAMENTOS CUANDO NO EXISTEN LEGITIMARIOS
Y EN GENERAL ASIGNATARIOS FORZOSOS**

Yo, CARLOS MEJIA PATIÑO, nacido en Babahoyo, el seis de marzo de mil novecientos veinte, de profesión agricultor, casado con la señora Dolores Borja, domiciliado en esta Ciudad y encontrándome en mi cabal juicio, es mi voluntad otorgar el testamento abierto de conformidad con las siguientes declaraciones y disposiciones:

Primera.—Profeso la religión cristiana, que me ha enseñado el camino de la verdad y que mantendré hasta mis últimos días.

Segunda.—No he contraído sino primeras nupcias y no he procreado descendencia dentro del matrimonio ni fuera de él.

Tercera.—Mis padres fueron los cónyuges señores José Lorenzo Mejía y Esther Patiño, quienes fallecieron hace mucho tiempo y les sucedí en la hacienda "La Libertad", ubicada en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos, y en la casa situada en la calle Eloy Alfaro número ciento quince de mi ciudad natal.

Cuarta.—La sociedad conyugal posee los siguientes bienes: el chalet número doscientos treinta y nueve de la avenida Rumiñahui de esta Ciudad, que lo adquirimos por compra a la señora Magdalena viuda de Freile, mediante escritura pública otorgada ante el señor notario doctor Ulpiano Gabor Mora, el cinco de agosto de mil novecientos sesenta y cinco, e inscrita en el registro de la propiedad de este cantón, el veintiocho de los propios mes y año; un lote de terreno que tiene la superficie de dos mil quinientos metros cuadrados, situado en la calle principal de la parroquia de Alangasí, que lo adquirimos por compra al señor Eduardo Espinosa, según consta de la escritura de compraventa otorgada ante el señor notario doctor Efraín Martínez Paz, el nueve de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, inscrita en el registro de la propiedad, el trece de diciembre del mismo año; una camioneta marca Toyota, modelo mil novecientos setenta y siete, color blanco, motor número 967854, chasis número 453269, matriculada en esta provincia con la placa número P58504, y los bienes muebles que se encuentran en el chalet.

Quinta.—Personalmente no debo suma alguna, ni me deben; pero la sociedad conyugal debe doscientos cincuenta mil sucres al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y para responder por dicha obligación se halla hipotecado el inmueble situado en la parroquia de Alangasí.

Sexta.—Con estos antecedentes, como no tengo legitimarios, y dejando a salvo la porción conyugal a que pudiera tener derecho mi cónyuge supérstite, dispongo libremente de mi patrimonio y de los gananciales que me corresponden, en la siguiente forma:

- a) Instituyo como mi heredero universal a mi hermano Rafael Antonio Mejía, a quien le impongo la obligación de establecer y mantener una escuela en la hacienda "La Libertad" del cantón Quevedo, para la educación de los hijos de los trabajadores;
- b) Lego doscientos mil sucres, destinados al incremento de la biblioteca, mapoteca y laboratorios de la escuela "Manuel Cabeza de Vaca" de la parroquia de Alangasí;

- c) Asigno cincuenta mil sucres a mi chofer Carlos Rojas, por la lealtad con la que me ha servido durante quince años, sin menoscabo de los derechos inherentes a su categoría de trabajador.

Séptima.—No he otorgado jamás testamento y al presente se lo reputará como la auténtica expresión de mi última voluntad.

Quito, a dos de febrero de mil novecientos setenta y ocho.

(f) CARLOS MEJIA PATINO

Yo, MARIA TERESA VASCONEZ CORDERO, otorgo mi testamento solemnemente nuncupativo contenido en las cláusulas que a continuación expreso:

Primera.—Mis nombres y apellidos quedan puntualizados; nací en la ciudad de Cuenca, el tres de noviembre de mil novecientos veinte y por lo tanto mi edad es la de cincuenta y ocho años, de estado civil divorciada, de profesión odontóloga, domiciliada en la ciudad de Quito, capital de la República del Ecuador, en la casa número cuatrocientos setenta y nueve de la calle Epiclachima.

Segunda.—Mis padres fueron los cónyuges señores don Sebastián Vázquez y doña Filomena Cordero, fallecidos hace más de veinticinco años.

Tercera.—El cinco de junio de mil novecientos cuarenta y dos me casé con el señor licenciado Humberto Córdova Mata, cuyo vínculo matrimonial fue disuelto mediante fallo pronunciado por el señor Juez Noveno Provincial de Pichincha, el veintinueve de enero de mil novecientos sesenta y cinco.

Cuarta.—Ni en el matrimonio ni fuera de él he concebido hijo alguno.

Quinta.—Carezco, por consiguiente, de legítimarios y en general de herederos forzosos.

Sexta.—Mis bienes consisten en:

- a) La casa en donde tengo mi domicilio;
- b) Una quinta situada en la parroquia de Chordeleg del cantón Guallaceo, provincia del Azuay;
- c) Un lote de terreno ubicado en la antigua y tradicional parroquia de Carapungo, impropriamente bautizada con el nombre de Calderón;
- d) Los fondos que mantengo en la cuenta número 73.879 de la mutualista Benalcázar de esta Capital; y,
- e) Todos los bienes muebles que se encuentran en la casa y quinta mencionadas.

