Universidad Central
INSTITUTO

Guillermo Bossano

MANUAL DE DERECHO SUCESORIO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SCIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

editorial universitaria

SIB-UCE LABORATORIO DE DIGITALIZACIÓN
Campus Central, calle Jerónimo Leyton y Gatto Sobral
+593 2230757 ext: 808 biblioteca.general@uce.edu.ec
©2022-2024

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:

Carátula:
WASHINGTON RODAS ROMAN

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

MANUAL
DE
DERECHO SUCESORIO

347.6
B745
Po.1 e.1
G.3
TD 24923
Alt2#3021721

GUILLERMO BOSSANO
Profesor de Derecho Civil en la Universidad Central del Ecuador

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BIBLIOTECA
DE DERECHO

MANUAL DE DERECHO SUCESORIO

PRIMERA PARTE

(CUARTA EDICION)

P=01
E=09
B=03
C=33229

EDITORIAL UNIVERSITARIA — 1978 — QUITO – ECUADOR

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

MENSAJE CUARTO

Cómo es de bienhechora la pasión de cátedra. Ubérrima y acendrada, sencilla y prometedora, noble y caudalosa. Alerta a todas las palpitaciones y conjugándose con la función plena de humanidad. Y la cátedra surte todos los manantiales con las más cristalinas aguas de purificación de los espíritus. Por ello nada encierra una mayor y más trascendental mística que aquello que la encarna y magnifica.

Los maestros nos realizamos cotidianamente y nos realizamos en nuestra diáfana proyección, que son los hijos del ideal. A ellos les dedicamos la parte más buena de nuestra existencia y entre ellos y nosotros hay una cadena de esperanzas fundida en los secretos del poema inconcluso y eterno de la simbiosis.

Pero el maestro no es sólo la palabra que se lanza despiadadamente, así como la semilla del sembrador rutinario y envejecido en la tarea. Es palabra de fuego, palabra de verdad, palabra emocionada y profética, palabra que se torna en carne y sangre de los más genuinos sentimientos e inflexiones. También esa palabra quiere perpetuidad y difusión más abierta y ensancha-

da: que desde las líneas severas del claustro salga a competir por todos los caminos como una voz límpida e invitadora en medio de la deformación constante y malévola y cuando lo epidérmico se impone a la esencia, cuando Sancho galopa sobre el lomo sangrante de El Quijote. Así arrancamos ya para la aventura de la vida con la palabra dicha y no dicha y la que está impresa y queda como mensaje irrenunciable de lo que pensamos, de lo que fuimos, de cuanto debimos ser.

En todos los tiempos y en los más distintos y distantes meridianos se ha polemizado en torno del significado y valor de la palabra de cosecha que en páginas impresas entrega el maestro a sus discípulos. Ha campeado en la mayoría mediocre la resistencia a tal suerte de mensaje, musitando sórdidamente notas deleznables que pretenden ampararse en aparentes dogmas exigentes a través de los cuales se busca notoria aceptación, bajo el signo de un enunciado retórico: el texto ha de ser perfecto para convertirse en auténtico instrumento de trabajo; y, no obstante ello, resulta al final perjudicial, desde luego que cercena posibilidades y limita en el alumnado la amplia filosofía del conocimiento, reduciéndose apenas a un ángulo restringido de contemplaciones.

Empero, cuanta falacia existe, y cómo sofísticamente se hilvanan planteamientos de trivial concepción, vacíos de toda coyuntura analítica. Es inobjetable que transitar por los supremos cauces universitarios repitiendo sin desmayo los mismos pronunciamientos de siglos fenecidos constituye una postura negligente del "dejar hacer, dejar pasar", cómoda y burguesa, impersonal y rutinaria. Mas, aquello ¿podrá definirse como la alineación normal de quien tiene en su responsabilidad el modelado armonioso y fundamental de una juventud nueva, a la que dice conocer, comprender, interpretar y amar?

INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Por sobre todas las vallas que se alzan para la crítica del quehacer y para la justificación del instintivo "no hacer", he preferido la senda problemática y atrevida del desafío, en una etapa complejísima, de metamorfosis acentuada y repleta de incomprensión y otros lugares comunes insoslayables.

La cátedra tiene que ser siempre, por sobre lo transitorio y circunstancial, entrega decidida y generosa para que los que a ella acudan recojan la semilla y la fructifiquen en el milagroso pliegue de sus conciencias; y ello representa la capitalización de procesos que están en trance inagotable de nacer y renacer, de renovarse y completarse, de evaluarse y revisarse, sin arribar nunca al final del camino.

Cuando hace menos de un lustro nos empinamos con temeridad por la pendiente de la aventura, lo hicimos inflamados de ese apostólico propósito de servir a los jóvenes, de participarles de algunos de nuestros mirajes alrededor de estas apasionantes y polémicas disciplinas. No pretendimos conformar "lo perfecto", sino que infundimos un soplo de fe en lo que tímida y vacilantemente se prendía, como un nuevo vástago que requería de la adopción paternal de quienes estuvieran compenetrados del alcance y sentido de un esfuerzo inicial, doloroso, como todo cuanto se engendra y representa la imagen de aquello que el poeta definió con elocuencia como la agonía en la creación.

Han corrido pocos años y hemos palpado el calor múltiple de aquí y de allá, de las universidades propias y de las menos propias. La invitación benévola para ocupar la cátedra, ensayar cursillos, explicaciones, seminarios, trabajos varios en equipo y más confrontaciones en ámbito de tanta resonancia y significación. La acogida generosa de las tres ediciones anteriores ha impuesto el imperativo de ofrecer una nueva, en esta vez auspiciada

por nuestra propia Facultad, empeñada en participar a sus miembros de los elementos propicios para una mejor orientación.

En términos generales hemos preferido mantener los textos originales con los necesarios e indispensables reajustes y alcances, que se integran con la segunda parte, con mayores perspectivas prácticas y de elaboración de esquemas y modelos, como base y guía para el profesional que arremete por los caminos de Montiel, en la búsqueda afanosa y romántica de la gran aventura del espíritu, como soñara el iluminado de nuestro cicerone en la tarea del derecho sucesorio y de la vida misma, Alfredo Pérez Guerrero.

Y claro que estamos lealmente convencidos que servimos a nuestra Universidad y a su juventud inconforme que acude día a día a sus aulas anhelosa de saturarse de los más apremiantes y genuinos principios. Y lo estamos porque esta rama del Derecho, que se ocupa y preocupa de la familia y de su patrimonio —en la transición más dramática e incontrastable— jamás perderá su vigencia y vivencia, pues comporta los elementos ancestrales y motrices del convivir humano y será a perpetuidad el símbolo victoroso del hombre ideal armado del poder y fuerza de su inteligencia, ingenio y corazón, contemplando los tiempos de la vida y atado entrañablemente a los que él ha engendrado y que serán por siempre la prolongación de su sangre y de sus ensueños. Llega, pasa, deja y está inmortalizado a través de las formas que modeló como artista, para que representara su propio yo, rimando en una especie de conjunción admirable que envuelve en su entraña mística a toda la estirpe.

Sólo cuando el hombre invente vencer definitivamente a la muerte habrá de agonizar el derecho suce-

sorio, que sigue severo, impoluto y humanizado, junto a ella, para vigilar su presencia y sus esperanzas.

Esta nueva edición se concreta al fenómeno de la vida y de la muerte en sus contemplaciones jurídicas, sociales y económicas, desde el ángulo patético de nuestras realizaciones, con ingredientes espontáneos y otros naturales conservados por inercia, digo mejor, por la inercia de todos cuantos han costado tanto al pueblo, encumbrándose sobre los estrados legislativos y entregados inconscientemente al servilismo repetidor y a la molicie contemplativa.

Nuestro Libro III del Código Civil requiere perentoriamente una total revisión, en una suerte de cirugía trascendental que extirpe lo obsoleto e inorgánico, consagrando nuevos mandamientos dedicados a la sociedad de masas que opera incontenible. Con un claro sentido de realidad, con la lámpara propia que alumbre todas las constelaciones, para reencontrar al hombre y al pueblo ecuatoriano en sus posibilidades, en sus ansias de liberación, en su ser y deber ser.

Sin embargo no desestimamos del todo sus fórmulas y abordamos la temática con un espíritu crítico, y con la seguridad de que tiempos advendrán en que las nuevas generaciones capten el verdadero propósito de estos enunciados, para sacudirse de lo caduco y tradicional y valerosamente emprender en la tala reflexiva del bosque milenario e infecundo que no nos ha permitido mirar de frente toda la problemática en sus esencias, fundamentos y contrastes. Y aquella es otra de las finalidades de las páginas que se abren: prender la luz para que se haga más luz en el hondón de las conciencias.

El hacer y rehacer de ediciones sucesivas no es otra cosa que una respuesta vital a los requerimientos de alumnos de aquí, de allá y de más allá, que exigen im-

perativamente un mensaje auténtico y sencillo en torno de los mandamientos que regulan el trance de lo absoluto, porque con el poeta seguimos proclamando: nuestras vidas son los ríos que van a dar en la mar del morir que es el vivir, o del vivir que es el morir; lo mismo da...

Y en medio de todo el torbellino de las ideaciones y objetivos, el profesor abre amorosamente su corazón, para la siembra leal en el espíritu de estas generaciones de transición, y repleto de fe saluda el extinguirse del último cuarto de siglo y el apuntar del nuevo.

Que esta voz de cátedra —limpia y emotiva— no se apague fácilmente y que siga vibrando y resonando hasta decidiros a la comprometida cruzada de conquistar para el pueblo nuestro, el NUEVO DERECHO.

CAPITULO I

INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO SUCESORIO

El derecho civil y el derecho de familia.— Los modos de adquirir el derecho de dominio de los bienes.— La sucesión por causa de muerte un modo derivativo y gratuito.— Concepto de sucesión: lo genérico y lo específico.— Suceder es reemplazar.— Idea general de sucesión por causa de muerte.— Elementos constitutivos a) Subjetivos: causante o de cujus y causahabiente o sucesor; y b) Objetivos: patrimonio.— Bienes, derechos y obligaciones transmisibles e intransmisibles.

EL DERECHO CIVIL aspira a plantear los problemas inherentes a la persona humana, en todo cuanto concierne a sus relaciones de familia y a su patrimonio. Por ello el sistema general de los Códigos inspirados en el proyecto de Don Andrés Bello, contempla un Título Preliminar, que se contrae a determinar los preceptos fundamentales acerca de la Ley, su promulgación, efectos, interpretación y derogación, así como consigna definiciones de vocablos empleados frecuentemente en las leyes; un Libro Primero, que trata de las Personas; un Libro Segundo, que enfoca todo lo relativo a los Bienes, su dominio, posesión, uso y goce; un Libro

Tercero, que estudia la Sucesión por Causa de Muerte y las Donaciones entre Vivos y finalmente un Libro Cuarto, que aborda todo lo que se relaciona con las Obligaciones y Contratos.

Es decir, el Derecho Civil es el máximo regulador de la órbita de intereses de los particulares; por ello destaca y consagra todo cuanto se refiere a la persona y a sus bienes. Y como constituye, por así decirlo, el origen de todo el mecanismo social, alcanza singular trascendencia y el legislador ha creído indispensable participarle de un sello de sustantividad, como base y esencia de todas las otras manifestaciones jurídicas.

No obstante todas las críticas y el afán por destruir conceptos tradicionales, continúa vigente *el derecho de familia*, que cada vez alcanza mayor vigor a despecho de quienes pretenden ilusamente desbastarlo y en la actualidad existe una corriente poderosa para afirmarlo con autonomía, habiéndose comenzado por dictar el Código de la Familia y adoptar nuevas regulaciones encaminadas a la defensa y supervivencia de la familia, como sociedad primera y victoriosa a través de todas las vicisitudes y crisis.

El actual Código Civil Peruano, por ejemplo, comprende cinco libros, a saber; libro primero del Derecho de las Personas, libro segundo del Derecho de Familia, libro tercero del Derecho de Sucesión, libro cuarto de los Derechos Reales y libro quinto de las Obligaciones y los Contratos.

La Legislación Soviética Moderna contempla la existencia del Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela; en la Alemania Oriental se ha puesto en vigencia desde el 20 de diciembre de 1965 el primer Código de Familia. Existen Códigos de la Familia también en Bulgaria, Checoeslovaquia, Rumania y Yugoeslavia y leyes especiales acerca del derecho de familia en Hungría y Polonia y se adelanta en un Proyecto de Código para Israel.

Para Heinrich Lehmann, el Derecho de Familia debe reglamentar las relaciones familiares, es decir, las relaciones vitales que derivan del matrimonio y del parentesco y Julien Bonnecase cree que "es el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia".

SECCION DE INVESTIGACIONES
DE DERECHO COMPARADO
QUITO - ECUADOR
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

La familia será siempre el instrumento maravilloso de la especie humana en función de creación y bienandanza y requerirá el estímulo de la sociedad y del mundo para confrontar sus trances y mantener a perpetuidad y victoriosamente su sentido trascendente y supremo. De allí que el Derecho Civil habrá de mantenerse impoluto y glorioso a través de los siglos mientras se sustente sobre el principio de la problemática familiar.

Ahora bien, dentro del vivir cotidiano, el hombre en sus relaciones y manifestaciones determina el que todos sus actos jurídicos y económicos desemboquen en el derecho de dominio; y precisamente toda su lucha, todos sus esfuerzos, sus angustias y anhelos se orientan hacia la finalidad de adquirir algo para poder vivir y llenar sus necesidades y apremios, pero en un sentido individual, personal, desde luego que el proceso biológico atiende a las expresiones propias de cada sujeto y es a él a quien le incumbe atender a todos los requerimientos vitales. De allí que los modos de adquirir el derecho de dominio revistan tanto interés y valor.

Naturalmente, todo ello tiene que conciliarse con la función social y ni se puede proclamar el derecho pleno en el sentido de los romanos, absorbente e injusto —jus utendi, jus fruendi, jus abutendi, jus vindicandi— ni eliminarlo definitivamente; hay que limitarlo al amparo de los más nobles enunciados de libertad con justicia económico-social.

El libro destinado al planteamiento del gran capítulo de los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce consagra un principio ordenador en torno a los modos de adquirir el derecho de dominio, que son seis: la ley, la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. Nuestro Código Civil, en su artículo 622, limita su enumeración a cinco y prescinde de la ley, porque es el origen de todo derecho, y si el legislador no la enunció entre los modos se debe posiblemente a que lo consideró muy sabido, por constituir la fuente de derecho por excelencia. Sin embargo, otras legislaciones, así como la doctrina, la enumeran en primer término.

Siendo la ley la emanación de todo derecho no vamos a circunscribirla en determinado campo o sistema, sino que la ley, como tal,

es el modo primario y fundamental para adquirir el derecho de dominio de los bienes en general.

Así, pues, de la ley, como modo de adquirir el dominio, se trata en diversos capítulos y disposiciones y no se la encasilla en ninguno específicamente, por razones obvias.

De la ocupación, accesión y tradición se trata en el Libro Segundo de nuestro Código Civil; el Libro Tercero se ocupa de la Sucesión por causa de Muerte, con una incrustación un poco forzada y artificial: las donaciones entre vivos; y por último el Libro Cuarto estudia la prescripción.

De estos modos, unos son originarios y otros derivativos; unos gratuitos y otros onerosos.

Son originarios aquellos en que el titular del derecho de dominio es el primero o al menos se presume que no recoge el derecho de otra persona ni ocupa su lugar sometiéndose a las consecuencias pertinentes. Son modos originarios: la ley y la ocupación, siendo este último el caso típico, pues tenemos que para que se perfeccione se requiere que el bien materia de la ocupación sea "res nullius", ya porque jamás ha tenido dueño o porque éste lo abandonó.

Son modos derivativos aquellos en que el nuevo adquirente llega al dominio de los bienes en las mismas condiciones, circunstancias, caracteres, vicios y defectos que quien le precedió en el derecho; no adquirirá más facultades ni derechos que aquel al que sustituye en el dominio; el titular del derecho ni mejora ni empeora la situación del bien materia de la adquisición. Son modos derivativos: la tradición, la sucesión por causa de muerte.

El dominio se adquiere a título gratuito o a título oneroso. En el primer caso, quien sucede en el derecho, nada debe por él; recibe un beneficio, pero no está obligado a una contraprestación; recibe sin ningún gravamen, sin que tenga que dar algo por lo que recibe. No así en el segundo caso, en que se requiere que exista necesariamente una respuesta efectiva como compensación. La donación, que es el título o contrato que se consuma por el modo, la tradición, y la sucesión por causa de muerte tienen el carácter de gratuitos, porque el que adquiere el bien puede aceptar o rechazar libremente y no está obligado a nada por lo que recibe; no se

le exige retribución de ninguna naturaleza, por norma general. La compra-venta y la permuta, que también se perfeccionan mediante la tradición, son onerosos, desde luego que quien adquiere el bien materia de tales contratos está obligado a pagar el precio o a entregar una cosa completando su valor con dinero.

La Sucesión por Causa de Muerte, como se ha enunciado antes, es un modo derivativo porque el derecho del sucesor emana o procede del predecesor; aquél no adquirirá más derechos que los que correspondían a éste; y es un modo gratuito, porque quien adquiere el bien no está obligado a corresponder, recibe el objeto materia de la sucesión sin que se le imponga la obligación de una retribución o contraprestación.

★

En esta materia la palabra clave es "SUCESION", que tiene el correspondiente verbo: *"suceder"*.

Para los maestros Alfredo Pérez Guerrero y Luis De Gásperi, "Suceder" es *"reemplazar"*; ocupar el lugar que otro ocupó; desplazarle para sustituirle, seguirle.

El vocablo "sucesión" tiene dos acepciones: una amplia y genérica, que comprende diversas modalidades jurídicas y otra restringida, específica, que se circunscribe a una esfera exclusiva.

En un sentido amplio, suceder a una persona es ocupar su lugar y recoger sus derechos a cualquier título. En este aspecto la expresión sucesión es aplicable a todos los modos derivativos de adquirir. Así, por ejemplo, el comprador sucede al vendedor, ocupa su lugar, porque el vendedor ejerce, hasta antes de que se perfeccione la compraventa, el derecho de dominio; desde el momento en que adquiere en compra ese objeto, el comprador está ocupando el lugar del vendedor. El donatario sucede al donante; jurídicamente ocupa su lugar, le reemplaza en el derecho.

Pero en un sentido más concreto y limitativo, la expresión "sucesión" evoca la idea de muerte y encarna una significación triple:

a) Designa la transmisión de todo o parte del patrimonio de una persona fallecida a una o más personas vivas, ya por su voluntad o por mandato de la ley;

b) Sirve para designar también el patrimonio mismo que es materia de la transmisión. Y así tenemos un pasaje de nuestra legislación en que la palabra sucesión es aplicable al patrimonio. Dice el artículo 1419: "No habiendo en la *sucesión* lo bastante para el pago de todos los legados, se rebajarán a prorrata". O sea que la palabra "sucesión" se aplica en un sentido de caudal de bienes; y,

c) En fin, la expresión designa frecuentemente el conjunto de sucesores. Se habla, en las diligencias judiciales, de la "sucesión" del señor Rodríguez o de la "sucesión" de la señorita Gómez, etc., para referirse a los herederos o legatarios de los causantes Rodríguez o Gómez.

La sucesión por causa de muerte podría definirse como la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que forman el patrimonio de una persona muerta a la persona o personas que sobreviven y que son llamadas a suceder por voluntad del testador o por mandato de la ley. O también, como *el modo de adquirir el derecho de dominio del patrimonio de una persona difunta, ya por su voluntad expresada testamentariamente o por disposición de la ley.*

De la definición de sucesión por causa de muerte se infiere que sus elementos constitutivos son subjetivos y objetivos. Los primeros dicen relación a los sujetos o personas que generan el proceso:

1.—La persona fallecida, origen de la sucesión y cuyos bienes van a ser transmitidos a otra u otras personas. A esta persona que fallece y cuyo patrimonio va a radicarse en otras personas, jurídicamente se le denomina: *causante, de cujus* (de cuius, de cuyus), *antecesor o predecesor;*

2.—La persona o personas llamadas a sucederle, sea por voluntad del que ya es difunto manifestada por acto testamentario

o por mandato de la ley. A las personas que van a recoger los bienes materia de la sucesión, se les conoce con el nombre genérico de: *sucesores, causahabientes, asignatarios.*

Los segundos, o sea los elementos objetivos dicen relación al conjunto de bienes de que era titular quien ahora es difunto y que va a ser materia de la sucesión; es decir, el *patrimonio.*

De tal suerte que en toda sucesión por causa de muerte tenemos dos sujetos de la relación jurídica: antecesor y sucesor y el objeto o sea el patrimonio.

La sucesión por causa de muerte sirve para adquirir tanto los derechos reales como los derechos personales. Pero también al ensayar una definición enunciamos que es la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones.

Por regla general se transmiten todos los bienes, derechos y obligaciones. Empero, no obstante este principio, no pueden transmitirse determinados bienes, derechos y obligaciones:

a) No pueden transmitirse en primer término, los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, el sol, la atmósfera, etc.; en segundo lugar, los bienes nacionales de uso público o bienes públicos, al tenor del Título II del Libro Segundo de nuestro Código Civil, como los nevados, los ríos, las carreteras, los edificios públicos, etcétera; en tercer lugar, los bienes destinados por la sociedad al culto religioso y finalmente las partes de un todo que al desintegrarse hacen que el bien pierda su esencia, como en el caso del cielo raso o las paredes de un edificio, etc.

b) Por lo común se transmiten todos los derechos reales y algunos personales; solamente no pasan al sucesor los derechos de una y otra clase que la ley expresamente los declara intransmisibles. Entonces, tenemos que la norma es la transmisibilidad de todos los derechos; por excepción, no se transmiten ciertos derechos que, debido a su carácter de personales o *personalísimos,* como insisten los tratadistas, se extinguen con la muerte del titular, y que son intransmisibles, por lo tanto.

La legislación ecuatoriana no establece en una sola disposición cuáles son esos derechos intransmisibles, pero en nuestro Código Civil encontramos diversos pasajes que los puntualizan. De tal suerte que podemos señalar hasta seis clases de derechos intransmisibles, que son:

1.—No es transmisible el *derecho de alimentos,* porque es un derecho personal; así lo establece el artículo 380 del Código Civil, que dice:

> "El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse".

Empero, el artículo 382 contempla algo que podría considerarse como excepción, aunque tiene otro fundamento: el derecho de demandar por las pensiones alimenticias atrasadas puede transmitirse por causa de muerte. Se entiende que el alimentario gozaba de ese derecho, que es realmente un crédito y en virtud de ello, al morir transmite a sus sucesores el derecho de exigir el pago de la deuda. No les está vedado el reclamar lo que se debió a su causante, pero sí el reclamar alimentos invocando su calidad de causahabientes del alimentario.

2.—La *expectativa del fideicomisario* no es transmisible. Y no es transmisible porque no se trata de un derecho, sino simplemente de una expectativa. Así lo prescribe el artículo 794:

> "El fideicomisario que fallece antes de la restitución no transmite, por testamento o abintestato, derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa, que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiera".

3.—El derecho de *usufructo* tampoco es transmisible, así lo manda expresamente el inciso segundo del artículo 805 del propio cuerpo de leyes cuando dice:

"El usufructo es intransmisible por testamento o abintestato", ya que se extingue por la muerte del usufructuario, en consonan-

DERECHO

cia con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 838: El usufructo se extingue:

> "Por la muerte del usufructuario, aunque ocurra antes del día o condición prefijados para su terminación...".

4.—El derecho de *uso o habitación,* por disposición del artículo 851 del Código Civil, es intrasmisible:

> "Los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse".

5.—Los derechos derivados del *contrato de sociedad* son asimismo intransmisibles y tienen ese carácter porque generalmente las sociedades se constituyen a base de confianza. El artículo 2034, dice:

> "Disuélvese la sociedad por la muerte de cualquiera de los socios, menos cuando, por disposición de la ley o por el acto constitutivo, haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto o sin ellos".

Y el 2036:

> "Los herederos del socio difunto, que no hayan de entrar en sociedad con los sobrevivientes, no podrán reclamar sino lo que tocare a su causante, según el estado de los negocios sociales al tiempo de saberse la muerte; y no participarán de los emolumentos o pérdidas posteriores sino en cuanto fueren consecuencia de las operaciones que al tiempo de saberse la muerte estaban ya iniciadas".

6.—También los derechos derivados del *mandato* son intransmisibles, porque el mandato termina por la muerte del mandante o mandatario, como lo dispone el numeral 5º del artículo 2094, con la excepción de lo contemplado en el artículo 2100, que reza:

"No se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella. Los herederos suceden, en este caso, en los derechos y obligaciones del mandante. Por la muerte del mandante no se extingue el mandato para pleitos si se ha empezado a desempeñar; ni por la muerte del procurador, en el mismo caso, terminan las facultades del sustituto o delegado".

El Código de Procedimiento Civil, en el título relativo a las personas que intervienen en los juicios, al reglamentar todo lo concerniente a los procuradores, también se ocupa de esta materia de intransmisibilidad.

c) Así como hay bienes y derechos transmisibles e intransmisibles, tenemos también obligaciones con ese carácter, vale decir transmisibles e intransmisibles.

Las obligaciones son por lo regular igualmente transmisibles, con excepción de aquellas que por tener asimismo carácter personal, personalísimo, no pueden transmitirse.

Tampoco hay una disposición consagrada a señalar las obligaciones intransmisibles en nuestra legislación, sino que, de los varios pasajes, deducimos que existen cinco clases de obligaciones intransmisibles, que son:

1.—Las relativas a alimentos, por ser eminentemente personales, como se enunció antes. La relación jurídica es directa, inmediata y se circunscribe a la esfera exclusiva de alimentante y alimentario. Muerto aquél se extingue su obligación y por norma general no la transmite a persona alguna, a menos que por acto testamentario imponga tal modalidad a su sucesor.

2.—Aquellas obligaciones que suponen una aptitud, una calidad singular del deudor. Ejemplo: si se contrata la ejecución de una obra con un artista atenta su excepcional vocación y genialidad; muerto él, sus herederos no están obligados a cumplir el contrato. El artículo 1966 prescribe que todos los contratos para la construcción de una obra se resuelven por la muerte del artífice o del empresario y el 1145:

"Si el modo consiste en un hecho tal, que para el fin que el testador se haya propuesto sea indiferente la persona que lo ejecute, es transmisible a los herederos del asignatario".

3.—Aquellas obligaciones que entrañan una demostración de confianza; tales los casos del mandato y de la sociedad.

A más de las disposiciones contempladas en el título pertinente del Código Civil y ya enunciadas arriba sobre la terminación del mandato, es indispensable recordar dos preceptos adicionales, al respecto. Así, pues, el artículo 2099 prescribe:

"Sabida la muerte del mandante, cesará el mandatario en sus funciones; pero si de suspenderlas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, estará obligado a finalizar la gestión principiada".

Asimismo, el 2101 establece que:

"Los herederos del mandatario que fueren hábiles para la administración de sus bienes, darán aviso inmediato de su fallecimiento al mandante, y harán en favor de éste lo que puedan y las circunstancias exijan. La omisión a este respecto los hará responsables de los perjuicios".

"A igual responsabilidad estarán sujetos los albaceas, los tutores y curadores y todos los que sucedan en la administración de los bienes del mandatario que ha fallecido o se ha hecho incapaz".

Los procuradores son mandatarios especiales investidos de facultades para comparecer en juicio por otras personas. También la procuraduría o procuración termina por la muerte del poderdante o del procurador; y en relación con esta institución tenemos la norma consignada en el artículo 54 del Código de Procedimiento Civil, que es de este tenor:

"Termina el cargo de procurador en todos los casos expresados en la Ley; pero si hubiere muerto el poderdante después de presentada la demanda, continuará el procurador o sustituto representando a la sucesión, en ese juicio, hasta que se

nombre curador de la herencia yacente o comparezca el heredero. Lo mismo es aplicable al procurador del demandado, si ya se le hubiese citado la demanda".

4.—Las obligaciones de las corporaciones contraídas por sus personeros, en caso de fallecimiento de éstos, no son transmisibles a sus herederos, a no ser que en la constitución de ellas se pacte que en el evento de producirse la muerte de uno de sus miembros, sus sucesores quedan obligados, como lo establece el inciso tercero del artículo 587. Ejemplo: si el Rector de la Universidad Central, en su calidad de tal, contrae una obligación, y luego fallece, sus herederos no se verían forzados a cumplirla; los acreedores tienen acción en contra de la Institución, que en todo caso debe estar legalmente representada.

5.—No se transmite la solidaridad. Por ejemplo, en materia de títulos ejecutivos, de una letra de cambio que ha sido aceptada y avalizada, se puede demandar indistintamente a cualesquiera de los deudores, librado o garante, el pago solidario, o sea que se puede exigir el pago de la totalidad del crédito a uno o a otro; si fallece aceptante o aval, asimismo los acreedores pueden demandar solidariamente a sus herederos. En lo relativo a las obligaciones intransmisibles, los acreedores del antecesor, tendrán que demandar el cumplimiento de la obligación a la comunidad sucesoria la totalidad de la deuda, o a cada uno de los herederos la parte correspondiente, de acuerdo con la cuota hereditaria y nada más. Mientras en general se demanda la solidaridad, se exige la solidaridad de todos los deudores, en particular, como no se transmite la solidaridad, no se podría exigir el pago total de la deuda a uno solo de los herederos, sino a todos ellos la globalidad, o a cada uno la parte proporcional de la cuota hereditaria. El artículo 1566 prescribe que:

"Los herederos de cada uno de los deudores solidarios están entre todos obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria".

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

CAPITULO II

FUNDAMENTOS DEL DERECHO SUCESORIO

Planteamiento dialéctico del problema.— ¿Debe existir el Derecho Sucesorio? Tesis: El sistema que vive el país hace indispensable la institución.— Antítesis: Debe eliminarse la sucesión por causa de muerte.— Síntesis: Experiencias incásica y soviética; realidad ecuatoriana.— Conclusiones.

Ningún problema de mayor significación y alcance y por consiguiente de mayor complejidad como el que concierne al fundamento del Derecho Sucesorio. Por lo mismo exige un estudio más meditado y sereno y quizá investigaciones completas, ajenas en lo principal al propósito de estos apuntes.

Sin embargo, bien vale la pena proponer la cuestión de si debe existir el derecho sucesorio a la luz de la dialéctica, comenzando por exponer la tesis: debe existir el derecho sucesorio; para desarrollar luego la antítesis: debe eliminarse la sucesión por causa de muerte y para culminar con la síntesis: breve revisión de las experiencias incásica y soviética y la realidad ecuatoriana, para llegar al enunciado de algunas conclusiones que pueden servir de referencia a la cátedra.

TESIS: DEBE EXISTIR EL DERECHO SUCESORIO

El profesor de la Universidad de Buenos Aires, Guillermo Borda, es el más genuino defensor de la tesis. Con argumentos de fondo logra encaminar tan delicada cuestión. Comienza por aseverar que el derecho de sucesión es tan antiguo como la propiedad y que es una "institución consustanciada con la naturaleza humana".

Para demostrar el valor y trascendencia de la sucesión formula cuatro inquietudes valederas, como son las siguientes:

a) "La transmisión de los bienes mortis causa es inseparable de la propiedad privada". El patrimonio que logró modelar una persona, a su fallecimiento debe pasar a quienes estuvieron más íntimamente ligados a ella. Al respecto Kipp afirma que "sin el derecho de sucesión no llegaríamos a ser gran cosa más que usufructuarios vitalicios de los bienes por nosotros adquiridos" y Borda insiste en que "teóricamente se puede combatir la propiedad y la sucesión, pero no admitir la una y negar la otra". La propiedad privada se afirma con la sucesión por causa de muerte y ésta no es otra cosa que respuesta de aquélla. En nuestro sistema no alcanzamos a comprender cómo se puede prescindir de la unidad indisoluble de las dos instituciones que todavía en estos tiempos alcanzan vigencia.

b) Sostiene Guillermo Borda que "la sucesión tiene además un sentido trascendente". En verdad, la muerte de una persona puede constituir un episodio aislado que conturba a su círculo de relaciones y nada más, pero el paso de un ser humano por el universo debe estar marcado por la presencia de su espíritu, de sus obras, de las huellas que deja para el futuro y que consagran su personalidad. El hombre no sólo se perpetúa a través de los vínculos milagrosos de la sangre, también alcanza eternidad a base de lo que creó, de las cosas que modeló con su genio y esfuerzo. Y Unger, al proclamar que "el derecho sucesorio es un triunfo de la especie y no del individuo", ha

podido interpretar con exactitud la trascendencia entre la vida de una persona y su tránsito vital hasta el cese de sus funciones; ¿qué legó a la posteridad? ¿cómo se han cristalizado sus esfuerzos y su lucha? ¿cuáles son los signos de su aventura existencial?

c) Quizá lo más significativo de sus planteamientos se refiere a la aseveración de que el derecho sucesorio "responde asimismo a la necesidad, hoy más urgente que nunca, de defender y fortificar a la familia". La sociedad humana por excelencia, la célula originaria de la paz, el amor, el sacrificio, la abnegación, la solidaridad y lo sublime está afirmada en la familia, que la integran padres e hijos, cónyuges y hermanos, todos los cuales contribuyen a generar una suerte de vinculación admirable que se expresa a través del afecto, la comunidad de ideales, la obsesión de identificación plena. El patrimonio de la familia lo amasan todos sus integrantes con el trabajo, con el ahorro, con los desvelos, con la iniciativa, con la esperanza y la fe. Si bien es cierto que quien asume la responsabilidad cardinal es el padre, pero están indisolublemente atados a él, la madre con su dulzura y comprensión, los hijos con sus gracias y acento de diafanidad; y el padre se siente estimulado y lucha hasta la muerte por el pan y la seguridad, para que los suyos se desenvuelvan libres de temor, de hambre, de incertidumbre. Nosotros no desdeñamos a la familia para trabajar por terceras personas naturales o jurídicas, lo hacemos a conciencia para el círculo más estrecho de nuestro corazón y de nuestras responsabilidades.

Es posible que la familia en el mundo contemporáneo esté atravesando una aguda crisis, pero será el transitorio accidente de una comunidad que está operando el reajuste, ante la contemplación de una nueva etapa de sociedad de masas, que volverá a sus cauces permanentes e imbatibles, y la familia se verá más protegida y sólida si cuenta con medios para desarrollarse en un ámbito de más plena satisfacción de necesidades. Desaparece el derecho sucesorio y se liquidan los secretos resortes que mueven el impul-

so creador de la unidad familiar y la propia familia tambalea y se destruye.

d) Por último, el maestro argentino, cree que la sucesión por causa de muerte encarna un *interés económico-social,* y al efecto razona en el sentido de que si el hombre supiera que al morir todo su trabajo va a quedar anulado, un primario egoísmo lo llevaría a disfrutar lo más posible de sus bienes, a tratar de consumirlos junto con su vida. La sociedad individualista que vivimos ha determinado que el hombre produzca para sí y para los suyos y no para el Estado, del que tiene un criterio equivocado, porque los fracasos del pasado le hacen pensar que es un pésimo administrador y no se entusiasma ni interesa en trabajar para que todo vaya a perderse en la voracidad de las arcas fiscales. Ante la perspectiva de la eliminación del derecho sucesorio, el hombre dejaría de ser productor, para convertirse fatalmente en un destructor con ánimo acelerado de hacer desaparecer todo cuanto ha constituido la agricultura, la industria, el comercio, el desarrollo de los pueblos, puesto que no le atrae en modo alguno la figura utópica de producir para el Estado. La iniciativa privada ha sido hasta nuestros días el foco mayúsculo de avance. El Estado hasta hoy ha fracasado en todos sus intentos y todavía no se vislumbra el advenimiento de un sistema en que prevalezca a plenitud y con una orientación ordenadora y generadora de bienandanza frente al hombre, que requiere ser respetado en su integridad ética, biológica y jurídica, como ente victorioso de una comunidad asentada sobre las bases graníticas de la personalidad humana.

ANTITESIS: DEBE ELIMINARSE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE

Algunos ideólogos comunistas creen que la sucesión por causa de muerte constituye factor negativo y que por consiguiente debe abolirse. Las razones que pretenden esgrimir se sintetizan en los siguientes puntos de vista:

a) Se afirma que el sistema de transmisión del dominio de los bienes por causa de muerte estimula y fomenta el parasitismo social. El hijo de un acaudalado sabe que sin hacer absolutamente nada y manteniéndose en situación estática, algún día será el heredero y alcanzará a beneficiarse del patrimonio de sus antepasados. Tal situación le llevará a no desarrollar ninguna actividad ni se esforzará por crear ni ser útil a la sociedad. Vivirá en expectativa aplicando el principio liberal: *dejar hacer y dejar pasar*. Nada le interesará como no sea el desaparecimiento de sus antecesores para sucederles en el derecho y consumir de inmediato cuanto fue formado con tanto esfuerzo y constancia.

b) Hay quienes creen que la sucesión mortis causa propicia el mantenimiento de la gran propiedad, la misma que no circula ni pasa a otras manos. Hay un viejo aforismo que dice que la riqueza atrae a la riqueza. Los padres ricos buscan unir los destinos de sus hijos con los vástagos también de familias acaudaladas y de este modo se van formando e incrementando las inmensas fortunas. Tales los casos generalizados en nuestro medio, especialmente durante el coloniaje y gran parte de nuestro republicanismo independiente, aunque hay una tendencia a dividir la propiedad y a practicar el noble mandamiento de la Carta de la Democracia (Constitución ecuatoriana de 1945) que proclama el respeto a la propiedad privada, conciliándola con su función social.

c) Se ha dicho asimismo que la sucesión por causa de muerte hace más ricos a los ricos y empobrece a los pobres. Y esto constituye generalmente una gran verdad, por lo aseverado anteriormente. Los círculos de relaciones son homogéneos: el rico busca al rico para las uniones matrimoniales y los hijos de estas uniones tienen doble aspiración por línea paterna y por línea materna y así es como van acumulándose los bienes patrimoniales. Y como el rico se enriquece más todavía, es evidente que se distancia más aún de las clases menesterosas que, como nada han sumado a su fortuna negativa, permanecen

estáticas y con menos posibilidades de satisfacción de necesidades, frente al acelerado y creciente ensanchamiento del patrimonio de los poderosos y a la elevación constante del nivel de existencia.

d) También se ha mantenido que siendo el Estado el origen y fundamento de la paz, seguridad y desarrollo de los pueblos, a él sólo le pertenece todo el patrimonio y que los particulares apenas son meros usufructuarios. El Estado tiene el deber de velar por la vida, salud, educación y progreso de los ciudadanos, y los pueblos pueden alcanzar sus metas gracias al impulso que imprima el Estado, el cual requiere de todos los medios para atender a las ingentes necesidades de la comunidad y es un imperativo de los individuos corresponder a las garantías que le ofrece, contribuyendo por lo menos con una parte de sus bienes.

SINTESIS: EXPERIENCIAS INCASICA Y SOVIETICA; REALIDAD ECUATORIANA

Experiencia Incásica.—Los cronistas castellanos narran con colorido subyugante cómo fue el sistema comunista tahuantinsuyano, y nos presentan un pueblo en que se había abolido total y definitivamente la propiedad privada, como sistema y estructura básica de su existencia. Todo era del imperio, y los monarcas, ya personalmente, ya también por intermedio de sus representantes, se encargaban de entregar a cada inca la tierra, las semillas, los vestuarios, armas, alimentos, utensilios, etc.; y hasta la mujer que debía ser recibida por esposa era entregada por el Rey... En consecuencia, se aplicaba el principio de que a cada cual según sus necesidades, para que nadie tenga más de lo que requería y que tampoco a nadie falte lo indispensable. Por lo tanto, el vasallo era un mero usufructuario de los bienes que se le distribuían y le estaba vedado atesorar. Se había extirpado el cáncer de la avaricia y de la mendicidad. A la muerte de un inca, como es obvio, todo cuanto había recibido o incrementado, tornaba a la comunidad,

es decir, volvía a su origen: el Estado. Y esto que parece imposible de practicar fue estrictamente cumplido gracias a la formidable organización social y a la práctica del sistema de núcleos decimales, que hacían posible todo control y vigilancia y que se pudiesen observar con precisión matemática todos los preceptos y regulaciones que provenían del Inca.

Un pueblo que consideró al trabajo como la expresión sublime de la vida y que castigó con la pena de muerte el parasitismo; un pueblo que se trazó el mandamiento trifronte de ama sua-ama llulla-ama kjella, —ni ladrón, ni mentiroso, ni ocioso—, tenía también que sortear los intrincados problemas de la propiedad privada, causa y efecto de las grandes convulsiones sociales y de la injusticia. Posiblemente es el único núcleo humano que pudo vencer victoriosamente a la problemática económico-social.