Séptima.—Debo el saldo de la obligación contraída a favor del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en concepto del préstamo que me otorgó para la adquisición de mi casa.

Octava.—No tengo otras deudas ni créditos de ninguna clase.

Novena.—Formuladas las declaraciones anteriores, dispongo de mis bienes como sigue:

- a) Instituyo mi heredera universal a mi sobrina Magdalena Vázquez;
- b) Asigno doscientos mil sucres para que se incremente la biblioteca de la facultad de Odontología de la Universidad Central del Ecuador;
- c) Lego todo mi instrumental, equipos y más objetos destinados a la profesión, al mejor egresado de la referida Facultad, perteneciente al año escolar inmediatamente posterior al de mi fallecimiento;
- d) Dejo sesenta mil sucres a mi empleada doméstica Jacinta Palta, quien con abnegación y virtudes cristianas me ha asistido a través de la mayor parte de mi vida y singularmente durante mi larga y penosa enfermedad.

Décima.—Nombro como mi albacea, con tenencia y administración de todos mis bienes, al señor doctor Celso Olmedo Vásquez, a quien le relevo de la obligación de rendir caución, por su plena solvencia moral y económica, y todas las operaciones y actividades propias de su cometido deberán realizarse en el plazo máximo de un año, a contarse desde el día de la apertura de la sucesión.

Undécima.—No he otorgado carta testamentaria alguna; sin embargo, en el supuesto imposible de existir, revoco expresamente la totalidad de disposiciones que pudieran hallarse, para que las presentes sean consideradas como únicas y definitivas.

Duodécima.—Mi existencia la he consagrado al estudio y servicio de la comunidad; empero, si no hubiera cumplido mis deberes como he deseado, pido perdón a todas las personas que creyeran que falté a mis obligaciones; vuelvo a la eternidad con mi conciencia en paz.

Quito, a 9 de diciembre de 1978.

(f) MARIA TERESA VASQUEZ CORDERO

REFORMAS AL LIBRO III DEL CODIGO CIVIL

El Código Civil no es, no puede ser —como algunos pretenden catalogarlo— un instrumento jurídico estático, inamovible. Debe responder permanentemente al avance de los pueblos, pues está dado para los seres humanos y por lo mismo debe marchar al compás de las vicisitudes de la comunidad. Y si bien es verdad que nuestro Código si ha modificado algunas instituciones, lo cual le coloca en un plano más consciente y humano que el de otros países; empero, todavía quedan rezagos feudales y anacrónicos, que tienen que ser eliminados de raíz, para que la ley constituya el auténtico estatuto de la vida y responda en esencia a la dinámica social que aspira al imperio absoluto de la justicia.

No con el ánimo de "pontificar" y aferrarse a las líneas dogmáticas, mas con un afán de sugestión, me propongo presentar al examen e investigación de los estudiosos, algunas reflexiones encaminadas a inquietarles en torno a los cambios que considero indispensables en esta materia.

Así, pues, someto al criterio general el siguiente esquema que puede servir de base para un anteproyecto de reformas al Libro III de nuestro Código:

1º—El Libro III tiene que contemplar única y exclusivamente todo cuanto atañe al modo de adquirir el derecho de dominio de los bienes que se conoce histórica y tradicionalmente con el nombre de SUCESION POR CAUSA DE MUERTE, que debe constituir la denominación propia del Libro, eliminando el aditamento artificial y artificioso de "donaciones entre vivos", que no responde a los principios jurídicos específicos.

2º—En todas las disposiciones en que se refiere al "difunto", es preferible reemplazar con el de **causante, de cujus o antecesor**, para que esté más ajustado a la lógica y al derecho.

3º—En el artículo 1.015 sustituir la palabra "cuota", por la de **parte alícuota**, que resulta una expresión matemática mucho más precisa y real.

4º—Suprimir el inciso 2º del artículo 1.017, por innecesario y redundante; con la disposición del inciso primero es suficiente.

5º—El numeral 4º del artículo 1.023, debe decir simplemente: 4º **la porción conyugal**, suprimiendo la frase: "a que hubiere lugar en todos los órdenes de la sucesión", puesto que no hace falta de acuerdo con el nuevo sistema.

6º—Suprimir el inciso final del artículo 1.029 relativo a las incapacidades para suceder y que dice: "En igual incapacidad incurrirán los ministros e instituciones religiosas de otros cultos que hubieren prestado asistencia espiritual al difunto", por resultar ambiguas e injustas, como razonamos en el capítulo pertinente. Ningún código de Europa o América contempla tal inhabilidad para suceder.

7º—Suprimir los numerales 4º y 5º del artículo 1.032, pues dichas causales de indignidad no pueden presentarse dadas las características testamentarias y de producirse no podrían demostrarse.

8º—Suprimir el artículo 1.036, por ser una causal de indignidad disparatada y de imposible prueba.

9º—El artículo 1.032 debe decir: **Son indignos de suceder al causante:** (enumerar la 1ª, 2ª y 3ª de dicho artículo y agregar las indignidades contempladas en los artículos 1.033, 1.034 y 1.035).

10º—Suprimir el artículo 1.044 que dice: "La ley no atiende al origen de los bienes, para reglar la sucesión intestada, o gravarla con restituciones o reservas", por cuanto sólo comporta un antecedente de reminiscencia histórica, mas no de sentido jurídico.