Experiencia Soviética.—Es indudable que la revolución comunista operada en Rusia, en el año de 1917, aspiró fundamentalmente a liquidar el sistema sucesorio de los zares; y al efecto, el 27 de abril del año siguiente, eliminó la institución tradicional, restringiendo las sucesiones tan sólo a los herederos que se encontraban en posesión de la casa con sus muebles e instrumentos de trabajo, siempre y cuando no sobrepasasen del valor de diez mil rublos. El patrimonio excedente, y en general cuanto no estaba dentro del marco de dichas regulaciones, eran adquiridos por el soviet local, que se encargaba de administrar los bienes, asumiendo la obligación de atender a los herederos que carecían de medios de vida. Eran considerados como herederos tan sólo los parientes en línea recta, hermanos y cónyuge sobreviviente, a condición de que no pudieran trabajar.

Aunque teóricamente representaba una conquista y un avance en el orden económico-social, resultó impracticable, y comenzaron a surgir problemas y dificultades que, para superarlos, el Ministerio de Justicia se vio forzado a dictar nuevas normas ya en el año de 1919, mediante las cuales establecía, por ejemplo, que el límite de los diez mil rublos, contemplado en la ley, no compren-

día a las sucesiones que se abrían en el cuadro de comunidades familiares.

Más tarde, en el año de 1923, se puso en vigencia el nuevo Código Civil, el mismo que en materia de sucesiones amplió su esfera reglamentaria, disponiendo que el límite fuese de diez mil rublos oro y que los herederos tenían tal calidad estén o no en situación de necesidad. El sobrante de los diez mil rublos oro, si era posible, debía revertir al Estado; y si no era factible practicar esa especie de partición, los artículos 416 y 417 previeron la administración común; o que el Estado comprase la porción que correspondía a los particulares. No sólo eran herederos los parientes, sino inclusive los enfermos y necesitados, siempre y cuando hubiesen estado a cargo del causante por lo menos un año antes de su fallecimiento.

Tampoco las sucesivas fórmulas, casi siempre adoptadas con el criterio de volver en cierto modo al antiguo derecho sucesorio, dieron el resultado que se confiaba; y en el año de 1926 se abolió el límite máximo de los diez mil rublos oro, en atención a que era imperioso aumentar la producción y que tal eliminación podía favorecer en buena medida dicho objetivo.

Los últimos datos que hemos podido obtener alrededor de tan importante cuestión se refieren al hecho de que prácticamente se ha vuelto al sistema anterior. Y aún más, la ley de 9 de enero de 1943 suprimió el impuesto sucesorio y lo reemplazó por un derecho de registro, que en ningún caso excede del diez por ciento.

Realidad Ecuatoriana.—No podemos seguir adelante en nuestro estudio de los Fundamentos del Derecho Sucesorio, sin destacar que el sistema ecuatoriano es de los más avanzados en esta materia, no obstante de que es preciso proceder a la derogatoria de una serie de instituciones inservibles, caducas, obsoletas y fiel trasunto de la edad medioeval y claro está a la reforma de otras que requieren dinamizarse y ponerse al servicio de los intereses de la comunidad.

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Empero, hay que reconocer que las limitaciones a la libertad testamentaria han rendido sus mejores frutos, pues legitimarios son sólo los hijos y los padres, considerados como herederos forzosos, a los cuales generalmente les corresponde la mitad del patrimonio del de cujus, quien sólo puede disponer libremente de la cuarta parte de sus bienes, aunque la otra cuarta parte puede asignar a sus descendientes, con cierta libertad.

Por otro lado, en el caso de sucesiones intestadas, son herederos legales únicamente:

a) Los hijos, por derecho personal y los nietos, por derecho de representación;

b) Los ascendientes y el cónyuge supérstite;

c) Los hermanos, por derecho personal y los sobrinos, por derecho de representación, y desde el momento en que concurre un sobrino, le acompaña el Estado, como sobrino de mejor calidad, de acuerdo a las regulaciones que examinaremos oportunamente; y,

d) Por último, a falta de sobrinos, concurre el Estado, como el grande y único heredero universal.

Además, el sistema impositivo es gradual y de carácter estrictamente personal, en atención a un cúmulo de circunstancias y factores de cada individuo, comenzando aproximadamente en un diez por ciento y culminando a veces, con recargos, intereses y multas, casi en un ochenta por ciento. Es decir, de ello se colige que el sistema ecuatoriano es limitativo de las sucesiones, con una tendencia bastante socializada, lo cual no ocurre en la mayoría de legislaciones en el mundo contemporáneo, que conceden amplia libertad para testar, que extienden el círculo de los herederos forzosos aun al octavo grado de consanguinidad y hasta al cónyuge divorciado; y que tributariamente son menos exigentes, como el caso de la propia Unión Soviética, que acabamos de confrontar, que llegó al extremo de suprimir el impuesto a las sucesiones y que aun

el derecho de registro no sobrepasa del diez por ciento del monto total de los bienes adquiridos mediante sucesión por causa de muerte, porcentaje que es el mínimo contemplado en nuestra legislación.

CONCLUSIONES

Para concluir, pensamos que el Derecho Sucesorio constituye el basamento de la sociedad de nuestros días, y que no es posible predecir su liquidación, aunque participamos del criterio de que requiere ser reformado para que constituya un sistema de justicia económico-social y compagine con los postulados de un mundo en acelerado proceso de evolución hacia doctrinas más compatibles con la sociedad de masas, que busca afanosamente alcanzar su liberación y que el derecho le ampare y le eleve a planos de convivencia civilizada y justa.

Con el profesor de la Universidad de San Marcos, Rómulo E. Lannatta y otros maestros de Derecho Sucesorio, consideramos necesario dejar para el examen de nuestros alumnos algunas conclusiones en torno al debatido tema de los Fundamentos del Derecho Sucesorio:

a) El Derecho Sucesorio aspira a cumplir de manera más ajustada a la realidad su función de amparo a la familia; y así se observa que los Códigos más modernos tienden a consagrar más derechos a los legitimarios y herederos forzosos, reconociendo los vínculos de sangre entre ellos y su antecesor;

b) En consonancia con lo que antecede y en el afán de que prevalezca un sentido de mayor justicia en la distribución del patrimonio sucesorio, las legislaciones más avanzadas persiguen proteger al máximum al cónyuge supérstite y singularmente a la viuda; la igualdad de derecho de los hijos, en la sucesión de los padres; así como el reconocimiento del derecho de los ascendientes, en forma ilimitada;

c) En lo que atañe a los parientes colaterales, cuyos vínculos con el causante no son esenciales, predomina el sentido de limitar la herencia a los grados más próximos y de todos modos gravarlos con fuertes impuestos, aunque el testador puede asignar, de la cuarta de libre disposición, todo el caudal a quien quiera, no se diga a algún pariente en línea colateral;

d) En nuestros días existe una clara intención de reducir el monto de las herencias a lo estrictamente necesario; de tal suerte que los más acaudalados no reciban nada o muy poco, y aquellas personas carentes de recursos puedan adquirir el derecho de dominio sobre los bienes que requieren para satisfacer sus apremios y nada más. En los países comunistas se va logrando esta nueva modalidad, con la eliminación de la propiedad privada, y en los capitalistas o semicapitalistas, gracias al sistema tributario, que cada vez resulta más acentuado;

e) Como el causante tiene deberes que cumplir no sólo con su familia, sino con el Estado, que le permitió desenvolverse, se contempla el imperativo de hacerle mayormente partícipe de las herencias, no únicamente mediante el sistema de impuestos a las sucesiones, sino considerándole realmente como un heredero forzoso; y,

f) Por otra parte, tenemos que aquellos deberes para con el Estado tienen que concretarse en las órbitas que requieren mayor atención, dados los tiempos que vivimos y viviremos a muy breve plazo. Y dos son los sectores con mayores urgencias y apremios: el educativo y el de seguridad social. Por lo mismo, la nueva legislación tendrá que contemplar, por ejemplo, la obligatoriedad testamentaria, mediante cuyo instrumento se deberá asignar forzosamente ya en favor de la educación ya en favor de obras de seguridad y asistencia social, una parte del patrimonio del causante, con lo cual se tienda a un equilibrio económico-social y se aspire a borrar graves y ofensivas diferencias que generan los mayores conflictos y trastornos. En definitiva, el patrimonio se acrecienta y fortalece

gracias a la contribución de la comunidad que, por diversos cauces, nos permite la paz, la convivencia y el que los medios de producción y consumo alcancen los más altos índices. Quien ha creado una fortuna, no lo ha hecho solo; ha recibido el auspicio directo o indirecto a través de varios canales, y por ello parece obvio que parte de sus utilidades y ganancias tengan que revertir, por un principio humano y de equidad, a lo que más empuja hacia las anheladas metas de desarrollo y justicia social.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

CAPITULO III

EL MODO Y EL TITULO EN LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE

HEREDERO Y LEGATARIO

Breve consideración acerca de la modalidad de adquirir el derecho de dominio de los bienes por sucesión por causa de muerte.— El título en la sucesión: el testamento y la ley.— Clases de sucesiones: testamentaria, abintestato o legal y mixta.— Idea general acerca de asignación y asignar.— Las asignaciones a título universal **(herencias)** y las asignaciones a título singular **(legados)**.— Estudio comparativo de las instituciones de heredero y legatario.

Queda establecido que el Derecho Civil se ocupa fundamentalmente de la familia y del patrimonio. Alrededor de estas dos columnas tradicionales e invencibles a través del tiempo: la familia y el patrimonio, se desarrolla todo el proceso jurídico del derecho civil.

Mientras la persona humana tiene vida, es sujeto activo de deberes y derechos; es árbitro de su propio destino. Pero el momen-

to en que fallece, en que desaparece su voluntad de hacer y de crear, surgen las derivaciones, ya de su condición de miembro de una familia, ya de su condición de titular del derecho de dominio sobre su patrimonio. Entonces se presenta el problema: ¿qué ha de hacerse con el patrimonio de la persona difunta? ¿A quién corresponden esos bienes? ¿A qué persona o personas hay que traspasar dicho patrimonio? Si el derecho civil tradicional y clásico garantiza los derechos de la familia, la sociedad básica por excelencia, es obvio considerar que ese patrimonio, que esos bienes, una vez muerta la persona, pasarán a radicarse en quienes, por vínculos de sangre, estaban ligados con el causante.

Y para que se perfeccione este modo de adquirir el derecho de dominio de los bienes se requiere, en primer término, que fallezca la persona. Porque si no deja de existir la persona, no podemos hablar de sucesión por causa de muerte y transmisión de bienes, derechos y obligaciones. En segundo lugar, y simultáneamente al hecho físico y jurídico de la muerte del antecesor, es indispensable que exista o existan la persona o personas que han de ocupar su puesto, que le han de reemplazar, que le han de suceder, en una palabra. Y por último, necesitamos el instrumento que una a predecesor y sucesor. Sin ese instrumento, que es el título, no cabría hablar de sucesión por causa de muerte. Y el título específico y por excelencia, el elemento que ata a causante y sus causahabientes, es el *testamento*, que es la expresión de la última voluntad del de cujus, con respecto a sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días.

Pero la realidad no concuerda plenamente con los enunciados teóricos expuestos. Es otra. En los tiempos que corren, el testamento no es la norma general. De las personas que fallecen, tal vez sólo el veinte por ciento ha otorgado testamento en nuestro medio. ¿Y qué ocurre con las sucesiones operadas en el círculo del ochenta por ciento restante? Pues, cuando no existe testamento, el instrumento que hace posible que se perfeccione el mecanismo de la sucesión, es la *ley*. Pero la fuerza de la ley no sólo radica en que suple la omisión del causante, sino que la ley contemporánea ha ido evolucionando en tal medida y alcanza tanta fuer-

za, que no únicamente se limita a suplir una omisión del antecesor, sino que también corrige los errores, como en el caso de que haya prescindido de las asignaciones que estaba obligado por la ley a fijar a sus legitimarios o cónyuge supérstite, y cuando asimismo deja de distribuir una parte de sus bienes, la ley interviene para que no queden vacantes por falta de titular.

De lo anotado anteriormente se infiere que existen dos clases de sucesiones:

a) Aquella en que el instrumento o título es el testamento; y,

b) Aquella en la cual la ley constituye el título. La primera se llama sucesión testada o testamentaria y la segunda intestada, abintestato, legal o dativa. El inciso primero del artículo 1016 de nuestro Código Civil establece esta primera división.

Sucesión testamentaria, por consiguiente, es aquella en que el testamento constituye el título para adquirir el derecho de dominio de los bienes por sucesión por causa de muerte.

Sucesión intestada o legal es aquella en la cual, por no haber testamento, es la ley la que llama a suceder en el patrimonio que quedó vacante por la muerte de su titular.

En nuestra legislación, de acuerdo con la disposición contenida en el inciso segundo del propio artículo invocado, se contempla también la existencia de una tercera clase de sucesión: la *Sucesión mixta,* o sea aquella en la cual concurren las dos clases de sucesiones; en parte se aplica al testamento y en parte la ley. Como cuando el testador no dispuso de todos sus bienes mediante acto testamentario, entonces a su fallecimiento la ley suple esa omisión y llama a sucederle a las personas que por derecho les corresponde. Para que exista tal clase de sucesión es requisito indispensable que exista testamento; empero, ocurre generalmente que con posterioridad al otorgamiento de la carta testamentaria, cambia la situación de personas y de bienes, y producido el deceso del testador hay que ordenar la sucesión en consonancia con las prescrip-

ciones legales, a efecto de que todos sus legítimos sucesores sean tomados en cuenta, así como para evitar que no sea distribuido todo su patrimonio.

Para el Derecho Romano era absurdo considerar que una persona fallezca sin previamente otorgar su testamento y que en éste no figurara todo el activo y pasivo; es decir, un sentido admirable de previsión, a fin de obviar las derivaciones que impone la existencia de una tercera clase de sucesión.

En este capítulo, en que pretendemos una somera contemplación de lo inherente al modo y al título en la sucesión por causa de muerte, no podemos dejar de referirnos a un término que emplea frecuentemente el legislador y que en mucho representa la clave de esta materia. El nombre es asignación, cuyo verbo correlativo es asignar.

¿Qué es asignar? *Asignar,* para la Real Academia de la Lengua Española, es "señalar lo que le corresponde a una persona o cosa". Pero jurídicamente también significa: fijar, designar, atribuir, destinar.

La *Asignación* por causa de muerte destina los bienes a las personas llamadas a suceder por voluntad del causante mediante testamento o por mandato de la ley, a falta de dicho instrumento jurídico o cuando está mal hecho.

Por ello, el artículo 1017 expresa que:

> "Se llaman asignaciones por causa de muerte las que hace la ley o el testamento de una persona difunta, para suceder en los bienes de ésta".

E insiste en el segundo inciso que:

> "Con la palabra asignaciones se significan en el Libro III las asignaciones por causa de muerte, ya las haga el hombre o la ley".

La persona en favor de la cual el testador o la ley hace la asignación, se conoce con el nombre de *asignatario.*

INSTITUTO
d
DERECHO

Las asignaciones son de dos clases: asignaciones a título universal y asignaciones a título singular.

Asignación a título universal es aquella en la cual se sucede al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una parte alícuota de ellos.

La asignación a título universal se llama: *herencia* y su titular: *heredero*. Cuando se refiere a todos los bienes, se denomina herencia universal y cuando se contrae a una parte alícuota se conoce con el nombre de herencia de cuota.

Heredero universal es la persona que sucede al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles. En la sucesión intestada sólo existen herederos universales, por cuanto la ley no puede discriminar y llama a suceder en la unidad patrimonial a la comunidad sucesoria. En la sucesión testamentaria se requiere que se les llame expresamente, como en los siguientes ejemplos:

a) Dejo todos mis bienes a Luis;
b) Sea mi heredera universal María;
c) Asigno mi patrimonio a Fernando; y,
d) Instituyo mi heredero universal a X.

Heredero de cuota es la persona que sucede al de cujus en una parte alícuota de sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles. Tal clase de heredero sólo puede presentarse en la sucesión testada, desde luego que únicamente el testador puede hacer un llamamiento discriminatorio. Ejemplos:

a) Nombro heredero de la mitad de mis bienes a Rodrigo;
b) Asigno la quinta parte de mi patrimonio a Augusta;
c) Dejo un tercio de mis bienes a Lucía, un tercio a Miguel Angel y un tercio a Pedro; y,
d) Sea una cuarta de mi patrimonio de R., una cuarta de S., una cuarta de T. y una cuarta de U.

Como se anotó antes, en la sucesión intestada sólo cabe la existencia de herederos universales, puesto que la ley hace el llamamiento con el carácter genérico, sin discriminación alguna. La totalidad patrimonial para la comunidad sucesoria. En cambio, tan sólo el testador puede instituir herederos de cuota.

En esta materia se presenta por lo común un problema que aparentemente puede resultar muy sutil, pero que, por las consecuencias jurídicas y económicas que genera, es indispensable distinguirlo y examinarlo. Dice el estador: "Dejo todos mis bienes a X, Y y Z", ¿qué clase de herederos son? ¿qué parte alícuota del patrimonio del causante corresponde a cada uno? En este caso tenemos herederos universales, quienes al tiempo de la partición recibirán probablemente un tercio de los bienes del antecesor. ¿Por qué éste no hizo el llamamiento en la siguiente forma: Asigno un tercio de mis bienes a X, un tercio a Y y un tercio a Z? Porque en el primer caso la voluntad del testador fue fijar la universalidad de su patrimonio a favor de X, Y y Z; y en el segundo caso, que es el típico del llamamiento a los herederos de cuota, quiso asignarles tan sólo el tercio de sus bienes a cada uno. De tal suerte que, para que exista heredero de cuota, es requisito sine qua non que el testador determine, señale la cuota que asigna a cada uno de sus herederos, entre los cuales no existe el derecho de acrecimiento. No así en el evento de que se trate de herederos universales, quienes gozan de dicho derecho.

Al enfocar el problema relativo al título universal, algunas legislaciones pretenden que para ser universal dicho título, ha de referirse forzosamente a todos los bienes; no admiten que haya título universal cuando se sucede en una cuota de esos bienes, como la mitad, la tercera o la quinta parte. Y en este aspecto, unas legislaciones establecen el título universal y el título de cuota; y otras, como la nuestra, la francesa, la chilena, la colombiana, etc., hablan de cuota en la sucesión a título universal. El legislador, por otra parte, no ha empleado siempre e indistintamente los mismos vocablos; unas veces utiliza la palabra "cuota", otra veces la voz "parte" y también aplica un término que doctrinariamente al-

INSTITUTO
DERECHO
Quito

canza una expresión más cabal: "parte alícuota", que es cada una de las parte iguales en que se divide un todo.

Asignación a título singular es aquella en la cual el causante señala una o más especies o cuerpos ciertos o una o más especies indeterminadas de tal género.

La asignación a título singular se llama: *legado* y su titular: *legatario.* Cuando se refiere a una o más especies o cuerpos ciertos, se denomina legado de especie y cuando se asigna una o más especies indeterminadas de tal género, se conoce con el nombre de legado de género.

Legatario de especie es la persona que sucede al causante en una o más especies o cuerpos ciertos. Ejemplos, dice el testador: Dejo mi casa a Manuel; asigno la hacienda "La Libertad", ubicada en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos, a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Central; lego mi biblioteca al Tercer Curso de Derecho de la Universidad de Quito.

Legatario de género es la persona que sucede al de cujus en una o más especies indeterminadas de tal género. Ejemplos: asigno a Isabel un automóvil; lego a Carlos mil sucres; dejo al Instituto Indigenista cien libros.

Mientras el legatario de especie adquiere el derecho de dominio del bien materia de la asignación al tiempo mismo de la muerte del testador, el legatario de género lo que adquiere es un derecho de crédito, a veces una simple "expectativa" y generalmente un problema, un conflicto o un juicio, porque, como es obvio, él pretenderá lo mejor y quien esté obligado a cumplir la voluntad del causante —albacea o heredero— tratará de llevar a efecto la disposición testamentaria con el menor desembolso. De allí que este tipo de legados no sea aconsejable por generar dificultades que bien pueden evitarse con una asignación de especie.

Al hablar de la sucesión testamentaria se presentan situaciones que pueden ser interpretadas torcidamente por los términos empleados por el antecesor al hacer el llamamiento pertinente. Señalemos algunos ejemplos:

a) Sea legatario de todos mis bienes Jorge;
b) Nombro heredero universal de mi casa de la Avenida Alfredo Pérez Guerrero número mil al señor Luis Reyes; y,
c) Lego a Marcia todo mi patrimonio.

La expresión empleada en cada uno de los ejemplos propuestos es defectuosa, equivocada; por ello tenemos la disposición en el inciso segundo del artículo 1119, que reza:

> "Para conocer la voluntad del testador se estará, más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido".

En el primer caso a), es indudable que el deseo del causante es asignar todos sus bienes, aunque empleó erradamente el vocablo "legatario"; Jorge es heredero universal y jamás legatario. En el segundo caso b), se trata de un legado de especie o cuerpo cierto, mas no de una herencia; Luis Reyes es legatario. Y en el último c), asimismo se trata de una herencia evidente, porque se está llamando a Marcia a suceder en todo el patrimonio del testador, aunque se utiliza erróneamente el verbo "legar".

Puede presentarse una situación que permita dudar respecto de la asignación, cuando el testador tiene un solo bien y lo asigna como especie, aunque emplea equivocadamente los vocablos. Pongamos un ejemplo, dice el testador: Designo como mi heredero universal de mi hacienda "Eloy Alfaro", situada en Santo Domingo de los Colorados, a Juan. El único bien del causante es dicho predio. ¿Qué será Juan? ¿Será tal vez heredero universal? ¿Será legatario de especie? Si nos atenemos al uso de las palabras, parece que en realidad se tratara de un heredero universal, máxime si es lo único que existe en el patrimonio del de cujus; pero, como debemos prescindir a veces de los vocablos, para interpretar el auténtico espíritu y voluntad del testador, en tratándose de la hacienda, ésta es una especie o cuerpo cierto y aquella es la materia de la asignación y nada más. ¿Y, cuál sería la situación del resto de bienes, en caso de aparecer en lo posterior, de los derechos

INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

y obligaciones transmisibles? Tendríamos una sucesión mixta; en lo que concierne a la hacienda está designado el titular del derecho, el legatario de especie; y en todo lo demás tendríamos que hacer el llamamiento de ley, primero descendiendo, luego ascendiendo y por último extendiéndolo a los colaterales, con las regulaciones y limitaciones pertinentes. Y en el evento de no existir los consanguíneos favorecidos por la ley, el Estado sería el gran heredero universal. No puede jamás haber sucesión sin heredero; puede ser que falten los parientes en los grados establecidos, pero nunca faltará el Estado, para que asuma la calidad de continuador de la personalidad jurídica y económica del causante.

Para el profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, Leopoldo Aguilar Carvajal, "el legado, como institución privativa de la sucesión testamentaria, consiste en la transmisión a título particular y gratuito, de un bien concreto y determinado o determinable, o en un hecho o servicio, en favor del legatario, y que puede gravar a la sucesión, a un heredero o a un legatario. La sucesión es a título particular porque el legatario no continúa las relaciones patrimoniales del autor de la herencia, ni responde de las deudas hereditarias, sino sólo en forma subsidiaria, cuando no haya instituido herederos, o los bienes que les correspondan a los mismos no alcancen a pagar las deudas hereditarias".

De todos modos, como la institución de heredero y de legatario alcanza tanta trascendencia y exige un análisis más detenido y profundo, me propongo fijar bases lógicas, recurriendo al examen del género próximo y de la diferencia específica.

FUNDADA EN 1620
QUITO

GENERO PROXIMO ENTRE HEREDERO Y LEGATARIO

Es innegable que entre el asignatario a título universal y el asignatario a título singular —heredero y legatario— existe una comunidad jurídica. Entre los factores que representan denominadores comunes, tenemos principalmente los siguientes:

1. Heredero y legatario adquieren el derecho de dominio de los bienes por sucesión por causa de muerte;
2. Heredero y legatario adquieren el derecho de dominio de los bienes a título gratuito;
3. Heredero y legatario adquieren los bienes en la misma situación, con las mismas características y con los mismos vicios y defectos que tuvieron en poder del antecesor;
4. Heredero y legatario tienen como sujeto del que derivan su derecho, a la persona difunta, que indistintamente se conoce con los nombres de causante, de cujus, antecesor o predecesor;
5. Heredero y legatario se denominan también sucesores, causahabientes o asignatarios;
6. Heredero y legatario adquieren los bienes a través del proceso jurídico de transmisión y no de transferencia, porque ésta se limita tan sólo al campo de los actos y contratos entre vivos;
7. Heredero y legatario tienen que ser personas ciertas y determinadas;
8. Heredero y legatario tienen que ser personas capaces y dignas para suceder; y,
9. Heredero y legatario están asistidos por la facultad de aceptar o repudiar la asignación.

DIFERENCIA ESPECIFICA ENTRE HEREDERO Y LEGATARIO

Así como entre ellos hemos descubierto una serie de contactos que los identifican y confunden, así también encontramos contrastes que los singularizan, que los tipifican; entre los cuales debemos mencionar:

1.—El heredero es un asignatario a título universal. Esto es, sucede a la persona difunta en todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una parte alícuota de ellos. En cambio, el legatario es un asignatario a título singular. Sucede al causante

en una o más especies o cuerpos ciertos o en una o más especies indeterminadas de tal género;

2.—El heredero es el continuador de la personalidad jurídica y económica del de cujus, prácticamente le reemplaza, ocupa su lugar en los ámbitos señalados. No así el legatario, que tan sólo le sucede en un bien específico o genérico y únicamente tiene derecho a reclamar aquello que es materia del legado;

3.—El heredero, a más de recoger los bienes y derechos, está obligado a pagar las deudas de su antecesor, por cuanto asume todas las obligaciones transmisibles. El legatario no está obligado a nada, a menos que el testador de modo expreso le hubiera impuesto una obligación;

4.—El heredero puede ser instituido por testamento o por mandato de la ley. El legatario únicamente por acto testamentario;

5.—El heredero adquiere el derecho de dominio sobre los bienes materia de la herencia desde el instante en que se produce la muerte del de cujus. No así el legatario de especies indeterminadas de cierto género, que sólo adquiere un derecho real de crédito. El legatario de especie o cuerpo cierto, —como el heredero—, adquiere también inmediatamente el derecho de dominio;

6.—El heredero adquiere la posesión de los bienes desde el momento en que se le defiere la herencia, así él no tenga conocimiento de tal hecho. El legatario, en cambio, sólo adquiere la posesión sobre el respectivo bien materia del legado, en el momento en que el albacea o el heredero le hace la entrega material de la cosa. Es decir, cuando se cumplen los requisitos de corpus y ánimus, establecidos clásicamente en el Derecho Romano;

7.—La posesión efectiva es una institución que ampara exclusivamente al heredero abintestato, mas nunca al asignatario a título singular o legatario;

8.—El beneficio de inventario, asimismo, es para favorecer al heredero y no al legatario, desde luego que sólo el heredero sucede al causante en todos los bienes, derechos y *obligaciones* transmisibles, y por lo tanto, cuando se acoge a tal garantía, no estará obligado a pagar las deudas hereditarias o testamentarias, sino solamente hasta el monto del activo sucesorio;

9.—El heredero puede ser intervenido con el beneficio de separación, no así el legatario. El beneficio de separación es aquel que impetran en su favor los acreedores del causante para obtener que no se confundan los patrimonios del antecesor con los de los herederos. Salvan de este modo su situación frente a un heredero insolvente, por ejemplo;

10.—El heredero tiene el derecho de petición de herencia. El legatario no;

11.—El heredero puede pedir la reforma del testamento; el legatario no está amparado por tal derecho; y,

12.—En toda sucesión existe heredero, no así legatario.

En definitiva queda bien claro el concepto jurídico, el papel, las consecuencias y la órbita propia de cada uno de los asignatarios a título universal o a título singular, y no se puede soslayar siquiera que se trata de una institución esencial en la materia que nos ocupa y que requiere ser debidamente puntualizada a fin de ubicar a heredero y legatario dentro de los linderos precisos y sin lugar a duda o confusión.

CAPITULO IV

FASES QUE COMPRENDE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE

Proceso jurídico de la sucesión por causa de muerte: a) apertura de la sucesión; b) delación; y c) aceptación de la asignación.— Estudio de la apertura de sucesión en el tiempo y en el espacio.— Importancia del momento en que se abre la sucesión.— Importancia del lugar en que se abre la sucesión.— La muerte natural y la declaración de muerte presuntiva por desaparecimiento.— Los conmorientes.— La delación.— La aceptación o repudio de la asignación.

Producida la muerte de una persona, su patrimonio queda sin titular, es decir, se opera la vacancia. Su patrimonio ya no le pertenece porque sería absurdo considerar que sea titular de un derecho quien ya no es persona. Un muerto no puede ser titular de ningún derecho. Sus bienes deben pasar a sus sucesores, de ser posible, en el menor tiempo, ya que un patrimonio sin titular es antieconómico, no cumple su finalidad social. Tan pronto como fallece el causante, sus bienes deben ir a radicarse en sus sucesores, para que se beneficien y continúen haciéndoles producir y servir a la colectividad.

Entre la muerte del de cujus y el hecho por el cual su patrimonio pasa a radicarse en sus causahabientes se opera un verdadero proceso, y para que se perfeccione se requiere que se cumplan tres fases jurídicas: apertura de la sucesión, delación y aceptación de la asignación, con la cual culmina todo el referido proceso.

Apertura de Sucesión.—Los tratadistas dicen que la apertura de sucesión es la llave de esta institución jurídica y nuestro maestro Alfredo Pérez Guerrero sostiene que es la "puerta de todas las normas".

El hecho físico de la muerte produce derivaciones jurídicas y económicas. El patrimonio que estaba radicado en una persona, en su activo y pasivo, tiene que trasladarse a una universalidad, para radicarse en otra u otras personas.

La ley aspira a que haya continuidad en el proceso. Muerta una persona, su patrimonio ya no es suyo, tiene que pasar a alguien, que en el evento de carecer de consanguíneos, y en último término, será el Estado, que vendrá a ser el nuevo titular de ese derecho.

La apertura de Sucesión es esa especie de trance en que se encuentra el patrimonio de quien fallece para pasar a sus sucesores; o la aptitud jurídica en que se hallan los bienes del causante para ir a radicarse en sus herederos o legatarios.

El profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad chilena de Valparaiso, Ramón Meza Barros, dice que "la apertura de sucesión es un hecho jurídico, consecuencial de la muerte de una persona, y en cuya virtud los bienes del difunto pasan a sus sucesores". Errada concepción ésta, porque la apertura de sucesión no es ni puede ser el hecho jurídico por el cual el patrimonio del causante pasa a sus sucesores; esto último constituye el proceso integral; la apertura tan sólo es parte de dicho proceso jurídico, ya que es la aptitud que tienen esos bienes para pasar a sus sucesores. Meza Barros confunde el todo con una segmentación. El

proceso en su unidad comprende, como queda anotado, tres etapas: apertura de sucesión, delación y aceptación de la asignación.

La apertura de la sucesión tiene que manifestarse tanto en el tiempo como en el espacio. Por eso caben estas dos preguntas:

a) ¿En qué momento se produce la apertura de la sucesión?; y,

b) ¿En qué lugar se opera la apertura de sucesión?

Los fenómenos de tiempo y espacio tienen una importancia preponderante en la apertura de la sucesión por las consecuencias de orden jurídico y económico que generan.

Al hablar de la apertura de la sucesión contemplada a través de los factores de tiempo y espacio, es preciso recordar que doctrinariamente existen tres clases de muertes: muerte natural, muerte civil y muerte presunta o presuntiva.

Científicamente se ha establecido que la primera o sea la *muerte natural* corresponde al cese de las funciones vitales. Bichat (1803) y Dastre (1902) coinciden en definir la muerte natural como "el cese de los acontecimientos y de los fenómenos que caracterizan la vida".

Alfredo Pérez Guerrero tiene estos conceptos trascendentales: "La muerte natural todos sabemos lo que es y ninguno lo sabemos en realidad. Lo sabemos para los menesteres jurídicos de la sucesión, y lo sabemos también para nuestro dolor y para nuestro espanto: para nuestro dolor cuando en los ojos en cuya hondura habían estrellas encendidas, no vemos ya sino una niebla blanca; cuando la boca que fue un nido de dulzuras queda fría, cuando cesa la música de la sangre y la tibia suavidad de la carne se torna en rigidez de hielo. Para nuestro espanto, porque la muerte niega todo lo que amamos; porque ante ella sentimos nuestra pequeñez, nuestra impotencia y la inutilidad de nuestra fuerza; porque nada tiene que hacer nuestro pensamiento frente a ella que no se deja asir por ningún argumento, por ningún ruego, por ninguna desesperación. Sabemos lo que es la muerte por eso; pero no sabemos qué es metafísicamente: ¿la nada?; ¿una liberación

del alma en el sentido de Platón?; ¿un fenómeno por el cual la fisiología degenera en la química? La muerte es el Misterio, un misterio tan grande como la Vida y como Dios. Todas las filosofías y las religiones del hombre no son sino un ensayo de interpretación de ese misterio cuya esencia nunca será aprisionada por el pensamiento, y cuyo negro esplendor sólo puede ser mirado de frente desde la más alta cumbre de la filosofía o de la santidad. Pero al jurista no le interesan estas cosas: el jurista acepta el certificado de defunción del médico y las causas de la defunción que éste indica: la causa mediata y la inmediata que ellos dicen, y los nombres de procedencia latina o griega que ponen a esas causas, para que la rareza del nombre nos haga resignar en nuestra angustia". ¡Y decir que Pérez Guerrero no fue también poeta y filósofo! ¡Cómo nos conmueven sus ideas y como es presencia desde la inmortalidad el Maestro de maestros!

La *muerte civil* es aquella en la cual la persona renuncia al mundo e ingresa a la vida monástica, para consagrarse al servicio del culto religioso. Entre nosotros tuvo vigencia hasta el 30 de abril de 1936, en que, mediante decreto supremo, se la abolió y cuyos artículos primero y segundo rezan:

> "Art. 1.—Derógase el párrafo 4º del título II Libro I del Código Civil.— Art. 2.—Las personas consideradas como civilmente muertas, conforme a la abolida Institución, gozarán, desde la fecha de la vigencia de esta ley, de los derechos inherentes a la personalidad humana, pero no podrán reclamar derecho alguno en los bienes que poseían antes del ingreso al Instituto monástico, ni en las sucesiones de que, por la llamada muerte civil, se hicieron incapaces".

Por ventura, como queda expuesto, se eliminó esta institución también anticuada y sin sentido humano alguno. Empero, en nuestros tiempos, sin que propiamente tenga tal carácter, se asimila a ella la situación del fallido, cuya posición de insolvencia le margina casi totalmente de la vida del derecho, pues el auto de insolvencia que todavía se dicta judicialmente, representa una nega-

INSTITUTO de DERECHO COMPARADO Quito - Ecuador

ción de todo orden, limitándole en sus facultades jurídicas y económicas hasta extremos que no se compadecen con los principios y los derechos humanos que decimos respetar, proclamar y amar.

Por último, nuestro Derecho Civil contempla la *presunción de muerte por desaparecimiento* en los artículos 66, 67 y siguientes del Código Civil vigente, que establecen, entre otras cosas, que se presume muerto al individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive; que la presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador y que fijará como día presuntivo de la muerte, "el último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias y transcurridos cinco años desde la misma fecha, concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido".

Con los planteamientos formulados, volvemos a preguntar ¿en qué momento se produce la apertura de la sucesión? Y respondemos, si se trata de muerte natural, en el momento mismo en que ocurrió la defunción de la persona de cuya sucesión se trata. El legislador quiere evitar que existan paréntesis o intervalos, que se presente un tiempo intermedio entre el fallecimiento y la apertura de la sucesión, que es la posibilidad, la potencia, el trance en que están los bienes del de cujus para pasar a radicarse en sus herederos o legatarios.

La determinación del momento de la apertura de la sucesión tiene singular importancia por los efectos jurídicos y económicos que van a derivarse de tal hecho; y entre otros, anotamos los siguientes fundamentalmente:

1.—Porque los asignatarios llamados a suceder al causante tienen que ser hábiles en el momento de abrirse la sucesión, esto es, deben ser capaces y dignos de sucederle al momento mismo de su muerte;

2.—Los derechos de los causahabientes son los mismos que tenía el antecesor al tiempo de su deceso, vale decir, al tiempo de abrirse la sucesión;

3.—En el momento de la muerte del de cujus se produce la indivisión de su patrimonio; y al practicarse la partición de éste, se tomará en cuenta la situación del mismo en el momento en que se abrió la sucesión;

4.—Los efectos de la aceptación o repudio de las asignaciones también se retrotraen al tiempo de la apertura de la sucesión; y,

5.—La ley conforme a la cual debe tramitarse todo lo relativo a la sucesión es precisamente la que estuvo vigente al momento del fallecimiento del causante, esto es al tiempo de abrirse la sucesión.

Con respecto a la declaración de la muerte presunta por desaparecimiento se deberá aplicar la norma contenida en el numeral quinto del artículo 67 del Código Civil, por tratarse de un caso de excepción, pues se desconoce precisamente el momento en que ocurre el fallecimiento de la persona.

Luego de abordada la temática concerniente al factor tiempo, hemos de proponer todo lo relacionado con el factor espacio, y así nos preguntamos: ¿en dónde se abre la sucesión? Y la respuesta jurídica es, en el caso de muerte natural, en el último domicilio del causante.

El artículo 45 del propio cuerpo de leyes da una definición de *domicilio* cuando dice que:

> "consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella".

La sucesión se abre, pues, en el último domicilio del causante, como lo establece el artículo 1019 del Código Civil vigente, entendido que no se refiere al domicilio político, sino al domicilio civil, en cuyo caso puede presentarse conflicto aparente, cuando se trata de confundir: lugar del fallecimiento con último domicilio de la persona de cuya sucesión se trata. Supongamos que una persona domiciliada en el Puyo, se traslada a la Capital de la República, con el objeto de hacer gestiones administrativas o de hacerse aten-

der en su salud, y mientras se encuentra en Quito consagrada al objetivo de su desplazamiento, muere. Nos preguntamos, en el caso propuesto, ¿en dónde se abre la sucesión? Contestamos, que en el Puyo, puesto que allí tuvo su residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella. Otro ejemplo: una persona domiciliada en Quito, se traslada a la ciudad canadiense de Toronto, en viaje de turismo, y fallece en el trayecto o en tal urbe; asimismo, nos preguntamos ¿en dónde se abre la sucesión? También en el caso propuesto, la sucesión se abre en el último domicilio, esto es en Quito.

Por consiguiente, por regla general, al tratarse de muerte natural, la sucesión se abre en el último domicilio; empero, en el evento de que se haya declarado la muerte presuntiva por desaparecimiento, ¿en dónde deberá abrirse la sucesión? La respuesta nace de la ley: en el último domicilio conocido en el Ecuador; regla que obvia todo el problema y simplifica los trámites.

Así como destacamos la importancia de determinar el momento de la apertura de la sucesión, así también es preciso consignar que se presentan dos aspectos de especial trascendencia en relación con el lugar en donde se abre la sucesión.

1.—Se fija la competencia de jueces y tribunales que han de conocer todas las causas relativas a la sucesión, tomando en cuenta el último domicilio de la persona de cuya sucesión se trata. Los trámites inherentes a inventarios, posesión efectiva, partición, petición de herencia, reforma del testamento, etcétera, tienen necesaria y fatalmente que ventilarse ante el juez o los tribunales propios del último domicilio del de cujus, que son los únicos competentes para conocer de todas las causas relacionadas con la sucesión que interesa.

Hemos visto que por norma general la sucesión se abre al momento mismo de la muerte de una persona, con la excepción de que en el caso de declaración de muerte presuntiva por desaparecimiento, se aplicará la disposición especial. Igual excepción tenemos que considerar al proponerse la cuestión respecto al lugar en donde debe abrirse la sucesión. Si desconocemos el domicilio de una persona, si ignoramos su paradero y presuntivamente creemos

que ha desaparecido y ha muerto, tampoco es aplicable la norma general acerca de que la sucesión se abrirá en el último domicilio del causante. En este caso, como no se sabe en donde ha ocurrido el deceso y se presume que no es posible llegar a determinarlo, en cambio, no es difícil investigar el domicilio que tuvo en el Ecuador y la regla es clara y acertada: el último *domicilio conocido* en el Ecuador, pues pudo haber tenido varios domicilios, algunos desconocidos, el último ignorado, pero si se indaga el último conocido, entonces se toma ese domicilio para los efectos pertinentes.

2.—La ley aplicable en materia de sucesión, será la ley del último domicilio del causante.

Cada país tiene su legislación propia, y no quiere verse interferido en su soberanía por la ley de otro Estado, y frente a este enunciado penetramos en el campo del Derecho Internacional Privado, que para el maestro ecuatoriano Carlos Salazar Flor, es el campo del Derecho Civil Internacional.

Existen tres corrientes al respecto de la ley que se ha de aplicar: la ley nacional, la ley del domicilio o la pluralidad de legislaciones.

Supongamos que una persona de nacionalidad extranjera, en cuyo país de origen se aplica el estatuto nacional, se domicilia en un Estado en el que impera el criterio de aplicabilidad de la ley del domicilio; va de visita a un pueblo en el cual rige la disposición que declara abierta la sucesión en el lugar en el que se produce el fallecimiento de la persona y precisamente es allí en donde muere, y posee su patrimonio en una nación en la cual la ley aplicable es la que dispone que la sucesión se abrirá en donde se encuentran los bienes del de cujus. Realmente se presentaría un caso insoluble y de aquellos que se someten a consideración de la Corte Internacional de Justicia, puesto que hay conflicto de sistemas de legislación. ¿Cuál de ellos debe regir? Generalmente impera el criterio del domicilio y se impone la tesis del lugar en que se encuentran los bienes, para los fines de tributación, que en definitiva son los que más interesan a los Estados.

Nuestro Código Civil, en sus artículos 14 y 15, establece una especie de extraterritorialidad de la ley mediante normas claras y

de
DERECHO COMPARADO
Quito

precisas. La ley ecuatoriana rige para los ecuatorianos en donde quiera que se encuentren respecto de dos realidades: su capacidad y sus derechos de familia. Entre los derechos de familia están los derechos sucesorios.

El artículo 14 dice:

"Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria: 1º en todo lo relativo al estado de las personas y a la capacidad que tienen para ejecutar ciertos actos, con tal que éstos deban verificarse en el Ecuador; y, 2º en los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos".

El artículo 15 establece que:

"Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación.— Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño de tales bienes, para celebrar, acerca de ellos contratos válidos en nación extranjera. Pero los efectos de estos contratos, cuando hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán a las leyes ecuatorianas".

De manera que tendríamos disposiciones aplicables, que chocan con los principios de otras legislaciones.

El problema del factor espacio, en materia de sucesión, es muy complejo y a veces insoluble.

Como ya se enunció, el Derecho Internacional Privado contempla tres criterios: el de la ley nacional, en que se asevera que la ley sigue al individuo como la sombra al cuerpo; estas doctrinas prevalecen en los países europeos en que se sostiene, por ejemplo, que el alemán en donde quiera que se encuentre está protegido por la ley alemana, a la cual tiene que obedecer y acogerse. El criterio de la ley del domicilio ha sido más favorecido en América, continente ansioso de inmigraciones; y para dar un impulso económico y social a los pueblos se ha instituido el sistema del domicilio que predomina sobre la aplicación de la ley de cada nación.

No obstante ello, existen sistemas mixtos. En nuestras propias disposiciones, en parte, consideramos aplicable la ley ecuatoriana al ecuatoriano, aun fuera del país, como aparece de los preceptos transcritos, y en parte se admite que el ecuatoriano en el exterior tendrá que someterse a la ley del domicilio.

El celo de los Estados porque sus respectivas disposiciones legales rijan en las situaciones jurídicas que se produzcan dentro de su jurisdicción, obliga la vigencia de sus leyes.

Pero de hecho se producen conflictos, tan difíciles de resolver que fallan todos los sistemas y previsiones, y que inclusive se llevan al ámbito judicial internacional.

También, como se anotó con anterioridad, existe la excepción de la muerte presuntiva, puesto que, desconociéndose, como se desconoce, el lugar en que pudo haber muerto la persona, se aplica la norma relativa a su último domicilio conocido en el Ecuador y la sucesión de la persona desaparecida se abrirá ante el juez de su último domicilio en el Ecuador.

El Código de Derecho Internacional Privado llamado Código Sánchez de Bustamante, ratificado por el Senado de la República, el 11 de noviembre de 1932, en todo lo que no se oponga a la Constitución y leyes ecuatorianas, omite tratar el problema inherente a la apertura de sucesión, aunque en su artículo 144 proclama el principio general de que, salvo las excepciones, todo lo relacionado con la sucesión se regirá por la ley personal del causante "sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren".

Antes de concluir esta somera revisión acerca de la apertura de la sucesión, tenemos que abordar el problema de los *conmurientes* (comurientes o conmorientes)[1], que se refiere al deceso de varias personas por efecto de alguna catástrofe. Surge, entonces, una serie de interrogantes, como los siguientes: ¿en qué momento se produjo dicho deceso? ¿quién precedió a quién? En materia sucesoria pueden presentarse verdaderos conflictos, en tratándose

---

[1] La Real Academia de la Lengua no ha incorporado hasta la última edición de su diccionario, ninguno de los tres vocablos, invocados y usados en el ámbito jurídico.

INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

de establecer quién sobrevivió, para los efectos del llamamiento a sucederle. El legislador ecuatoriano, para evitar todas aquellas complejas derivaciones, ha introducido el sabio principio contenido en el artículo 65, que reza textualmente.

> "Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá, en todos los casos, como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras".

Delación.—El segundo momento del proceso del Derecho Sucesorio es la delación. El artículo 1020 de nuestro Código Civil la define, diciendo:

> "La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla".

Y con más propiedad debería enunciarse diciendo que la *delación* es la segunda fase del derecho sucesorio por la cual la ley, en el momento mismo de la muerte del causante, llama a sus sucesores para que acepten o repudien la respectiva asignación. Concepto que tenemos que analizarlo en consideración a la primera fase, mediante la cual los bienes estuvieron en trance de pasar a terceras personas; la delación ya llama a esas personas y les dice: ustedes tienen esta asignación, son libres de escoger: ¿aceptan o repudian?

Esta es una institución civilizada y representa una conquista de los tiempos. La legislación romana tenía los herederos necesarios, quienes no podían repudiar la asignación y estaban obligados a aceptarla; no les era dable escoger, no había para ellos otra alternativa que asumir el carácter y las responsabilidades de heredero. La legislación contemporánea es más amplia, más humana. Llama a los asignatarios, pero les concede la disyuntiva entre lo uno y lo otro, pero con entera libertad.

Sin embargo, también la delación tiene que ser considerada a través de los mismos criterios que la apertura de la sucesión: tiempo y espacio. ¿En qué momento se produce la delación? ¿En dónde se efectúa?

La delación, por norma general, se produce en el momento mismo de la apertura de la sucesión, vale decir al tiempo mismo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata. Empero, también existe una excepción, cuando se refiere a asignaciones condicionales, que son aquellas que contienen una condición.

Aunque más tarde nos proponemos hacer un estudio más detenido de las asignaciones condicionales, dejamos sentadas algunas bases. La condición es un hecho futuro e incierto del que depende el nacimiento o la extinción de un derecho. Existen dos clases de condiciones: condición suspensiva y condición resolutoria. La primera es aquella en que mientras no se realiza el hecho, lo único que existe es una mera expectativa; el derecho está suspenso, como cuando el testador en una de sus disposiciones asigna un bien a una persona si se gradúa de ingeniero agrónomo, mientras no se gradúe no tiene ningún derecho, sino una simple expectativa; si muere antes de consumarse el hecho, no transmite nada a sus herederos. La segunda es aquella en la que por realizarse el hecho contrario al impuesto, se resuelve el derecho, como cuando el testador asigna un bien a una persona siempre que no se case con determinada otra persona; adquiere el derecho al tiempo mismo de abrirse la sucesión, pero si contraría la voluntad del causante, contrayendo matrimonio con quien le estaba vedado, pierde el derecho; se extingue.

¿A cuál de estas dos clases de condiciones se referirá nuestro planteamiento? Pues, sencillamente a la condición suspensiva, en que también la delación estará, como si dijéramos, suspensa; y sólo se producirá al tiempo de cumplirse la condición, porque antes lo único que existía era una mera expectativa y ésta, como sabemos, no constituye derecho.

De manera que si por principio la delación se opera automáticamente al tiempo de abrirse la sucesión, para evitar paréntesis e interferencias, en el evento de hacerse una asignación sujeta al

de
DERECHO
Quito

cumplimiento de una condición, la delación también queda suspensa y se opera tan sólo cuando se ha cumplido la condición esto es cuando ha nacido el derecho.

Aceptación.—Esta es la última fase del derecho sucesorio, con la cual se completa el proceso jurídico, y allí sí el patrimonio del causante pasa a sus sucesores.

Mientras la apertura de sucesión y la delación son fenómenos extraños y ajenos a los causahabientes; fases matemáticas, fatales e inevitables, al margen de la voluntad de las personas, la tercera etapa reviste especial valor porque responde a la necesidad de que la persona adopte su decisión con entera libertad. La aceptación es sin lugar a duda la fase más trascendental, porque encarna un carácter volitivo; es la expresión de voluntad de la persona, que puede aceptar o repudiar la asignación. Si acepta, asume una responsabilidad y culmina todo el proceso sucesorio; si repudia, el proceso queda trunco y vuelve a la segunda fase, para que la ley torne a llamar a los sucesores, que jamás faltan, puesto que si no existen consanguíneos o éstos han ido repudiando, queda en último término el Estado, como se ha visto antes.

La aceptación puede ser expresa o tácita; total o parcial. *Expresa* cuando hay manifestación declarada de la voluntad de la persona de incorporar a su propio patrimonio la herencia o legado; la *tácita* es aquella en la cual, aunque no ha habido manifestación de esa índole, se ha hecho algún acto de señor y dueño, con lo cual se ha demostrado que se hace suyo el patrimonio del antecesor. *Total* cuando se incorpora a su patrimonio la totalidad de la asignación y *parcial* cuando tan sólo se admite parte de la herencia o del legado.

Nos reservamos para el capítulo pertinente detenernos a consideraciones más prolijas en torno a esta tercera fase del Derecho Sucesorio, con la cual culmina todo el fenómeno de la sucesión por causa de muerte, dando al patrimonio que estaba vacante un nuevo titular, y poniendo el patrimonio ocioso e inactivo en movimiento, para que cumpla sus objetivos sociales, que es lo que interesa al derecho actual, que siempre busca cauces de mayor justicia y beneficio de la comunidad.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPITULO V

REQUISITOS PARA SUCEDER

CAPACIDAD E INCAPACIDADES — DIGNIDAD E INDIGNIDADES

Requisitos para suceder: capacidad y dignidad.— Concepto e importancia de la capacidad en materia sucesoria.— Las incapacidades: incapacidades absolutas e incapacidades relativas.— Incapacidades absolutas: inexistencia de la persona natural; inexistencia de la persona jurídica.— Excepciones.— Incapacidades relativas: la del confesor, la de los ministros e instituciones religiosas de otros cultos "que hubieren prestado asistencia espiritual el difunto" y la del notario.— Estudio de cada una de ellas y sus problemas.— Caracteres y efectos de las incapacidades.— Paralelo entre las incapacidades absolutas y las incapacidades relativas.— Concepto de dignidad o vocación sucesoria.— Razón de ser de las indignidades.— Enumeración de las indignidades.— Caracteres y efectos de las indignidades.— Paralelo entre las incapacidades y las indignidades.

Consumado el fallecimiento de una persona, automáticamente, de derecho, se opera la apertura de sucesión, que es la aptitud de los bienes para pasar a los sucesores del causante; y asimismo, automáticamente, en unidad de tiempo, se considera que se ha

producido la delación, o sea el actual llamamiento que hace la ley para que los asignatarios acepten o repudien la herencia o legado.

Estas dos primeras fases: apertura y delación, se van a perfeccionar con la presencia de los asignatarios, que deben reunir dos requisitos esenciales:

a) Capacidad; y,

b) Dignidad.

Antes de hablar de aceptación o repudio de la asignación tenemos que hacer la consideración casi individualizada, particular, concreta, de cada asignatario, que debe reunir dichos requisitos para tener derecho a aceptar o repudiar la herencia o legado.

Por consiguiente, toda persona para suceder tiene que ser *capaz* y *digna*.

¿Qué es la *capacidad* para suceder?

El vocablo castellano CAPACIDAD proviene de dos voces latinas: "caput" — "capitis", que significan "cabeza". Para los romanos, ser capaz era tener cabeza; llevar bien puesta la cabeza; alta, en función de pensamiento y responsabilidad.

En Derecho Civil, la capacidad ha sido contemplada en ángulos diversos que nos llevan a la consideración de la existencia de una capacidad general y de varias capacidades especiales; una capacidad de obrar y una capacidad adquisitiva, etc.

Si la capacidad, de un modo general, es la aptitud jurídica para celebrar todo acto o contrato y para obligarse; la capacidad para contratar, por ejemplo, es una capacidad especial, como lo es para adquirir bienes, otorgar poder, comparecer en juicio, representar a otra persona en determinado acto o contrato, celebrar contratos en materia mercantil, laboral, etc., y para suceder.

Esta última capacidad, por lo tanto, es una capacidad especial, que consiste en la idoneidad de una persona para suceder a otra en su patrimonio. O la habilidad para adquirir el derecho de dominio por sucesión por causa de muerte; o la aptitud jurídica de un individuo para ser heredero o legatario.

Por norma general, toda persona es capaz de suceder. El artículo 1026 establece precisamente que será capaz de suceder toda persona que la ley no haya declarado incapaz.

Por excepción no son capaces aquellas personas expresamente determinadas o señaladas por la ley. De manera que el estudio de la capacidad tiene que traducirse indudablemente por el estudio de las excepciones, que son las incapacidades.

La incapacidad para suceder, como es una incapacidad especial, sólo se refiere a la adquisición del derecho de dominio por causa de muerte y al goce del bien materia de la sucesión. De tal suerte que el incapaz para adquirir el derecho de dominio por sucesión por causa de muerte, puede ser perfectamente capaz para adquirir el derecho de dominio por otros de los modos, como tradición, accesión, prescripción, por ejemplo.

Las incapacidades para suceder son de dos clases:

a) Incapacidad absoluta; e,

b) Incapacidad relativa.

Incapacidad absoluta.—Es aquella que imposibilita suceder de un modo total, pleno; quien es incapaz absoluto no puede suceder jamás a persona alguna. La incapacidad absoluta margina definitivamente de toda sucesión.

Dos son las incapacidades absolutas que contempla nuestra legislación:

1.—Inexistencia de las personas naturales; y,

2.—Inexistencia de las personas jurídicas.

Todo derecho radica en una persona y tiene su titular. Si no existe la persona, no tiene en quien radicar el derecho, ya que carece de titular.

Puede no existir la *persona natural,* sea porque ha fallecido antes que el causante, o simplemente porque no ha existido nunca

o no ha comenzado a existir al tiempo de abrirse la sucesión, en consonancia con la regla precisa contenida en el artículo 60 del Código Civil vigente.

Son capaces para suceder todas las personas naturales que existen al tiempo de abrirse la sucesión, esto es que existen al momento mismo del deceso del de cujus. Por consiguiente, quien no existe en ese instante es incapaz absoluto, pues la primera incapacidad absoluta corresponde a la inexistencia de las personas naturales.

Si bien el principio, la norma general son claros y concluyentes, existen cinco excepciones, a saber:

1.—Las personas concebidas antes del fallecimiento del causante;

2.—Las personas cuya existencia se espera;

3.—Las personas favorecidas con una asignación para estimular una obra trascendental;

4.—Las personas que resultan beneficiadas por una asignación condicional; y,

5.—Las personas asistidas por el derecho de transmisión.

Del examen de todas y cada una de las excepciones transcritas, concluiremos que existe fundamento racional y de estricta justicia para que el legislador las haya elevado a tal categoría, aunque con la salvedad que consignamos más adelante.

1.—*Derecho de la persona concebida antes de abrirse la sucesión:*

El artículo 60 del Código Civil establece que:

"El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, siempre que viva veinticuatro horas a lo menos, desde que fue separada completamente de su madre" (1).

Y agrega:

"La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación, veinticuatro horas a lo menos, se reputará no haber existido jamás".

Como queda enunciado, quien no existe al tiempo de abrirse la sucesión, no es capaz, y, por lo tanto, no puede suceder, porque no hay titular posible de derecho. Esto como norma, como principio general. Empero, la criatura simplemente concebida con anterioridad al tiempo de abrirse la sucesión, puede llegar a ser heredera o legataria; sólo que se le aplicará la disposición contenida en el artículo 63 del propio cuerpo de leyes, que prescribe que:

"Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron".

Es decir, que el derecho que le habrían deferido si viviese, permanecería en suspenso hasta que se consume el nacimiento.

---

(1) El artículo 29 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación establece que: "El hecho del nacimiento, para ser inscrito en el registro civil se probará con el **informe estadístico de nacido vivo,** autorizado por el médico, obstetriz o enfermero que atendió el parto. A falta de atención de estos profesionales, el informe se llevará en base a la declaración de dos testigos". Disposición esta que parece estar en contradicción con la contenida en el citado artículo 60 del Código Civil, pero hay que entender que la regla últimamente transcrita dice relación a la inscripción del nacimiento y se remite a la prueba sobre tal acontecimiento; tiene más un sentido adjetivo y de procedimiento, pues la viabilidad y la adquisición de los derechos como persona sólo operan después de veinticuatro horas de separada completamente la criatura del claustro materno.

En el caso del concebido antes del fallecimiento del causante, pero que no llegó a nacer hasta dicho suceso, tenemos que aplicar el principio del artículo 62, que dice:

> "De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principia el día del nacimiento".

Por lo cual el nacimiento debe verificarse en el plazo máximo de trescientos días a partir del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata, caso en el cual se reputará como que el asignatario ha sido concebido antes del tiempo de abrirse la sucesión y por consiguiente será llamado a suceder.

Supongamos que ocurran situaciones contempladas en los dos casos siguientes:

a) El causante fallece el 10 de junio de 1971; estuvo casado, y su mujer da a luz un hijo el 5 de abril del año siguiente. Este hijo sería póstumo y para él regiría la excepción que estudiamos; esto es, que vale la asignación hecha en favor de la persona que no existe antes de abrirse la sucesión, con tal que haya sido concebida antes del fallecimiento del de cujus y su nacimiento llegue a efectuarse máximo después de trescientos días de ese evento.

b) El antecesor muere el 4 de marzo de 1968 y nace una criatura, que se presumía concebida antes de abrirse la sucesión, el 31 de enero del siguiente año. Como han transcurrido más de trescientos días desde el fallecimiento del causante, no sería aplicable la excepción y por lo tanto carecería de derecho para suceder.

2.—*Derecho de la persona que no existe al tiempo de abrirse la sucesión, pero cuya existencia se espera:*

INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito

Si en verdad, para suceder es requisito indispensable existir al tiempo de abrirse la sucesión, por excepción pueden también suceder los inexistentes, pero cuya existencia se espera. Tal es el contenido del inciso 3º del artículo 1027, que dispone que:

> "Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa, si existieren dichas personas antes de expirar los quince años subsiguientes a la apertura de la sucesión".

La asignación de tal naturaleza estará subordinada al requisito de existir el asignatario en el plazo máximo de quince años, contados desde el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata. Así, por ejemplo, sería válida la asignación constituida en favor de los hijos del matrimonio de Luis y Fanny, aunque éstos, al tiempo de la muerte del causante sólo fueran novios o recién casados y no tuvieran ni un solo hijo; entonces, serán llamados a suceder los que existieran en el plazo máximo de quince años, contados en la forma indicada. El tiempo intermedio entre el deceso del antecesor y la existencia de las personas (máximo de quince años) administrará el patrimonio materia de la asignación la persona prevista por el testador o, en su defecto, sus herederos, puesto que el derecho se halla suspenso durante todo ese lapso y nadie podrá disponer de dichos bienes. No así, si vence el plazo de quince años, en que habría que llamar a los herederos abintestato, si el causante no ha señalado a quien corresponderá la asignación, para el evento de que no exista la persona favorecida con dicha herencia o legado. Regla que la consideramos exagerada para esta época de tensiones y velocidad y que debería limitarse máximo a cinco años.

3.—*Derecho de una persona indeterminada favorecida con una asignación para estimular una obra trascendental o servicios importantes:*

El último inciso del artículo antes invocado, señala que:

"Valdrán con la misma limitación las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que lo preste no haya existido al momento de la muerte del testador".

¿Cómo deberá interpretarse la expresión: "con la misma limitación"? Es preciso relacionar este inciso con el anterior, en el cual se fija la limitación de quince años; y entonces deberá esperarse que transcurran los referidos quince años, vencidos los cuales prescribirá el derecho.

Prácticamente, no se determina el asignatario, pues no se lo conoce y hasta se deja la posibilidad de que no exista; aquello que se precisa es el hecho que genera el derecho y que hace que su titular se haga acreedor a la asignación. El heredero o legatario resulta ser una persona indeterminada; para el testador no existe en el momento en que instituye tal clase de asignación y tampoco va a existir determinadamente al tiempo de abrirse la sucesión.

Un testador puede asignar, por ejemplo, una parte de su patrimonio en favor del estudiante universitario que escriba la Historia de la Universidad Central del Ecuador, de conformidad con el reglamento que al respecto lo formule y apruebe el Consejo Universitario. En este evento, habrá que someter a dicho organismo la decisión inherente a la calificación de las varias obras que se presenten para determinar el aspirante que se haga acreedor a la indicada asignación, ya que además contempla una modalidad específica. Distinta sería aquella que simple y llanamente se instituyese en favor del estudiante que escriba tal obra, en que habría que discernir el premio al primero que preste ese servicio importante.

Se puede dejar, asimismo, bienes en favor del hombre de ciencia que descubra una medicina eficaz para combatir el cáncer. No se conoce al científico, pero quien encuentre la salvación de dicho mal, se hará merecedor a tal asignación, por haber prestado un servicio importante a la humanidad, modalidad prevista por el causante.

El testador dispone que se entregue la mitad de sus bienes al ecuatoriano que investigue el problema indígena y plantee solu-

ciones adecuadas, las mismas que serán estudiadas por el Instituto Indigenista, el que determinará a qué persona corresponde la asignación. En este caso habrá un tiempo dentro del cual se proceda a la calificación, que es el de quince años, por cuanto el último inciso del artículo que comentamos dispone que "valdrán *con la misma limitación* (quince años) las asignaciones ofrecidas en premio, etc.". Período de tiempo excesivo, como queda planteado anteriormente, pues en nuestros tiempos resulta incompatible con el ritmo vital.

4.—*Derecho de una persona previo el cumplimiento de una condición:*

También el testador puede imponer una condición para que la asignación pase a su sucesor, en cuyo caso es indispensable no sólo que el asignatario exista al tiempo de la apertura de la sucesión y por ende del fallecimiento de aquél, sino que es requisito esencial que exista al tiempo del cumplimiento de la condición, al tenor de lo previsto en el segundo inciso del propio artículo 1027, que dice:

> "Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición".

Como se examinará más tarde, condición es un hecho futuro e incierto del que depende el nacimiento o la extinción de un derecho. Existen dos clases de condiciones: suspensivas y resolutorias. Las primeras son aquellas en que mientras no se realiza el hecho lo único que generan es una expectativa y el derecho, por consiguiente, está pendiente o "suspenso". Ejemplo: "dejo diez mil sucres a X si se gradúa de médico". X es un estudiante universitario, puede inclusive haber egresado de la Facultad de Ciencias Médicas, pero mientras no se gradúe, lo único que tiene es una mera expectativa, y si fallece hasta la víspera de graduarse, nada transmitirá a sus herederos, por cuanto su derecho estaba suspen-

so; mas, el momento en que se gradúa de médico, adquiere su derecho. Las segundas son aquellas en que, por realizarse lo contrario del hecho impuesto, se pierde el derecho. Ejemplo, dice el testador: dejo mis bienes a María, si no viaja al Exterior. María adquiere el derecho de dominio del patrimonio del de cujus en el momento mismo de su muerte, es su heredera universal. Y si antes de los quince años, viaja al Exterior, se resuelve su derecho.

¿A cuál de las dos clases de condiciones se refiere la excepción? Claramente establece la disposición que a la condición suspensiva, pero no a cualquier clase de condición suspensiva, sino a aquella que se desconoce la persona que va a ser favorecida con la asignación por el cumplimiento de la condición, pues es indeterminada y habrá que esperar los quince años, lapso en el cual prescribirá el derecho. Si el testador dice asigno mi casa al varón que contraiga matrimonio con mi hija Lucía, es indudable que no se sabe quien será el cónyuge de ésta y vale la asignación por más que no se conoce a la persona y será necesario esperar los quince años hasta que aparezca el sujeto de la asignación, pues de lo contrario la casa incrementará el patrimonio sucesorio y si es del caso se aplicará la sucesión intestada, haciendo el llamamiento de ley en consonancia con los correspondientes órdenes.

5.—*Derecho de Transmisión.*

Esta es la quinta y última excepción a la norma general; mas, por tratarse de una institución singular, y con características especiales, todos los tratadistas la contemplan en capítulo separado, y por ello, siguiendo metodológicamente tal dirección, preferimos abordarla en la lección siguiente, para destacar su valor y significado jurídico.

INCAPACIDAD ABSOLUTA DE LAS SOCIEDADES QUE NO SON PERSONAS JURIDICAS

En las contemplaciones anteriores se ha visto que para suceder se requiere ser capaz, o sea que es indispensable existir al tiem-

INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO

po de abrirse la sucesión, con las excepciones invocadas de modo taxativo (eso y nada más). Este principio general en torno a las personas naturales es aplicable, como es obvio, también a las personas jurídicas.

Si no existe la persona jurídica, mal puede hablarse de capacidad para suceder, porque sólo son hábiles para suceder las personas que existen natural o jurídicamente; las demás no son personas y, en consecuencia, no son idóneas para adquirir el dominio de los bienes por sucesión por causa de muerte; no aparece la habilidad para ser heredero o legatario.

Supongamos que un grupo de individuos integra una sociedad de carácter cultural, la misma que desarrolla ciclos de conferencias, publica revistas y agita su medio valiéndose de una actividad extraordinaria, pero la misma carece de estatutos legalmente aprobados y por ello no tiene personalidad jurídica. ¿Podría hablarse de persona jurídica, no obstante la obra de consagración que realiza? No, puesto que le falta el atributo cualitativo que le participa capacidad, y en consecuencia no sería apta para suceder. Requeriría perfeccionar su estructura, mediante la elaboración de sus estatutos, los mismos que, una vez aprobados por los poderes públicos, le confieren personería jurídica y le invisten, por así decirlo, de capacidad plena para celebrar cualquier acto o contrato y, naturalmente, para suceder.

Cuando el legislador ecuatoriano, en el artículo 1028 se refiere a que:

> "Son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios o cualesquiera establecimientos que no sean personas jurídicas",

no debe interpretarse como una oposición ciega a tal suerte de entidades, o simplemente como expresión de rechazo o antipatía; no, la incapacidad dice relación a la inexistencia de la persona jurídica, por carecer de personería o personalidad jurídica.

Esta es la norma general, el principio regulador; el grupo de personas naturales unido por una comunidad de intereses e ideales

que no tiene estatutos legalmente aprobados, carece de personería jurídica y no es, por lo tanto, persona jurídica, y es inhábil para toda clase de actos y contratos. Esto en materia de sucesión tiene una gran importancia, pero el legislador admite también, como en el caso de las personas naturales, una excepción. Con un criterio amplio y de equidad, prescribe que se puede fijar una asignación a favor de una persona jurídica que debe crearse. El inciso segundo de la disposición antes transcrita, dice:

> "Pero si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta, valdrá la asignación".

El testador puede asignar una parte de sus bienes o un bien determinado con el propósito de que se funde la Sociedad Universitaria de Estudios Indigenistas, por ejemplo, y dicha asignación será válida y surtirá pleno efecto en el momento mismo que se constituya dicha entidad y goce de personería jurídica, mediante la aprobación legal pertinente. Si dicha entidad no llega a crearse en el lapso de quince años, la asignación no tendrá efecto, pues ha prescrito el derecho y aun la mera expectativa se ha extinguido.

INCAPACIDADES RELATIVAS

Son aquellas que sólo eliminan la posibilidad para suceder a una persona con determinado causante. El incapaz relativo es perfectamente capaz para suceder a todas las personas, menos a ciertas personas, por mandato de la ley. Por ejemplo, Pedro puede suceder a X, Y y Z; pero no puede suceder a C. Su incapacidad se refiere exclusivamente a este causante y a nadie más.

El proyecto de don Andrés Bello y tradicionalmente las legislaciones que se inspiraron en él han venido contemplando dos clases de incapacidades relativas:

a) La del confesor; y,
b) La del notario.

Sin embargo, la última reforma a nuestro Código Civil, introduce una nueva incapacidad: la de los ministros y las instituciones religiosas de otros cultos.

Examinemos estas tres clases de incapacidades relativas, con sus requisitos, caracteres y efectos y demás factores y circunstancias.

1.—*Incapacidad relativa del confesor.*

La religión católica, aunque sea en el ámbito meramente declarativo, es la que profesa la mayoría de la población ecuatoriana, por tradición. Uno de los sacramentos básicos es el que se refiere a la confesión, el mismo que tiene lugar ante un sacerdote que reúne atributos que le revisten de la categoría de confesor. ¿Todo confesor será incapaz para suceder? Evidentemente que no, pues aquello entrañaría una injusticia; por ello será preferible que consignemos el texto fiel de la ley. El artículo 1029 reza textualmente:

> "Por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, ni aun como albacea fiduciario, el eclesiástico que hubiere confesado al *difunto* (?) durante la misma enfermedad, o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento: ni la orden, convento o cofradía de que sea miembro el eclesiástico; ni sus deudos por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive". "Esta incapacidad comprenderá a las iglesias parroquiales de que son curas los confesores".

La primera incapacidad relativa exige dos requisitos:

a) Que el testamento sea otorgado en la última enfermedad del causante; y,

b) Que el confesor a quien se hace la asignación haya sido el habitual durante los dos años anteriores al otorgamiento del testamento o que haya confesado al testador durante la última enfermedad.

¿Será justa esta incapacidad? ¿Por qué razón se margina de ese derecho al eclesiástico que reúne las características contempladas en la disposición transcrita?

Creemos que el legislador partió de la presunción de que el confesor puede ejercer influencia en el testador. El hombre religioso, en la hora suprema, está dispuesto a todo, y la simple insinuación de su confesor alcanza autoridad tanta, que jamás se resistirá a obedecerla o a practicarla.

Esta incapacidad relativa acarrea la incapacidad relativa de otras personas naturales y de otras personas jurídicas. No pueden ser ni herederos ni legatarios del testador los parientes del confesor hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad ni la comunidad religiosa o la iglesia parroquial a la que pertenece el confesor. También esta extensión de la incapacidad relativa parece ser justa, porque bien se podría disfrazar la asignación, haciéndola ya en favor de sus parientes hasta el grado previsto, o bien en favor de la orden religiosa de la que es miembro el confesor, y con ello se burlaría la prohibición.

Sin embargo, con igual criterio de justicia, se establecen dos excepciones, ya en torno a las personas naturales, ya en torno a las personas jurídicas:

1.—Dice el inciso tercero del artículo que comentamos:

> "La incapacidad establecida en los incisos anteriores no recaerá sobre la porción de bienes que el eclesiástico o sus deudos habrían heredado abintestato, si no hubiese habido testamento".

Un tanto mal redactado el precepto, pero el espíritu del mismo no admite la menor duda. Las asignaciones valdrán si las personas comprendidas en esta incapacidad, no obstante ello fueren llamadas por ley a suceder al causante. Puede ser que coincida que el confesor sea heredero forzoso o que sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad igualmente sean herederos

forzosos del testador, quienes, aun en el evento de una sucesión intestada, tendrían derecho a la asignación. Supongamos que el hijo sacerdote confiesa a su padre. Aquél es heredero forzoso de éste, aun sin testamento, de tal suerte que la asignación testamentaria vale, por más que le haya confesado. O si confiesa a su hermano, a su abuelo, etc., no sería incapaz para sucederle ni serán incapaces de suceder al testador sus parientes, si son realmente herederos forzosos, en que por ley serían llamados, aun en el caso de que no existiese testamento, por un principio de justicia;

2.—Dice la parte final del inciso segundo del artículo 1029:

"Excepto la iglesia parroquial del testador, a la que se podrán hacer asignaciones, aunque el testador se haya confesado con el cura de ella".

Examinemos algunos ejemplos:

El vecino de la parroquia de la Magdalena se confiesa con el cura de la parroquia de Cotocollao, y hace una asignación en favor de la iglesia parroquial de ésta. La asignación no vale, pues, por el hecho de confesarse con el cura de ella, le inhabilitó para suceder, ya que la incapacidad relativa del confesor acarrea la de su convento, iglesia parroquial, etc.

En cambio, el mismo vecino de la Magdalena, que se confiesa con su cura párroco, deja un legado a favor de su iglesia parroquial; vale la asignación, porque está prevista esta excepción, que el legislador la contempló en el afán de estimular la obra que en varios países se desarrolla alrededor de la iglesia parroquial, que se ha convertido en el auténtico crisol y motor de avance en el orden educativo, asistencial, ético y de convivencia social.

No podemos dejar de anotar que a veces, con el afán de patentizar exageradamente ciertos hechos, la ley habla del "difunto". En el caso que analizamos, hemos de entender no precisamente que el *eclesiástico confesó al difunto,* puesto que es físicamente imposible; pero si a la persona que va a morir, al que será el causante. Estos pasajes se repiten y atentan contra la lógica.

2.—*Incapacidad relativa del notario:*

Al referirnos a esta incapacidad relativa, debemos señalar que ha faltado un tanto de orden y método. No se hace alusión a ella en este capítulo propio de las incapacidades, sino que el legislador ha preferido puntualizarla en el título IV de las Asignaciones Testamentarias, en el cual su artículo 1111, dice:

> "No vale disposición testamentaria alguna en favor del notario que autorice el testamento, o del empleado que haga veces de tal, o del cónyuge de dicho notario o empleado, o de cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados, o empleados de servicio doméstico del mismo. Lo mismo se aplica a las disposiciones en favor de cualquiera de los testigos".

También el notario o el empleado ante quien se otorga testamento son personas que están en posibilidad de influir en el ánimo del testador para que haga tal o cual asignación. Parece de estricta justicia inhabilitar, asimismo, a quien de un modo u otro puede determinar que el testador le favorezca con una herencia o legado.

Como en el caso de la primera clase de incapacidades relativas, esta acarrea también la de varias otras personas naturales: cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o empleados de servicio doméstico del notario o empleado ante el cual se otorgó el testamento y de los testigos que solemnizaron el perfeccionamiento de dicho acto jurídico.

Esta extensión de la incapacidad responde igualmente al afán de que no se burle la prohibición, disfrazándola mediante la asignación en favor de terceras personas ligadas ya al notario o empleados, ya a los testigos.

La incapacidad relativa que estudiamos admite también la excepción ya examinada respecto del eclesiástico que confesó al causante. Puede ocurrir que los incapaces relativos señalados sean herederos forzosos del testador, en cuyo caso, con testamento o sin él, serán llamados a sucederle por mandato de la ley, y no podrán ser privados de su herencia, sino por las causales expresamente contempladas por el legislador.

En una sucesión en que no existen descendientes ni ascendientes, ni cónyuge sobreviviente, los hermanos son llamados a suceder abintestato, en tercer orden; supongamos que el de cujus otorga testamento ante un notario que resulta ser su hermano, y a él le asigna todo su patrimonio; la asignación vale, no obstante el parentesco, desde luego que si fallece sin otorgar testamento y el único pariente que le sobrevive en el grado más próximo es su hermano notario, será llamado a sucederle en la totalidad de su patrimonio, puesto que es el único consanguíneo, ya que el testador, en el caso propuesto, no tiene ni descendientes ni ascendientes ni cónyuge supérstite.

3.—*Incapacidad relativa de los ministros y las instituciones religiosas de otros cultos.*

Si bien es verdad que la mayor parte de la población del país, profesa la religión católica, como queda enunciado, a partir de la revolución liberal, al implantarse la libertad de conciencia y cultos, se abrió la posibilidad de que penetraran nuevas corrientes religiosas, las mismas que han aportado extraordinariamente para el desarrollo nacional. Bajo la denominación cristiana laboran en el Ecuador diversas misiones, cuya única mística es la difusión del evangelio y el conocimiento limpio y sin prejuicios de la Biblia. Como sus miembros, por lo general, no practican el sacramento de la confesión, no era aplicable la primera incapacidad relativa, y entonces, al parecer quedaban exentos de dicha inhabilidad.

Frente a esta realidad, en el año de 1970, el legislador introdujo la tercera incapacidad relativa, consignada en el último inciso del artículo 1029, en estos términos:

> "En igual incapacidad incurrirán los ministros y las instituciones religiosas de otros cultos que hubieren prestado asistencia espiritual al difunto".

Como podrá apreciarse, de la incapacidad del confesor, que está circunscrita simplemente al eclesiástico ante el cual cumple un

sacramento el fiel católico, se amplió en calidad y cantidad la inhabilidad para todos los que profesan la religión mayoritaria, por cuanto incurren en incapacidad para suceder *ministros e instituciones religiosas de otros cultos "que hubieren prestado asistencia espiritual"* a la persona de cuya sucesión se trata. En la disposición apuntada tenemos la inhabilidad de los ministros y la inhabilidad de las instituciones y en ambos casos cuando hayan prestado asistencia espiritual al causante.

¿Qué deberá entenderse por asistencia espiritual? Se trata de una fórmula amplísima, exageradamente general, susceptible de errores y confusión y cuya prueba resultaría simple, como se verá de los ejemplos que a continuación se ensayan:

a) Los misioneros evangélicos, mediante la primera Radiodifusora nacional, HCJB, La Voz de los Andes, difunden el mensaje cristiano, ¿se admitirá que se trata de asistencia espiritual la labor que realizan desde dicha emisora? Evidentemente que sí, pues de no aceptarse tal expresión, ¿con cuál podríamos distinguirla y enunciarla? Es asistencia espiritual y muy clara y valedera. En mérito de la incapacidad introducida, ni la Voz de los Andes ni sus ministros son hábiles para suceder;

b) Los bautistas han fundado la Iglesia Bautista Universitaria, la misma que funciona frente a los predios de la Universidad Central, en la Avenida América de nuestra Ciudad, en donde realizan una sobresaliente labor cultural, especialmente consagrada al servicio de la niñez y juventud. En su templo, por ejemplo, se ofician constantemente cultos a difuntos cuyos cadáveres son honrados mediante ritos especiales. ¿Se dirá más propiamente que se trata de "asistencia espiritual al difunto"? En verdad que nos encontramos ante un caso perfectamente contemplado en la ley, y como consecuencia ni la Iglesia Bautista Universitaria ni los ministros que intervinieron en dicho culto religioso tendrían aptitud jurídica para suceder al causante;

c) Alianza Cristiana Misionera ha organizado y mantiene en funcionamiento varios institutos educacionales, cuya finalidad esencial es cristianizar a sus discípulos, esto es prestarles asistencia espiritual; ¿podrían éstos asignar a Alianza Cristiana y Misionera o a sus ministros? Si podrían instituirles herederos o legatarios, sólo que dichas asignaciones no surtirán efecto, por cuanto se habrían hecho en favor de incapaces relativos;

d) La Asociación de Iglesias Misioneras cumple una función ejemplar en las zonas de Esmeraldas y Manabí, en donde existen establecimientos educacionales, asistenciales y en general de carácter social y cultural; desarrollan una amplia labor especialmente entre indígenas y negros de la región, a quienes dispensan asistencia espiritual. ¿En el evento de que éstos hiciesen asignaciones en favor de la Iglesia o de sus ministros, tendrían valor legal? Claro que no, por todo cuanto hemos enunciado en los ejemplos precedentes;

e) La Misión Luterana Noruega posiblemente constituye uno de los grupos más homogéneos que se han establecido en los últimos tiempos en el país, en donde desarrolla una trascendental tarea, al servicio de las clases marginadas. Con un nuevo espíritu, respondiendo al ejemplar avance que informa la estructura de ese noble pueblo nórdico, mantiene centros educacionales de prestigio y especialmente en las provincias de Cañar y Azuay ensaya un formidable programa encaminado a velar por la salud de la comunidad, que contempla no sólo la medicina curativa, pero singularmente la preventiva. Por otro lado y como no cabe la menor duda que presta asistencia espiritual a las gentes en general, ¿se dirá entonces que tanto la Institución como sus miembros están en el caso de esta incapacidad relativa?; y,

f) Apenas en este decenio de los años setenta, la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Ultimos Días, con sede en Lago Salado, estado de Utah de los Estados Unidos de Norte América, ha iniciado su tarea de difusión en el país; sus actividades en

el campo cultural son amplias y se propone realizar una labor fructífera singularmente en las zonas rurales, en las cuales se requiere un plan educativo y asistencial vasto y desinteresado. Es innegable que la labor realizada en tan poco tiempo y la que se propone cumplir alcanza de preferencia metas espirituales, ¿no es verdad que sus objetivos a no dudarlo se orientan hacia la asistencia espiritual de los grupos humanos? ¿Es justo que por tan trascendentales quehaceres sus miembros y la cofradía en sí sean marginados de las sucesiones invocando esta novedosa incapacidad relativa?