11º—El artículo 1.045 debe puntualizar con precisión los órdenes de la sucesión ab intestato en la siguiente forma:

Los órdenes de la sucesión intestada son los siguientes:

- 1º **Los hijos por derecho personal y los nietos por derecho de representación;**
- 2º **Los ascendientes y el cónyuge sobreviviente;**
- 3º **Los hermanos, por derecho personal y los sobrinos por derecho de representación y con ellos el Estado, como mejor sobrino; y,**
- 4º **El Estado.**

12º—El artículo 1.046, en su 2º inciso, debería decir:

La representación es una institución del derecho sucesorio por la cual cuando el padre o la madre no pueden o no quieren suceder, la ley llama a sus hijos para que ocupen su lugar y sucedan al causante.

13º—El artículo 1.048 debe decir:

Solamente gozan del derecho de representación los descendientes del de cujus y los hijos de sus hermanos.

14º—Agregar al artículo 1.055, que dice: "A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Estado", la frase: **el mismo que destinará todo el caudal sucesorio para la educación de la niñez y juventud.**

15º—El art. 1.059 debe decir:

El testamento es un acto jurídico solemne por el cual una persona dispone de su patrimonio para que surta pleno efecto post mortem, reservándose la facultad de revocar sus disposiciones.

16º—Suprimir el artículo 1.062, por innecesario y por no estar de acuerdo con el proceso económico social contemporáneo.

17º—El artículo 1.065 debe comenzar diciendo:

Toda persona es hábil para otorgar testamento, menos: (aquí las cuatro incapacidades...) Suprimir el último inciso.

18º—El art. 1.068 debe decir:

Hay dos clases de testamentos: el testamento común u ordinario y el testamento especial.

Testamento común u ordinario es aquel en que se observan todas las formalidades que la ley establece de modo general.

Testamento especial es aquel en que pueden omitirse algunas de dichas formalidades, en consideración a ciertas circunstancias contempladas expresamente en la ley.

19º—El artículo 1.071 debe decir:

El testamento es siempre escrito.

20º—Suprimir el numeral 7º del artículo 1.072, por constituir una inhabilidad incongruente y absurda.

21º—Suprimir el inciso 2º del artículo 1.074, para concordar con las reformas que se está sugiriendo.

22º—Suprimir toda la sección concerniente a los llamados "testamentos privilegiados", por innecesarios y por cuanto de las investigaciones practicadas se desprende que en más de una centuria no se los ha aplicado y reemplazarlos por los **testamentos especiales**.

23º—Agregar una sección con este título:

De los testamentos especiales.

24º—El artículo 1.090, debe decir:

Son testamentos especiales los ológrafos.

25º—El art. 1.091 debería decir:

Testamento ológrafo es aquel escrito de puño y letra por el propio testador, en presencia de dos testigos.

Para que tenga validez debe procederse a su publicación, ciñéndose a las reglas contenidas en el artículo 1.080.

26º—Suprimir el artículo 1.106, a partir del inciso 2º, por considerar disposiciones incongruentes.

27º—Suprimir los artículos 1.109, 1.110, 1.113, 1.115, 1.156, 1.157, 1.158, 1.159, 1.160 y 1.161, por resultar obsoletos, dadas las circunstancias por las cuales atraviesa nuestra comunidad.

28º—Eliminar de este Libro el capítulo inherente a las "donaciones revocables", e incorporarlo, convenientemente estudiado y junto con las "donaciones entre vivos", al Libro IV.

29º—El artículo 1.196 deberá decir:

Cuando el testador ha hecho una misma asignación a dos o más personas y falta una de ellas, la porción de la que falta acrece a la de las demás.

30º—El artículo 1.205 en vez de referirse a la "sustitución vulgar y fideicomisaria", debe decir:

La sustitución puede ser común u ordinaria y especial.

31º—Modificar todo el párrafo de las sustituciones con el criterio expuesto antes.

32º—El inciso 2º del artículo 1.216 deberá decir:

Asignaciones forzosas son:

1º La porción conyugal;

2º Las legítimas; y,

3º La cuarta de mejoras.

33º—El artículo 1.218 deberá decir:

Porción conyugal es la cuarta parte del patrimonio del causante que la ley asigna al cónyuge sobreviviente.

34º—Eliminar los artículos 1.219, 1.220, 1.221, 1.222 y 1.223, para que concuerde con la reforma fundamental, mediante la cual se participa de un auténtico sentido y se le da el rol genuino de una asignación forzosa, y no como cuota de beneficencia, porque sólo tiene derecho a porción conyugal en la legislación vigente, el cónyuge pobre.

35º—Suprimir la frase "...y la porción conyugal en el caso del artículo 1.223, inciso 2º".

36º—Eliminar el inciso 2º del artículo 1.235, así como el inciso final del 1.236.

37º—El artículo 1.240 debe decir:

De la cuarta de mejoras el testador puede hacer la distribución que quiera entre sus descendientes.

38º—El artículo 1.252 debe decir:

Desheredamiento es el acto testamentario por el cual una persona priva a su legitimario de la asignación forzosa a la que tiene derecho.

39º—Suprimir las causales 3º y 4º del artículo 1.253, por impertinentes.

40º—En lugar de "Reforma del Testamento", debe enunciarse, con más lógica y fundamento, de este modo: **Acción de los asignatarios forzosos.**

41º—El artículo 1.317 debería decir:

No pueden ser albaceas:

- 1º Los menores de edad;
- 2º Los ciegos;
- 3º Los mudos;
- 4º Los dementes, aunque no estén bajo interdicción;
- 5º Los fallidos;
- 6º Los que están privados de administrar sus propios bienes, por disipación;

- 7º Los que carecen de domicilio en la República;
- 8º Los que no saben leer ni escribir;
- 9º Los de mala conducta notoria;
- 10º El cónyuge que haya dado motivo para el divorcio, según el artículo 109, menos en los casos de los numerales 8º, 11º y 12º;
- 11º El que haya sido privado de ejercer la patria potestad, según el artículo 329;
- 12º Los que, por torcida o descuidada administración, han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados, por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo;
- 13º Los miembros de la Fuerza Pública, que se hallen en actual servicio, inclusive los asimilados y todo el personal que preste sus servicios ya en las Fuerzas Armadas ya en la Policía Nacional;
- 14º Los miembros del clero regular y secular y en general todos los elementos religiosos sujetos a obediencia y movilización; y,
- 15º Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión pública, fuera del territorio ecuatoriano.

42º—Suprimir el Título IX de los ALBACEAS FIDUCIARIOS, por constituir una institución contraproducente, extraña a los principios que rigen la vida de nuestra sociedad y superada en nuestros tiempos.

43º—Como de hecho están derogados los artículos 1.366 y siguientes relativos a las funciones de juez partidor, establecer las normas adecuadas para que el juez ordinario cumpla su cometido con acierto, sagacidad y diligencia, en tratándose de operaciones complejas y de suma responsabilidad.

44º—El Título XI debe adoptar la denominación de: EL PASIVO SUCESORIO, por todas las consideraciones y los razonamientos planteados en el capítulo XXXV del presente estudio.

45º—Añadir un artículo para iniciar dicho título, que diga:

El pasivo sucesorio está constituido por las deudas hereditarias, las deudas testamentarias y las cargas de la sucesión.

46º—Eliminar el Título XIII que corresponde a las "Donaciones entre vivos", que debe incorporarse al Libro IV, por tratarse de una institución estrechamente ligada con el espíritu y la estructura del mismo y no tener la relación directa con el modo de adquirir el derecho de dominio materia de nuestras investigaciones.



CONCLUSIONES

De la simple lectura del contenido de las reformas propuestas, se vendrá en conocimiento que se trata tan sólo de aplicar el sentido común y de ajustar las disposiciones a las realidades operantes, para que exista un verdadero equilibrio entre la vida humana y las normas que la regulan en la esfera concreta del derecho sucesorio. Esto precisamente debió haberse contemplado por el legislador, que en gran parte del proceso vital nuestro ha revelado ser negligente y apegado a la tradición. Por ello, estas proposiciones aspiran, al propio tiempo, a promover inquietudes entre quienes mañana asumirán la responsabilidad de legislar para el pueblo ecuatoriano.

No se crea, por otra parte, que los enunciados formulados representan todo el caudal de ideas y anhelos en relación con aquello que debe ser materia de reforma. Esto apenas integra un ángulo de contemplaciones, que requieren ser meditadas y analizadas con detenimiento, para luego consagrarse al examen global de sistemas e instituciones, a efecto de que exista armonía y concordancia y no se produzcan fenómenos dislocativos.

Por ahora el Libro III está constituido por trece títulos que comprenden cuatrocientos sesenta y cuatro artículos. Cuando se opere la auténtica revisión y se proponga actualizarlo al compás de la problemática contem-

poránea, quedará reducido probablemente a la mitad, pues a parte de los cambios sugeridos, subsisten todavía preceptos que no están en consonancia con el desenvolvimiento social, sus alcances e imperativos. Además, deberá legislarse en proyección y con las miradas penetrantes en el mundo de mañana. Está vigente el mandato inexorable de emprender sin dilación en esa formidable tarea; y ello va a corresponder a las actuales generaciones que tienen que abrir las puertas del escenario multifásico, en donde habrá de cuajar la cruzada definitiva que una los tiempos de la historia y redescubra los valores dinámicos que enlazan el "ser" con el "deber ser".

No obstante las ideas generales esbozadas, y que se contraen a promover el ambiente propicio para algunas posibles reformas a nuestro Libro III —todo ello previa revisión conjunta de las disposiciones vigentes— pienso que es el propio Código Civil que tiene que rehacerse, con un criterio humano y concepciones nuevas, buscando las fórmulas más racionales y simples, pero que constituyan la auténtica expresión de nuestro tiempo y de nuestro mundo, en el irrevocable compromiso de crear los factores constantes y vigorosos para la bienandanza de los más con el menor sacrificio de los menos.