Numerosos ejemplos más podríamos proponer para que se vea que en esta materia el legislador obró con parcialidad, con un claro y manifiesto deseo de discriminar a los sectores no católicos y practicantes de otros cultos religiosos. Error legislativo que al fin y a la postre hace que unas personas sean de mejor calidad que otras, lo cual es inconveniente e injusto. La ley tiene que ser general y libre de prejuicios y pasión. El legislador tiene que despojarse de todo criterio sectario para que prevalezca el derecho y tiene que poner en práctica la fórmula sabia de Santo Tomás de Aquino, cuando proclamó que la *"LEY es la ordenación de la razón para el bien común promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad"*.

Por último, quedan algunas inquietudes, al tratarse de esta incapacidad:

a) ¿Se extenderá a los cónyuges? El catolicismo practica el celibato en los pastores, los otros credos religiosos no;

b) ¿Se extenderá a los descendientes? Tampoco se ha previsto tal cosa, si se considera que los ministros no católicos contraen matrimonio y procrean hijos; y,

c) ¿En el caso de que se presenten herederos forzosos, cuál será su situación? Consideramos que es aplicable el principio general de que, aunque por haber prestado asistencia espiritual

al causante, son por lo común inhábiles para sucederle, no así en el evento de ser llamados por la ley, de acuerdo con los órdenes de la sucesión intestada, en que estarían amparados por la disposición testamentaria.

PARALELO ENTRE LAS INCAPACIDADES ABSOLUTAS Y LAS INCAPACIDADES RELATIVAS

Conviene revisar, así sea sucintamente, las analogías y contrastes entre una y otra clase de incapacidades, a efecto de tener una concepción clara y lo más precisa. Partamos en primer término de las analogías, que pueden ser las siguientes:

1.—Las incapacidades en general, sean absolutas o relativas, son de orden público y por consiguiente no pueden sanearse; no convalecen. Ninguna otra persona está en posibilidad de perdonar una incapacidad;

2.—Ambas incapacidades no requieren de sentencia judicial, porque están establecidas en la ley. La sola presencia de la causal elimina la posibilidad de suceder;

3.—La asignación a favor de incapaces absolutos o relativos es nula, aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona, como lo establece el artículo 1030. Supongamos que el testador dispone que se pague una suma de dinero que debe a los alumnos del tercer curso de la Escuela de Derecho de la Universidad Central del Ecuador que integran el Movimiento de Liberación del Campesino, entidad que no goza de personería jurídica. Bien se ve que se trata de disfrazar la asignación, la misma que es nula porque está hecha en favor de un incapaz absoluto. Otro ejemplo, el testador dice mando que se pague al reverendo Juan Pérez la suma de cien mil sucres que le debo por la compra de un automóvil. Si dicho sacerdote no le confesó, vale la asignación como tal; empero, si coincide que fue el confesor del causante, la asignación es nula;

4.—Los incapaces —absolutos o relativos— jamás adquieren el derecho de dominio por sucesión por causa de muerte, aunque pueden adquirir por prescripción, cuando han estado en posesión regular, tranquila e ininterrumpida del bien materia de la herencia o legado, por más de quince años, al tenor de lo que establece el artículo 1031;

5.—Ambas incapacidades pesan contra terceros. Si el incapaz no adquirió ningún derecho, el tercero tampoco puede adquirirlo, puesto que el incapaz, al carecer de derecho, no podía ni transferir ni transmitir derecho alguno, ya que nadie puede transferir o transmitir más de lo que tiene; y,

6.—Las dos incapacidades admiten excepciones, como se ha demostrado en los respectivos acápites, las mismas que responden a un estricto sentido de justicia.

Las diferencias, en este caso, se reducen tan sólo a las que analizamos a continuación:

1.—Mientras el incapaz absoluto no puede suceder a persona alguna, el incapaz relativo únicamente no puede suceder a determinadas personas;

2.—Mientras las incapacidades absolutas pueden presentarse tanto en la sucesión intestada como en la testada; las incapacidades relativas sólo son propias de la testamentaria, desde luego que tienen su origen en el acto de voluntad del causante mediante testamento;

3.—Las incapacidades absolutas se circunscriben al ámbito exclusivo del inhábil, en cambio, las incapacidades relativas acarrean la incapacidad de otras personas; y,

4.—Las incapacidades absolutas se operan de derecho y por consiguiente no admiten la posibilidad de influencia, no así las relativas que se generan ante la posibilidad de que el confesor, el notario o el ministro y las instituciones religiosas de otros cultos puedan ejercer influencia en el testador.

INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Antes de concluir este sumario estudio concerniente a capacidad e incapacidades, conviene formular algunas cuestiones que, por lo general, inquietan a los estudiantes y estudiosos de estas complejas materias:

a) Es indudable que el médico ejerce una notoria influencia en su paciente. Toda persona pone su fe y confianza en él; y como por instinto vital desea conservar su existencia y su salud, no se oculta la posibilidad de que, aprovechándose de esa corriente de relación que existe entre los dos, pueda llegarse a la insinuación encaminada a obtener una herencia o legado. ¿En este caso, será incapaz relativo de suceder a su paciente el médico que le atiende durante la enfermedad anterior al otorgamiento del testamento?

b) Consideración similar tendríamos que ensayar en relación con la enfermera, que solícitamente dispensa toda la atención al enfermo, en cumplimiento de su noble misión. ¿Será incapaz relativa para suceder la enfermera a la persona a la cual le atiende en su enfermedad, previa al otorgamiento del testamento?

c) El abogado es llamado por el testador a efecto de que le aconseje y redacte la minuta testamentaria. Nos preguntamos, ¿puede ejercer influencia sobre su cliente? A veces el cliente, que tiene tanta confianza en su defensor, le faculta para que él haga las disposiciones, como a bien tenga. ¿Será incapaz relativo para sucederle?

Interrogantes son éstos que nos imponen meditación y reflexión en el campo ético. No cabe la menor duda que las personas cuya enunciación queda formulada, están en posibilidad de influir, puesto que gozan de ese singular ascendiente y confianza como pocas otras personas. A veces mucho más que el propio confesor, que el notario, etc. ¿Podríamos por ello, y asimilando a estos casos, declararlos inhábiles para suceder?

De ningún modo, puesto que la capacidad es la regla general y las incapacidades constituyen excepciones, y como tales excep-

ciones no admiten que se aplique el criterio de analogía y requieren estar expresamente contempladas. Sólo el legislador puede señalar los casos de excepción, cuya definición y enumeración no quedan al arbitrio de los particulares, sino que tienen que estar taxativamente puntualizados.

Ni el médico ni la enfermera ni el abogado son incapaces relativos para suceder porque la ley no les tipifica como tales, sin que por ello descartemos la posibilidad de influencia.

DIGNIDAD E INDIGNIDADES

Dijimos antes que para suceder es indispensable reunir dos requisitos: capacidad y dignidad.

Examinado el primer requisito, que es de orden público, nos detengamos a considerar la esencia misma de la institución, que singularmente alcanza un contenido ético.

Ningún testador va a asignar a persona que no conoce o a la cual no está relacionado, con las excepciones contempladas anteriormente. Por lo común, entre causante y causahabiente, tiene que existir un ligamen, una corriente ya de sangre, ya de afecto, ya de consideración, gratitud y aprecio. Por consiguiente, entre los dos sujetos de la relación jurídica debe haber una suerte de vinculación que denote armonía y respeto, por lo menos, en la relación humana. Quien conserva esa línea ética de modo claro e impoluto, es digno de suceder al causante, pues representa un sentido positivo entre antecesor y sucesor. Mas, puede ocurrir que ese lazo se vea interferido o quebrantado por actos u omisiones conscientes de parte del presunto heredero o legatario, lo cual genera, como es obvio, el fenómeno contrario a la dignidad, esto es la indignidad que, como se ha establecido, tiene ante todo un fondo ético.

El principio general es que toda persona es digna para suceder y el legislador parte generosamente de la evidencia de que, por lo común, ese vínculo, ese ligamen se mantiene inalterable entre las personas que al fin y a la postre serán llamadas a suceder y sus respectivos causantes.

Algunos tratadistas, al referirse a la *dignidad,* creen que es la vocación jurídica que tiene una persona para suceder a la otra después de sus días. Y como se enunció, esa vocación presupone un nexo de parentesco o de amistad. Y por lo tanto tiene que haber lazos de afecto, consideración, solidaridad con el predecesor. Pero estos afectos, consideración, solidaridad, pueden vulnerarse por falta del sucesor. El momento en que éste falta a esos afectos hacia el causante, interviene la ley y prohibe que aquél suceda a éste. Surge, entonces, en el plano jurídico, la indignidad, que es excepción, puesto que, como se ha expresado, la dignidad es la regla general y la que prevalece.

Al respecto, Planiol, en una especie de juego de expresiones, decía que *"La indignidad es un desheredamiento legal"* y que *"el desheredamiento es una indignidad testamentaria"*. Lo cual en estricto sentido jurídico es falso, pues existe marcada diferencia entre una y otra institución. La indignidad puede operar ampliamente tanto en la sucesión testada como en la intestada y es aplicable a toda clase de personas; no así el desheredamiento que se circunscribe únicamente a la esfera de la sucesión testamentaria y sólo puede afectar a los legitimarios y a nadie más.

Para el profesor chileno Meza Barros, la indignidad "es una falta de mérito para suceder a otra persona".

Por consiguiente, para suceder por lo regular no sólo se requiere ser capaz, existir civil o jurídicamente, sino también ser *digno,* es decir, que la línea ética que une a causante y sucesor sea absolutamente inseparable en esencia y en contenido.

Discrepo en todo cuanto aseveran tratadistas en relación a que existe una clase de incapacidad por indignidad, desde luego que rompe todo aquello que constituye la esencia de la institución. Una es la capacidad y otra la dignidad; unas son las incapacidades y otras las indignidades. El plan de Andrés Bello fue mucho más acertado, inclusive que la propia legislación contemporánea de algunos países, como Argentina, España, Paraguay, Perú y Venezuela, que contemplan una causal de incapacidad por indignidad, con lo cual confunden y desorientan, ya que la fuente y filosofía

de cada una de ellas hasta corren paralelas, como se apreciará más tarde, empero no se conjugan ni fusionan.

En la incapacidad no hay actos u omisiones conscientes generadores de tal situación jurídica; en cambio, en las indignidades precisamente lo fundamental radica en el acto u omisión conscientes —conciencia y voluntad— que deterioran el vínculo y la relación de armonía entre decuius y causahabiente.

El profesor de Sucesiones en las universidades de Buenos Aires y La Plata Jorge O. Maffía, con respecto a la indignidad apunta estos valiosos conceptos: "Si bien resulta innegable que la conciencia se rebela frente a la posibilidad de que alguien que ha cometido un grave delito contra el difunto pueda sucederle, el fundamento de la indignidad no debe buscarse en una razón de orden público, sino que está referida a una interpretación de la presunta voluntad del causante. Ocurre que la ley impone la sanción presumiendo que el de cujus no ha conocido la causal en que incurrió el sucesor o que, conociéndola, no pudo manifestar su voluntad para excluirlo. Pero esta presunción debe ceder cuando el causante mantiene la vocación del indigno, perdonando la ofensa inferida. Esta concepción del fundamento de la indignidad nos lleva a no aceptar otra tesis que se ha formulado, y según la cual la sanción no se impondría atendiendo a la presunta voluntad del causante, sino que respondería a velar por la moral y el buen orden social".

Nuestra ley contempla diez clases de indignidades distribuidas en cinco artículos: 1032, 1033, 1034, 1035 y 1036, y son las siguientes:

1.—Es *indigno* de suceder al causante, como heredero o legatario, el que ha cometido el delito de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en ese delito por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla;

2.—El que cometió atentado grave contra la vida, honra o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada;

3.—El consanguíneo, dentro del cuarto grado inclusive, que, en el estado de demencia o desvalimiento de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiéndolo;

4.—El que por fuerza o dolo obtuvo del testador alguna disposición testamentaria, o le impidió testar;

5.—El que dolosamente ha detenido u ocultado el testamento; presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación;

6.—Es también indigno de suceder el que, siendo mayor de edad, no hubiere denunciado o acusado ante la justicia el homicidio cometido en la persona del *difunto* (?), tan presto como lo hubiere sido posible;

7.—Es asimismo indigno de suceder al impúber, demente o sordomudo, el ascendiente o descendiente, que, siendo llamado a sucederle abintestato, no pidió que se le nombrara tutor o curador, y permaneció en esta omisión un año entero; a menos que parezca haberle sido imposible pedirlo por sí o por procurador;

8.—Son además indignos de suceder el tutor o curador que, nombrados por el testador, se excusaren sin causa legítima;

9.—El albacea que, nombrado por el testador, se excusare sin probar inconveniente grave; y,

10.—Finalmente, es indigno de suceder el que, a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz.

De la enumeración taxativa anterior se desprende que el legislador ha descuidado aquello que le es característico, por lo regular, el sentido lógico y gramatical. Existe una defectuosa redacción y entre las causales existen algunas de difícil demostración.

Con respecto a las cinco primeras, además, la ley establece que *"no tendrán derecho a alimentos"*; y si las tres señalan causales justas y de fácil prueba, en cambio, la cuarta y la quinta resultan un tanto sui géneris, dadas las modalidades testamentarias y la facultad de revocación de que está investido el testador. ¿Cómo ejercer fuerza o dolo en el testador, para obtener una disposición? ¿Cómo demostrar que le impidió testar? ¿Cómo se puede detener

u ocultar el testamento? Además, no olvidemos que mientras no fallece el testador, su carta testamentaria no surte efecto y entonces, ¿cómo probar cualquier acto u omisión relacionados con el causante, si él, que pudo haber demostrado tal cosa, ya no existe?

Con respecto a la sexta, el legislador da normas precisas y son las siguientes:

"Cesará esta indignidad si la justicia hubiera empezado a proceder sobre el caso".
"Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse contra el heredero o legatario que fuere eclesiástico, cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del autor o cómplice del homicidio".

En lo concerniente a la séptima indignidad, también se prevé que:

"Si fueren muchos los llamados a la sucesión, la diligencia de uno de ellos aprovechará a los demás".
"Transcurrido el año recaerá la obligación antedicha en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada".
"La obligación no se extiende a los menores, ni en general a los que viven bajo curaduría".
"Esta indignidad desaparece desde que el impúber llega a la pubertad, o el demente o sordomudo toma la administración de sus bienes".

Disposiciones estas consagradas en los incisos siguientes del artículo 1034, cuyo primer inciso señala la indignidad que se estudia.

Respecto de la indignidad en que incurre el albacea que se excusa de ejercer su función sin probar inconveniente grave, también el inciso final del artículo 1035, señala que:

"No se extenderá esta indignidad a los asignatarios forzosos, en la cuantía que lo son, ni a los que, desechada por el juez la excusa, entren a servir el cargo".

Por último, la indignidad consignada en el artículo 1036, que corresponde a la décima de nuestra enumeración, considero que es absurda. Con sólo leerla detenidamente, llegamos a esa conclusión; ni el espíritu ni la forma en que está concebida la disposición reúnen los elementos sustantivos y lógicos de una genuina indignidad. En la práctica, tendríamos que plantear algunos interrogantes: ¿cabe prometer a un difunto? Y en el supuesto caso de que así fuera, ¿quién será capaz de demostrar tal cosa? ¿Quizá el propio difunto (!) ?

Norma que tiene su excepción, cuando en el inciso segundo del propio artículo 1036, que comentamos, se prescribe que:

"Esta indignidad no podrá alegarse contra ninguna persona de las que, por temor reverencial, hubieran podido ser inducidas a hacer la promesa al difunto; a menos que hayan procedido a la ejecución de la promesa".

Como podrá apreciarse, el legislador incurre en errores mayúsculos en esta materia, pues determina como indignidades algunas que en realidad no lo son ni cabe que sean consideradas como tales, porque no reúnen los elementos pertinentes, como la cuarta, la quinta y la décima; y omite algunas que deberían ser tomadas en cuenta y que dicen relación al quebrantamiento de principios éticos que deben regular la relación armónica entre de cujus y sucesor. Aunque, forzando un tanto la interpretación, podría admitirse como que es aplicable para la generalidad de los casos la causal precisada como segunda. Asimismo la redacción se distingue por ser defectuosa en los varios pasajes, y volvemos a insistir que es equivocado hablar del "difunto".

CARACTERES Y EFECTOS DE LAS INDIGNIDADES

Las indignidades no se producen por el hecho de consumarse el acto o por la omisión ni tampoco por la simple contemplación legal, pues, a más de que esté expresamente señalada la indignidad

en la ley y que se haya producido el hecho constitutivo, es indispensable la declaración judicial, para evitar que se cometan injusticias y que impere el capricho o la arbitrariedad. Previa la presentación de la denuncia, una vez justificada, tiene que pronunciarse el fallo por parte del juez competente, y en ese momento surge esta especie de categoría.

El indigno, mientras no se declara la indignidad, conserva el bien materia de la herencia o legado, aunque tal indignidad esté en estado latente. Tan pronto como exista sentencia ejecutoriada, el indigno es tal desde el punto de vista jurídico y está obligado a restituir el patrimonio materia de la sucesión.

Los efectos de la indignidad se retrotraen al momento mismo de abrirse la sucesión, y el indigno será obligado a restituir el bien con sus accesiones y frutos y será condenado a la indemnización de daños y perjuicios y responderá por el deterioro que haya sufrido dicho bien, etc.

Como es preciso que exista acusación porque no puede declararse de oficio, surge el interrogante, ¿quién puede acusar la indignidad? Al respecto, el artículo 1038, prescribe que:

"La indignidad no surte efecto alguno, si no es declarada en juicio, a instancia de *cualquiera de los interesados* en la exclusión del heredero o legatario indigno".

Un tanto imprecisa la disposición transcrita, por cuanto en la vida social hay un cúmulo de expresiones de afecto, envidia, egoísmo, etc., y podría darse el caso de que, por algunas circunstancias negativas, alguien tenga interés en que el heredero o legatario sean privados de la asignación, lo cual daría margen a injusticias e irregularidades. En estricto derecho tendríamos que interpretar que son interesados:

a) Los herederos;
b) Los coherederos;
c) Los asignatarios sustitutos; y,
d) Los acreedores hereditarios y testamentarios.

de
DERECHO COMPARADO

Una vez declarada la indignidad, por sentencia ejecutoriada, pasada en autoridad de cosa juzgada, el indigno no puede conservar el bien materia de la sucesión.

Otra pregunta que brota también en torno a esta institución, es la siguiente: ¿el indigno transmite sus derechos a sus sucesores?

Mientras la indignidad se encuentra en estado latente y no ha sido declarada judicialmente, puede transmitir sus derechos a sus sucesores, aunque transmite el bien con ese vicio. Pero si se ha iniciado el juicio y durante el trámite fallece el presunto indigno, se continuará el juicio en contra de sus herederos, y declarada la indignidad por sentencia, éstos están obligados a la restitución del bien. La indignidad, no obstante ser personal, es transmisible en el aspecto en que queda puntualizado y la declaratoria surte pleno efecto contra los herederos del indigno.

Por último, también es conveniente plantear esta inquietud: un sucesor indigno ¿puede enajenar el bien materia de la asignación? Mientras no se lo declare indigno, está asistido de la facultad de disponer de los bienes materia de la herencia o legado; empero, hay que contemplar dos situaciones:

a) Si se adquirió a sabiendas de la indignidad; y,

b) Si se desconoció tal circunstancia; todo esto en relación con la tercera persona, con la que adquiere dicho bien; y entonces tenemos que el primer caso puede asimilarse a la mala fe y el segundo a la buena fe, cuyas consecuencias jurídicas y económicas son diferentes, como es obvio.

La acción de indignidad no tiene cabida contra terceros de buena fe, como lo prescribe el artículo 1040, pues si se ha adquirido de buena fe, los terceros pueden intentar la acción en contra del indigno. Sin embargo, a los terceros que adquirieron a sabiendas de la indignidad, esto es de mala fe, se les priva del derecho de dominio.

EXTINCION DE LAS INDIGNIDADES

Las indignidades pueden también extinguirse, borrarse, por así decirlo, en los siguientes casos:

a) Por el perdón del causante ofendido, en el evento de no haberle privado de la vida. Y el perdón puede ser expreso o tácito. El primero, cuando mediante acto testamentario se manifiesta que, no obstante haber cometido el acto sancionado con la indignidad, es su voluntad perdonar al sucesor; el segundo, cuando en el testamento se hace constar una disposición a favor del indigno, con posterioridad al acto u omisión que generó tal situación jurídica. En todo caso se requiere testamento, pues de lo contrario no surte efecto el perdón; y,

b) Por estar en posesión del bien materia de la herencia o legado por más de cinco años y siempre que los interesados no hayan deducido la correspondiente acción de indignidad en contra de él. Los tratadistas llaman a esto *"purga"* y el artículo 1039, dice:

"La indignidad se purga en cinco años de posesión de la herencia o legado";

es decir que la acción de indignidad prescribe en el lapso de cinco años. Lo que da lo mismo que establecer que se adquirió el derecho de dominio por prescripción, propiamente, porque el indigno adquiere con ese vicio, y si durante cinco años permanece en posesión ininterrumpida del bien sucesorio, lo incorpora a su patrimonio, desde luego que la ley admite la extinción de la indignidad, en ese caso, como queda expuesto.

ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS INCAPACIDADES E INDIGNIDADES

Analogías:

1.—Incapacidades e indignidades inhabilitan para suceder;

2.—Tanto las incapacidades como las indignidades son excepciones a los requisitos para suceder, porque para ser heredero o legatario se requiere capacidad y dignidad;

3.—Ambas tienen que estar contempladas expresamente en la ley;

4.—Incapacidades e indignidades se aplican a las sucesiones a título universal y a las sucesiones a título singular, esto es que afectan por igual así al heredero como al legatario;

5.—Incapacidades e indignidades surten efecto por igual tanto en la sucesión intestada, como en la testada y mixta, con las excepciones legales;

6.—Tanto las incapacidades como las indignidades se retrotraen al momento mismo de abrirse la sucesión;

7.—Incapaces o indignos no podrán oponer a los acreedores hereditarios o testamentarios que los demanden la excepción de ser tales, como lo establece el artículo 1042; y,

8.—Ni el incapaz ni el indigno podrán ser privados del derecho de alimentos, excepción hecha cuando incurren en alguna de las indignidades contempladas en el artículo 1032 que, por constituir injuria atroz, también marginan del referido derecho.

Diferencias:

1.—Las incapacidades son de orden público; las indignidades de interés particular;

2.—Las incapacidades impiden adquirir por sucesión por causa de muerte; mientras las indignidades sólo impiden conservar, desde el momento en que han sido declaradas tales por sentencia judicial; es decir, el indigno adquiere, pero no puede conservar;

3.—Las incapacidades no requieren de declaración judicial; en cambio, para que exista indignidad, es requisito indispensable la declaratoria judicial, de tal suerte que, si no se pronuncia fallo alguno, tampoco existe indigno;

4.—Las incapacidades son absolutas o relativas; las indignidades son exclusivamente relativas, porque dicen relación con determinado causante y nadie más;

5.—Las incapacidades son intransferibles, desde luego que, como el incapaz, nada adquiere, tampoco puede transferir; no así las indignidades que si son transferibles, porque el indigno adquiere el bien sucesorio con ese vicio y en tal carácter pasa al nuevo adquirente;

6.—Igualmente las incapacidades son intransmisibles, puesto que, como el incapaz nada adquiere, nada puede transmitir; las indignidades, en cambio, son transmisibles, ya que el indigno adquiere la herencia o legado con el referido vicio y así lo transmite a sus sucesores;

7.—Las incapacidades pasan a terceros; las indignidades sólo contra terceros de mala fe;

8.—Las incapacidades no se borran, son indelebles, imprimen carácter; las indignidades pueden convalecer, pueden borrarse;

9.—Las incapacidades no pueden perdonarse, nadie está facultado para perdonarlas; no así las indignidades, que son susceptibles de perdón por parte del testador; y,

10.—Los incapaces pueden adquirir el bien materia de la herencia o legado por prescripción mayor extraordinaria, esto es, por estar en posesión regular, tranquila e ininterrumpida del bien por más de quince años; el indigno, a su vez, si está en posesión del bien sucesorio, puede adquirirlo por cinco años de purga.

Para terminar el estudio relativo a indignidades, considero indispensable recordar que el proyecto de don Andrés Bello contenía una indignidad más, la cual rige en varios otros códigos y se refiere al *partidor que prevarica,* como lo anota el profesor de la Universidad de Chile, Manuel Somarriva Undurraga, pero que no contempló la legislación nuestra, mientras existió la institución del juez partidor, derogada tácitamente mediante la Ley Orgánica de la Función Judicial, expedida por decreto supremo Nº 891, de 2 de septiembre de 1974, publicado en el registro oficial Nº 636, de 11 de los propios mes y año.

CAPITULO VI

DERECHO DE TRANSMISION

Derivaciones de la aceptación o repudio de las asignaciones.— El derecho de transmisión: su concepto.— Principio del artículo 1021.— Elementos subjetivos del derecho de transmisión: a) primer causante; b) transmitente o transmisor; y, c) transmitido.— Requisitos para que surta efecto este derecho.

Expresamos con anterioridad, que la persona natural tiene que existir al tiempo de abrirse la sucesión, para tener la calidad de heredero o legatario; empero, existen excepciones al principio general y una de ellas está dada precisamente por el derecho de transmisión; que, por otra parte, no es otra cosa que un fiel trasunto de la esencia misma del atributo de heredero.

Asimismo, para poder plantear la cuestión inherente a esta institución, forzosamente tenemos que retrotraer nuestras consideraciones a la contemplación de las fases del derecho sucesorio, que son: apertura de sucesión, delación y aceptación de la asignación. Pero esta tercera fase tiene un sentido facultativo, permite que el

sucesor escoja entre aceptar o repudiar; si lo primero, se perfecciona el mecanismo global; si lo segundo, tornamos al nivel intermedio, el nuevo llamamiento que la ley hace a los sucesores para que acepten o repudien la asignación; fase en la cual pueden surgir tres situaciones a saber:

a) Que el heredero o legatario acepte la asignación y fallezca acto continuo. En este evento, como ingresó a su propio patrimonio el bien materia de la sucesión, transmite a sus herederos, también involucrados en su patrimonio, la herencia o legado que aceptó, y no existe problema alguno, porque antes de fallecer se transformó en dueño único;

b) Que el asignatario repudie la herencia o legado y fallezca enseguida. Aquí, sus sucesores no podrán reclamar la asignación, por cuanto, por su voluntad, se negó a incorporar a su patrimonio la herencia o legado de su antecesor, y el bien materia del repudio integrará el haber sucesorio, para adjudicarlo en consonancia con las normas de la sucesión abintestato. Como repudió, no puede transmitir nada; y,

c) Que el sucesor ni acepte ni repudie la herencia o legado y fallezca. En este caso, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar la asignación que ni aceptó ni repudió, siempre que sus derechos no hayan prescrito, como lo establece la norma contenida en el artículo 1021.

Por consiguiente, se puede aseverar que el *Derecho de Transmisión* es la facultad que tiene el heredero para aceptar o repudiar la asignación que su antecesor ni aceptó ni repudió; esto contemplado desde el punto de vista de los causahabientes. Mas, apreciada la institución desde la órbita propia del de cujus, bien podría afirmarse que por este derecho el causante transmite a sus herederos la facultad de aceptar o repudiar la asignación que él ni aceptó ni repudió.

de
DERECHO COMPARADO
Quito

Supongamos que Manuel Velasco, deja una casa a Gonzalo Ibarra, y éste fallece a continuación, sin siquiera haber aceptado o repudiado tal asignación; por el derecho de transmisión, sus herederos recogen, junto con la herencia, el derecho para aceptar o repudiar el legado relativo a la casa.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DERECHO DE TRANSMISION

Para que se perfeccione el derecho de transmisión, es indispensable que existan tres titulares o sujetos de la relación jurídica, que son:

a) Primer Causante;

b) Transmitente o transmisor; y,

c) Transmitido.

A. Es el primer causante, el generador de toda la institución; la persona que fallece dejando un heredero o legatario que también fallece después sin aceptar ni repudiar la asignación.

B. Es el heredero o legatario del primer causante, que fallece con posterioridad a él, sin aceptar ni repudiar la asignación, pero que, por este mecanismo jurídico, transmite a sus herederos la facultad a la cual no tuvo tiempo de acogerse o no quiso hacerla valer en su favor.

C. Es el heredero del transmitente o transmisor, que recoge la facultad de aceptar o repudiar la herencia o legado que éste ni aceptó ni repudió.

REQUISITOS PARA QUE SURTA EFECTO LA TRANSMISION

El derecho de transmisión tiene singular contenido jurídico y para que surta efecto es indispensable que concurran los siguientes requisitos:

1.—Debe fallecer una persona dejando una herencia o legado;

2.—El heredero o legatario debe sobrevivir al primer causante;

3.—El transmitente o transmisor debe ser capaz y digno de suceder al primer causante;

4.—El transmitente o transmisor debe fallecer sin aceptar ni repudiar la herencia o legado;

5.—Debe existir un heredero del transmitente o transmisor; heredero que nunca falta, por cuanto aun cuando no existan consanguíneos, en último término será el Estado quien tenga el carácter de heredero universal abintestato;

6.—El transmitido tiene que ser capaz y digno de suceder al transmitente o transmisor;

7.—El transmitido tiene que aceptar forzosamente la herencia del transmitente o transmisor;

8.—El transmitido no puede aceptar la herencia o legado que ni aceptó ni repudió el transmitente y repudiar su propia herencia;

9.—Los derechos del transmisor, para aceptar o repudiar la asignación, no deben haber prescrito, porque si ya han prescrito, no cabe que opere el derecho de transmisión; y,

10.—El derecho de transmisión alcanza un carácter de verdadera accesión, pues el derecho a aceptar la herencia o legado, que no aceptó ni repudió el transmitente o transmisor, se deriva de la

INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

calidad de heredero y es en ese carácter que también recoge dicha facultad, como accesoria, desde luego que el heredero, al ser el continuador de la personalidad jurídica del causante, le sucede a éste en todos los bienes, *derechos* y obligaciones transmisibles y uno de esos derechos precisamente es el de aceptar o repudiar la asignación que su antecesor ni aceptó ni repudió.

Con respecto al capítulo que estudiamos, Somarriva tiene un criterio especial y vale la pena mencionarlo. Dice el profesor chileno: "Se puede suceder por causa de muerte a una persona en forma directa o indirecta. La *sucesión es directa* cuando la persona hereda por sí misma, sin intervención de otra, lo cual es naturalmente lo más frecuente. Es directa la sucesión, por ejemplo, cuando el hijo sucede al padre".

"*Las sucesiones indirectas* son aquellas que se adquieren por intermedio de otra persona. El *derecho de transmisión* es un caso típico de *sucesión indirecta*, porque el transmitido adquiere la herencia o legado a través del transmitente o transmisor. . . ".

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPITULO VII

ACERVOS

Breve estudio de los acervos, como expresión jurídica y económica del Derecho Sucesorio.— Los acervos reales y los acervos imaginarios.— Clases de acervos reales: acervo común o masa común de bienes; separación de patrimonios; acervo ilíquido.— Rebajas de ley; el acervo líquido.— Problemas.— Teoría de los acervos imaginarios.— Creación del legislador para proteger a los legitimarios por donaciones hechas por el causante.— Donaciones a legitimarios: primer acervo imaginario.— Donaciones a no legitimarios: a) cuando no sobrepasa de la cuarta de libre disposición; b) cuando es mayor que la cuarta de libre disposición, pero no excesiva, caso que afecta a la cuarta de libre disposición testamentaria; y, c) cuando las donaciones son voluminosas y afectan a las legítimas y mejores, caso en que se opera el segundo acervo imaginario.— La institución de la restitución.— Planteamiento de casos y problemas.

El Derecho Sucesorio inevitablemente nos traslada al campo económico y después de todas las teorías y elucubraciones, desembocamos en el vértice que da a los fenómenos un carácter cuantitativo y se traduce por valores materiales. Todo lo relativo a la

valoración económica en el ámbito de esta materia se expresa en términos de *acervos*, los mismos que son de dos clases: acervos reales y acervos imaginarios.

Acervos reales son aquellos que existen, que alcanzan expresión matemática, que pueden contabilizarse, por consiguiente; a diferencia de los acervos imaginarios, que integran el núcleo de las concepciones doctrinarias del legislador, que tratan de cristalizarse en números y expresiones cuantitativas, con el propósito de proteger a los legitimarios por donaciones hechas por su predecesor.

Los acervos reales son de tres clases: acervo común, acervo bruto o masa común de bienes; acervo ilíquido y acervo líquido.

El *Acervo Común* no es otra cosa que el patrimonio del de cujus confundido con otros patrimonios, ya porque vivió bajo el régimen de la sociedad conyugal, ya porque integró otra suerte de corporaciones; o simplemente porque, mediante contratos de arrendamiento, préstamo, comodato, etc., aparecen constituyendo su patrimonio al tiempo de abrirse la sucesión.

Como podrá interpretarse, esta masa común de bienes no puede constituir materia partible, para proceder a las operaciones de adjudicación de bienes sucesorios entre los herederos y legatarios del causante, pues se impone una primera operación, cual es la separación de patrimonios, como lo prevé el artículo 1384, que reza textualmente:

> "Si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otras personas por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, u otro motivo cualquiera, se procederá, en primer lugar, a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas precedentes".

Tal vez conviene ejemplificar esta regla de derecho, para que resulte más fácil su comprensión:

de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

El señor Amable León ha heredado de sus padres, conjuntamente con dos hermanos suyos una hacienda en la parroquia de Chambo, provincia del Chimborazo. Adquiere una casa en la Avenida América de la ciudad de Quito e integra una sociedad constituida por cinco miembros. Contrae matrimonio con la señora Adela Gómez, y en la sociedad conyugal adquiere los siguientes bienes: un terreno en la Urbanización del Quito Tennis Club, una quinta en la parroquia de Tumbaco del cantón Quito; un automóvil y todos los bienes muebles que se encuentran en la preindicada finca. Fallece el señor León, y entonces es indispensable establecer el monto de sus bienes. En primer término, procedemos a dar valor a todos los bienes, para formar el acervo común:

Hacienda ubicada en Chambo	$	3'000.000,00
Casa en la Avenida América	„	450.000,00
Capital de la Sociedad	„	1'000.000,00
Terreno en el Quito Tennis Club	„	300.000,00
Quinta en Tumbaco	„	250.000,00
Automóvil marca Opel, 1971	„	80.000,00
Bienes muebles	„	120.000,00
MASA COMUN DE BIENES	$	5'200.000,00

Por consiguiente, en el problema planteado, el acervo común, masa común de bienes o acervo bruto es de cinco millones doscientos mil sucres, patrimonio que no es partible, puesto que están involucrados bienes que no pertecieron exclusivamente al causante y lo que se trata es de establecer precisamente qué le correspondió líquidamente.

Para proceder a la separación de patrimonios, es necesario ir eliminando los bienes que no le pertenecieron al de cujus, a efecto de que al final sólo queden los que fueron de su exclusiva propiedad, y así tenemos:

Derechos y acciones en la hacienda de Chambo .	$	1'000.000,00
Casa de la Avenida América de su propiedad ..	„	450.000,00
Cuota en la sociedad	„	200.000,00
Gananciales en el terreno del Quito Tennis Club .	„	150.000,00
Gananciales en la quinta de Tumbaco	„	125.000,00
Gananciales en el automóvil Opel	„	40.000,00
Gananciales en los bienes muebles	„	60.000,00
TOTAL DEL PATRIMONIO DEL CAUSANTE ..	$	2'025.000,00

Hecha la operación, nos encontramos con un segundo acervo real que es el *Acervo Ilíquido,* o sea el patrimonio exclusivo del antecesor, una vez practicadas las operaciones de separación de patrimonios o bienes pertenecientes a terceras personas, pero antes de las rebajas taxativamente contempladas por el artículo 1023.

Por consiguiente, los 5'200.000,00 constituyen el acervo común o masa común de bienes, que no es partible; los 2'025.000,00 constituyen, a su vez, el acervo ilíquido, que aparentemente parece partible, pero que tampoco lo es, por prohibírselo la ley, que impone con criterio lógico y de estricta justicia, la práctica de algunas rebajas.

Nuestro Código, en la disposición invocada, señala cuatro rebajas, que son las siguientes:

1.—Gastos de última enfermedad, funerales y judiciales, relativos a la apertura del testamento cerrado, si lo hubiera, apertura de sucesión, inventarios, etc.;
2.—Deudas hereditarias;
3.—Impuestos fiscales que gravaren la masa hereditaria; y,
4.—Porción conyugal.

Se entiende que el patrimonio del causante constituye una universalidad, en la cual están incluidos créditos y obligaciones; de tal suerte que al hablar del patrimonio sucesorio nos estamos refiriendo al activo y pasivo, a efecto de establecer el verdadero acervo ilíquido.

El tercer acervo real corresponde al *Acervo Líquido,* que es el patrimonio exclusivo del de cujus, una vez separado de otros patrimonios y practicadas las rebajas de ley.

El proyecto de don Andrés Bello y varios Códigos contemporáneos contemplan cinco rebajas, pues a las cuatro citadas, agregan los alimentos. Nuestro legislador, con criterio ajustado al derecho y a la lógica, los eliminó como rebaja, puesto que tanto el derecho como la obligación son de carácter personal y por lo mismo intransmisibles. Empero mantuvo la disposición contenida en el artículo 1024, por el cual:

> "Los alimentos que el causante ha debido por ley a ciertas personas, no gravan la masa hereditaria, sino sólo al partícipe de la sucesión a quien el testador haya impuesto esa obligación".

Y esto es lo justo. En este aspecto nosotros hemos mejorado tanto el proyecto de Andrés Bello, como los Códigos Civiles Chileno, Colombiano, etc. vigentes, porque no parece atinado que los alimentos, que son personalísimos, graven a la masa común de bienes. Si el testador desea que los alimentos que estaba obligado a suministrar, subsistan después de sus días, tiene que señalar de manera expresa el asignatario al cual, a más de beneficiarle con la herencia o legado, le impone este gravamen, y allí tenemos el caso de las asignaciones testamentarias propiamente modales.

Las rebajas, pues, de acuerdo a nuestras leyes, son cuatro y nada más, y tienen que hacerse en ese orden, de modo estricto. Existe jurisprudencia ya admitida y generalizada, que si el monto total de bienes, vale decir el acervo ilíquido, es tan limitado que no alcanza siquiera para todas las rebajas, se aplicarían en su orden severamente, de tal suerte que si se agota en la primera o en la segunda, por ejemplo, no cabe considerarse las siguientes, peor el acervo líquido, que resultaría inexistente.

La *primera rebaja* es clara y no requiere otras consideraciones, pues se ciñe a la realidad. En toda sucesión fatalmente habrá gas-

tos de mortuoria —el comercio del dolor—, aunque no siempre ni gastos de última enfermedad ni judiciales; pero el orden sería: gastos de última enfermedad, funerales y judiciales.

La *segunda rebaja* dice relación a las *deudas hereditarias* que son aquellas que contrajo el causante; que fueron exigibles en su vida, como letras de cambio, pagarés, créditos hipotecarios, etc., que representan títulos por las correspondientes obligaciones. Al fallecer, transmite éstas a sus herederos y tales obligaciones se convierten para el heredero en deudas hereditarias.

En relación con esta clase de deudas, cabe recordar algunos principios generalmente repetidos por los tratadistas: para heredar hay que pagar primero las deudas; herencia en la que existen deudas, propiamente no es herencia.

Se suele confundir a menudo la deuda hereditaria con la *deuda testamentaria,* que son en esencia diferentes y que reúnen características propias y se sujetan a consecuencias distintas. Mientras las primeras son, como se dijo, aquellas que se obligó el predecesor personalmente, las testamentarias son aquellas liberalidades consignadas por él en su carta testamentaria y que son exigibles tan sólo después de sus días. Las deudas hereditarias constituyen obligaciones y las deudas testamentarias devociones. Y también quienes se consagran a estos estudios, al hacer referencia a la institución, recuerdan ese aforismo popular aplicable justamente al caso: "primero la obligación y después la devoción".