BIBLIOGRAFIA

- ABELIUK MANASEVICH, René, Rojas Besoain Olga y Tasso Fuentes Mireya: Estudio Crítico de la jurisprudencia del Código Civil.— La sucesión legal, Santiago de Chile, 1954.
- AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo: Segundo Curso de Derecho Civil: Bienes, derechos reales y sucesorios, México, 1975.
- AHRENS, Enrique: Curso de Derecho Natural o Filosofía de Derecho, Madrid, 1906.
- AMUNATEGUI, Miguel Luis: La formación de los acervos en la partición de una herencia, Santiago de Chile, 1889.
- ANTOKOLETZ, Daniel: Tratado de Derecho Romano, Buenos Aires, 1930.
- ARIAS, José: Derecho Sucesorio, 2ª edición, Buenos Aires, 1950.
- ARROYO, Agustín: La evolución del derecho sucesorio en la Gran Colombia, Bogotá, 1949.
- BARROS ERRAZURIS, Alfredo: Curso de Derecho Civil, volumen V: Sucesión por causa de muerte y donaciones, Santiago de Chile, 1931.
- BELLO, Andrés: Obras completas.— Opúsculos jurídicos.— Proyectos de Código Civil, Santiago de Chile, 1932.
- BINDER, Julius: Derecho de Sucesiones, Barcelona, 1953.
- BORDA, Guillermo A.: Manual de Sucesiones, Buenos Aires, 1959.
- BOSSANO, Guillermo: Evolución del Derecho Constitucional ecuatoriano, 2ª edición, Quito, 1975.
- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario de derecho usual, 10ª edición, Buenos Aires, 1976.
- CARREJO, Simón: Derecho Civil: Sucesiones y donaciones, Bogotá, 1968.
- CARRIZOSA PARDO, Hernando: Sucesiones y donaciones, 5ª edición, Bogotá, 1966.

- CASARES, Julio: Diccionario ideológico de la lengua española, Barcelona, 1957.
- CISNEROS ESPINEL, César: Derecho Civil Ecuatoriano, 1º y 2º tomos, Quito, 1959 y 1960.
- CLARO SOLAR, Luis: Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Santiago de Chile, 1940.
- CODIGO CIVIL DE ALEMANIA: Traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta 1950, por Carlos Melón Infante, Barcelona, 1955.
- CODIGO CIVIL DE ARGENTINA: Con notas de Vélez Sarsfield, edición puesta al día, Buenos Aires, 1973.
- CODIGO CIVIL DE BOLIVIA: Edición del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1959.
- CODIGO CIVIL DE BRASIL: Actualizado por Vicente Sabino Junior, Sao Paulo, 1972.
- CODIGO CIVIL DE CANADA: Royal Commission Inquiry into Civil Rights, Ontario, 1971.
- CODIGO CIVIL DE COLOMBIA: Compilado por Jorge Ortega Torres, Bogotá, 1971.
- CODIGO CIVIL DE COSTA RICA: Edición revisada por Atilio Vincenzi, San José de Costa Rica, 1972.
- CODIGO CIVIL DE CHILE: Estudio preliminar por Pedro Lira Urquieta, edición del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961.
- CODIGO CIVIL DEL ECUADOR: Edición hecha por la Comisión Legislativa, Quito, 1950.
- CODIGO CIVIL DEL ECUADOR: 7ª edición de la Comisión Jurídica, Quito, 1970.
- CODIGO CIVIL DEL ECUADOR: Edición de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, Quito, 1977.
- CODIGO CIVIL DE EL SALVADOR: Estudio preliminar de Mauricio Guzmán, edición del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1959.
- CODIGO CIVIL DE ESPAÑA: Código Civil Español — legislaciones forales o especiales y leyes complementarias, 8ª edición corregida y revisada por Francisco Vicente Bonet, Madrid, 1972.
- CODIGO CIVIL DE ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA: Miami, 1963.
- CODIGO CIVIL DE FRANCIA: Soixante-quinzième édition, petits codes dalloz, Paris, 1975-1976.
- CODIGO CIVIL DE GUATEMALA: 3ª edición, Guatemala, 1975.
- CODIGO CIVIL DE HONDURAS: Edición de la Comisión General de Legislación, Tegucigalpa, 1949.
- CODIGO CIVIL DE ITALIA: Codice Civile de Regno D'Italia, promulgato con R. Decreto 23 Giuno 1865, edición Milano, 1937.

- CODIGO CIVIL DE MEXICO: Décima tercera edición, México, D. F., 1969.
- CODIGO CIVIL DE PANAMA: Panamá, 1960.
- CODIGO CIVIL DE PARAGUAY: Asunción, 1973.
- CODIGO CIVIL DEL PERU: Lima, 1969.
- CODIGO CIVIL DE PUERTO RICO: Edición de Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960.
- CODIGO CIVIL DE RUSIA: Legislación Soviética Moderna, México, 1947.
- CODIGO SANCHEZ DE BUSTAMANTE: Recopilación de Códigos y leyes de la República del Ecuador, edición de la Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1968.
- CODIGO CIVIL DE URUGUAY: Código Civil de la República Oriental del Uruguay, anotado por los profesores doctores Hugo E. Gatti y Héctor J. Cerruti Aicardi, Montevideo, 1971.
- CODIGO CIVIL DE VENEZUELA: Caracas, 1942.
- CONSTITUCION DE COLOMBIA: Constitución Política de la República de Colombia vigente desde 1656, codificación de Luis F. Serrano A., Bogotá, 1969.
- CONSTITUCION DEL ECUADOR: 14ª Carta Política, Quito, 1945.
- CONSTITUCION DEL ECUADOR: 16ª Carta Política, Quito, 1967.
- CONSTITUCION DEL ECUADOR: 17ª Carta Política, Quito, 1978.
- CONSTITUCION DE MEXICO: Vigente desde 1917, edición de Cultura y Ciencia Política, México, D. F., 1970.
- CORDOVA, Andrés F.: Derecho Civil Ecuatoriano, dos tomos, Quito, 1956.
- CORNEJO, Raúl J.: El proceso sucesorio, Buenos Aires, 1976.
- CHOMMIE, John C.: El Derecho de los Estados Unidos, en cooperación con Eduardo LeRiverend y Oscar A. Salas.
- DE GASPERI, Luis: Tratado de Derecho Hereditario, Buenos Aires, 1953.
- DUGUIT, León: Manual de Derecho Constitucional, 2ª edición española, Madrid, 1926.
- ESCRICHE, Joaquín, Diccionario Razonado de legislación y jurisprudencia, México, 1888.
- FERAUD BLUM, Carlos: Igualdad de derechos de hijos y cónyuges, Guayaquil, 1975.
- IORE, Pasquale: Derecho Internacional Privado, 2ª edición, Madrid, 1889.
- GAJARDO, Samuel: Medicina Legal y Psiquiatría Forense, Santiago de Chile, 1931.
- GOMEZ JARAMILLO, Alberto: Las Acciones Forzosas en la teoría y en la Práctica, Quito, 1934.
- ILLINWORTH BAQUERIZO, Juan Alfredo: Reglas Relativas de la Sucesión Intestada en el Derecho Civil Ecuatoriano, Guayaquil, 1953.
- JARAMILLO ALVARADO, Pío: Derecho Público Interno, Quito, 1953.
- KIPP, Theodor: Derecho de sucesiones.— El tratado de derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolff, traducción de R. Roca Sartre, Barcelona, 1951.