En ello estriba el fundamento de que la deuda hereditaria constituye materia de rebaja, y no así la deuda testamentaria, que tiene otro origen, destino y derivación. No sería ni lógico ni justo que quien hizo un favor al causante, mediante un préstamo, sea perjudicado o preterido. En vida misma de la persona de cuya sucesión se trata podía el acreedor hacer valer su derecho, con mayor razón cuando su deudor ha fenecido; sus sucesores, antes de proceder a la división, tienen que cumplir tan apremiante obligación.

La *tercera rebaja* se refiere a los *impuestos fiscales que gravan a la masa común hereditaria.* Hay que distinguir entre impuestos fiscales, municipales, seccionales o locales, y sólo los de la primera clase constituyen materia de rebaja y también aquellos que tienen un carácter general y que afectan al patrimonio sucesorio en su totalidad, no aquellos de estricto sentido personal, como por ejemplo el impuesto a la sucesión, que grava a cada sucesor en particular y que está sujeto a una serie de consideraciones, ya en torno a la relación de parentesco, edad, estado civil, número de cargas familiares, situación económica, etc., el impuesto a la donación, a la renta, etc.

En la práctica profesional se observa que generalmente los procuradores de sucesiones no aplican la ley en su sentido claro y obvio en esta materia, por cuanto imputan a esta rebaja tanto los impuestos prediales como los relativos a la sucesión. Los primeros son municipales, mas no fiscales; los segundos, no obstante ser de esta última clase, en cambio son estrictamente personales y están obligados a satisfacer todos y cada uno de los sucesores, a los cuales, una vez practicada la liquidación, se les notifica con el respectivo título de crédito. Pero además, con relación a los impuestos a las herencias y legados, hay que insistir en que para pasar del acervo ilíquido al acervo líquido —como queda establecido— hay que proceder a las rebajas de ley y la tercera es precisamente la que examinamos; y sólo efectuadas todas las rebajas que se presentaren en cada caso tenemos el acervo líquido o partible, a base del cual se hará la respectiva distribución y se calculará, recién en ese momento, cuánto debe tributar cada asignatario por concepto del impuesto a la sucesión.

La *cuarta rebaja* dice relación con la *porción conyugal.* Aunque debemos tratar más extensamente de ella al abordar la problemática de las asignaciones forzosas, establezcamos que es la parte de los bienes del causante que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación. (Art. 1218).

No todo cónyuge tiene derecho a la porción conyugal; el derecho está supeditado a ciertas circunstancias. El cónyuge supérstite

que posee bienes propios, no tiene ningún derecho, siempre que ellos sobrepasen de la cuota que le correspondería por dicho concepto, esto es, la cuarta parte del patrimonio del antecesor, hechas las rebajas anteriores. Y si tiene bienes, pero no de tanto valor, sólo tendría derecho a la diferencia y ésta se denomina "porción conyugal de complemento". Esta porción conyugal prácticamente no se presenta en el régimen de familia que vivimos, pues generalmente el patrimonio se forma en sociedad conyugal, y por lo regular los gananciales del cónyuge sobreviviente representan un mayor volumen que el acervo líquido, desde luego que, por lo común, los gananciales del cónyuge difunto están formando el acervo ilíquido, del cual hay que hacer las rebajas de la ley, de tal suerte que hechas éstas y comparado dicho valor con los gananciales del cónyuge supérstite, éstos son mayores que aquél.

Realidad que nos induce a creer que la porción conyugal, tal como se regula en nuestra ley, viene a resultar una especie de cuota de beneficencia, destinada exclusivamente al cónyuge pobre, lo cual parece que contraría principios de justicia y equidad.

Volveremos a ocuparnos de esta materia interesante y que integra el trinomio de las asignaciones forzosas. Por ahora, digamos que hechas las tres rebajas anteriores, obtenemos un acervo líquido tentativo, del que tomamos la cuarta parte, para compararla con el patrimonio del cónyuge sobreviviente. Si éste no posee nada, cosa inverosímil y rarísima, tiene derecho a toda la cuarta parte, en concepto de porción conyugal. Si tiene bienes, pero no de tanto valor como dicha cuarta, tendría opción a la diferencia, caso de porción conyugal de complemento; y si tiene bienes que pasan de esa cuarta, que es lo común y generalizado, no tiene derecho alguno a la porción conyugal.

En el primero o en el segundo de dichos casos, del acervo líquido tentativo, debería reducirse la porción conyugal íntegra o la porción conyugal de complemento, y entonces, lo que queda constituye el acervo líquido.

En síntesis, el acervo líquido no es otra cosa que el patrimonio propio del causante, una vez ejecutadas las rebajas establecidas por el legislador. Este acervo también se denomina *acervo par-*

de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

tible, puesto que es el único que permite proceder a las operaciones de división de bienes o partición.

En toda sucesión se presentan imprescindiblemente estos dos acervos reales: el acervo ilíquido y el acervo líquido.

Examinemos algunos ejemplos sobre los acervos reales:

Fallece el ciudadano A, cuyo patrimonio está compuesto de la siguiente manera:

Una casa cuyo avalúo asciende a	$	300.000,00
Una sociedad con B, cuyo activo es de	„	200.000,00
Cédulas hipotecarias por valor de	„	100.000,00
Una deuda bancaria por	„	50.000,00
Los gastos de última enfermedad y mortuoria llegan en total a	„	20.000,00

Este es un ejemplo en el cual se presentan todos los acervos reales. Primero tenemos que obtener el acervo común, mediante la suma de los valores totales, incluidos los de la sociedad:

Valor de la casa	$	300.000,00
Activo de la Sociedad con B	„	200.000,00
Cédulas hipotecarias	„	100.000,00
ACERVO COMUN	$	600.000,00

De este acervo común tenemos que pasar al acervo ilíquido, que logramos separando patrimonios, y en este caso, sólo deduciendo el haber social con B:

Valor de la casa	$	300.000,00
Mitad de la Sociedad	„	100.000,00
Cédulas hipotecarias	„	100.000,00
ACERVO ILIQUIDO	$	500.000,00

Tampoco este acervo es partible, pues tenemos que deducir las rebajas de ley y entonces obtenemos el acervo líquido, en la siguiente forma:

Gastos última enfermedad y funerales	$	20.000,00
Deuda hereditaria (deuda bancaria)	„	50.000,00
TOTAL DE REBAJAS	$	70.000,00
Acervo ilíquido	$	500.000,00
Menos rebajas de ley	„	70.000,00
ACERVO LIQUIDO	$	430.000,00

Otro ejemplo:

La señorita X adquiere un terreno por valor de $ 150.000,00; contrae matrimonio con el señor Y, en cuya unión construye una casa por valor de $ 250.000,00; adquieren bienes muebles que ascienden a la cantidad de $ 50.000,00 y una camioneta por $ 80.000,00. La sociedad conyugal debe a la Mutualista Benalcázar la suma de $ 100.000,00. La señora de Y recibe un legado de $ 80.000,00 y fallece.

El avalúo de la casa y terreno asciende a la suma de	$	650.000,00
Bienes muebles	„	50.000,00
Automóvil	„	80.000,00
Legado	„	80.000,00
ACERVO COMUN	$	860.000,00
Activo de la sociedad conyugal	$	780.000,00
Pasivo de la sociedad, valor del terreno y deuda a la Mutualista	„	250.000,00
	$	530.000,00
GANANCIALES DE CADA CONYUGE	„	265.000,00

Gananciales de X	$	265.000,00
Valor del terreno suyo	„	150.000,00
Legado	„	80,000,00
ACERVO ILIQUIDO	$	495.000,00
Rebajas de ley:		
Gastos de última enfermedad	$	25.000,00
Funerales	„	15.000,00
TOTAL REBAJAS	„	40.000,00
Acervo ilíquido	$	495.000,00
Menos rebajas de ley	„	40.000,00
ACERVO LIQUIDO	$	455.000,00

ACERVOS IMAGINARIOS

Los acervos imaginarios constituyen una creación del legislador con el propósito de amparar a los legitimarios por donaciones hechas por el causante.

Legitimarios son los hijos y los padres, excluyendo los primeros a los segundos. Los legitimarios tienen derecho a la legítima rigurosa, que está representada por la mitad del patrimonio del causante. Bien puede ocurrir que se burle la ley privando a los legitimarios de su asignación forzosa, mediante donaciones; y precisamente para proteger los derechos de los legitimarios, la ley ha creado los acervos imaginarios, que son de dos clases:

a) Cuando las donaciones se han hecho a otros legitimarios; y,

b) Cuando las donaciones han sido hechas a no legitimarios.

Cuando las donaciones han favorecido a otros legitimarios, se forma el *primer acervo imaginario,* que no es otra cosa que la suma del acervo líquido más los valores donados. Desarrollemos un ejemplo:

Supongamos que X tiene cuatro hijos: A, B, C y D. Dona a B $ 50.000,00 y a D $ 100.000,00. Cuando fallece, hechas todas todas las operaciones, se obtiene un acervo líquido de $ 650.000,00.

Si aplicáramos fríamente las normas generales, fallecido X, que es el causante, cuyo acervo líquido es de $ 650.000,00, tendríamos que dividir esa cantidad en cuatro partes iguales (partiendo del supuesto que no otorgó testamento y que, por consiguiente, no dispuso ni de la cuarta de mejoras ni de la cuarta de libre disposición), o sea que a cada uno de los hijos correspondería $ 162.500,00. Pero como B recibió $ 50.000,00 y D $ 100.000,00, en vida del predecesor, resultaría que en definitiva sus hijos recibirían las siguientes cantidades:

A	=	$	162.500,00
B	=	„	212.500,00
C	=	„	162.500,00
D	=	„	262.500,00

Lo cual consagraría una injusticia. Para evitar tal cosa se ha instituido el primer acervo imaginario, que se forma de la siguiente manera:

Acervo líquido	$	650.000,00
Donaciones a B y D	„	150.000,00
PRIMER ACERVO IMAGINARIO	$	800.000,00

Este acervo imaginario dividimos para el número de legitimarios, o sea para cuatro y obtenemos $ 200.000,00 que es la legítima rigorosa que corresponde a cada hijo que nada recibió en vida de

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

su padre, y a los que recibieron, se imputa la donación a dicha legítima, y por consiguiente se deduce la cantidad recibida en ese concepto; de tal suerte que recibirán de este modo:

	Legítima Rigorosa		Donaciones		Legítima Efectiva
A:	$ 200.000,00				$ 200.000,00
B:	„ 200.000,00	—	$ 50.000,00	=	„ 150.000,00
C:	„ 200.000,00			=	„ 200.000,00
D:	„ 200.000,00	—	„ 100.000,00	=	„ 100.000,00
	$ 800.000,00		$ 150.000,00	=	$ 650.000,00
	1er. Acervo Imaginario		Total Donaciones		Acervo Líquido

★

Cuando el causante ha hecho donaciones a no legitimarios se presentan tres casos o situaciones:

a) Que lo donado no exceda de la cuarta de libre disposición;
b) Que las donaciones sean mayores, pero no excesivas, en relación con la cuarta de libre disposición; y,
c) Que la materia de la donación sea voluminosa.

1er. caso: Donación igual o menor a la cuarta de libre disposición:

Pongamos un ejemplo:

El causante ha donado treinta mil sucres a un amigo; hechos los cálculos aparece un acervo líquido de $ 130.000,00. A este acervo líquido hay que sumar lo donado o sea $ 30.000,00:

Acervo líquido	$	130.000,00
Donación	„	30.000,00
ACERVO IMAGINARIO	$	160.000,00

De este acervo imaginario de $ 160.000,00, calculamos la cuarta de libre disposición, que resulta $ 40.000,00; o sea, que podía donar hasta cuarenta mil sucres, como donó treinta mil sucres, no se presenta problema alguno.

Desarrollemos otro ejemplo:

Una persona dona a no legitimarios (hermanos, sobrinos, amigos, etc.) la suma de $ 80.000,00, y a su fallecimiento, abierta la sucesión y hechas las operaciones se establece que el acervo líquido asciende a la cantidad de $ 240.000,00, entonces tendríamos:

Acervo líquido	$	240.000,00
Donaciones	„	80.000,00
ACERVO IMAGINARIO	$	320.000,00

De este acervo imaginario obtenemos la cuarta de libre disposición, que es $ 80.000,00. Podía donar hasta ochenta mil sucres, y donó justamente el máximum donable, por lo cual tampoco se presenta ningún conflicto.

2do. caso: Donación mayor que la cuarta de libre disposición, pero no excesiva:

Desarrollemos un problema:

El de cujus ha donado a varias personas, que no son sus legitimatarios, sumas que alcanzan a $ 120.000,00, y el acervo líquido asciende a $ 240.000,00. Tenemos entonces lo siguiente:

Acervo líquido	$	240.000,00
Donaciones	„	120.000,00
ACERVO IMAGINARIO	$	360.000,00

De este acervo imaginario calculamos la cuarta de libre disposición, para conocer hasta qué cantidad podía donar, y tenemos que $ 90.000,00, lo que resulta inferior a lo donado, que tiene un exceso de $ 30.000,00.

En este caso, al acervo líquido, agregamos el exceso, para obtener un nuevo acervo imaginario:

Acervo líquido	$	240.000,00
Exceso donado	„	30.000,00
ACERVO IMAGINARIO	$	270.000,00

De este nuevo acervo imaginario calculamos la mitad de legítimas, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición, que fatalmente se verá afectada así:

ACERVO IMAGINARIO	$	270.000,00
Mitad de legítimas	„	135.000,00
Cuarta de mejoras	„	67.500,00
Cuarta de libre disposición	„	37.500,00
ACERVO LIQUIDO	$	240.000,00

En este segundo caso, se ve afectada la cuarta de libre disposición justamente en el exceso, pues normalmente la cuarta de libre disposición tendría que ser igual a la cuarta de mejoras y la mitad de las legítimas, mas, como en las donaciones se excedió en treinta mil sucres, la cuarta de libre disposición se reduce a teinta y siete mil quinientos sucres, o sea treinta mil sucres menos que corresponden matemáticamente a la suma donada excesivamente.

3er. caso: Donación excesiva o voluminosa:

También como en los casos anteriores, planteamos un problema para poder apreciar el desarrollo de las operaciones y las consecuencias en el orden matemático:

El antecesor ha donado a no legitimarios $ 340.000,00 y el acervo líquido alcanza a la suma de $ 100.000,00; practiquemos las operaciones:

Acervo líquido	$	100.000,00
Donaciones	„	340.000,00
ACERVO IMAGINARIO	$	440.000,00

De este acervo imaginario tomamos la cuarta parte, para saber hasta cuánto podía donar, y tenemos $ 110.000,00; pero como donó $ 340.000,00, tenemos un exceso:

Donaciones	$	340.000,00
4ta. de libre disposición	„	110.000,00
DIFERENCIA	$	230.000,00

Esta diferencia o exceso en la donación agregamos al acervo líquido en esta forma:

Acervo líquido	$	100.000,00
Diferencia o exceso	„	230.000,00
	$	330.000,00

éste si ya constituye *el segundo acervo imaginario*, del cual tiene que obtenerse la mitad de legítimas y la cuarta de mejoras:

Segundo acervo imaginario	$	330.000,00		
Mitad de legítimas	„	165.000,00	$	65.000,00
Cuarta de mejoras	„	82.500,00	„	82.500,00
	$	247.500,00	$	147.500,00

Como el acervo líquido apenas llega a $ 100.000,00 y el total de la mitad de legítimas y la cuarta de mejoras alcanza a $ 247.500, faltan $ 65.000,00 para cubrir la mitad de legítimas y la totalidad de la cuarta de mejoras, o sea $ 82.500,00, es decir, que resta para cubrir dichos valores $ 147.500,00.

Como el objeto de los acervos imaginarios es amparar a los legitimarios por donaciones hechas por el causante, en el primer acervo únicamente se aspira a igualarles, como se observó anteriormente; mas, en el evento de que las donaciones a no legitimarios sean voluminosas, esto es que se presente el tercer caso de tales donaciones, se produce el fenómeno del *segundo acervo imaginario,* que tiene como consecuencia jurídica y económica el que los legitimarios exijan la *restitución;* en el ejemplo propuesto, de $ 147.500,00, al tenor de lo que prescribe el artículo 1.232 del Código Civil, y las acciones se intentarán en orden inverso al de la donación, de tal modo que primero se exigirá al último donatario y así sucesivamente, pues se presume que la última o las últimas donaciones han sido las que afectaron a los legitimarios.

★

De los acervos estudiados, se presentan fatalmente en toda sucesión, como lo indicamos, tan sólo los dos últimos acervos reales, es decir, el acervo ilíquido y el acervo líquido o partible, que es el que permite proceder a las operaciones pertinentes, a efecto de adjudicar a los sucesores sus respectivas asignaciones.

Posiblemente es muy difícil que en la vida práctica se produzcan casos en que se puedan contemplar todos los acervos; empero, más con un carácter didáctico, tratemos de ensayar un problema en el cual sea posible calcular todos los acervos reales y los dos acervos imaginarios. Sólo que, en el evento de que se puedan presentar los dos acervos imaginarios, primero tendríamos que obtener el segundo acervo imaginario, para llegar a determinar la legítima rigorosa de cada uno de los legitimarios como corolario de la restitución, si llega a provocarse.

Formulemos supuestos:

Luis Acuña hereda de sus padres, bienes por	$	100.000,00
Con el producto de su trabajo compra un terreno por valor de	„	50.000,00

Contrae matrimonio con Ana Carvajal y adquiere bienes muebles e inmuebles por un valor de..... „ 180.000,00
Constituye una sociedad con Pedro Toral y Marcial Vaca, cuyo capital líquido alcanza a la suma de .. „ 300.000,00

Procrean tres hijos: Marcia, Leopoldo y Julián, a los cuales su padre les hace las siguientes donaciones: a Marcia $ 50.000,00 y a Julián $ 20.000,00.

Fallece Luis Acuña y se encuentra que tiene personalmente una deuda hipotecaria que asciende a los $ 100.000,00; además a su hermana le ha donado en 1965 $ 220.000,00 y a su amigo Federico López $ 100.000,00, en el año de 1972.

Por gastos de última enfermedad y mortuoria se han pagado $ 30.000,00.

En verdad, el caso propuesto nos permite calcular todos los acervos, los tres reales y los dos imaginarios. Comencemos por los acervos reales, formando el acervo común o masa común de bienes, para pasar a la separación de patrimonios:

Herencia	$	100.000,00
Terreno	„	50.000,00
Bienes sociedad conyugal	„	180.000,00
Bienes sociedad mercantil	„	300.000,00
ACERVO COMUN	$	630.000,00

Herencia	$	100.000,00
Terreno	„	50.000,00
Gananciales	„	90.000,00
Su cuota en la sociedad	„	100.000,00
ACERVO ILIQUIDO	$	340.000,00

Gastos última enfermedad y funerales	$	30.000,00
Deuda hereditaria	„	100.000,00
REBAJAS	$	130.000,00
Acervo ilíquido	$	340.000,00
Total rebajas	„	130.000,00
ACERVO LIQUIDO	$	210.000,00

Calculamos ahora el segundo acervo imaginario:

Para ello tomamos en cuenta las donaciones a no legitimarios que son:

A su hermana	$	220.000,00
A su amigo Federico López	„	100.000,00
Total de donaciones a no legitimarios	$	320.000,00

Al acervo líquido agregamos estas donaciones:

Acervo líquido	$	210.000,00
Donaciones a no legitimarios	„	320.000,00
ACERVO IMAGINARIO	$	530.000,00

La cuarta parte de $ 530.000,00 es $ 132.500,00, o sea lo que podía donar máximamente, como donó $ 320.000,00 existe una diferencia de $ 187.500,00:

Acervo líquido	$	210.000,00
Exceso o diferencia	„	187.500,00
SEGUNDO ACERVO IMAGINARIO	$	397.500,00

Mitad de legítimas	$	198.750,00
Cuarta de mejoras	„	99.375,00
Suman	$	298.125,00
Menos acervo líquido	„	210.000,00
DIFERENCIA	$	88.125,00

La suma de ochenta y ocho mil ciento veinticinco sucres es lo que tiene que restituir, a pedido de los legitimarios, Federico López, quien fue el último donatario.

Una vez que hemos obtenido el segundo acervo imaginario y sabemos la cantidad a restituirse, procedemos a calcular el primer acervo imaginario, para establecer la legítima rigorosa y la efectiva que corresponde a cada legitimario:

Acervo líquido	$	210.000,00
Suma a restituirse	„	88.125.00
Donaciones a legitimarios	„	70.000,00
PRIMER ACERVO IMAGINARIO	$	368.125,00

De este primer acervo imaginario calculamos la cantidad que corresponde a cada uno de los legitimarios en concepto de legítimas. Como son tres hijos, dividimos el acervo imaginario para ese número y obtenemos: $ 122.708,33, de tal suerte que esta suma íntegra recibirá quien no recibió donación alguna y que corresponde a la legítima rigorosa; y a los otros se les descontará las sumas recibidas en concepto de donación, puesto que se imputan a la legítima rigorosa y constituyen la legítima efectiva:

Marcia:	$	122.708,33	—	$	50.000,00	=	$	72.708,33	Acervo líquido
Leopoldo:	„	122.708,33				=	„	122.708,33	$ 210.000,00
Julián:	„	122.708,33	—	„	20.000,00	=	„	102.708,33	Restitución
									„ 88.125,00
							$	298.124,99	$ 298.125,00

CAPITULO VIII

SUCESION INTESTADA O LEGITIMA

Idea general acerca de sucesión intestada, abintestato, legal o legítima.— Casos en que se presenta dicha sucesión y subdivisiones.— Antecedentes y fundamentos de la institución.— Herencia por derecho personal y herencia por derecho de representación.— Estudio del sistema del Derecho de Representación, su significado y alcance.— Personas que intervienen en ese derecho.— Estudio comparativo de los derechos de transmisión y representación.— Los órdenes de la sucesión intestada.— Las sucesiones sin consanguíneos en que el Estado es el gran heredero universal.— Sucesiones abintestato de extranjeros.— Algunas otras consideraciones en torno a la sucesión abintestato.

Enunciamos con anterioridad, que existen tres clases de sucesiones:

1.—Testamentaria, en la que prevalece la voluntad del causante, expresada conforme a la ley;

2.—La intestada, en la cual por no existir testamento válido y eficaz, se aplican las disposiciones legales; y,

3.—La mixta, en la cual no obstante existir testamento, no se lo puede aplicar en su totalidad, haciéndose indispensable proceder en consonancia con las emanaciones legales, en la parte en la que no es susceptible de cumplir la voluntad del testador.

El profesor colombiano Arturo Valencia Zea manifiesta que "la sucesión intestada comprende un conjunto de normas mediante las cuales se determina quienes tienen vocación hereditaria para recibir los bienes que deja una persona al morir, en los casos en que dicha persona no haya hecho testamento".

Para Planiol, la sucesión intestada es la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de una persona a otra por mandato de la ley; y la mayoría de tratadistas convienen en sustentar que la sucesión abintestato es aquella en que la ley dispone de los bienes del causante que no otorga testamento.

Nosotros podríamos enunciar un concepto que contemple un poco más concretamente la realidad jurídica, y así nos proponemos ensayar el siguiente:

La *Sucesión Intestada* es aquella en la cual, por carecer de testamento válido y eficaz, el legislador aspira a interpretar la voluntad presunta del causante y dispone de su patrimonio.

La sucesión intestada surgió en la sociedad humana mucho antes que la testada, como es obvio, pues respondió a un proceso natural. El testamento es un instrumento jurídico que requiere maduración, evolución, perfección, hasta cierto punto, de los sistemas y de las instituciones. Es algo elaborado con experiencia y sapiencia. En las comunidades primitivas, la tradición consagró la fórmula más sencilla y natural: cuando fallecía una persona, sus pertenencias pasaban, por proceso espontáneo, al círculo más íntimo de sus familiares, a aquellas personas que participaron la vida con él, y generalmente no surgían complicaciones ni problemas, todo se producía con simpleza y siguiendo un orden natural.

Parece que solamente a partir de la Ley de las XII Tablas se instituyó el testamento, como un medio valedero para que la persona expresase su voluntad en torno a sus bienes y relaciones

INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

de familia, y que todo ello tenga validez y se respete después de sus días. En Roma, no se podía concebir que una persona muriese sin haber otorgado testamento. Si tal caso hubiera ocurrido, se lo catalogaba como una expresión propia del "capitis diminutio", una pérdida del nivel moral, una degradación jurídica.

No siempre las sociedades han tenido el mismo concepto y respeto hacia la sucesión testamentaria. Posiblemente, después de Roma, pocos pueblos le han reconocido un carácter trascendental, a tal punto que va perdiendo cierta categoría e importancia. En nuestro medio mismo, las varias investigaciones realizadas han arrojado una estadística relativa, de la que se desprende que aproximadamente un ochenta por ciento de las sucesiones corresponden precisamente a las intestadas o legítimas.

Para fundamentar los principios de la sucesión abintestato, los tratadistas acuden a las más variadas consideraciones. El profesor de la Universidad de Colombia Simón Carrejo, manifiesta que "sin duda, la sucesión intestada refleja el natural interés social, familiar, político y jurídico encaminado a dar mayor solidez al núcleo familiar, en cuya base están los vínculos de la sangre: en ello se ve la principal justificación de la distribución herencial intestada. La ley, hace, pues, una labor de indagación de la voluntad presumible del causante; lo que éste hubiera hecho en materia de repartir sus bienes, si hubiera habido lugar a ello. Razón por la cual el legislador favorece a las personas a quienes con toda probabilidad el de cujus hubiese instituido herederos. Lo natural es entonces que el ordenamiento llame a quienes el causante profesaba mayor afecto, que se entienden ser sus parientes más próximos, comenzando por sus hijos, con los padres y así en adelante".

Otros tratadistas nos hablan de las obligaciones hacia los legitimarios; del principio de la armonía social; de la voluntad presunta del causante y del afecto también presunto del antecesor. Al respecto, el ilustre maestro nuestro Alfredo Pérez Guerrero, no acepta el criterio de la voluntad presunta del causante y considera que mal puede interpretar la ley una voluntad que no fue expresada.

Y asimismo, resulta un tanto relativo aquello del "afecto presunto del causante", porque muchas veces el afecto de la persona se acentúa mucho más hacia seres extraños no vinculados a él por ligámenes de consanguinidad. Más aún, si consideramos que algunas legislaciones confieren derechos al cónyuge divorciado sin haber dado motivo para ello, o llaman a la sucesión hasta el sexto y octavo grado colateral.

Presumimos que los seres más íntimos, los que estuvieron ligados por más estrechos lazos de sangre al de cujus, son los llamados a sucederle en su patrimonio, con las excepciones legales ya relativas a indignidad, ya a desheredamiento.

Los casos de sucesión intestada están puntualizados en el artículo 1043 de nuestro Código y son los siguientes:

1.—Cuando el causante no ha dispuesto de sus bienes;

2.—Cuando no obstante haber dispuesto de su patrimonio, no lo ha hecho conforme a derecho; y,

3.—Cuando a pesar de haber dispuesto de sus bienes, no surten efecto las disposiciones.

Estudiemos cada uno de estos casos, para tener una imagen lo más clara y sustancial.

1er. caso: Cuando el causante no ha dispuesto de sus bienes:

Cuando el causante no ha dispuesto de sus bienes, pueden presentarse las siguientes situaciones:

a) Que el causante no haya otorgado testamento. El único medio jurídico por el cual una persona puede disponer de su patrimonio, es el testamento. Quien no ha otorgado testamento no ha tenido oportunidad ni posibilidad de disponer de sus bienes, para que tal disposición tenga efecto después de sus días;

b) Cuando el testamento es nulo, desde luego que la nulidad equivale a inexistencia. Si el testamento adolece de una de las

causales de nulidad, ya en la forma o ya en el fondo, es como si jamás se hubiese otorgado testamento, y entonces no se ha dispuesto de los bienes;

c) Cuando el testamento se contrae exclusivamente a declaraciones. Es de la esencia de todo testamento contener disposiciones; pero también puede contener declaraciones, como las relativas a reconocimiento de un hijo, o diversas otras expresiones, inclusive líricas, políticas, etc. Si el testamento se limita únicamente a declaraciones, no existen disposiciones y por lo tanto la ley tiene que asumir la responsabilidad de suplir la omisión en que incurrió el testador; y,

d) Cuando mediante acto testamentario posterior, el causante revoca en su totalidad las disposiciones contenidas en el testamento anterior. En efecto, es también de la esencia de todo testamento la revocación, y el testador se reserva, a perpetuidad, la facultad de dejar sin efecto las disposiciones testamentarias, y si las revoca en su totalidad, estamos en el caso de que no existen disposiciones.

Algunos autores contemplan un nuevo caso cuando en el testamento se ha instituido tan sólo legatarios, y es indispensable llamar a los herederos abintestato, para que ellos ocupen el lugar de su antecesor. Discrepo del criterio de la mayoría de tratadistas, puesto que este sería el caso típico de sucesión mixta, pues en lo concerniente a los legados tendríamos que cumplir la voluntad del testador y con relación a la herencia deberíamos aplicar las normas legales.

Igual situación es aquella que contemplan algunos profesores, que manifiestan que debe asimilarse al primer caso cuando el testador no ha dispuesto de todos los bienes. También considero que se trata de un caso evidente de sucesión mixta, por cuanto, en relación con los bienes que han sido asignados, damos cumplimiento a las disposiciones testamentarias y en relación con los que no han sido dispuestos, aplicamos los principios de la sucesión intestada, como lo establece el inciso segundo del artículo 1016, que prescribe:

Universidad Central
INSTITUTO

"La sucesión en los bienes de una persona puede ser, parte testamentaria, y parte intestada".

La sucesión intestada llama a suceder en la universalidad a la comunidad sucesoria, si existen sólo legados u otras disposiciones, no podría aplicarse el principio jurídico; situaciones en las cuales desembocamos fatalmente en el caso de la sucesión mixta, en que por haberse omitido o errado en las disposiciones, lo que falta de asignarse seguirá el curso de la sucesión legal, llamándose a los sucesores en consonancia con los órdenes establecidos hasta llegar al Estado, en último término.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar un criterio muy respetable de Alfredo Pérez Guerrero, que cree, que cuando en un testamento sólo existe una declaración por la cual se reconoce a un hijo, se está disponiendo de su patrimonio y, por consiguiente, no cabe hablar de sucesión intestada. Discrepo también en lo general de tan singular punto de vista, porque, si en verdad se le está reconociendo, no sólo en su calidad de hijo, sino de legitimario y tácitamente se le está asignando la parte pertinente, empero, en relación con los demás sucesores sería preciso aplicar los preceptos legales, esto es, se trataría igualmente de una sucesión mixta: parte testada (reconocimiento del hijo, etc.), y parte intestada (llamamiento a los herederos abintestato). Sin embargo, la casuística puede presentarnos una situación en la cual el testador no tiene sino un solo hijo, al cual mediante carta testamentaria le reconoce como tal, entonces podríamos concluir que al mismo tiempo que de modo expreso lo reconoció como su hijo, tácitamente le instituyó su heredero universal, aunque también en este caso se podría mantener que el testamento surte efecto en la declaración y que sólo en virtud del mandato de la ley, el hijo reconocido se convierte en heredero universal, porque, por otra parte, las disposiciones tienen que ser expresas y no existe pasaje alguno de la ley que acepte un tipo sui generis de disposición, la disposición tácita.

de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

2do. caso: Cuando el testador dispuso de sus bienes, pero no conforme a derecho:

El profesor Hernando Carrizosa Pardo sostiene al respecto que "entre los preceptos que organizan la testamentación, unos señalan imperativamente las formalidades propias de los testamentos, y otros marcan los linderos de la libertad de testar. Todos estos imperativos son de orden público; la violación de los primeros acarrea la sanción de nulidad, la de los otros puede originar la reforma del testamento. De violar preceptos atañaderos a formalidades que son requeridas ad solemnitatem, como las de los testamentos, es de lo que dimanan las nulidades que se llaman externas, cuyo efecto es hacer caer el testamento y que la sucesión se ordene íntegramente por las leyes propias de la sucesión intestada. Por razón de estas nulidades pueden nacer para los herederos legítimos, obligaciones naturales. Otras veces la nulidad del testamento proviene de cuestiones de fondo; de violar disposiciones de orden público, como instituir heredero a un incapaz de heredar, o de algún vicio del consentimiento: la fuerza, el error y el dolo. En estos eventos la nulidad puede extenderse a todo el contenido del testamento, y entonces la sucesión será integralmente intestada; o sólo a ciertas disposiciones testamentarias, en cuyo caso la sucesión será parte testada y parte intestada. Algunos ejemplos aclararán estos conceptos: si el causante instituye como heredero universal a un incapaz de suceder, el testamento no es conforme a derecho, y toda la herencia pasará a los herederos abintestato; pero si conjuntamente con el incapaz llamó a otro, la nulidad en nada perjudica a éste, quien, por acrecimiento, será heredero testamentario. Pero si la nulidad es dimanante de error o de dolo, y el error se extiende a todo el testamento, los abintestato serán llamados a recoger la herencia; mas si el vicio no se extiende sino a cláusulas determinadas, tendrá efecto el testamento en lo demás; la materia de estas cláusulas que se declaran nulas corresponderá a los herederos abintestato".

Algunos creen que estaría involucrado en este segundo caso cuando el testador irrespeta las asignaciones forzosas, si existiendo

Universidad Central
INSTITUTO

legitimarios, por ejemplo, asigna la legítima a terceras personas. Podría admitirse tal hipótesis en el supuesto de que el testador hizo una sola disposición, asignó todo su patrimonio a quien no es su legitimario, no obstante tener hijos, por ejemplo; entonces aplicaríamos este principio y tendríamos el segundo caso de sucesión intestada. De otro modo volveríamos a la sucesión mixta: tendríamos que respetar las disposiciones testamentarias y en lo concerniente a la violación de la asignación forzosa aplicaríamos la ley, o sea tendríamos una sucesión intestada.

Pero también se cree que en el evento de que el testador que tiene hijos instituyera heredero universal a una tercera persona, ésta tendría derecho a la cuarta de libre disposición, correspondiendo todo lo demás a aquéllos. Tampoco es admisible este supuesto, desde luego que sólo el causante, mediante carta testamentaria, puede expresamente asignar dicha cuarta parte a quien quiera; pero está obligado a dejar la mitad de legítimas a sus hijos y la cuarta de mejoras a sus descendientes como a bien tenga; mas todo esto no puede presumirse, sino que debe contemplarse en el testamento. En el caso planteado, los hijos tendrían derecho a proponer la acción de reforma del instrumento jurídico en referencia, para que el juez, en acatamiento de la ley, les reconozca como únicos y universales herederos abintestato.

3er. caso: No surten efecto las disposiciones testamentarias:

El testamento reúne todos los requisitos legales; es perfecto en el fondo y en la forma; no hay fundamento alguno para alegar su nulidad, empero, resulta a posteriori ineficaz, en cuyo caso contemplamos las siguientes situaciones:

a) Cuando el sucesor es premuerto, vale decir cuando ha fallecido antes que el testador, no surten efecto las disposiciones testamentarias;

b) Cuando el asignatario es incapaz, puesto que para suceder por norma general hay que reunir el requisito de capacidad;

c) Cuando el causahabiente es indigno, por el mismo razonamiento anterior, ya que para suceder se debe estar revestido del atributo de dignidad;

d) Cuando el heredero o legatario repudia sus respectivas asignaciones, desde luego que gozan de la facultad de aceptar o repudiar porque en nuestra legislación no se contempla el principio del Derecho Romano de los herederos necesarios, que no podían rechazar la herencia; y,

e) Si se tratase de testamento privilegiado, no surten efecto sus disposiciones, por cuanto caduca a los noventa días, contados desde que cesaron las circunstancias imperativas consignadas por el legislador y que facultan para otorgar tal modalidad de testamento.

Históricamente, en la sucesión intestada, era indispensable investigar el origen de los bienes; y en el Derecho Romano, por ejemplo, se practicaba la fórmula relativa a la línea paterna y a la línea materna (paterna-paternis; materna-maternis). Esto es, se atendía al origen de los bienes; y aunque existía la sociedad conyugal, siempre había la disyuntiva en materia de sucesión, y los herederos del padre recogían los bienes de esa línea y los herederos de la madre, los bienes de la otra línea.

Nuestro legislador tomando el modelo de otros pueblos, establece la disposición contenida en el artículo 1044, que dice:

> "La ley no atiende al origen de los bienes, para reglar la sucesión intestada, o gravarla con restituciones o reservas".

Lo cual apenas si tiene el antecedente histórico o de tradición, como se ha recordado, y no hace falta la disposición, que resulta incoherente con los sistemas contemporáneos, como tampoco hizo falta el precepto que se lo mantuvo intocable a través de los tiempos y que en la última reforma se lo suprimió, por su carácter eminentemente feudal e incompatible con el espíritu y estructura de

nuestra sociedad. Hasta en la edición anterior de nuestro Código, previa a las últimas reformas de 1970, existía una norma, que rezaba:

"En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura".

Evidente residuo del medioevo, sin aplicación sensata ni criterio de justicia, salida la humanidad de sistemas caducos y que entrañaban privilegio para el varón y el primogénito.

★

Por otra parte, indicamos antes que, a falta de testamento válido y eficaz, la ley suple la omisión o corrige el error en que incurrió el causante, y llama a los herederos, los únicos asignatarios posibles en sucesión abintestato, pues no cabe hablar de legatarios, que sólo pueden ser instituidos por voluntad expresa del testador.

Por mandato de la ley, la totalidad patrimonial pasará a la unidad sucesoria, esto es, que el conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles, desprendido de quien fuera su titular, que ya no existe, pasará a radicarse en todos cuantos constituyen la línea de sucesión primera, sin discriminación posible.

Y en esta suerte de sucesión, se contempla que esa unidad sucesoria debe ser buscada primero en la línea descendente, después en la ascendente, luego en la línea colateral y por último el Estado, siguiendo el principio de que primero desciende, a continuación asciende y finalmente se extiende.

Parece acertado el criterio generalmente admitido por la doctrina y la legislación de la mayoría de pueblos, puesto que hay deberes sociales que resultan más imperativos, y así el padre está más obligado hacia sus hijos que hacia otras personas, porque él los engendró y asume la responsabilidad de la existencia, subsistencia y convivencia de sus vástagos; quien no tiene hijos, estará más íntimamente vinculado a sus padres, que a otros seres, y, en definitiva, quien carece de hijos y padres, tendrá mayores nexos con su cónyuge o con sus hermanos, que con otras personas.

Esto, cuando el de cujus tiene consanguíneos, pero bien puede ocurrir que no los tenga en los grados expresamente limitados por la ley, entonces es evidente que se vea obligado a retribuir cuanto hizo el Estado en su favor, al permitirle que modele su patrimonio, gracias a los sistemas de protección, seguridad, paz, etc., etc.

Más adelante, al referirnos a los órdenes de la sucesión intestada, volveremos a ampliar los conceptos pertinentes, especialmente en relación con estos últimos planteamientos.

SUCESION ABINTESTATO POR DERECHO PERSONAL Y POR DERECHO DE REPRESENTACION

El artículo 1046 establece una norma de desdoblamiento de la sucesión abintestato, cuando dispone que:

"Se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación".

Se sucede por derecho personal, cuando el llamado a la herencia lo hace por sí, directamente, debido a que tiene un parentesco inmediato, por así enunciarlo, con el causante. La relación entre el antecesor y el sucesor es directa, como la que existe entre el padre y el hijo, o entre éste y aquél, o entre hermanos. Ejemplo: Fallece X, que tiene tres hijos: A, B y C. Estos le suceden a X en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles abintestato, por derecho personal, en el supuesto de que no otorgó testamento válido y eficaz y que los enumerados fueren sus únicos descendientes. Muere Z que no tiene ni descendientes ni ascendientes ni cónyuge sobreviviente, sino tan sólo dos hermanos: D y E, éstos le sucederán intestadamente, por derecho personal.

Se sucede por derecho de representación, cuando se ocupa el lugar de otra persona, a la que se le sustituye, por autorización de la ley. Tal vez un ejemplo puede darnos una visión del fenómeno jurídico, con toda exactitud y claridad. Fallece A sin otorgar testa-

mento; tuvo tres hijos: X, Y y Z. Antes de que muera A, falleció su hijo X, quien a su vez dejó dos hijos: R y S. Si nos atuviéramos al principio general, tendríamos que muerto A, como X fue premuerto, sus nietos R y S no heredarían, porque por norma obligatoria, los parientes de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano; y los hijos están más cerca del padre que los nietos. Pero por un principio de justicia, se acerca a los nietos al causante, haciendo que ellos ocupen la vacante dejada por su padre, para suceder a su abuelo en el mismo nivel que sus tíos, con la diferencia de que sus tíos Y y Z heredan por cabezas y los nietos por estirpes. Así, pues, si el acervo líquido fuera de $ 300.000,00, a Y le correspondería $ 100.000,00, a Z también $ 100.000,00 o sea cuota íntegra, porque *al suceder por derecho personal, heredan por cabeza;* y a cada uno de los nietos R y S les corresponderá $ 50.000,00 o sea la cuota íntegra que le habría correspondido a su padre si viviera, se divide entre ellos, porque *al suceder por derecho de representación, heredan por estirpe.*

Respecto de la *representación, el artículo* 1046 de nuestro Código, dice que:

> "Es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o su madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder".