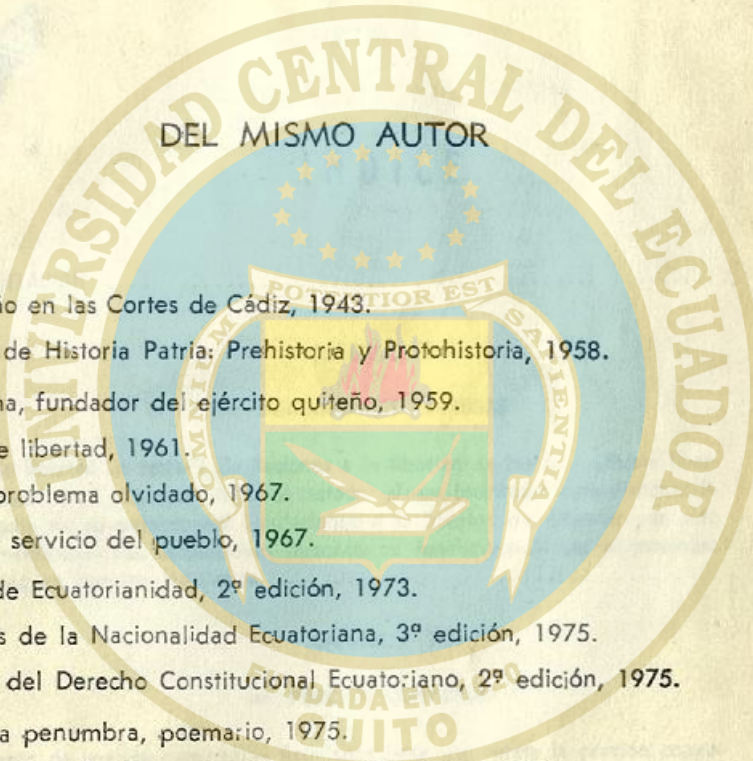
- LANATTA, Rómulo E.: Derecho de Sucesiones, tomo I, Lima, 1969.
- LARREA HOLGUIN, Juan: Derecho Civil del Ecuador, 6 tomos, Quito, 1970.
- LARREA HOLGUIN, Juan: La nueva estructura constitucional ecuatoriana, Quito, 1969.
- LAURENT, Francisco: Principes de droit civil francais, 3ª edición, París-Bru-selas, 1878.
- LOPEZ DEL CARRIL, Julio J.: Derecho Sucesorio, Buenos Aires, 1969.
- MAFFIA, Jorge O.: Manual de Derecho Sucesorio, 1975.
- MALDONADO RENNELLA, Jorge: El Código Civil del Ecuador y las reformas de 1970.— Un retroceso en la historia jurídica del país, Guayaquil, 1974.
- MANTILLA PINEDA, Benigno: Filosofía del Derecho, Medellín, 1961.
- MARX, Carlos: El Capital: Crítica de la Economía Política, 2ª edición en español, Buenos Aires, 1956.
- MARTINEZ PAZ, Enrique: Noción y fundamento de la sucesión hereditaria. Introducción al derecho de la sucesión hereditaria, Buenos Aires, 1953.
- MARTINEZ, Víctor José: De las sucesiones testadas e intestadas, México, 1861.
- MAZEAUD, Henri y León y Jean: Lecciones de Derecho Civil, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1962.
- MURER, James Chalmers: Inquiry into Civil Rights, Ontario, 1971.
- MEZA BARROS, Ramón: Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos, Santiago de Chile, 1959.
- MILAN B., Carlos H.: Algunas ideas sobre la porción conyugal, Santiago, 1901.
- NIBOYET, J. P.: Principios de Derecho Internacional Privado, selección de la 2ª edición francesa, traducida y adicionada con legislación española, por Andrés Rodríguez Ramón, Madrid, 1928.
- ORTOLAN, M.: Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano, Generalización del Derecho Romano, Madrid, 1887.
- OSSORIO y GALLARDO, Angel: Los derechos del hombre, del ciudadano y del Estado, Buenos Aires, 1946.
- PALACIOS, Alfredo: El Nuevo Derecho, 3ª edición, Buenos Aires, 1935.
- PEREZ GUERRERO, Alfredo: Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano, 1940.
- PEREZ GUERRERO, Alfredo: La Sucesión por causa de muerte, dos volúmenes, 3ª edición póstuma, Quito, 1975.
- PESCIO V., Victorio: Manual de Derecho Civil, 3 tomos, Santiago de Chile, 1958.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, J.: Tratado práctico de Derecho Civil Francés.— Las sucesiones, con el concurso de J. Maury y E. Vialleton, traducción de M. Díaz Cruz, La Habana, 1945.