De esta definición un tanto imprecisa y ambigua, se derivan algunas consideraciones:

a) El precepto asevera que la Representación es una *ficción legal.* ¿Qué es la ficción? Este vocablo tiene varias acepciones: acción y efecto de fingir; creación de la imaginación; es algo que se urde o artificialmente se hace. Y hasta cierto punto así resulta, cuando a los nietos les asciende de categoría, haciéndoles ocupar precisamente el lugar del padre y colocándoles a la altura de sus tíos; todo por mandato de la ley, que trata de que impere la justicia, pues los hijos, a más del dolor

de perder a su padre, se verían perjudicados y privados de la cuota que le habría correspondido si viviera. Los tratadistas dudan y no aceptan que el legislador emplee el término "ficción".

b) Con respecto a la expresión: "...se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco..." los comentaristas han sostenido inclusive una acentuada polémica, porque creen que no se puede cambiar de lugar y adoptar un grado de parentesco artificialmente. El nieto será siempre tal y no dejará de ser nieto, ni perderá su calidad de sobrino en relación con sus tíos, por más que se trate de colocarles a su nivel;

c) La parte final del texto transcrito, dice: si su padre o madre "no quisiese o no pudiese suceder". No puede suceder una persona cuando es premuerta, que es el caso más generalizado de la representación, como en los ejemplos propuestos; pero también cuando es incapaz o indigna. Y no quiere suceder, mediante un acto volitivo, esto es cuando repudia la herencia. De tal suerte que se puede representar a un premuerto, cuando su fallecimiento ha sido anterior al del causante; o también a una persona cuando es incapaz, indigna o cuando repudia la asignación.

Con el panorama descrito, bien podríamos ensayar un concepto más simple y obvio sustentando que el *Derecho de Representación* es la institución del derecho sucesorio propia de la sucesión abintestato, por la cual cuando el padre o la madre no pueden o no quieren suceder, la ley llama a sus hijos para que ocupen el lugar de aquéllos y hereden a su antecesor.

En materia de representación se reconoce exclusivamente el derecho de los descendientes y jamás el de los ascendientes; por representación, hereda el nieto al abuelo, si su padre no puede o no quiere suceder. Pero por representación, el abuelo no podría suceder al nieto, si su hijo no pudiera o quisiera suceder.

El artículo 1048 establece la norma general de la representación cuando prescribe que:

"Solamente hay lugar a la representación en la descendencia del difunto o de sus hermanos".

Por consiguiente, en línea directa no hay limitación al usar la expresión descendencia, estamos incluyendo todas las posibles. No así en el caso de la línea colateral en que únicamente hay representación hasta los hijos de los hermanos y nada más, pues inclusive al ser llamados los sobrinos, concurre con ellos el Estado, y si no existe tal clase de parientes, entonces el gran heredero universal es exclusivamente aquél.

La forma un tanto defectuosa del precepto transcrito ha puesto en tela de juicio la problemática sucesoria en lo que atañe al derecho de representación, interpretándose que también en la esfera de colateralidad puede producirse éste en forma ilimitada, por el término "descendencia" empleado. Empero, no hay que olvidar el origen y espíritu de la institución y el sistema tradicional mantenido por nuestro legislador que, precisamente lo circunscribía de modo exclusivo para la primera línea de sobrinos, desde luego que en el evento de concurrir sobrinos con derecho en la sucesión abintestato, también el Estado participa y es considerado como mejor sobrino así en el aspecto cualitativo como cuantitativo; y si tampoco existe tal clase de sobrinos, directamente es llamado el Estado. La doctrina y la jurisprudencia se identifican adoptando tal dirección solvente.

Al respecto, por ser uno de los fallos más recientes en esta materia, no puedo dejar de mencionar el pronunciado por la primera sala de la Corte Suprema de Justicia, el 22 de febrero del presente año de 1978, en el juicio seguido por Gladys Yolanda y María Virginia Michelena Yépez que, como sobrinas nietas de la causante señorita Isabel Yépez de la Fuente, invocan su derecho a sucederle, por representación; demanda que fue desechada en todas tres instancias y cuya parte motiva sustancial en la última y defini-

tiva textualmente manifiesta: "...Tercero.—Arguyen las hermanas Michelena Yépez que el derecho de representación alcanza a los sobrinos nietos del difunto por la forma disyuntiva en que está redactado el Art. 1048 del Código Civil, queriendo dar una interpretación extensiva ajena al espíritu de la Ley; pero esta interpretación es errónea, pues en la descendencia de los hermanos la representación la tienen únicamente los hijos de éstos, esto es, los sobrinos del causante. Los descendientes de los sobrinos no tienen derecho de representación, por los claros textos de los artículos 1054 y 1055 del mismo Código que limita la sucesión intestada hasta los sobrinos carnales. Cuarto.—El término "descendencia" tiene en efecto el alcance dado por la Real Academia de la Lengua Española, pero el Código Civil ecuatoriano ha limitado la descendencia de los hermanos sólo a los hijos de éstos, de modo que habiendo limitado sólo a esta descendencia tiene que dársele su alcance legal determinado por los artículos 1054 y 1055 del mencionado Código, porque la Ley regla la sucesión sobre los bienes que el difunto no ha dispuesto. Quinto.—La limitación decreciente de los órdenes de las sucesiones intestadas en la legislación ecuatoriana, ha excluido a muchos parientes colaterales del difunto, llegando al estado actual en que por disposición expresa y clara del artículo 1054, el orden de sucesión llega sólo hasta los hijos de los hermanos, esto es a los sobrinos del causante; y éstos acompañados del Estado, entidad que a falta de todos los herederos abintestato sucede en todos los bienes del difunto, conforme al precitado Art. 1055, excluyendo a los parientes de grado más alejado, criterio éste que tuvo su primera aplicación positiva en el Decreto Nº 94, de 21 de noviembre de 1955, en el que ya se excluye a los descendientes de los hermanos que no sean los sobrinos".

En la larga confrontación litigiosa se han esgrimido argumentos mantenidos por el estudioso e infatigable jurista monseñor Juan Larrea Holguín, quien interpreta que la *descendencia* hay que extenderla también en línea colateral, al tenor de lo que prescribe el artículo 1048, es decir, sin limitaciones; y los pronunciamientos y tesis que hemos propiciado en cátedra que aseveran categóricamente que en esta última línea se extingue el derecho de re-

presentación en los hijos de los hermanos, vale decir los *sobrinos;* toda vez que desde que opera dicha cuyuntura se junta ya el *Estado,* y como *mejor sobrino;* y si inclusive faltan tales sobrinos, el único y gran heredero universal es el Estado, como se ha apuntado repetidamente.

TITULARES DEL DERECHO DE REPRESENTACION

Para que surta efecto el derecho de representación es preciso que participen tres sujetos de la relación jurídica:

1.—*Causante* o de cujus;

2.—El hijo o hermano de éste, que no puede o no quiere suceder, conocido con el nombre de *representado;* y,

3.—El hijo del representado, que por la ficción de la ley va a ocupar el lugar de su antecesor, y va a ser quien suceda por derecho de representación, por lo cual se le llama: *representante.*

El derecho de representación, como todo el fenómeno concerniente a los tres primeros órdenes de la sucesión abintestato, alcanza vigencia y vivencia tan sólo a través de los vínculos de consanguinidad. Así, pues, el causante tiene que ser padre o hermano del representado y abuelo o tío del representante; el representado tiene que ser hijo o hermano del causante y siempre padre del representante y éste tiene que ser nieto o sobrino del causante y siempre de modo imperativo y forzoso hijo del representado; aclarándose que cuando hablamos de padre ha de entenderse más en el sentido plural, puesto que comprende también a la madre, en consonancia con los principios ordenadores de esta institución.

Características:

Además, en el derecho de representación se presentan las siguientes características:

a) El derecho de representación es una institución jurídica propia, exclusiva de la sucesión intestada;
b) En el derecho de representación no es preciso que exista el representado; el caso más generalizado es que se trate de un premuerto o sea que haya fallecido antes que el causante;
c) En consecuencia, no es indispensable que el representado sea capaz y digno de suceder al causante, porque no le va a suceder;
d) El representante, en cambio, forzosamente tiene que ser capaz y digno de suceder al de cujus, porque es a él a quien va a suceder;
e) El representante no es necesario que sea capaz y digno de suceder al representado, porque no va a recoger su herencia de él;
f) Quien sucede por el derecho de representación, hereda por estirpes, es decir que el conjunto de representantes recoge una porción igual a la de cada uno de los sucesores directos;
g) El derecho de representación tan sólo tiene cabida para los descendientes, mas nunca para los ascendientes; y,
h) El derecho de representación, en línea recta, es ilimitado, mientras en línea colateral se circunscribe únicamente a los hijos de los hermanos, o sea a los sobrinos.

PARALELO ENTRE EL DERECHO DE TRANSMISION Y EL DERECHO DE REPRESENTACION

De todos los estudios realizados se vendrá en conocimiento de que en el Derecho Sucesorio existen dos instituciones que tienen puntos evidentes de contacto, que hasta nos hacen dudar en determinados casos acerca de su identidad: el derecho de transmisión y el derecho de representación. Por ello consideramos indispensable aplicar los principios de la lógica para descubrir sus semejanzas y sus diferencias.

Semejanzas:

1.—El derecho de transmisión y el derecho de representación son instituciones del Derecho Sucesorio;

2.—Por uno y otro se adquiere el derecho de dominio de los bienes;

3.—En la transmisión y en la representación intervienen tres sujetos de la relación jurídica. En el de transmisión: primer causante, transmitente o transmisor y transmitido; en el de representación: causante, representado y representante;

4.—En ambos derechos el favorecido es el tercer sujeto de la relación jurídica.

Diferencias:

1.—Mientras el derecho de transmisión se opera indistintamente tanto en la sucesión testamentaria, como en la abintestato; el derecho de representación es exclusivo de la sucesión intestada;

2.—En el derecho de transmisión no se requiere ligamen de familia. No es necesario que el transmitido sea pariente del transmitente o del primer causante, porque heredero puede ser cualquier persona, si no hay legitimarios. En cambio, en el derecho de representación, lo que prima es el vínculo de parentesco. El representante siempre tiene que ser descendiente del representado, y, por consiguiente, su relación con el causante será la de nieto, bisniento, en línea recta y solamente sobrino, en línea colateral;

3.—En el derecho de transmisión, el transmitido puede suceder a título universal o a título singular, esto es, se puede recoger la herencia o legado del primer causante; no así en el derecho de representación, en que sólo se sucede a título universal, o sea que se recoge únicamente las herencias;

4.—Mientras en el derecho de transmisión, el transmitente o transmisor tiene que sobrevivir obligatoria y forzosamente al primer causante, porque el fenómeno consiste en que aquél fallece sin

aceptar o repudiar la herencia o legado del primer causante y transmite a sus herederos la facultad de aceptar o repudiar la asignación que él ni aceptó ni repudió; en el derecho de representación no es necesario que el representado sobreviva al causante, porque, como se ha insistido, el caso más común es que aquél haya fallecido antes que el causante y que sea, por tanto, premuerto;

5.—Mientras en el derecho de transmisión el transmitente o transmisor tiene que ser capaz y digno de suceder al primer causante; en el derecho de representación no es indispensable que el representado lo sea en relación con el causante, porque precisamente el derecho opera por incapacidad o indignidad de él;

6.—En el derecho de transmisión, el transmitido tiene que ser capaz y digno de suceder al transmitente o transmisor; no así en el derecho de representación, en que el representante no requiere ser capaz y digno de suceder al representado, porque a él no le va a suceder;

7.—Mientras en el derecho de transmisión, el transmitido no es necesario que sea capaz y digno de suceder al primer causante, porque no le va a suceder a él; en el derecho de representación, el representante obligatoria, forzosamente tiene que ser capaz y digno de suceder al causante, puesto que es a él a quien va a suceder;

8.—Mientras en la transmisión se sucede por derecho personal y se recoge la asignación por cabezas, en el derecho de representación se hereda por estirpes; y,

9.—Mientras el transmitido tiene que aceptar la herencia del transmitente; el representante puede repudiar la herencia del representado, porque "se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado" (artículo 1049).

LOS ORDENES DE LA SUCESION INTESTADA

Toda legislación enumera taxativamente los órdenes de la sucesión intestada, por cuanto es preciso establecer un escalonamiento, una gradación, a efecto de que estén perfectamente definidos los derechos. En lo que no hay concordancia es en el número y

en las limitaciones. Hay pueblos cuyas leyes contemplan hasta ocho y diez órdenes y que van hasta el sexto u octavo grados de consanguinidad y que reconocen ilimitadamente tal derecho, aun concediéndole al cónyuge divorciado.

La nuestra es bastante limitada y sólo contempla cuatro órdenes, con las regulaciones y restricciones que vamos a estudiar; y esos órdenes de la sucesión intestada de acuerdo al Código Civil vigente, son los siguientes:

1er. orden: Los hijos, por derecho personal y los nietos, por derecho de representación;
2do. orden: Ascendientes y cónyuge supérstite;
3er. orden: Hermanos, por derecho personal y sobrinos, por derecho de representación, incluyéndose entre éstos, el Estado, asimilándose a sobrino de mejor calidad; y,
4to. orden: El Estado.

PRIMER ORDEN DE LA SUCESION INTESTADA:

Los Hijos

El Ecuador posiblemente es uno de los Estados en los cuales mayores conquistas se han alcanzado en el ámbito de la legislación social. Tradicionalmente y siguiendo la clasificación de Don Andrés Bello, se contemplaba la existencia de los hijos legítimos, hijos naturales, hijos adulterinos e hijos sacrílegos; más tarde quedaron reducidos tan sólo a dos clases: hijos legítimos e hijos ilegítimos. Lo cual en principio representaba cierto avance, no obstante de que aún consagraba y mantenía esta especie de estigma dirigido en el fondo a mancillar la honra y dignidad de quien advenía a la vida sin arrastrar culpa personal alguna. Esta modalidad discriminatoria resultaba de todas maneras injusta, odiosa y humillante. Empero, la constitución de 1967 proclamó la igualdad de los hijos y finalmente el Código Civil, en su última codificación de 1970, san-

cionó la existencia únicamente de *Hijos,* cual incumbe a un pueblo progresista. Aunque ya la Carta de la Democracia, nuestra Constitución por excelencia, la de 1945, introdujo por primera vez en la historia nacional, entre las Garantías Fundamentales, la inherente a la Familia y en el inciso tercero del artículo 142 consagró el principio de que *"los hijos ilegítimos tienen los mismos derechos que los legítimos, en cuanto a crianza, educación y herencia"*. El error o equivocación de los padres no puede afectar a los hijos, quienes deben advenir revestidos de iguales atributos y con los honores y garantías inherentes a todo ser humano, sin discriminación posible, limpios de toda mancha original.

Indudablemente, quedan clases de hijos, para otros efectos, y son los siguientes:

a) Hijos nacidos dentro de matrimonio;
b) Hijos nacidos fuera de matrimonio;
c) Hijos adoptivos; y,
d) Los expósitos, o sea aquellos abandonados, no reconocidos ni por su padre ni por su madre.

En materia de derecho sucesorio se contempla solamente la existencia de hijos, de cualquier origen, pero revestidos de iguales derechos. Los hijos, como es obvio, ocupan el primer orden de la sucesión intestada y excluyen a todos los demás consanguíneos, por las relaciones íntimas y directas de parentesco con el antecesor.

Y en este primer orden, tendríamos un desdoblamiento:

a) Los hijos, por derecho personal y que excluyen a todos los demás parientes; y,
b) Los nietos, por derecho de representación que, ocupando el lugar de sus padres, concurren a la sucesión en el primer orden; y en el evento de que existiesen otros hijos del causante, se colocan al mismo nivel que ellos, que resultan ser sus tíos, quienes heredan por cabezas, a diferencia de los representantes, que suceden por estirpes.

De tal suerte que, en una sucesión que existen hijos, el acervo líquido corresponderá a todos ellos por igual, dividiéndose en tantas partes cuantos hijos con derecho a suceder existan al momento de abrirse la sucesión. En el evento de concurrir hijos y nietos, tendríamos que aplicar las normas legales, esto es, a cada uno de los hijos corresponde su legítima rigorosa y a la totalidad de nietos, hijos del mismo padre, la cuota que le habría correspondido a éste si hubiera podido o querido suceder.

Con un ejemplo quedará aclarado el concepto. Supongamos que X tiene cuatro hijos: A, B, C y D. A es incapaz y C es premuerto. A tiene dos hijos: L y M; C ha dejado tres hijos: R, S y T. Al fallecer X, calculados los acervos reales, llega a establecerse un acervo líquido de $ 600.000,00. Como el causante tuvo cuatro hijos, la legítima rigorosa de cada hijo alcanza a la suma de $ 150.000,00, suma a la que tienen derecho tanto B como D, que heredan por cabezas y reciben la totalidad de su cuota; a A y C también les habría correspondido igual cantidad a cada uno; empero, como el uno es incapaz y el otro falleció antes que su padre, les suceden sus respectivos hijos, por derecho de representación; en el primer caso, la legítima se divide para dos y en el segundo para tres, de tal modo que a L le corresponde $ 75.000,00 y a M también $ 75.000,00; a R $ 50.000,00, a S también $ 50.000,00 y a T igualmente $ 50.000,00; es decir a los nietos, que suceden por estirpes, les correspondió dividirse la cuota que habría recogido cada uno de los padres de ellos.

SEGUNDO ORDEN DE SUCESION INTESTADA:

Ascendientes y cónyuge sobreviviente

El segundo orden de la sucesión intestada corresponde por igual a los ascendientes y al cónyuge supérstite. Al referirnos a los primeros hemos de indicar que la ley no ha limitado al primer grado o al segundo, sino que tendríamos que considerar como su-

cesores a los ascendientes hasta el infinito, pero los de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano. Supongamos que en una sucesión hay padres, abuelos y una bisabuela, los padres excluirían a todos los demás; y en el caso que sólo existieran abuelos y una bisabuela, aquéllos eliminarían a ésta.

Pero el segundo orden de la sucesión intestada no sólo está integrado por los ascendientes, sino que igual derecho tiene también el cónyuge sobreviviente, quien concurre conjuntamente con éstos en categoría similar. Si en una sucesión intestada no existen ni hijos ni nietos ni ascendientes y sólo hay cónyuge sobreviviente, éste es el heredero universal y recoge, por consiguiente, la totalidad de la herencia.

Supongamos que muerta una persona sin otorgar testamento, no existen descendientes, esto es ni hijos ni nietos, en cambio le sobreviven: su padre, su madre y su cónyuge. El acervo líquido alcanza a trescientos mil sucres ($ 300.000,00); entonces tendrían que dividirse en partes iguales: una para los ascendientes, en este caso padre y madre y otra para el cónyuge supérstite (art. 1052); también propongamos el caso de que estén separados los ascendientes, debiendo corresponderles la asignación así: padre $ 75.000; madre $ 75.000,00 y cónyuge sobreviviente $ 150.000,00.

Si sólo concurren padre y madre, serán ellos los herederos universales y les corresponderá todo el acervo líquido; y lo propio si quedan abuelo y abuela, que asimismo sucederán en la totalidad de la asignación divisible entre los dos. Y si sobrevive un solo ascendiente del grado más próximo, a éste le corresponderá la totalidad de la herencia.

El artículo 1052 de nuestro Código establece normas precisas respecto a la filiación y dispone:

"Si la filiación del difunto se hallare establecida sólo respecto de uno de sus padres, éste recibirá la porción correspondiente". "Si la filiación se hallare establecida respecto de ambos padres, la porción correspondiente a ellos, se dividirá entre los dos por partes iguales".

TERCER ORDEN DE SUCESION INTESTADA:

Hermanos

Si fallecida una persona, no deja posteridad ni ascendientes ni cónyuge sobreviviente, los parientes llamados en tercer lugar son los hermanos. Pero los hermanos suceden por derecho personal y con ellos concurren también los sobrinos, por derecho de representación.

Supongamos que el causante tuvo cinco hermanos y uno de ellos murió antes que él, pero dejó a su vez tres hijos, que son sobrinos del causante; éstos suceden a su tío, por derecho de representación y se colocan al nivel de sus otros tíos, sólo que éstos suceden en una cuota completa y sus sobrinos recogen la cuota que hubiera correspondido a su padre, y se dividen entre ellos por partes iguales, previa la deducción correspondiente al Estado, como se puntualiza más adelante. En el caso propuesto, si el acervo líquido ascendió a $ 600.000,00, a cada uno de los cuatro hermanos les corresponderá $ 120.000,00, lo cual asciende a la cantidad de $ 480.000,00; y de los $ 120.000,00, que habrían correspondido al hermano premuerto, por tratarse de cuota en favor de los sobrinos del causante, que son los hijos de aquél, se deduce la cuarta parte, o sea $ 30.000,00 para el Estado, y del saldo de $ 90.000,00 procedemos a dividir en tres partes iguales, para distribuir entre los mencionados sobrinos, a quienes les corresponderá a razón de $ 30.000,00 a cada uno.

Clásicamente la ley contemplaba la existencia de las siguientes categorías de hermanos: hermanos legítimos carnales, medios hermanos legítimos, hermanos ilegítimos carnales y medios hermanos ilegítimos. Con el nuevo sistema jurídico, al desaparecer en el país la institución de la *"ilegitimidad"*, quedaron reducidas a dos clases: hermanos carnales y medios hermanos. Los primeros hijos de comunes progenitores, dentro o fuera de matrimonio, y los segundos tan sólo con un progenitor común, ya por haber procreado en distintos matrimonios, como cuando el cónyuge sobreviviente

contrae segundas o ulteriores nupcias y también procrea descendencia; o en matrimonios sucesivos después de disuelto el vínculo matrimonial y tiene hijos en los varios matrimonios; o bien, finalmente porque el hombre o la mujer procrean hijos de varias uniones no matrimoniales, dichos hijos son medios hermanos entre sí.

Al respecto, nuestra ley regla que si el difunto hubiera dejado sólo hermanos carnales, cada uno de ellos recibirá una parte igual; lo propio si solamente quedaran medios hermanos, en que tampoco existe problema, pues se dividen en partes iguales y nada más. No así, si concurren hermanos carnales y medios hermanos, en que cada uno de los hermanos carnales recibirá una cuota igual al doble de los medios hermanos y cada uno de éstos, por consiguiente, recibirá únicamente la mitad. Supongamos que en una sucesión en que no hay posteridad ni ascendientes ni cónyuge supérstite, sino solamente cuatro hermanos y tres medios hermanos, se obtiene un acervo líquido de $ 1'100.000,00, como son cuatro hermanos y les correspondería el doble de los medios hermanos, multiplicamos por dos y tenemos ocho, cifra a la que añadimos el número de los medios hermanos que son tres, lo que nos da once; por consiguiente, tenemos que dividir el valor que representa el acervo líquido en once partes iguales, correspondiendo a los primeros, o sea a los hermanos carnales, dos undécimas partes y a los segundos, o sea a los medios hermanos, tan sólo una undécima parte; a cada uno de los hermanos carnales les corresponderá doscientos mil sucres, lo que da un total de ochocientos mil y a cada uno de los medios hermanos tan sólo cien mil sucres, lo que da un total de trescientos mil, que, con los ochocientos mil, cubren el valor del acervo líquido de un millón cien mil sucres.

El artículo 1054 prescribe que:

"En concurrencia con sobrinos del causante, el Estado sucederá de acuerdo con las siguientes reglas: la cuota del Estado se deducirá de la porción de bienes que corresponda a los sobrinos, y hecha esta deducción el resto constituirá un nuevo acervo divisible entre los sobrinos, de acuerdo con las reglas

generales. La cuota del Estado será la mitad de esa porción, si hubiere un solo sobrino; un tercio si hubiere dos y un cuarto, si hubiere tres o más".

De tal suerte que, desde los sobrinos, comienza a suceder el Estado, como el mejor sobrino o sobrino de categoría superior, desde luego que en concurrencia de hijos de hermanos carnales y de hijos de medios hermanos, el Estado se asimilaría a la primera clase, y siempre que concurren más de tres sobrinos, hasta el infinito, al Estado le corresponde inalterablemente la cuarta parte; todo lo cual significa que se ha socializado la sucesión por causa de muerte y que el Estado es el gran partícipe, ya como heredero, ya como beneficiario de los impuestos a la sucesión, que ingresan a las arcas fiscales.

CUARTO ORDEN DE SUCESION INTESTADA:

El Estado

El cuarto y último orden de la sucesión intestada corresponde al Estado, esto es, cuando faltan hijos o nietos, ascendientes o cónyuge sobreviviente, hermanos o sobrinos, el gran heredero universal es el Estado, y esto corresponde al espíritu que informa nuestra legislación, que considera que, gracias al aporte del Estado, los particulares pueden generar sus riquezas. El patrimonio de una persona no puede considerarse como producto exclusivo de la iniciativa y el trabajo de cada sujeto, es consecuencia también de los diversos factores sociales, políticos, de seguridad y paz que han permitido que el individuo se desenvuelva en un medio propicio garantizado por la convivencia civilizada. Y quien estimula el clima adecuado para que el hombre pueda desarrollarse libre de temor y amparado en sus derechos y libertades, es el Estado, al cual estamos obligados a servir y proveer de los medios necesarios para que atienda precisamente a los servicios públicos, que generan

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

los dones admirables que hacen posible la paz, convivencia y subsistencia de los asociados.

En Ecuador, el Estado estuvo representado por mucho tiempo por la educación, desde luego que se interpretó con justeza que el problema más complejo y delicado que confronta el país es el inherente a la incorporación del hombre al conocimiento y la cultura; colegios y universidades formaron su patrimonio a base de las herencias abintestato sin herederos forzosos y gracias a esta inyección positiva es que se fueron acumulando los bienes patrimoniales, que permitieron una amplia y fructífera labor.

En el año de 1905, el Congreso de la República dicta la ley, mediante la cual establece que lo que corresponda al Fisco en las herencias abintestato sin herederos forzosos, pasará al Colegio Nacional de Segunda Enseñanza que funcione en la capital de la provincia en que se hallen los bienes sucesorios.

Por decreto supremo de 8 de octubre de 1935, que creó la Caja del Seguro, se estableció que en adelante el Fisco estará representado por dicha institución, a la cual se aspiraba a capitalizar a base de las herencias, para que cumpla su trascendental misión de velar por la seguridad social.

Empero, en el año de 1942, a raíz del desastre territorial, se creó la Junta de Defensa Nacional, a la cual se le asignó las herencias intestadas sin los sucesores pertenecientes a los órdenes anteriores, y desde ese año hasta nuestros días es dicha Junta la única heredera universal. Después de la derrota había que dar un nuevo rumbo al país, que estaba en el deber de reaccionar como pueblo digno y viril, y entonces se justificó tal decisión, que tendía a revitalizar a la patria.

No obstante ello, en la hora actual y analizados con frialdad y acendrado espíritu cívico los problemas nacionales, encontramos que ninguno continúa siendo más agudo y que constituye un imperativo patriótico solucionarlo, como el educativo. La sociedad de masas ha provocado los conflictos concernientes a tal etapa del vivir de la comunidad, y la juventud requiere hoy más que siempre ser conocida, para ser comprendida, ser comprendida para ser amada, y ser amada para ser exaltada hacia sus metas de supera-

ción. Por la niñez y juventud del presente hablará la Patria de mañana.

Confrontado el problema educacional, a base de medios suficientes, para incrementar las escuelas, colegios, universidades, institutos tecnológicos, etc., se hallan sorteados los conflictos esenciales y los pueblos pueden alcanzar su desarrollo y su grandeza.

Nosotros tenemos que pensar seriamente en torno de tan trascendentales cuestiones si aspiramos a una auténtica transformación, pues es preciso planificar nuestra existencia, a base de la coordinada y sistematizada determinación de objetivos y prioridades. Primero es educar al hombre, que lo demás será dado por añadidura. Superado el problema de la formación de la niñez y de la juventud, de hecho están trazados los caminos de reajuste económico-social y todos los demás relativos a la bienandanza de los pueblos.

El Fisco debe estar representado por la educación pública, como fuente positiva y primaria del resurgimiento nacional. Para tener buenos agricultores, excelentes soldados, ejemplares maestros, eficientes técnicos, cristianos sacerdotes, destacados intelectuales y hombres de ciencia, tenemos que prepararlos, educarlos, encauzarlos; y todo ello requiere programas, planes y fondos necesarios. Las sucesiones intestadas sin herederos forzosos constituirán fuente inexhausta y excepcional que alimentará sus cauces y hará del Ecuador un pueblo floreciente, al amparo de la cultura y bajo el imperio de la libertad con justicia económico-social.

SUCESIONES ABINTESTATO DE EXTRANJEROS

Por norma general, nuestra legislación no establece diferencia en cuanto al goce de derechos civiles entre nacionales y extranjeros. Los extranjeros que viven y mueren en el Ecuador tienen que ser sometidos a la ley del domicilio en lo relativo a sucesión. De manera que si un extranjero fallece en el Ecuador, su sucesión ha de abrirse en el último domicilio y de acuerdo con la ley ecuatoriana.

En esta tan compleja materia, una opinión docta corresponde al maestro colombiano Hernando Carrizosa Pardo, quien nos recuerda que "tres son los tratamientos patrones que las naciones conceden a los extranjeros: la reciprocidad diplomática, la reciprocidad legislativa y la igualdad jurídica. El primero consiste en acordar a los extranjeros solamente los derechos que para ellos se pacten en tratado público celebrado con la nación a que pertenecen; el segundo radica en reconocer a los extranjeros los mismos derechos que el país del extranjero reconozca a los nacionales del Estado en cuestión; y el tercero, la igualdad jurídica, no hace diferencia, en punto a derechos civiles, entre nacionales y extranjeros".

De todos modos no se trata de una cuestión tan simplista y de fácil solución, puesto que concurren intereses multifásicos y está en juego todo cuanto concierne a los delicados cauces de la soberanía. Empero, la mayor parte de pueblos de nuestro Continente nos hemos adherido al instrumento más eficaz y que aspira a constituir algún día una especie de norma obligatoria en la región, cual es el Código Sánchez de Bustamante, que regla aunque discretamente campo tan apasionante y a veces deleznable, como vamos a apreciar en seguida.

El Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, en su artículo 144 formula la norma al respecto, y dice:

> "Las sucesiones intestadas y las testadas, incluso en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de las disposiciones, se regirán salvo los casos de excepción más adelante establecidos, por la ley personal del causante, sea cualquiera la naturaleza de los bienes y el lugar que se encuentren".

Y el artículo 157:

> "En la sucesión intestada, cuando la ley llame al Estado como heredero, en defecto de otros, se aplicará la ley personal del causante; pero si lo llama como ocupante de cosas *nullius* se aplica el derecho local".

"Imperecedera es la gloria de don Andrés Bello, dice con razón Luis Felipe Borja, por haber sido el primero en proponer el principio, tan fecundo en resultados, de la absoluta igualdad civil entre los nacionales y los extranjeros, y ningún pueblo puede disputar a Chile la palma de haber aceptado en su legislación ese mismo principio, que todavía es hoy materia de extravagantes discusiones entre los escritores europeos, que no pueden desnudarse del egoísmo y de la rivalidad".

El artículo 1058 de nuestro Código Civil dispone que:

"En la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la República, tendrán los ecuatorianos, a título de herencia, de porción conyugal o de alimentos, los mismos derechos que, según las leyes ecuatorianas, les corresponderían sobre la sucesión intestada de un ecuatoriano".

Además, establece que:

"Los ecuatorianos interesados podrán pedir que se les adjudique, en los bienes del extranjero existentes en el Ecuador, todo lo que les corresponda en la sucesión de dicho extranjero".

Y en relación con los extranjeros, también el artículo 1057 prescribe que son llamados a las sucesiones abintestato abiertas en el Ecuador, de la misma manera y según las mismas reglas que los ecuatorianos.

Para terminar todo lo relativo a la sucesión intestada o legal, es preciso examinar la situación de un ecuatoriano que deja bienes en país extranjero. Al respecto, nuestro Código, al referirse a los bienes del extranjero existentes en el Ecuador sostiene el principio de que los ecuatorianos podrán pedir —como se enunció— que se les adjudique todo lo que les corresponda en la sucesión de dicho extranjero; y en relación con la sucesión de un ecuatoriano que deja bienes en país extranjero, en el inciso final del artículo 1058, adopta esta expresión:

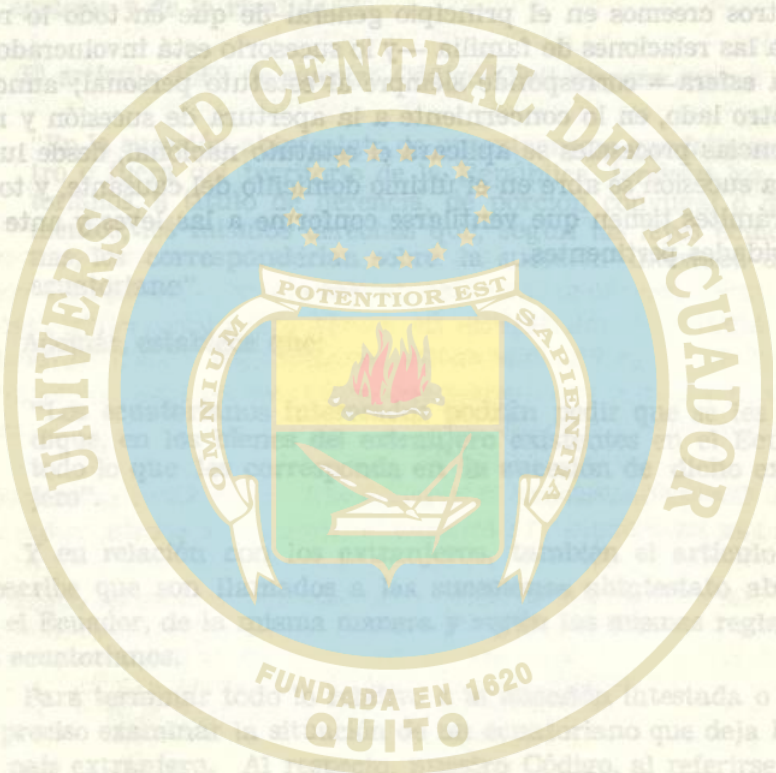
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

"Esto mismo se aplicará, en caso necesario, a la sucesión de un ecuatoriano que deja bienes en país extranjero".

¿Qué quiso significar con tal postulado el legislador? ¿Tal vez que los ecuatorianos tendrán derecho a pedir en el exterior lo que les corresponda en la sucesión de un ecuatoriano?

¿Qué prevalecería, el estatuto personal o la ley del domicilio? Nosotros creemos en el principio general de que en todo lo relativo a las relaciones de familia —y lo sucesorio está involucrado en dicha esfera— corresponde siempre al estatuto personal; aunque, por otro lado, en lo concerniente a la apertura de sucesión y más diligencias procesales se aplicará el estatuto nacional, desde luego que la sucesión se abre en el último domicilio del causante, y todos los trámites tienen que ventilarse conforme a las leyes y ante las autoridades pertinentes.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPITULO IX

SUCESION TESTAMENTARIA

DE LOS TESTAMENTOS EN GENERAL

EL TESTAMENTO como título para adquirir el derecho de dominio por sucesión por causa de muerte.— Importancia jurídica del testamento.— Significado etimológico del vocablo "testamento": testatio et mentis.— El testamento considerado como un acto jurídico solemne.— ¿Será un simple proyecto? ¿Será un contrato?— Características del testamento: acto jurídico unilateral, personal, indelegable, solemne, para que surta efecto post morten y esencialmente revocable.— Crítica de la definición legal.

Uno de los principios que contempla la asignatura de Introducción al Estudio del Derecho es aquel que sostiene que cada derecho tiene su título. Cuando una persona adquiere el derecho de dominio de un bien, tiene que respaldar y justificar el origen de su derecho. Y así, cuando se trata de la compraventa de un bien raíz, especialmente, el comprador requiere tener la escritura pública inscrita que constituye el título de dominio. Cuando adquiere el derecho de dominio de un inmueble mediante la donación,

asimismo, será indispensable proceder a otorgar la escritura pública respectiva y luego a inscribirla en el correspondiente registro de la propiedad, incorporando a dicha escritura copia certificada de la sentencia del Juez por la cual concede su autorización, cuando el valor del predio materia de la donación es mayor a veinte mil sucres, sin cuyo requisito no surtiría efecto dicho contrato.

Igual cosa ocurre en el evento de que se adquiera el derecho de dominio por sucesión por causa de muerte, que es el derecho que requiere también de un título, el que prevalece frente a cualesquiera otras situaciones jurídicas. El título por excelencia en esta materia es el *testamento*, que indudablemente tiene como fuente original la ley, de la cual es su emanación.

Como antes se enunció, el testamento constituyó una forma jurídica posterior al mandato de la ley. Primero apareció como una forma espontánea de suceder aquella por la cual la ley, interpretando la voluntad del de cujus, llamó a suceder a las personas que estimaba estaban más cerca del afecto de éste. Se cree que sólo a partir de la Ley de las Doce Tablas, en el Derecho Romano, aparece ya la institución expresa y escrita del testamento, que entonces tuvo una importancia sin igual, porque además revestía cierto carácter religioso. Posteriormente el testamento, en determinados medios, ha ido perdiendo valor, porque las legislaciones han limitado la libertad de testar, a tal punto que el testador que tiene legitimarios (hijos) apenas puede disponer a su arbitrio tan sólo de la cuarta parte de su patrimonio; y aun en el caso de las mejoras, la ley le circunscribe la esfera propia a señalados consanguíneos, que son sus descendientes. Además, hay otras consideraciones de orden económico social que escapan al objetivo central de estos apuntamientos.

El profesor Arturo Valencia Zea, manifiesta que "dentro de las doctrinas del más crudo racionalismo, se enseñó que la más perfecta forma de distribuir bienes por causa de muerte era el testamento. Hubo autores que sostuvieron de la misma manera *que la propiedad es el triunfo de la libertad humana sobre la materia, el testamento es la finalidad racional de aquel triunfo;* otros dijeron que el testamento es un acto necesario a la dignidad del

padre e indispensable para la obediencia de los hijos; que era el mejor instrumento de autoridad confiado a los padres para estimular y reprimir el vicio en el seno de las familias...".

De todas maneras, la carta testamentaria, como llaman al testamento algunos autores, tiene valor y trascendencia siempre y cuando se subordine a la Ley. La voluntad del testador es la ley para los demás, a condición de que esa voluntad no haya quebrantado normas jurídicas, puesto que cada legislación contempla en el fondo y en la forma cómo y con qué características y limitaciones ha de otorgarse todo testamento.

La palabra castellana TESTAMENTO, proviene de las voces latinas: "testatio et mentis", que significa "testimonio de la voluntad". Los romanos decían que el testamento es la manifestación de la voluntad del hombre ante testigos.

La mayoría de códigos latinoamericanos tiene una definición similar de testamento, la misma que fue inspirada por el maestro don Andrés Bello, y que corresponde a la incorporada a nuestra ley, en el artículo 1059 del Código Civil, que textualmente reza:

> "EL TESTAMENTO es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva".

De la presente definición se derivan sus características, que estudiaremos a continuación; sin embargo podemos adelantar conceptos en el sentido de que la definición adolece de algunos errores, comenzando por la expresión: *"más o menos"*, que no será nunca ni más ni tampoco menos, tiene un carácter ambiguo y dice relación a otra operación de la lógica, la clasificación, pues, siguiendo el sistema, nuestro código divide a los testamentos en más solemnes y menos solemnes; con decir acto solemne, los comprendía y era suficiente; tampoco hacía falta decir "de parte de ellos" y por último también es equivocado afirmar cuanto se dice al final, esto es: "mientras viva".

Sin embargo, tomando como base el precepto legal, nosotros bien podríamos ensayar la siguiente definición: TESTAMENTO *es un acto jurídico solemne por el cual una persona dispone de su patrimonio para que tenga pleno efecto después de sus días, reservándose la facultad de revocar sus disposiciones.*

Convendría hacer un análisis sumario de los elementos que integran el concepto propuesto, para poder tener una idea de lo más aproximada de la institución y de su esencia y valor.

En primer término, el testamento es un *acto jurídico,* por cuanto es la voluntad su generadora. Al respecto, resulta útil establecer la diferencia entre "acto jurídico" y "hecho jurídico", pues suelen confundirse tales expresiones. El hecho jurídico es un acontecimiento que se produce sin intervención de la voluntad humana y que genera o extingue derechos; no así el acto jurídico que es producto neto de la voluntad humana. El nacimiento, la muerte son hechos jurídicos; el reconocimiento de un hijo, el otorgamiento de un poder, el testamento, en cambio, son actos jurídicos.

El testamento es un acto jurídico por excelencia y es solemne, pues, si no se llenan determinadas formalidades, no surte efecto jurídico alguno. Todo testamento es eminentemente *solemne,* lo que ocurre es que, dadas ciertas circunstancias, la ley permite que se omitan algunos requisitos y que determinados testamentos resulten menos solemnes en relación con otros.

El testamento es un acto *personal,* personalísimo, producto de la voluntad de una sola persona. Y ni siquiera los cónyuges, que integran una sociedad de tantas vinculaciones, pueden otorgar conjuntamente su testamento, sino que cada uno tiene que hacerlo independientemente. Algunas legislaciones contemplan la posibilidad de que varias personas puedan otorgar en un solo acto su testamento y especialmente tratándose de marido y mujer, como en el caso alemán, cuyo Código Civil establece en los artículos 2.265 y siguientes la institución del *testamento mancomunado,* aunque sólo puede ser otorgado por cónyuges.

En nuestro sistema también es *indelegable.* Todo acto o contrato puede celebrar una persona ya por sí, personalmente, o representada por mandatario general o especial; mas, en este caso

no puede otorgarse mediante apoderado, sino directamente, por sus caracteres y efectos jurídicos.

El legislador ha querido que el testamento esté reservado a la exclusiva voluntad de cada persona, así esa persona esté ligada a otra u otras por vínculos de diverso orden, inclusive económicos y de afecto, como en el caso propuesto en que constituyen la sociedad conyugal.

España mantuvo durante mucho tiempo una modalidad mucho más amplia y exageradamente generosa, en que previó la posibilidad de otorgar testamento mediante comisario, a quien se le investía de facultades para que otorgue el testamento por otra persona, de quien recibía a su vez esa potestad. En nuestros días Bolivia consagra la institución de los comisarios y los artículos 469 y 470 de su Código Civil establecen que *la ley permite testar en virtud de poder otorgado con las mismas solemnidades que se requieren para el testamento abierto. Los comisarios son obligados a ceñirse en todo al poder, sin apartarse de su contenido.* Lo cual nos parece inconveniente por diversas consideraciones, primero porque el mismo desgaste de energías, tiempo y trámite exige la constitución de comisario o apoderado especial, que el otorgamiento de la carta testamentaria; segundo, porque dicho comisario no respondería ante nadie de su acción u omisión; y, tercero, porque el testamento sólo surte efecto después de los días del causante, y en el evento de no haber cumplido su voluntad, no existiría posibilidad de revocarlo o anularlo, etc.

Don Andrés Bello creyó que era muy difícil que el mandatario del de cujus cumpla fielmente sus deseos; precisamente por la razón anotada, ya que no existiría sujeto posible que controle esa voluntad, si es una expresión interna, íntima, que solamente puede descubrirse mediante la propia expresión de la voluntad de la persona que ya ha fallecido. Por dicha razón, nuestra legislación, que se originó en el proyecto de Bello, establece que la facultad de testar es indelegable. Y la mayor parte de las legislaciones se han pronunciado porque el acto testamentario, al ser personal, es también indelegable.

Algunos tratadistas creen que el *testamento es un contrato.* Para que exista contrato se requiere bilateralidad, o sea la concurrencia de dos voluntades que se obligan mutuamente, aunque en diversa posición jurídica. Y si se habla de contrato, por lo menos en el plano temático, al referirse a un testamento, es porque, por una parte tenemos el causante, dueño de los bienes, y, por otra, el sucesor, que va a recibir en herencia o legado el patrimonio de su antecesor. Pero quienes sostienen que es un contrato, olvidan que todo contrato tiene que perfeccionarse en una unidad de tiempo. En la compra-venta, por ejemplo, el vendedor se deshace de aquello que constituye su patrimonio y el comprador declara que acepta la enajenación de que se trata y que es su voluntad incorporar dicho bien a su propio patrimonio, a cambio del justo precio pactado.

El testamento es un acto jurídico sui géneris, porque inclusive el causahabiente puede repudiar la asignación. Además, hay un dislocamiento en el tiempo, y no es un requisito para la validez del testamento que el sucesor acepte aquello que es materia de la herencia o legado. El testamento es válido si reúne los elementos de fondo y de forma y queda perfeccionado, sin que siquiera conozcan sus asignatarios las disposiciones que contiene, pues se mantiene desconocido y sin valor de aplicación hasta el deceso del testador, y lo único que tienen sus sucesores es una mera expectativa, que puede truncarse inclusive mediante la revocación.

Otra de las características del testamento es que *surte efecto post morten,* es decir, a partir de la muerte de su otorgante. Tal vez, en consideración a esto algunos tratadistas, y entre otros Meza Barros y Carrizosa Pardo, emiten la opinión de que el testamento es meramente un *"proyecto"*. Pero nosotros no podemos convenir con este criterio. El testamento que se otorga con las solemnidades de ley, no puede ser un proyecto, es un acto jurídico solemne, sujeto, como es obvio, al requisito fatal del fallecimiento del testador. Y no puede ser otra cosa que testamento, tanto que, si consumado su otorgamiento, su titular fallece acto continuo, surte pleno efecto. El testamento es tal desde que se lo otorga con las solemnidades consagradas en la ley. Que los efectos del testamen-

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

to sean post morten, esto es, que el testamento sólo surta efecto después del deceso del de cujus, es otra cosa. Por ello hay que compenetrarse del espíritu de la institución, que es singular y única, porque también su propósito alcanza un sentido trascendental y excepcional.

Es de la esencia del testamento contener *disposiciones,* es decir, determinar la suerte que han de seguir sus bienes después de sus días; cómo ha de quedar su familia; a qué manos irá todo cuanto constituye su patrimonio. Mientras es persona, o sea mientras vive, él es el árbitro de su destino y es libre para disponer de lo suyo, con las limitaciones legales. El testamento es una previsión, a veces una manifestación del egoísmo humano, que quiere todavía después de muerto seguir controlando a los suyos y lo suyo. Pero también el testamento puede ser el instrumento de justicia, de paz social, de armonía familiar, si el testador ha previsto detalladamente cómo ha de procederse con sus bienes, previniendo conflictos y diferencias y distribuyendo con sabiduría y equidad su patrimonio entre quienes integran su comunidad familiar.

El testamento también es un acto jurídico eminentemente *revocable.* La ley dice:

"Se tendrá como no escrita la disposición testamentaria en que el testador se obligue a no revocar el testamento".

Pero lo revocable constituyen las disposiciones, las únicas que pueden modificarse o anularse en cualquier tiempo.

Mas, si bien es verdad que lo fundamental de un testamento son las disposiciones, también puede contener declaraciones, expresiones de voluntad de orden público, generalmente, como el reconocimiento de un hijo.

Lo esencialmente revocable constituyen las disposiciones que, por razones obvias, están sujetas a cambios. Ya en el orden de las personas, ya en el orden del patrimonio. Si cuando el testador otorgó su carta testamentaria tenía sólo dos hijos y con posterioridad procrea cinco; si sólo poseía unos bienes y más tarde acumula nuevas riquezas; si al tiempo de celebrar su testamento tiene

un marco amplio de relaciones familiares y éste se reduce más tarde; si tiene un patrimonio caudaloso en principio y más tarde se desvanece, etc.; es evidente que el testamento no estaría reflejando la verdad y entrañaría una injusticia mantener su voluntad inalterable, incompatible con la realidad. Por consiguiente, es preciso revocar las disposiciones, para ajustarlas a la nueva situación. También en el plano afectivo pueden presentarse asimismo alternativas varias que modifican la voluntad, de acuerdo con ese viejo y sabio aforismo popular: "acciones borran pasiones". Por ello las disposiciones son eminentemente revocables. No así las declaraciones, que son firmes, imprimen carácter. No puede el testador reconocer en un testamento a su hijo, y en el posterior dejar sin efecto el reconocimiento; inclusive daría margen a un cúmulo de inmoralidades e injusticias; cuanto declaró el testador una vez, es inamovible, no puede alterarse, es irrevocable, surte pleno efecto, sin lugar a eliminar su contenido, por ser de orden público.

La jurisprudencia establecida por nuestra Corte Suprema es uniforme en cuanto a que las disposiciones de un testamento son revocables, en tanto se refieren a la distribución del patrimonio o la determinación de las personas o bienes sucesorios, mas no a otras expresiones de voluntad, y en cuanto al reconocimiento de hijos, será aplicable el mandato del artículo 7º del Código Civil, en la parte pertinente. Por la declaratoria de testamento se ha hecho el reconocimiento del estado civil, que es inamovible, ya que las declaraciones, como queda enunciado, no son susceptibles de revocarse por su carácter ético y trascendental.

Finalmente, tenemos que interpretar que el testamento siempre es expresión de la última voluntad y ésta es la que prevalece en todo caso. Puede ocurrir que una persona constantemente esté otorgando testamento, su celo y escrúpulo le imponen ciertos deberes de conciencia, pero en todo caso, el último legalmente perfeccionado, será el válido, por cuanto el testador, sujeto de emociones, afectos, pasiones, tensiones, querrá reservarse por lo menos un mínimum de libertad para ir modelando el destino de sus bienes a partir de su fallecimiento y respondiendo también a imperativos sociales y económicos. De allí la revocabilidad de las dispo-

siciones, que constituye una institución racional y justa que, por otra parte, obedece a una realidad indiscutible y fatal.

La revocabilidad tiene tanta fuerza que la propia ley consagra tal carácter en el artículo 1061:

> "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aun cuando el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento". Y "si en un testamento anterior se hubiese ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita".

La legislación soviética contemporánea no ha abolido la institución testamentaria, aunque la ha limitado considerablemente, así pues, en consonancia con el artículo 418 del Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, "el testador puede otorgar testamento en favor: 1º) del Estado o de sus órganos y de las instituciones o empresas del Estado; 2º) de las organizaciones del partido y de las profesionales; 3º) de las asociaciones legalmente constituidas y registradas, así como de las organizaciones cooperativas, a condición de que formen parte del sistema federal de cooperativas". "El número de las personas llamadas a suceder se limita a los descendientes directos (hijos, nietos, bisnietos), a los adoptados (con sus descendientes) y al cónyuge supérstite, así como a las personas incapacitadas para el trabajo e indigentes que de hecho hubiesen permanecido bajo la manutención total del fallecido durante un plazo no menor de un año inmediatamente antes de la muerte. Entre las personas físicas sólo podrán ser herederas las personas vivas en el momento de la muerte del causante y sus hijos póstumos". Y el artículo 422 define al *testamento* como la disposición para el caso de muerte, otorgada en forma escrita, con el fin de transmitir los bienes a una o más personas entre las indicadas en el artículo 418 o a distribuirlos entre algunas o todas las personas citadas, en orden distinto al previsto.

CAPITULO X

REQUISITOS DEL TESTAMENTO

REQUISITOS SUBJETIVOS

Requisitos testamentarios: requisitos subjetivos y objetivos.— Los requisitos subjetivos dicen relación con el sujeto activo del testamento: el testador.— Capacidad y consentimiento de la persona.— Las incapacidades para testar.— Los vicios del consentimiento en materia testamentaria: error, fuerza y dolo.

El testamento, como todo acto jurídico, necesita que concurran requisitos que, en el caso, son de orden subjetivo y de orden objetivo. Los primeros se refieren a las personas y los segundos a las cosas, al objeto de la relación jurídica.

En primer término, es indispensable la intervención del sujeto activo del acto jurídico, la persona, a la que le denominamos: *testador*, que es el titular del derecho.

Y al hablar del titular del testamento, tenemos que circunscribirnos a dos esferas tan sólo: su capacidad y su voluntad. Capacidad y voluntad entrañan el requisito que algunos autores lo consagran como los elementos internos del testamento.

La *capacidad para testar* es, por consiguiente, una capacidad especial, circunscrita exclusivamente a dicho ámbito; de tal manera que es posible que una persona que tiene capacidad para suceder, en cambio, no tenga capacidad para otorgar testamento, o viceversa, porque son capacidades especiales, limitadas a esa suerte de relación jurídica.

Nos preguntamos, ¿qué personas tienen capacidad para otorgar testamento? Y para absolver la inquietud, acudimos a los principios universales de derecho, que proclaman a la capacidad como principio general, como la norma prevaleciente. De tal suerte que también en esta materia aplicamos el criterio general, pues todas las personas son capaces para ejercer el acto jurídico testamentario; por excepción, algunas personas no están revestidas de esta facultad, y son las incapaces. De modo que, en esta institución, como en varias otras, hemos de abordar el capítulo inherente a la capacidad, traduciéndolo por el estudio de las excepciones, o sea de las incapacidades.

El artículo 1065, de modo taxativo, señala que:

"No son hábiles para testar:

1.—El menor de dieciocho años;
2.—El que se hallare en interdicción por causa de demencia;
3.—El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa; y,
4.—El que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente".

Y el inciso final, termina con esta aseveración:

"Las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar".

Como podrá apreciarse, todas las incapacidades puntualizadas en la ley, tienen su fundamento jurídico y racional; sin embargo, debemos detenernos por lo menos a una somera consideración en torno de cada una de las causales de inhabilidad:

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

La primera es obvia, como se trata de un acto jurídico, la capacidad es de obrar, y el menor de edad está privado absolutamente de dicha idoneidad. El proyecto de Andrés Bello y las varias legislaciones inspiradas en él, señalan como incapacidad para testar, en primer término, la de los impúberes, como reza también nuestra ley, antes de la última reforma de 1970. El varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce resultan incapaces, empero, quien ya ha cumplido la una o la otra edad, por ser púberes, están amparados por dicha facultad. Nuestro legislador ha acertado en esta reforma, por el principio fundamental de que esta capacidad es activa, de obrar y no receptiva, de adquirir.

Si el menor de edad —antes de cumplir 18 años en la legislación contemporánea— otorgara testamento, éste sería nulo, de nulidad absoluta, por más que fallezca después de haber llegado a la mayoría de edad, porque su situación tiene que retrotraerse a la época del otorgamiento del testamento, cuando tenía que ser capaz, vale decir mayor de dieciocho años. Por fallecer años más tarde, ya en mayoría de edad, no ha convalecido el acto jurídico que nació nulo, o sea que fue inexistente.

En segundo lugar, son incapaces aquellas personas declaradas en interdicción por causa de demencia. El legislador aspira a que quien haga uso de su derecho de testar esté en el pleno ejercicio de sus facultades mentales y volitivas, que esté lúcido, pero no transitoriamente, sino siempre. Además, el requisito no es solamente que no esté en estado de demencia, sino que, inclusive, hallándose en dicho estado, mientras no haya sido declarado en interdicción, todavía es capaz. En la práctica puede darse el caso de que una persona que se halla demente otorgue testamento y que éste no adolezca de nulidad, por cuanto esa persona no estuvo declarada interdicta, y por lo tanto no está tipificada esta causal de inhabilidad. La interdicción requiere un trámite judicial, a veces complejo y de vicisitudes varias; en consonancia con el precepto legal, mientras no exista fallo ejecutoriado, si el demente otorga testamento resulta válido, y nadie podría impugnarlo u objetarlo, y aun haciéndolo estaría obligado a demostrar que el testador fue

declarado en interdicción con anterioridad al otorgamiento del acto jurídico que estudiamos, porque si esto ocurre a posteriori, el testamento es firme.

Sin embargo, la responsabilidad del notario o del empleado o personas ante las cuales se puede otorgar testamento es grande, puesto que tienen el deber de cerciorarse acerca del estado mental del testador, del cual tienen que acreditar que está en su "sano juicio", y el demente generalmente no se encuentra en tal condición.

La tercera incapacidad se refiere al que *actualmente* no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa. También la persona ante la cual se otorga el testamento tiene que verificar el estado del testador, y jamás podrá legalizar el acto jurídico si se halla en estado de ebriedad o privado de razón, por el uso de drogas, por ejemplo, o porque está sufriendo de una crisis de tal naturaleza que está enajenada su razón. Y es indispensable que para determinar la capacidad o incapacidad se establezca el estado del testador al momento mismo de otorgar su carta testamentaria.

Para el efecto, no interesa cómo estuvo antes, una hora, un día, etc., ni cómo estuvo después, acto seguido, por ejemplo, de perfeccionado el otorgamiento. El sano juicio tiene que ser simultáneo, por ello la ley emplea el adverbio actualmente; de todo lo cual dará fe el notario o quien haga sus veces.

Antes examinamos como causal de inhabilidad la del demente declarado en interdicción. ¿Qué ocurre con quien no ha sido declarado interdicto por causa de demencia? Aparentemente podría testar; empero, sería aplicable la incapacidad que estudiamos, pues ¿cómo podría considerarse que está en su sano juicio el loco? A menos que otorgase su testamento en uno de los momentos de lucidez, y cuyo estado no fuera susceptible de apreciación por parte de las personas ante las cuales ejerce tal derecho.

En cuarto lugar, son incapaces para testar las personas que no pueden dar a entender claramente su voluntad ni de palabra ni por escrito. Es el caso de gente que no tuvo su proceso evolutivo normal, de estas personas que abundan en nuestras zonas rurales, como producto del bocio y más endemias resultantes de la deficiente alimentación, ausencia de higiene, educación, etc.; seres

anormales que no están en posibilidad de hacerse entender de ningún modo, peor naturalmente, de palabra o por escrito, como exige la ley. Un testamento otorgado por persona que esté en el caso puntualizado, también es nulo de nulidad absoluta, que no puede convalecer jamás y el responsable es el funcionario ante el cual se celebró el acto jurídico.

El testamento otorgado durante la existencia de cualesquiera de las causales de inhabilidad taxativamente contempladas por el legislador es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causal. Y por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas incapacidades (art. 1066).

El segundo requisito subjetivo se refiere al *consentimiento* o *voluntad* del testador. La voluntad es la expresión libre del deseo de una persona, y si esa libertad está limitada o adolece de vicios, queda anulada. La voluntad, para los tratadistas, se asimila al consentimiento.

El consentimiento puede verse afectado por tres vicios que lo anulan: error, fuerza y dolo.

El *error* es contrario a la verdad; es la falsa concepción de algo. Dentro del error, hay tratadistas que involucran a la ignorancia, que es el desconocimiento total de una cosa; y desde ese punto de vista, también cuando el testamento es producto de la ignorancia en cuanto a los hechos, adolece de nulidad.

El primer vicio del consentimiento puede presentarse ya en cuanto a las personas, ya en cuanto a las cosas y puede ser error esencial o error accidental. El primero indudablemente es de fondo y por consiguiente nulifica el acto jurídico y no así el segundo, que no afectaría mayormente a la validez del testamento.

Error esencial en cuanto a las personas, cuando se ha originado en un supuesto falso que impida determinar a qué persona se ha hecho la asignación; ejemplo, el testador en una cláusula dispone que sea su heredero universal su hermano José, distinguido abogado que ha colaborado con él en todos sus asuntos jurídicos. Mas, resulta que no tiene ningún hermano, que no ha colaborado

con él ningún abogado y que no existe un abogado José. En el presente caso no cabe la menor duda que hay un error esencial que anula el testamento.

Error accidental en cuanto a la persona, cuando hay una equivocación en lo que concierne a un simple detalle, que en modo alguno genera desconocimiento o falsedad ni duda, y que se puede comprender fácilmente que se trata de esa persona y no de otra. Como cuando el testador asigna su biblioteca al doctor Carlos Mosquera Sánchez, Decano de la Facultad de Derecho. Por los nombres y título coincide que se trata de esa persona y no de otra, no obstante haberse equivocado en el detalle de la facultad, pues es conocido que el Dr. Carlos Mosquera Sánchez, que es un médico, no es decano de Derecho, sino de la Facultad de Ciencias Médicas; la cláusula testamentaria sería válida, no obstante haberse equivocado en el detalle indicado.

Error esencial en cuanto a las cosas, cuando asimismo hay falsedad manifiesta o bien porque no existe el objeto o porque es de aquéllos que tienen el carácter de intransmisibles, y que en definitiva dan a entender que el causante desconoció la verdad. Supongamos que el testador asigna la Iglesia de la Compañía de Jesús de Quito o cuando deja el Río Amazonas, no cabe duda que existe error esencial. También existiría igual error, si el causante en cláusula testamentaria expresase: "Lego mi hacienda "Justicia Social", ubicada en el cantón Cotacachi a X", y no existe hacienda alguna de ese nombre en ese Cantón ni el testador tiene hacienda de ese nombre en ninguna parte ni de otro nombre tampoco.

Error accidental en cuanto a la cosa, cuando se trata de una leve equivocación que no entraña falsedad, y que por lo mismo no deteriora la disposición testamentaria. El testador asigna a Juan su casa de la calle Asunción Nº 821, y el verdadero número es 281; o si dice: dejo mi biblioteca, que se encuentra en mi casa de la Avenida América, a Pedro, y la biblioteca se encuentra en su casa de la calle Vargas, que es prolongación de aquélla, hacia el sur de la Ciudad; tampoco se anularía la asignación.

De todos modos, una vez declarado válido el testamento por el Juez, los interesados tienen derecho a pedir la reforma del mismo o la nulidad si los errores son esenciales, o rectificación en los casos en que existan pequeños errores accidentales, en cuanto a la identidad de la persona o en cuanto a la apreciación en el señalamiento de las cosas. Pero la reforma sólo en el evento de que los afectados sean los asignatarios forzosos y nadie más, puesto que se trata de una acción exclusiva de los cónyuges supérstites, de los legitimarios o de los descendientes.

El segundo vicio del consentimiento es la *fuerza,* que puede ser la presión física o moral, con el propósito de intimidar a la persona, por lo cual algunos autores consideran que era preferible hablar de intimidación, y no de fuerza, como lo hace nuestro legislador, que en el artículo 1067 establece que el testamento en el cual de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes; lo cual es casi imposible, por cuanto todo testamento tiene un mínimum de solemnidades y ellas se refieren a que tiene que ser otorgado por escrito y ante testigos, quienes juegan un papel primordial e impedirían en todo caso cualesquiera clases de actos que representan fuerza física, pero, en cambio, no estarían en posibilidad siquiera de conjurar cualquier maniobra encaminada a ejercer presión moral, a atemorizar, o a acobardar al testador.

Claro que este vicio del consentimiento puede presentarse más fácilmente en los contratos, ya que existe concurrencia de dos voluntades, y la una puede ejercer presión sobre la otra, y mientras no se declare la nulidad, surte pleno efecto; no así en materia testamentaria, en que, por ser unipersonal y eminentemente revocable, en el supuesto de que se haya empleado la fuerza para mover al testador para disponer de su patrimonio en determinado sentido, bien puede dejarlo sin efecto acto seguido o en cualquier otro momento, porque sólo el último válidamente celebrado es el definitivo y el que surte pleno efecto.

De todos modos, la disposición del artículo 1067 da una posibilidad amplísima; y los testamentos en los cuales de cualquier

modo haya intervenido la fuerza, son nulos en su totalidad, por más que quien ejerció la presión sólo haya pretendido una asignación a su favor.

Por último, tenemos el *dolo,* como tercer vicio del consentimiento. El inciso final del artículo 29 del Código Civil contiene la definición obligatoria, por así decirlo, cuando manifiesta que:

> "Consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro".

En el capítulo que abordamos no existe disposición alguna que haga mención del dolo como causal de nulidad del testamento, aunque tenemos dos pasajes de la ley en dos instituciones: indignidad y desheredamiento; el primero en el numeral 4º del artículo 1032, que dice:

> "El que por fuerza o dolo obtuvo del testador alguna disposición testamentaria, o le impidió testar";

y el segundo en el numeral 3º del artículo 1253, que establece como causal del desheredamiento el

> "haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar".

El dolo tiene que probarse en el ámbito judicial y esta prueba resulta difícil, toda vez que sólo a partir del fallecimiento del testador surte efecto su disposición de voluntad y es susceptible de las acciones pertinentes. ¿Cómo, entonces, demostrar que hubo dolo si la persona —sujeto pasivo de la intención— no puede ejercer su derecho y ni siquiera orientar la acción?

Para concluir diremos que nada más complejo que conocer y comprobar cuanto atañe a los vicios del consentimiento en materia testamentaria, por la índole de la institución. El acto jurídico reviste caracteres singulares y comporta una gran trascendencia; empero, su vigencia comienza con el fin de la existencia del titular

del mismo. Y esto acarrea consecuencias insubsanables. ¿Quién, si no el propio testador para orientar todo lo inherente a la carta testamentaria? ¿Acaso a base de las solemnidades y de las personas que concurrieron al acto, podría dirigirse e intentarse la acción? ¿Y si los actos de dolo o fuerza se consumaron con anterioridad y sin testigos? Además, muchas de dichas contemplaciones tienen un sentido estrictamente subjetivo y por lo mismo están sujetas a la más variada interpretación y están dentro de los linderos razonables de relatividad.

El profesor Somarriva, al hablar del requisito subjetivo de la voluntad, expresa que ésta "que recibe el nombre de consentimiento en los actos jurídicos bilaterales o convenciones, es siempre requisito esencial y fundamento de todo acto o contrato. Pero hay ciertos casos en que ella adquiere un carácter relevante; así ocurre en el matrimonio, donde el legislador rodea la manifestación del consentimiento de una serie de garantías, y también en el testamento. En éste la voluntad libremente manifestada por el testador es su base fundamental, sobre todo si se considera que el testamento produce sus efectos una vez fallecido el causante, por lo cual va a ser difícil determinar la exacta voluntad de éste. Por ello el legislador rodea del máximo de preocupaciones la manifestación de voluntad del testador, creando incapacidades e indignidades para suceder para los que atentan contra ella, anulando determinadas disposiciones testamentarias por temor de que en ellas la voluntad del testador se haya visto influenciada por factores extraños, rodeando de solemnidades el otorgamiento del acto, etc.".

Y al hablar de la fuerza, dice: "Para que la fuerza vicie el consentimiento debe llenar los siguientes requisitos:

1.—La fuerza debe ser grave, esto es, capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, mirándose como fuerza de este género todo acto que infunde en una persona el justo temor de verse ex-

puesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave;

2.—La fuerza debe ser injusta; y,

3.—Debe ser determinante en la manifestación de la voluntad". Y a su vez, con respecto al dolo, el mismo Profesor de la Universidad de Chile, apunta: "El dolo para viciar la voluntad del testador puede ser obra de cualquier persona, ya no existe contraparte. Quienquiera que sea el que se ha valido del dolo para obtener una cláusula testamentaria en su favor, será nula la disposición".

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPITULO XI

REQUISITOS OBJETIVOS DE FORMA DEL TESTAMENTO

CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS

Requisitos objetivos del testamento, requisitos de forma (solemnidades); requisitos de fondo (asignaciones testamentarias).— Clases de testamentos de acuerdo a las solemnidades: testamentos solemnes, ordinarios o comunes y testamentos menos solemnes, privilegiados o especiales.— Testamentos solemnes otorgados en el Ecuador: a) testamento abierto, nuncupativo o público; y, b) testamento cerrado, secreto o místico.— Testamentos abiertos otorgados ante Notario y tres testigos y testamentos abiertos otorgados ante cinco testigos.— Solemnidades de cada una de las clases de testamentos ordinarios o comunes.— Breve consideración de los testigos.— Testamentos solemnes otorgados en el Exterior.— Los testamentos menos solemnes o especiales: a) el testamento militar; y, b) el testamento marítimo.— Examen de cada uno de ellos.— ¿Existe un testamento aéreo? Imperativo de la eliminación de los llamados testamentos privilegiados.

Examinados los requisitos subjetivos inherentes al titular del acto jurídico, es preciso plantear las cuestiones concernientes a los requisitos objetivos, que pueden ser de forma y de fondo. Los pri-

meros dicen relación a las solemnidades y los segundos atañen a las asignaciones testamentarias.

Dijimos antes que todo testamento es solemne, sin embargo, no siempre se emplean las mismas o iguales formalidades para la validez de un testamento. Ello indujo a Bello a comenzar diciendo que el testamento "es un acto más o menos solemne", por cuanto la clasificación de los testamentos precisamente se la hace con el criterio de las solemnidades: unos son más solemnes y otros, en vista de las circunstancias, son menos solemnes.

Alfredo Pérez Guerrero y otros tratadistas contemporáneos no admiten que existan tales clases de testamentos, porque aseveran que todos son solemnes y que es preferible desdoblar a los testamentos con un criterio lógico en la siguiente forma:

a) Testamentos comunes u ordinarios (solemnes); y,

b) Testamentos especiales (menos solemnes o privilegiados). Opinión con la cual comparto porque tiene fundamento racional.

Los testamentos llamados solemnes pueden otorgarse en el Ecuador o en país extranjero. Nos corresponde primero examinar todo cuanto se relaciona con los testamentos solemnes otorgados dentro del territorio nacional.

Comencemos por manifestar que nuestra ley a veces incurre en vicios de expresión, por cuanto viola las normas de la lógica que cuidan celosamente que en la definición no debe entrar aquello que es materia de dicha operación. Y así el artículo 1068, al dar los conceptos de las dos clases de testamentos, expresa:

> "*Testamento solemne* es aquel en que se han observado todas las *solemnidades* que la ley ordinariamente requiere".
> "*El menos solemne o privilegiado* es aquel en que pueden omitirse algunas de estas *solemnidades*, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley".

Quito - Ecuador

Nosotros quisiéramos sugerir que mejor se emplease una definición más lógica para que tenga fuerza de ley, como la siguiente: *Testamento ordinario, común o solemne* es aquel que requiere del cumplimiento de formalidades específicas sin las cuales no sería válido el acto jurídico. Y *Testamento especial, menos solemne o privilegiado* es aquel que, en virtud de ciertas circunstancias inevitables, el legislador permite que no se cumplan sino determinadas formalidades.

Los testamentos comunes, ordinarios o solemnes otorgados en el Ecuador pueden ser de dos clases:

a) Testamentos abiertos, nuncupativos o públicos; y,

b) Testamentos cerrados, secretos o místicos.

Todo testamento solemne otorgado dentro del territorio nacional deberá reunir por lo menos dos formalidades imprescindibles:

1.—Debe otorgarse por escrito; y,
2.—Debe perfeccionarse ante testigos.

Algunas legislaciones conservan la tradición romana del testamento verbal, que respondió a la orientación del pueblo esencialmente guerrero y paradójicamente atado al derecho. El soldado podía testar de palabra ante su superior. El apremio bélico impuso esta modalidad, a efecto de no obstaculizar el ejercicio de un derecho, singularmente cuando el combatiente está frente a la muerte.

Nosotros tenemos serias dudas acerca de la validez y eficacia del *testamento* verbal, por cuanto es susceptible de alteraciones interesadas, unas veces, u otras simplemente sujetas al cambio u olvido, al compás del factor mnemónico tan influenciable y tornadizo. El testamento verbal puede modificarse o sufrir variaciones no únicamente de mala fe, sino inclusive de buena fe, como resultado de una mala memoria o de la concurrencia de innúmeros factores incontrolables.

La legislación ecuatoriana contemporánea ha prescindido tanto del testamento verbal, por las razones invocadas, como del *testamento ológrafo,* que es el escrito por el propio causante, sin más requisitos y formalidades, y por lo mismo vulnerable, dados el temperamento y psicología de nuestras gentes propensas a hacer que prevalezcan sus intereses y codicia a cualquier precio. Qué fácil sería suplantar un testamento y hasta imitar la caligrafía del de cujus. Sin que adolezcamos de complejo alguno creemos que los pueblos latinoamericanos son proclives a esta suerte de actitudes que hasta degeneran en fraudes y otras posiciones degradantes.

Testamento abierto, público o nuncupativo: Es aquel por el cual el testador hace conocedoras de su última voluntad a otras personas. De acuerdo a las formalidades, nuestra ley contempla a su vez dos procedimientos para otorgar testamento abierto:

a) Testamento solemne abierto otorgado ante notario y tres testigos; y,

b) Testamento solemne abierto otorgado ante cinco testigos.

El legislador ecuatoriano copia también en esta materia la ley chilena, y faculta para que el testamento solemne abierto pueda otorgarse ante un juez de primera instancia, sea parroquial, cantonal o provincial, "cuya jurisdicción comprenda el lugar del otorgamiento".

Debe entenderse que esta facultad extensiva será procedente en caso de falta del notario y además, que dentro de la estructura de la Función Judicial, se contemple la existencia de jueces parroquiales, segundo aspecto que en el caso ecuatoriano no existe, aunque haya quienes sostienen que los tenientes políticos vienen a representar esa categoría judicial, criterio con el cual no hago causa común, por el origen de la autoridad, que es eminentemente política y proveniente de la designación de la Función Ejecutiva, lo cual quebranta el principio doctrinario de independencia de las

Funciones y por otros razonamientos de carácter estrictamente judicial y técnico.

Lo que singulariza al testamento solemne abierto de la primera clase es el hecho de que el notario da lectura de las disposiciones testamentarias en alta voz y en unidad de acto, en presencia del testador y de tres testigos; y la lectura tiene que ser en alta voz, por cuanto es de la esencia del instrumento hacer conocer la voluntad del testador por lo menos a los dichos testigos. He ahí la razón por la cual se le denomina también público, porque las disposiciones de última voluntad se hacen extensivas por lo menos al notario y a los tres testigos en este caso. Y el testador tiene que estar en su "sano juicio", tanto que el testamento se encabeza, a más de esa especie de fórmula sacramental que contiene entre otras expresiones la designación de los nombres, apellidos, edad, estado civil, domicilio, etc. del otorgante, la declaración categórica e inexcusable de que se halla en el uso de su razón.

El ciego sólo podrá otorgar testamento abierto, y ante notario o empleado que haga las veces de tal. Su testamento será leído en alta voz dos veces: la primera por el notario o empleado y la segunda por uno de los testigos, elegidos al efecto por el testador. Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento (art. 1079).

La otra clase de testamento nuncupativo en el Ecuador, es el otorgado sólo ante cinco testigos, cuando no hay posibilidad de la presencia del notario. En este caso, por mandato del testador, dará lectura del testamento uno de los testigos y luego firmarán el testador y los testigos que sepan firmar. Pero todavía no se han llenado las solemnidades de ley, pues será preciso proceder a su publicación, en la forma siguiente: el juez competente hará comparecer a los testigos para que reconozcan sus respectivas firmas y la del testador. Si uno o más de ellos no comparecieren, por ausencia u otro impedimento, bastará que los testigos instrumentales presentes reconozcan la firma del testador, las suyas propias y las de los testigos ausentes. En caso necesario, y siempre que el juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del testador y las de los testigos ausentes, por declaraciones juradas de

otras personas fidedignas. El juez firmará al principio y fin de cada página del testamento, y lo mandará a entregar, con todo lo obrado al notario, para que lo protocolice y confiera las copias que le fueren solicitadas por los interesados para acreditar sus derechos.

Este testamento constituye un caso de excepción, ante las circunstancias de encontrarse en lugar apartado de la cabecera cantonal o ante la emergencia o urgencia de la situación, en que no es posible contar con la presencia del notario o de quien haga sus veces, pues, por lo común, se otorga testamento solemne abierto ante notario y tres testigos o testamento *solemne cerrado.*

Evidente que esta clase de testamentos abre la posibilidad de que toda persona pueda disponer de su patrimonio para que surta efecto post mortem; la facilidad que, por mandato de la ley, se ofrece permitiendo que en cualquier circunstancia pueda acogerse el testador a esta modalidad, nos permite, además, creer que constituye una solución valedera en el marco de la fenomenología testamentaria. Sin embargo, bien valdría la pena que se lo denominara *testamento de emergencia,* en consideración a que se acudirá a tal procedimiento preferentemente cuando los hechos son apremiantes y así lo exigen realidades insuperables.

Respecto de los *testigos* del testamento, la ley no señala quienes pueden servir de tales, pero puntualiza las excepciones, por lo cual concluimos que puede ser testigo para solemnizar dicho acto jurídico toda persona, menos aquellas que de modo expreso están impedidas de actuar, por mandato de la ley.

El artículo 1072 dice que no podrán ser testigos en un testamento solemne otorgado en el Ecuador:

1.—Los menores de dieciocho años;
2.—Los que se hallaren en interdicción, por causa de demencia;
3.—Los que actualmente se hallaren privados de razón;
4.—Los ciegos;
5.—Los sordos;
6.—Los mudos;

7.—Los condenados a alguna de las penas designadas en el artículo 329, numeral 4º (los padres a los cuales por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se los declare culpados de un delito a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad) y en general, los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos;

8.—Los amanuenses del notario que autorice el testamento;

9.—Los extranjeros no domiciliados en el Ecuador; y,

10.—Los que no entiendan el idioma del testador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1084. (Cuando el testador no pudiere entender o ser entendido de viva voz, sólo podrá otorgar testamento cerrado).

Es indudable que el papel que incumbe al testigo que interviene como tal en el acto del otorgamiento del testamento es diferente de aquel que debe caracterizar a otra clase de testigos, verbigracia del testigo en juicio, que es llamado a declarar con conocimiento de causa, pues él debe haber conocido el hecho y las circunstancias que rodearon a aquello que es materia del interrogatorio. En cambio, la responsabilidad del testigo testamentario se reduce a ver, oír y entender todo cuanto constituye la esencia del acto jurídico que se perfecciona y, en el evento de que surgiera algún conflicto y el mismo debiera ventilarse en la esfera judicial, entonces su declaración tendría que ceñirse estrictamente a la verdad como consecuencia de su intervención previa, es decir, por haber actuado como tal en el otorgamiento del testamento. Las inhabilidades, como se ha enunciado, están taxativamente contempladas en la ley y las personas a las cuales el legislador no las declara incapaces pueden perfectamente intervenir como testigos idóneos. Las inhabilidades, por consiguiente, para ser testigo en una causa son muy diversas de las específicas de esta materia. Nuestro Código de Procedimiento Civil establece incapacidades para ser testigo en una litis: a) por falta de edad; b) por falta de conocimiento; c) por falta de probidad; y, d) por falta de imparcialidad, en los ar-

tículos 230, 231, 234 y 237, respectivamente. Ahora bien, atentos los planteamientos precedentes, nos preguntamos ¿serán inhábiles para intervenir como testigos en el acto testamentario quienes están tipificados como tales en el ámbito procesal al que se refieren estas disposiciones? Concretamente, ¿podría ser testigo idóneo el pariente, el amigo íntimo, el socio, el curador, el sirviente del testador, por ejemplo? Pienso que sí por cuanto el testigo en esta esfera es un testigo especial y tanto la capacidad como las incapacidades siguen la misma suerte. Y esto favorece de veras el otorgamiento del testamento en general y muy en particular del testamento solemne abierto otorgado ante cinco testigos, en circunstancias imprevistas e impostergables que se acudirá de preferencia a quienes están más cerca del testador que son sus allegados, aunque ya en el campo procesal bien podrían ser tachados invocando las pertinentes inhabilidades.

La ley exige que dos por lo menos de los testigos deberán estar domiciliados en el cantón en que se otorgue el testamento; y uno, a lo menos, deberá saber leer y escribir, cuando sólo concurran tres testigos; y dos, cuando concurrieren cinco.

Después de la enunciación taxativa de las incapacidades para poder actuar como testigo, la ley consagra una disposición, que se la mantiene en principio: puede ocurrir que alguno de los testigos adoleciera de las inhabilidades establecidas; por ejemplo, actúa como testigo un joven que aún no cumple dieciocho años, el artículo 1073 prevé que, por el hecho de esta habilidad putativa —todos creían que era mayor de edad—, no se anulará el testamento, siempre que se trate de un solo caso, pues de intervenir más de un testigo inhábil, se anula el testamento.

El Código señala los diversos requisitos formales del otorgamiento del testamento, cómo debe encabezarse, qué debe contener, etc., y admite la posibilidad de que el testador no sepa firmar, en cuyo caso lo harán por él testigos, y esto se salva por cuanto, como está expuesto, uno por lo menos debe saber firmar en el caso de solemnizar el acto jurídico tres, y dos cuando sean cinco. Constantemente se está confundiendo entre saber leer y escribir y saber firmar, dos situaciones distintas y generalizadas en nuestro medio

en que, por intereses políticos, se abusó mucho del requisito de "saber firmar", enseñando, por ejemplo, al electorado en vísperas de inscripciones, a dibujar la firma, sin que supiesen leer y escribir.