- POLACCO, Vittorio: De las sucesiones, 2ª edición, dos tomos, Buenos Aires, 1950.
- POVIÑA, Horacio: Indignidad y desheredación, Tucumán, 1965.
- PUIG BRUTAU, José: Introducción al Derecho de Sucesiones por causa de muerte.
- PUIG PEÑA, F.: Tratado de Derecho Civil Español.— Teoría general de las sucesiones, Madrid, 1945.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael: Derecho Civil Mexicano, México, D. F., 1958.
- SALAZAR FLOR CARLOS: Derecho Civil Internacional, tomo único, Quito, 1955.
- SANCHEZ ROMAN, Felipe: Estudios de Derecho Civil, Madrid, 1910.
- SANCHEZ VIAMONTE, Carlos: Hacia un Nuevo Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1938.
- SAVIGNY, M.: Sistema de Derecho Romano actual, traducción de Medía y Poley, Madrid, 1878-1879.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: Derecho Sucesorio, explicaciones de clases revisadas por el profesor, Santiago de Chile, 1961.
- TEXTOS OFICIALES: Bases de la legislación civil y del procedimiento judicial civil soviéticos, ediciones en lenguas extranjeras, Moscú, 1961.
- TORRES - RIVERO, Arturo Luis: Derecho de Familia, 2 tomos, Caracas, 1967.
- URIBE, Luis F.: Sucesiones en el Derecho Mexicano, México, D. E., 1962.
- VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho Civil; sucesiones, 3ª edición, Bogotá, 1970.
- VALVERDE y VALVERDE, Calixto: Tratado de Derecho Civil Español, Valladolid, 1936.
- VAZ FERREIRA, Eduardo: Tratado de las Sucesiones, 2 tomos, Montevideo, 1967.
- VILLAGOMEZ YEPEZ, Jorge: Introducción a la Filosofía del Derecho, prólogo de Luis Recasens Siches, dos tomos, Quito, 1946.
- VITERI, Telmo R.: Sucesiones militares, Quito, 1922.
- WOLFF, Martín: Derecho Internacional Privado, traducción de José Rovira y Ermengol, Barcelona, 1936.
- ZANNONI, E. A.: Derecho de las Sucesiones, Buenos Aires, 1974.

FUNDADA EN 1620
QUITO



DEL MISMO AUTOR

- 
- The seal of the Universidad Central del Ecuador is a large circular emblem in the background. It features a blue outer ring with the text 'UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR' in white. Inside the ring is a yellow field with a blue arc of stars at the top. Below the stars is a shield divided into three horizontal sections: yellow at the top, green in the middle, and red at the bottom. A white banner with the Latin motto 'POTIOR EST SAPIENTIA' is draped across the shield. In the center of the shield is a white sailing ship on a green field. At the bottom of the seal, the text 'FUNDADA EN 1863' and 'QUITO' are visible.
- Un Quiteño en las Cortes de Cádiz, 1943.
- Capítulos de Historia Patria: Prehistoria y Protohistoria, 1958.
- Epiolachima, fundador del ejército quiteño, 1959.
- Trances de libertad, 1961.
- El Indio, problema olvidado, 1967.
- Cultura al servicio del pueblo, 1967.
- Mensaje de Ecuatorianidad, 2ª edición, 1973.
- Vicisitudes de la Nacionalidad Ecuatoriana, 3ª edición, 1975.
- Evolución del Derecho Constitucional Ecuatoriano, 2ª edición, 1975.
- Alba en la penumbra, poemario, 1975.
- Manual de Derecho Sucesorio, 1ª parte, 4ª edición, 1978.



CAPITULO XX

— LEGITIMAS Y MEJORAS

Alcance del capítulo.— Concepto legal de legítima considerada como auténtica asignación forzosa.— Los legitimarios.— Casos en que se presentan las legítimas.— Criterio en torno a legítimas en algunas legislaciones en Europa y América.— La cuarta de mejoras.— Requisitos.— Algunos planteamientos jurídicos en torno a las mejoras

31- 39

CAPITULO XXI

— ASIGNACIONES DE LIBRE DISPOSICION

Sistema de nuestra legislación.— Casos que se presentan en relación con la facultad del testador para disponer libremente de todo su patrimonio o de parte de él: a) cuando tiene legitimarios descendientes; b) cuando tiene legitimarios ascendientes; y, c) cuando carece de descendientes y padres.— Requisitos para la eficacia de las asignaciones de libre disposición

41- 46

CAPITULO XXII

— EL FENOMENO DE LOS ACERVOS IMAGINARIOS

Somera revisión de los acervos imaginarios en relación con las asignaciones forzosas y las asignaciones de libre disposición.— Formación del primer acervo imaginario por donaciones a legitimarios.— Las donaciones a no legitimarios.— Situaciones que se derivan de dichas donaciones: a) cuando son menores a la cuarta de libre disposición (no se presenta problema); b) cuando son mayores, pero no excesivas (afecta a la cuarta de libre disposición testamentaria); y, c) cuando las donaciones son voluminosas (afecta a las mejoras y puede afectar a las legítimas).— El segundo acervo imaginario.— La restitución.— Planteamiento de problemas

47- 70

CAPITULO XXIII

— EL DESHEREDAMIENTO

Concepto y fundamento del desheredamiento.— Requisitos para que surta efecto el desheredamiento.— La definición y causales según nuestro Código.— Crítica al enunciado de Planiol.— Paralelo entre la indignidad y el desheredamiento.— Consecuencias del desheredamiento.— ¿Puede revocarse la disposición mediante la cual se deshereda a un legítimo?

71- 86

CAPITULO XXIV

REVOCACION DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Concepto y fundamento de la revocación de las disposiciones testamentarias.— Sentido humano de la misma.— Irrevocabilidad de las declaraciones.— Clases de revocación: total y parcial, expresa y tácita; revocación total expresa y total tácita; revocación parcial expresa y parcial tácita.— Requisitos y efectos.— Problemas	87- 96
---	--------

CAPITULO XXV

REFORMA DEL TESTAMENTO

Fundamento para la existencia de esta institución.— ¿Se tratará de una auténtica reforma del testamento? Error en la denominación.— Más propiamente debe llamarse: Acción de los asignatarios forzosos.— Concepto y objeto de esta acción.— Quiénes tienen derecho a ella.— Contra quienes debe intentársela.— Ante quién y dentro de qué tiempo.— Casos de acción de reforma del testamento.— Efectos.— Preterición	97-104
--	--------

CAPITULO XXVI

MEDIDAS QUE AMPARAN A LOS SUCESOES

GUARDA Y FIJACION DE SELLOS

Medidas que amparan a toda persona que tiene interés en una sucesión o que presume tenerlo: a) medidas provisionales; y, b) medidas definitivas.— Las medidas provisionales: 1º) guarda y fijación o aposición de sellos; y, 2º) declaración de la herencia yacente y nombramiento de curador de la herencia yacente.— Objeto y fundamento de la guarda y fijación o aparición de sellos.— Breve enunciado de los trámites pertinentes.— Quiénes tienen derecho a solicitar dicha medida, ante quién y cómo y hasta cuándo opera	105-112
--	---------

CAPITULO XXVII

DECLARACION DE LA HERENCIA YACENTE Y NOMBRAMIENTO DE CURADOR DE LA HERENCIA YACENTE

La herencia yacente en el Derecho Romano.— Fundamento y objeto de esta institución.— Quién puede solicitar, dentro de qué tiempo y quién puede declarar la herencia yacente.— El curador de la herencia yacente: su misión y responsabilidad.— Consecuencias jurídicas y económicas de esta institución ..	113-116
--	---------

CAPITULO XXVIII

DECLARACION DE APERTURA DE SUCESION Y FORMACION DE INVENTARIOS

Las medidas de carácter definitivo o permanente: a) declaración de apertura de sucesión; y b) formación de inventarios del patrimonio sucesorio.— La apertura de sucesión en el derecho sustantivo y la declaración de apertura de la sucesión en el ámbito del derecho adjetivo procesal.— Su significado y trámite.— Ejemplo de modelos de escrito solicitando esta clase de medidas.— Las diligencias procesales.— La formación de inventarios.— Clases de inventarios: a) inventarios ordinarios; y, b) inventarios solemnes.— Examen de cada uno de ellos.— Peritos e informes.— Términos.— Brave consideración en torno a los impuestos en la sucesión.— Tablas de impuestos y recargos de acuerdo a la Ley vigente de impuestos sobre las herencias, legados y donaciones 119-134

CAPITULO XXIX

ACEPTACION O REPUDIO DE LAS ASIGNACIONES

La tercera fase del Derecho Sucesorio: aceptación con la cual culmina todo el el proceso.— Aceptación o repudio facultativos.— La aceptación de la herencia: sus modalidades y clases.— Repudio de las asignaciones.— Aceptación expresa y aceptación tácita.— Repudio expreso; excepción.— Características.— Efectos y consecuencias de la aceptación o repudio de las asignaciones 135-146

CAPITULO XXX

BENEFICIO DE INVENTARIO

Concepto y objeto del beneficio de inventario.— Requisitos y características.— Quienes pueden acogerse a esta garantía: en qué momento y de acuerdo a qué modalidades.— Excepciones.— Personas naturales y jurídicas que están obligadas a aceptar la herencia con beneficio de inventario.— Efectos jurídicos y económicos.— Responsabilidad del heredero beneficiario.— Obligaciones de rendir cuentas.— ¿Pueden los legatarios acogerse a esta garantía? 147-159

CAPITULO XXXI

PETICION DE HERENCIA Y OTRAS ACCIONES QUE AMPARAN A LOS SUCESESORES

Principales acciones que amparan a los herederos: a) petición de herencia; b) acción reivindicatoria; y, c) otras acciones especiales.— Concepto y objeto de