El artículo 1077 contempla la posibilidad de que el testamento abierto se haya escrito anticipadamente; pero sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el notario, si lo hubiera, o a falta de notario, por uno de los testigos, designado por el testador al efecto. Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria, oirán todo el tenor de sus disposiciones.

La otra clase de testamento solemne, común u ordinario está constituida, por el llamado testamento cerrado.

El testamento cerrado, secreto o místico se halla definido en el artículo 1083. Es aquel por el cual el testador, reservadamente, ha dispuesto de sus bienes, en un documento que lo entrega al notario en presencia de cinco testigos; y al efecto dicho precepto legal dice:

> "Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al notario y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el notario y testigos le vean, oigan y entiendan que en aquella escritura se contiene su Testamento".

El notario lo único que hace es recibir el testamento, redactar el acta para la carátula que ha de cubrirlo y proceder a firmar después del testador y los cinco testigos sobre la cubierta y cerrarlo y sellarlo. Así, pues, mientras en el testamento abierto o público, el notario o quien hace sus veces da lectura de su contenido y tanto él, como el testador y los tres testigos se enteran del mismo, en unidad de acto; en el testamento cerrado nadie, a excepción del testador o de quien le ayudó a redactarlo o le hizo saber aquél, conoce las disposiciones.

El acta aludida contiene una especie de fórmula sacramental, en la cual se indica el día, lugar, nombre del testador, su edad,

estado civil, domicilio, etc., con la aclaración de que se halla en su entero juicio; los nombres y domicilios de los testigos y la certificación de que es voluntad del compareciente otorgar su testamento cerrado, el mismo que se encuentra en el interior de la referida cubierta. Documento que, a voluntad del testador, puede confiarlo al propio notario, o llevarlo consigo, para conservarlo en su hogar o guardarlo en una casilla bancaria, etc. Lo peligroso es que cualquier persona lo abra, pues solamente una vez muerto el testador, tienen que llenarse las formalidades legales que señalaremos a continuación, para proceder a abrirlo, a fin de que tenga validez y surta pleno efecto jurídico.

El que no sepa leer y escribir no podrá otorgar testamento cerrado, por razones obvias; y cuando el testador no pudiera entender o ser entendido de viva voz, sólo podrá otorgar testamento cerrado, y en este caso, escribirá de su puño y letra, sobre la cubierta, la palabra *testamento*, o la equivalente en el idioma que prefiera; y hará del mismo modo la designación de su persona, expresando, a lo menos, su nombre, apellido, domicilio y la nación a que pertenece (Art. 1084).

Una cuestión que se plantea en esta materia es precisamente la situación del sordo-mudo que no sabe leer ni escribir. ¿Acaso podrá hacerlo por él su curador? De ningún modo, como queda aclarado con anterioridad, ya que la facultad de testar es personal e indelegable. Situación crítica esta que no se halla contemplada ni prevista en la ley y en la cual sólo cabría aplicar las regulaciones de la sucesión intestada y nada más; entendido que el sordo-mudo que sabe leer y escribir únicamente puede otorgar testamento cerrado, en consonancia con lo que establece el inciso primero del artículo 1084, ya invocado.

Durante el otorgamiento del testamento cerrado estarán presentes, además del testador, un mismo notario y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna, sino en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere, por ejemplo, si el testador está enfermo y es preciso suministrarle una medicina, o le sobreviene un colapso o tiene que aplicársele algún tratamiento.

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

El interesado en una sucesión, que conoce de la existencia del testamento cerrado, una vez fallecido el causante, obtendrá copia certificada de la partida de defunción, y con ella comparecerá ante el juez provincial del último domicilio del testador y le solicitará que ordene que se presente el testamento, ya sea por parte del notario, o la institución bancaria o la persona a quien haya confiado dicho instrumento el causante. Una vez que se haya presentado el testamento al juzgado, se dispondrá que el notario y los testigos comparezcan, con el objeto de reconocer sus respectivas firmas y la del testador, "declarando, además, si en su concepto está cerrado, sellado o marcado como en el acto de la entrega".

En caso necesario, y por mandato del juez, podrán ser abonadas las firmas del notario y de los testigos ausentes por declaraciones de "otras personas fidedignas".

Cumplidas estas diligencias, el juez señalará el día y hora para la apertura y lectura del testamento cerrado, providencia que se publicará por la prensa, con el objeto de que sea conocida por el público y especialmente por los interesados. Llegados el día y hora señalados, el juez, en presencia de los concurrentes, exhibirá el testamento, para que todos observen que permanece cerrado y sellado, y acto seguido procederá a romper las cerraduras, a abrirlo y a dar lectura de su contenido; terminará la diligencia con la suscripción y firma de un acta por parte de los comparecientes, el juez y el secretario que certifica. Posteriormente, el juez ordenará que todo el expediente sea enviado a uno de los notarios del cantón, a efecto de que proceda a protocolizarlo y guardarlo bajo su responsabilidad, para dar fe y conferir las copias que le sean pedidas.

Hemos penetrado en el ámbito de las regulaciones procesales contempladas en el artículo 659 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, porque en verdad se trata precisamente de llenar requisitos y formalidades post mortem, que han de cumplirse con la intervención del juez, sin cuya autoridad se anularía todo el proceso y tendríamos de hecho una sucesión abintestato. Con relación al reconocimiento de la firma por parte de los cinco testigos se establece que:

"Si no pudieran comparecer todos los testigos, bastará que los presentes abonen las firmas de los ausentes y muertos; y cuando ninguno de los testigos instrumentales estuviere en el lugar, abonarán sus firmas y la del testador otros testigos que no tengan tacha y sean de conocida honradez". (incisos 2º y 3º del artículo 660 del C. de P. C.).

Además, conviene recordar, sobre todo, el texto íntegro del artículo 661 para los efectos procesales pertinentes:

"Practicadas las diligencias, el juez pronuncia sentencia, en la que, atendidas las formas exteriores del testamento, declarará si es válido o nulo. En el primer caso, mandará se lo publique y protocolice, se den copias a los interesados, si las pidieren, y se inscriba la primera de ellas o cualquiera otra, a falta de aquella.— En la misma sentencia, señalará día y hora para la lectura del testamento. El día y hora designados, en presencia de los interesados concurrentes, abrirá el pliego, se impondrá secretamente del contenido del testamento y mandará al secretario lea públicamente las cláusulas respecto de las cuales el testador no hubiese dispuesto se guarde reserva. Se sentará acta de esta diligencia, y la firmarán el juez, los interesados presentes y el secretario".

En general y ya en la práctica no es muy aconsejable el otorgamiento del testamento cerrado, primero porque se corre el riesgo de su anulación cuando no se lo abre y publica con sujeción a las normas pertinentes y en segundo lugar por cuanto los trámites a llenarse a veces resultan desobligantes y constituyen serias trabas, difíciles de solventar y que ocasionan molestias y gastos que los deudos no siempre están en condiciones de afrontar. No por ello dejamos de reconocer que quien adopta este sistema lo hace posiblemente porque desea que no se trasluzca su última voluntad y se la mantenga oculta y reservada mientras no ocurra su deceso; o también en razón de que la carta testamentaria consagra ciertos derechos o situaciones que, conocidos antes de dicho acontecimiento, podrían acarrearle al testador serios conflictos y desavenencias, etc. En fin, cada testador tiene la alternativa a escoger

entre lo uno o lo otro y él sabrá a cual procedimiento se acoge, aunque queda expuesto a las contingencias y dilatorias propias de cada caso.

TESTAMENTOS SOLEMNES OTORGADOS EN EL EXTERIOR

Tenemos dos clases de testamentos solemnes otorgados en el exterior:

1.—Los testamentos solemnes otorgados en país extranjero, conforme a las leyes que rigen la vida de esa nación en materia de sucesiones, son válidos en el Ecuador, porque así lo dispone nuestra ley, siempre que esos testamentos se hayan celebrado con arreglo a las solemnidades prescritas en ese país, y que se cumplan los requisitos de legalización y autenticación de las firmas de tal suerte de instrumentos. Dice el artículo 1087 de nuestro Código vigente:

> "Valdrá en el Ecuador el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo, en la forma ordinaria".

El Código Sánchez de Bustamante está reconociendo este derecho a testar libremente en cualquier país, y que los demás lo reconozcan como válido. El otorgante puede tener, en este caso, cualquier nacionalidad.

Supongamos que el testamento se otorga en la república del Uruguay conforme a las leyes vigentes en dicho país; para que tenga validez en Ecuador es indispensable que se cumplan las siguientes formalidades: a) que se haga constar que se han observado todas las solemnidades contempladas en la legislación uruguaya, para tal suerte de actos jurídicos; b) que el respectivo notario

legalice dicho instrumento; c) que se pruebe la autenticidad de éste; d) que la firma del notario sea autenticada por el correspondiente funcionario judicial; e) que la firma de éste sea autenticada por el competente auxiliar del ministerio de Justicia; f) que la firma de éste a su vez sea también autenticada por el encargado de tal operación en el Ministerio de Relaciones Exteriores; y, g) finalmente, que la firma de éste autentique el respectivo agente consular del Ecuador. Llenados todos estos requisitos, debe remitirse el testamento a nuestro ministerio de Relaciones Exteriores, en donde se procederá a autenticar la firma del funcionario ecuatoriano, y luego, con todo lo actuado se lo enviará al juez del último domicilio del testador; mas, si se desconociese tal domicilio, se hará llegar la documentación al juez provincial de Quito, para que disponga que el notario lo protocolice y confiera las copias que se soliciten.

2.—Un ecuatoriano o un extranjero domiciliado en el Ecuador puede otorgar testamento solemne en el exterior y con plena validez jurídica en el territorio ecuatoriano, siempre que se lo otorgue ante un agente diplomático o consular de nuestra nación y en consonancia con las leyes vigentes en el territorio de la República, es decir acogiéndose a las solemnidades ya del testamento abierto ya del testamento cerrado del Código Civil ecuatoriano.

Dicho testamento debe reunir, además, varios requisitos:

a) No podrá autorizar tal clase de testamento sino un agente diplomático en la jerarquía de jefe de misión, un secretario de legación que tenga título de tal, expedido por el Presidente de la República o un Cónsul que tenga patente del mismo, pero no un vicecónsul. Se hará mención expresa del cargo, y de los referidos título y patente;
b) Los testigos deben ser ecuatorianos, o extranjeros domiciliados en la ciudad en donde se otorgue el testamento;
c) Se observarán las reglas del testamento solemne otorgado en el Ecuador; y,
d) El instrumento llevará el sello de la legación o consulado.

Al estudiar el artículo 1088, que trata de esta clase de testamentos, obsérvese que en esta materia nuestra legislación no está actualizada pues en la Ley de Servicio Exterior ya no se contempla la existencia de legaciones sino de embajadas, etc.

Cuando el testamento no se ha otorgado ante el jefe de la misión diplomática, llevará el visto bueno de éste al pie del testamento abierto y será rubricado al principio y fin de cada página; y si fuera cerrado llevará dicho visto bueno sobre la cubierta. Una copia del testamento abierto o de la cubierta en el caso del cerrado será remitida al Ministro de Relaciones Exteriores, quien ordenará que se autentique la firma y la rúbrica del agente respectivo y enviará al juez del último domicilio del testador o a un juez provincial de Quito, en el evento de desconocerse ese domicilio, a efecto de que dicha autoridad ordene que el notario lo incorpore a su protocolo y confiera las copias que se le soliciten.

Bien puede apreciarse que todos los testamentos culminan en la notaría, puesto que en ninguna parte se conserva mejor un documento público o privado, como en una notaría; y el único funcionario que tiene autoridad para dar fe de los documentos confiados a su custodia y para conferir copias certificadas es el notario. De ahí la razón de esta emanación legal.

En relación con el testamento cerrado otorgado en el Exterior por un ecuatoriano o extranjero domiciliado en Ecuador, el artículo 1089 de nuestro Código Civil deja un verdadero vacío, pues se circunscribe a disponer que se "remitirá en seguida la *cubierta* al Ministro de Relaciones Exteriores, para que éste abonando la firma del jefe de legación, remita dicha copia al juez del último domicilio del difunto en el Ecuador, para que lo haga incorporar en los protocolos de un notario del mismo domicilio"; mas, omite reglar todo lo concerniente a la apertura y publicación de dicho testamento, lo cual constituye una laguna en la materia. Sin embargo, el artículo 663 del Código de Procedimiento Civil salva el escollo proporcionándonos una regla útil y valedera para el caso propuesto, cuando establece que:

"En los *testamentos cerrados* militares, marítimos u *otorgados en nación extranjera*, el que los autorizó hará las veces de juez para recibir las declaraciones de los testigos instrumentales o de abono, y proceder a la apertura del testamento. Abierto, remitirá al Ministro respectivo copia de dicho testamento y de todas las actuaciones".

Y esta disposición se halla complementada con la contenida en el artículo siguiente: "Luego que el Ministro reciba la copia, abonará la firma del empleado que autorizó el testamento, y remitirá dicha copia al juez competente, el cual declarará si el testamento es o no válido; y caso de serlo, ordenará se inserte la copia en el registro del Notario. Verificado esto, quedará protocolizado el testamento. Se inscribirá la primera compulsa u otra, a falta de aquélla".

TESTAMENTOS MENOS SOLEMNES PRIVILEGIADOS O ESPECIALES

Hemos repetido varias veces acerca de que nuestra legislación contempla dos clases de testamentos: testamentos solemnes y testamentos menos solemnes, y hemos comentado con Alfredo Pérez Guerrero y otros autores, que la clasificación, a más de ser impropia, es inadecuada, porque debe hablarse en todo caso de testamentos comunes u ordinarios y de testamentos especiales, de acuerdo a lo que han logrado desdoblar otras legislaciones, como las de Brasil, España, Guatemala, Italia, Panamá, Puerto Rico, Venezuela, por ejemplo.

Una vez que hemos estudiado los testamentos comunes otorgados en el Ecuador y los testamentos de la misma categoría otorgados en el extranjero, nos corresponde enfocar todo lo relativo a los testamentos especiales, denominados por nuestro legislador como testamentos menos solemnes o privilegiados.

Ninguna de las dos denominaciones anteriores —menos solemnes o privilegiados— corresponde al espíritu de estos testa-

mentos. Es mejor adoptar la denominación de *testamentos especiales,* porque en verdad, debido a ciertas circunstancias, la ley faculta para que se otorgue un testamento con menos formalidades, con menos requisitos de forma que los otros conocidos con el nombre de "testamentos solemnes".

Los testamentos privilegiados o menos solemnes fueron conocidos ya en el Derecho Romano, primordialmente por los factores bélicos imperantes en esa época histórica. En derecho español, rigorosamente hablando, no fue admitido como testamento privilegiado sino el militar; en derecho francés existe el testamento militar, el testamento marítimo y el testamento de epidemia (Arts. 981 a 996 del código francés); en los derechos colombiano, chileno, venezolano y algunos centroamericanos también tres: el verbal, el militar y el marítimo y entre nosotros sólo dos: el militar y el marítimo.

Andrés Bello sugirió que también se incorpore como tal al ológrafo y razonó en el siguiente sentido: "¿No será conveniente añadir al número de los testamentos privilegiados el *ológrafo,* reconocido por la Ley XV, título V, libro del Fuero Juzgo? Porque muchas veces hay casos tan apurados, dice la ley, que no es dable llenar las solemnidades prescritas; por tanto, cuando fuere tal la situación del testador, que no pueden haber testigos por los cuales hagan constar su voluntad, según el orden legal, escriba de su propia mano, con la debida especificación, todo lo que quisiere ordenar, y lo que deseara que se dé de sus bienes a cualesquiera personas; y expresando el día, el mes y el año, ponga al fin de toda la escritura su firma".

Antes eran testamentos menos solemnes o privilegiados los verbales, los otorgados en situaciones anormales, frente a la inminencia de un peligro. Quiso el legislador que en tales circunstancias críticas la persona pudiera expresar su última voluntad sin someterse a las formalidades comunes, corrientes, regulares.

Con razón existe la tendencia de ir eliminando de las legislaciones estos testamentos mal llamados privilegiados. Algunos códigos civiles, como el nuestro, no contemplan sino dos clases de testamentos menos solemnes: los militares y los marítimos, que

también deberían desaparecer, porque no existe fundamento valedero para que la ley los siga contemplando como institución especial.

Si se conserva el nombre de *privilegiados* para los testamentos militares y marítimos, no debe interpretarse, en modo alguno, como que están dedicados a las personas que ejercen actividades inherentes a tales profesiones, y que son consideradas privilegiadas, sino más bien se refiere al hecho de que en determinadas circunstancias, las personas sometidas a ellas, pueden otorgar su testamento sin ceñirse a cánones comunes y preestablecidos que, por fuerza de los acontecimientos, resultarían difícilmente practicadas tales formalidades o cumplidos todos los requisitos ordinarios.

Como expusimos, el artículo 1090 de nuestro Código dice que son testamentos privilegiados:

1.—El testamento militar; y,
2.—El testamento marítimo.

Testamento militar.—Los tratadistas, al referirse a esta clase de testamentos, creen que Roma se interesó mucho por ellos, por ser un país belicista y conquistador por excelencia y porque, como los soldados eran ignorantes y analfabetos, se quiso garantizar su derecho a otorgar testamento introduciendo esta modalidad, más simple y sencilla.

Testamentos militares son aquellos que se otorgan en tiempo de guerra, por parte de quienes están en la operación bélica, no sólo como jefes, oficiales y soldados, sino también como empleados, voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecieren al cuerpo de tropas de la República y asimismo las personas que van acompañando y sirviendo a cualesquiera de los antedichos; siempre y cuando se hallen en una expedición de guerra, que esté actualmente en marcha o campaña contra el enemigo, o en la guarnición de una plaza sitiada.

¿Ante quién puede otorgarse un testamento militar? El testamento militar puede otorgarse:

a) Ante un capitán u oficial de grado superior al de capitán, o ante un intendente de ejército, comisario o auditor de guerra;
b) Los enfermos o heridos, ante el capellán o médico que les asista; y,
c) Los que se hallen en un destacamento avanzado, ante el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán.

En nuestro Orgánico no existen las funciones de intendente, comisario, auditor de guerra ni capellán; sin embargo, subsiste la disposición que se la ha tomado textualmente del proyecto de Código Civil Chileno elaborado por don Andrés Bello.

El testamento militar deberá ser firmado por el testador, si supiere escribir (?), por el empleado ante quien se lo otorga, y por tres testigos. Si el testador "no supiere o no pudiere firmar", se expresará así en el testamento. Como enunciamos con anterioridad, el legislador constantemente confunde saber escribir con saber firmar y nosotros entendemos que en la práctica no es lo mismo, pues muchas personas saben firmar sin saber escribir, como resultado del proceso demagógico de los salteadores de la cosa pública, que han proclamado la pureza del sufragio, pero que han constituido grupos consagrados exclusivamente a enseñar a firmar a sus prosélitos en vísperas de los procesos electorales; cuánto bien habrían hecho los partidos y grupos políticos si siquiera hubieran enseñado a leer y a escribir a sus partidarios.

El testamento militar otorgado con todas las formalidades y solemnidades de la ley tiene valor, si quien lo otorgó fallece antes de los noventa días posteriores a la desaparición de las circunstancias que determinaron el que se acoja a esta garantía. La intención del legislador es que, desaparecidas las circunstancias apremiantes, se otorgue el testamento común, sin las tensiones y alteraciones psíquicas que provocan los conflictos bélicos y que trastornan la mente y el espíritu de quienes se ven envueltos en la catástrofe.

De tal suerte que el testamento militar es, como si dijéramos, un testamento sujeto a plazo, vencido el cual caduca y es como si jamás se hubiera otorgado testamento alguno.

Una vez perfeccionado el testamento militar por escrito y con las firmas señaladas, esto es con las solemnidades que también contempla la ley para tal modalidad de cartas testamentarias, deberá llevar al pie el visto bueno del jefe superior de la expedición o del comandante de la plaza, si no hubiera sido celebrado ante el jefe mismo o el comandante, en su caso, quien en seguida lo remitirá, "con la posible brevedad y seguridad", al Ministro de Defensa Nacional, para que éste lo envíe al juez del último domicilio del testador, o del de Quito, si se desconoce tal domicilio, para que a su vez éste ordene su protocolización en una notaría.

Testamento marítimo.—Otro testamento especial es el testamento marítimo, que puede ser, a su vez, de dos clases:

1.—El otorgado a bordo de un buque ecuatoriano de guerra, en alta mar; y,

2.—El otorgado en buques mercantes, bajo bandera ecuatoriana.

En el primer caso se otorgará ante el comandante o su segundo, en presencia de tres testigos y en el otro caso, ante el capitán, su segundo o el piloto y desde luego con la concurrencia de tres testigos.

¿Quienes pueden otorgar testamento marítimo? Toda persona que se encuentre a bordo de dichos buques, no sólo integrando la oficialidad y tripulación, sino por el evento de estar embarcada, la ley reconoce el derecho para otorgar esta clase de testamento a toda persona capaz de intervenir en dicho acto jurídico.

En todo caso se extenderá un duplicado del referido instrumento, se lo conservará entre los papeles más importantes de la nave y se dará noticia de su otorgamiento en el diario de navegación.

Si el buque, antes de volver al Ecuador, arribare a un puerto extranjero en que haya un agente diplomático o consular ecuatoriano, el comandante entregará a dicho agente un ejemplar del testamento, exigiendo recibo y dando cuenta del particular en el

diario. El referido agente lo remitirá al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que se proceda como en el caso de los testamentos otorgados en el Exterior.

Si la nave de guerra o mercante llegara al Ecuador, se entregará un ejemplar del testamento al respectivo capitán de puerto, observando las mismas formalidades y éste lo remitirá al Ministro de Defensa Nacional, el que dispondrá que sea enviado al juez competente, a efecto de que él ordene su protocolización en una de las notarías, porque todo testamento, en definitiva, tiene que guardarse en esa forma, para obtener las copias pertinentes.

También los testamentos marítimos caducan. Si quien testó marítimamente fallece durante la travesía o antes de los noventa días del desembarco final, el testamento es válido y surte pleno efecto; de lo contrario, si el testador sobrevive a los mencionados noventa días, caduca el testamento marítimo. Esta disposición tiene analogía con la caducidad del testamento militar.

★

Para terminar el estudio de esta suerte de testamentos, conviene hacer algunas consideraciones de carácter jurídico:

I

En los testamentos privilegiados que consagra la ley ecuatoriana —marítimo y militar— podrá servir de testigo "cualquiera persona de sano juicio, mayor de dieciocho años, que vea, oiga y entienda al testador y que no haya sido condenada a una de las penas contempladas en el numeral 4º del artículo 329 del Código Civil". Como se trata de un testamento especial, dadas las circunstancias de emergencia, se permite un margen mayor para facilitar la celebración testamentaria, y se han omitido inhabilidades que afectarían a un testamento ordinario. Por consiguiente, hay menos rigidez en esta clase de testamentos inclusive en lo que atañe a los testigos.

II

Si el que puede testar marítimamente, prefiere otorgar testamento cerrado, está facultado para ello, a condición de que observe todas las formalidades exigidas para tal clase de testamento, sólo que podrá otorgar ante cualesquiera de las personas que son hábiles para legalizar tal categoría de cartas testamentarias. (Art. 1104).

III

Al final del inciso primero del artículo 1091, se dice:

"Se requerirá, además, para los testamentos *privilegiados escritos* que los testigos sepan leer y escribir".

Esta disposición tenía razón de ser cuando existía la institución de los *testamentos privilegiados verbales*, como en el caso de las legislaciones de Alemania, Bolivia, Colombia, Chile, Honduras, Panamá, Puerto Rico, etc.; mas habiéndose eliminado tal suerte de testamentos, no hacía falta la disposición, desde luego que todo testamento solemne o menos solemne en el Ecuador tiene que otorgarse por escrito, por mandato expreso de la ley, que no admite ni por excepción —ni aun en los casos más críticos y frente a las más graves circunstancias— el testamento verbal, por razones que pretendimos enunciar muy someramente al referirnos a las características de los testamentos solemnes, comunes u ordinarios.

IV

Cuando entró en vigencia nuestro Código Civil existían tan sólo dos ramas de las Fuerzas Armadas: Ejército y Marina, para cada una de las cuales parece consagrado cada uno de los testamentos privilegiados estudiados: el militar y el marítimo; como en nuestros tiempos ha surgido poderosamente la nueva y formidable

rama aérea, nos preguntamos por extensión o analogía ¿cabe considerar la posibilidad de un *testamento aéreo?*

Un principio jurídico inconcuso es que los casos de excepción tienen que contemplarse expresamente en la ley, y que jamás puede aplicarse un criterio extensivo o por analogía. La norma general constituyen los testamentos ordinarios, comunes o solemnes y la excepción, los denominados menos solemnes o privilegiados y especiales, por nosotros. Como la ley no ha contemplado tal modalidad testamentaria, concluimos que no existe un testamento aéreo, así tipificado.

Empero, nos preguntamos, suponiendo, por ejemplo, que se secuestrara una nave aérea ecuatoriana, una más en esta hora proclive a tal desviación; y alguno o algunos de los pasajeros o tripulantes, frente a la crisis y sintiéndose afectados por la tensión, quisieran otorgar testamento, ¿cómo obrarían? ¿Podrían otorgar testamento aéreo? Ya hemos considerado que no existe testamento aéreo, entonces, acogiéndose a nuestra ley, podrían otorgar testamento solemne abierto ante cinco testigos, con la obligación de llenar los requisitos de publicación puntualizados en el artículo 1080. Y no solamente ante la perspectiva de un secuestro, sino de cualquier emergencia o sencillamente porque ese es su deseo, pues para otorgar testamento solemne abierto en presencia de cinco testigos no se exige que ha de celebrarse en tal o cual lugar, en tales o cuales circunstancias; la solemnidad consiste en hacer sabedores de su voluntad a cinco testigos, redactar por escrito el testamento y publicarlo con posterioridad, y esta clase de cartas testamentarias puede otorgar toda persona que es capaz para testar.

V

Nuestras indagaciones en torno a la practicidad de dichos testamentos especiales, el militar y el marítimo, nos han permitido conocer que tal suerte de instrumentos, especialmente de carácter militar, no han sido ejercitados por muchos decenios. Lo que nos lleva a concluir que siendo la ley una norma imperativa para su ejecución y cumplimiento y no existiendo en la práctica testamen-

tos privilegiados, debe eliminarse la institución, que ha perdido interés e importancia. Además, estamos firmemente convencidos que el hombre ecuatoriano ha superado la profética maldición de Ramón y Cajal, y ya no "es el último animal de presa", porque su razón y espíritu le llevan a proclamar anchamente el imperativo de la paz y la guerra a la guerra.

Se argüirá que es preciso prevenir cualesquiera clases de conflictos y que en lo que atañe al testamento marítimo, la navegación continúa su etapa de perfeccionamiento y florecimiento y que jamás el hombre abandonará aquello que estuvo consustanciado con la naturaleza humana, si nos atenemos al principio de la sabiduría china que aseveraba que el camino único y por excelencia es el mar, es el río, y cuando aludía a las carreteras, las llamaba: *"vías secas"*. En verdad, hay fundamento valedero para tales apreciaciones, pero no considero indispensable mantener fórmulas caducas y de medioevo, cuando teniendo, como tenemos el testamento solemne abierto ante cinco testigos, hemos solventado el problema. En donde quiera, frente a cualquier contingencia o apremio, el testador puede expresar su última voluntad ante cinco testigos, no prohibidos o inhabilitados por la ley, al tenor de lo que establece el artículo 1072, que trata de una incapacidad especial, pues todas las personas pueden servir de testigos para el otorgamiento de un testamento, menos las taxativamente determinadas en dicho precepto.

FUNDADA EN 1620 QUITO

Universidad Central
INSTITUTO de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

CAPITULO XII

REQUISITOS OBJETIVOS DE FONDO DEL TESTAMENTO

ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS

Concepto y objeto de las asignaciones testamentarias.— Elementos subjetivos: personas ciertas y determinadas.— Elementos objetivos: bien materia de la asignación: determinado o determinable.— Certidumbre igual existencia; determinación igual identidad.— Casos de excepción.— El sentido social de las asignaciones.— Las disposiciones captatorias.— Nulidad de las asignaciones al notario, sus familiares y empleados.— Otros casos de nulidad de las asignaciones.

Entre los requisitos que debe reunir todo testamento hemos estudiado los subjetivos, relativos a la persona del testador y entre los objetivos, los de forma, que dicen relación con las solemnidades. Nos corresponde enfocar la temática de los requisitos objetivos de fondo, es decir, de aquellos que contemplan directamente las asignaciones testamentarias.

En primer lugar hemos considerado al titular sujeto activo del ejercicio del derecho de testar y el cuadro jurídico de las solemnidades que debe llenar todo acto de esa naturaleza. Nos resta completar el contenido, lo sustantivo del acto jurídico en sí.

Las asignaciones testamentarias son aquellas disposiciones que el testador hace de su patrimonio en favor de sus sucesores. Constituyen, por así decirlo, lo medular del testamento, a tal punto que, sin asignaciones testamentarias sería un acto declarativo sin substancia, vacío, sin valor.

Toda asignación testamentaria debe contener dos elementos imprescindibles: el subjetivo y el objetivo. El primero se refiere a la persona en favor de la cual se hace la asignación y el segundo se contrae a señalar el objeto materia de la asignación.

La persona que va a recoger la herencia o legado, dijimos antes, que tiene que ser capaz y digna, sin cuyos requisitos no puede suceder, por más que la voluntad expresa del testador llegue a instituirle como su sucesor. Pero en materia testamentaria, a más de capacidad y dignidad, se requiere que la persona natural o jurídica que va a ser favorecida con la asignación sea *cierta* y *determinada.*

El legislador equipara la certidumbre con la existencia, es decir, es cierta la persona que existe. No puede suceder testamentariamente una persona que no existe. Este es el principio universal general: para suceder hay que existir.

Las asignaciones dejadas a personas inciertas fueron tenidas por nulas desde la época del derecho romano, entendido que personas inciertas: "persona incertae" eran aquellas de que el testador no podía tener una noción precisa al momento de testar.

Sin embargo, es válida la asignación testamentaria en favor de una persona natural que no existe, pero cuya existencia se espera que se produzca antes de vencer los quince años, a contarse de la apertura de la sucesión, porque a partir de ese plazo se opera la prescripción mayor extraordinaria en favor de quien ha estado en posesión regular, tranquila e ininterrumpida del bien materia de la herencia o legado.

Asimismo, es válida la asignación en favor de una persona jurídica que no existe, si esa asignación ha sido hecha precisamente con el propósito de que se cree una entidad con personería jurídica y siempre que llegue a existir la persona jurídica antes de expirar los indicados quince años.

Pero además, el legislador establece que la persona natural o jurídica en favor de la cual se instituye la asignación, no solamente ha de ser *cierta, sino determinada;* es decir, identificada, señalada, porque de otra manera la asignación no surte efecto, es nula.

Las personas inciertas y las personas indeterminadas no podrán invocar derecho alguno por más que consten en el testamento favorecidas con una asignación. El derecho romano construyó una teoría completa sobre personas inciertas, y es clásico el ejemplo de Gayo: "Instituyo a la primera persona que concurra a mi entierro" y fueron también anulados legados hechos "al que diera su hija en matrimonio al hijo del testador", por ejemplo, para que se aprecie el celo que existió en esta materia.

El profesor de la Universidad Javeriana de Bogotá, Hernando Carrizosa Pardo tiene un criterio muy original al respecto y sostiene que "lógicamente se desprende que la incertidumbre y la indeterminación son una misma cosa, considerada desde dos puntos de vista diferentes: subjetivamente, o respecto del testador, que tenga la idea clara de la persona de su causahabiente, certidumbre intrínseca; objetivamente, respecto de los terceros, que pueden saber quién es el agraciado, certidumbre extrínseca. El asignatario ha de ser determinado intrínseca y extrínsecamente".

En todo caso, el testador ha de procurar que la declaración de voluntad sea clara, sea precisa, sea concreta. Si tiene varios hijos y dice: "dejo mi casa para mi hijo mayor", la asignación puede ser válida. Pero si hace una asignación en esta forma: "Sea la biblioteca de mi hija, y el testador tiene tres hijas, por ejemplo; como la disposición resulta ambigua, no concreta a cuál de ellas está dedicada, no surte efecto. Lo propio si en una de las cláusulas testamentarias se expresa: "Dejo cincuenta mil sucres para el hijo de Pedro", esa asignación será nula.

Cuando hubiera duda, porque del llamamiento que se hace en el testamento, no aparece claramente a qué persona se refiere la asignación, la ley declara que es nula.

Del texto mismo del respectivo precepto se infiere que puede admitirse no sólo que la persona sea determinada, sino también determinable, porque acepta que no únicamente se determine por su nombre, "sino por indicaciones claras del testamento". Por ejemplo si el testador dice: "Asigno la cuarta de libre disposición a las enfermeras que me atendieron durante mi permanencia en el Hospital "Vozandes"; o de este otro modo: "Dejo diez mil sucres al portero del edificio en donde funciona mi estudio profesional. En el primer caso habrá que establecer cuáles fueron las enfermeras que cuidaron del paciente y en el segundo verificar quién ejerce las labores de conserje en el local mencionado. Si bien es verdad que el testador no ha designado por sus nombres a las personas favorecidas con las respectivas asignaciones, empero no existe la menor duda respecto de quienes resultan favorecidos con su disposición.

Si el principio general en torno a lo subjetivo exige que la persona natural o jurídica debe ser cierta y determinada o determinable, nuestra ley da normas precisas en cuanto a los casos de excepción expresamente contemplados, y estos son cinco:

1.—Valen las asignaciones destinadas a objetos de beneficencia;
2.—Vale la asignación para un establecimiento de beneficencia sin designarlo;
3.—Vale lo que se deje "al alma del testador";
4.—Vale la asignación en favor de los pobres; y,
5.—Vale la asignación en favor de los parientes.

Veamos ahora cómo surten efecto dichas asignaciones testamentarias, que a primera vista parecen nulas o sin sentido.

En los casos 1º, 2º, 3º y 4º, las asignaciones se darán al establecimiento de beneficencia que el Presidente de la República designe, prefiriendo alguno de los del cantón o provincia del testador,

en caso de haberlo, o se destinará a la formación de un establecimiento de esta especie. En lo tocante al último caso, el artículo 1114 prescribe:

> "Lo que se dejare indeterminadamente a los parientes, se entenderá dejado a los consanguíneos del grado más próximo, según el orden de la sucesión abintestato, teniendo lugar el derecho de representación de conformidad a las reglas legales; salvo que a la fecha del testamento haya habido uno solo en ese grado; pues entonces se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato".

Conviene aclarar la excepción contemplada en el numeral 3º, pues bien puede ocurrir que el testador en una de sus cláusulas adopte esta expresión: "Dejo diez mil sucres para que se celebren misas en sufragio de mi alma", en cuyo caso se cumplirá la voluntad del de cujus; y únicamente cuando se diga, por ejemplo: "Dejo a mi alma" o "asigno para la salvación de mi alma", se aplicará la disposición legal en favor del establecimiento de beneficencia.

Nuestro Código consagra algunas normas relativas a las asignaciones testamentarias en lo concerniente al elemento subjetivo: las personas. Así, prevé el caso del error en el nombre o calidad del asignatario en que no vicia la disposición, si no hubiera duda acerca de la persona, por ejemplo: "Asigno diez mil sucres a mi sirviente Pedro Mejía Gómez" y el sirviente es Juan Mejía Gómez. Otro ejemplo, dice el testador: Dejo mi casa al Dr. Eduardo Granja Garcés, Rector del Colegio "Mejía" y el aludido doctor es Rector del Colegio "Benalcázar".

En cambio la asignación que pareciera motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita; así, por ejemplo, dice el testador: "Asigno mi biblioteca al doctor Daniel Uribe, distinguido médico que me ha atendido durante mis enfermedades", y no existe galeno de tal nombre ni le ha atendido médico alguno al testador.

Es en esta institución de las asignaciones testamentarias en donde el legislador sitúa la incapacidad relativa del notario ante

quien se otorgó el último testamento válido, quien, por mandato del artículo 1111 de nuestro Código, no puede suceder a la persona que otorgó ante él su carta testamentaria, como dejamos esclarecido al contemplar la temática concerniente a las incapacidades relativas para suceder; inhabilidades que acarrean las de otras personas: cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o empleados de servicio doméstico del mismo. Pero también la ley precisa que en igual situación se encuentran tanto el empleado que haga las veces del notario como los testigos que solemnizan el acto testamentario, que asimismo son incapaces relativos y cuya situación se traslada de igual modo que en tratándose del notario a las personas expresamente puntualizadas.

En este capítulo, el legislador hace alusión de las *disposiciones captatorias,* a las cuales las define como que son aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes, a condición de que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos. Y expresamente la ley prescribe que no valdrán esas disposiciones.

Luego enumera algunos casos que pueden presentarse en torno al elemento subjetivo, que venimos considerando, como cuando en el testamento figure una persona como acreedor, cuyo crédito no conste sino en el testamento y no exista otro medio escrito de prueba, será considerado como legatario. También en la Ley del Impuesto a las herencias, legados y donaciones, se contempla expresamente que será considerado como legatario el acreedor que no justifique su calidad de tal y que tan sólo figure en esa condición en la carta testamentaria. Y entre acreedor y legatario existen situaciones jurídicas y económicas diferentes: el acreedor hereditario cobra inmediatamente, puesto que las deudas hereditarias son materia de rebaja para formar el acervo líquido y por tanto son exigibles tan pronto como se abre la sucesión; no así el legatario, que está obligado previamente a pagar el correspondiente impuesto a la sucesión y que a lo mejor no recibe oportunamente su asignación a título singular y tiene que reclamarla por la vía judicial.

Si la asignación estuviere concebida o escrita en tales términos que no se sepa a cuál de dos o más personas ha querido desig-

nar el testador, ninguna de dichas personas tendrá derecho a la asignación.

Por último, antes de abordar lo inherente a los elementos objetivos, debo referirme a dos disposiciones legales que no tienen razón de ser:

El Art. 1110 dice:

> "No vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por *sí* o *no*, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta".

Es posible que el precepto transcrito se relacionase con los testamentos verbales inexistentes en nuestra legislación; mas, de acuerdo al espíritu del sistema, el testamento es un acto personal, personalísimo, que no admite intervención de terceras personas, por lo cual mal puede contemplarse la posibilidad de preguntas y respuestas, que estarían viciando de nulidad el acto testamentario. No veo la lógica ni necesidad alguna de tal disposición que, como queda apuntado, tal vez se pudo haber justificado cuando existían los testamentos verbales, en que la autoridad ante la cual se otorgaban podía hacer alguna pregunta para conocer con certeza la voluntad del testador; en el sistema contemporáneo no cabe en modo alguno —ni en los testamentos solemnes ni en los privilegiados— que sean abiertos o cerrados siguen un trámite preestablecido y concreto, en que no existe ni la más remota posibilidad de aplicar este principio obsoleto.

El artículo 1113, por su parte, prescribe que:

> "La elección de asignatario, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno";

también esta disposición peca contra la lógica y contraría los más elementales principios que informan el presente acto jurídico. El

testador tiene que señalar expresamente la persona favorecida con la asignación, a menos que la herencia o legado estén destinados a beneficiar a la persona que se destaque en algún concurso; por ejemplo, si el testador, dice: "dejo mi biblioteca al estudiante que escriba la historia de la Universidad Central"; entonces, prácticamente se ha originado un concurso, cuyas bases tendrá que formularlas el albacea o los herederos, si el testador no lo ha previsto; y si varios concursantes reclaman su derecho, será menester calificarlos y someterlos a las regulaciones elaboradas.

El elemento objetivo de toda asignación testamentaria dice relación al bien materia de la herencia o legado, o lo que es lo mismo al objeto de la asignación.

Toda asignación ha de referirse: a todos los bienes, a una parte alícuota de ellos, a una o más especies o cuerpos ciertos o a una o más especies indeterminadas de tal género; vale decir, ha de instituir asignatarios a título universal: herederos universales o herederos de cuota; o a título singular: legatarios de especie o cuerpo cierto o legatarios de género.

Pero, asimismo, todo objeto de la asignación deberá ser determinado o determinable. Si el testador dice: dejo todos mis bienes a X; o asigno la tercera parte a Y; o asigno mi casa a Z; o, sean diez mil sucres de A; en todos estos casos se cumple la norma jurídica y lógica: hay objeto determinado, lícito y posible. Pero también puede una asignación no ser sobre objeto determinado, mas puede referirse a ciertos caracteres, a ciertos detalles del objeto, que lo tornan determinable, como cuando dice: asigno a B la librería de madera que se encuentra en mi estudio. De lo contrario, la asignación será nula, se tendrá como no escrita.

Sin embargo, no obstante el principio general de que todo objeto de una asignación debe ser determinado o determinable, puede ocurrir que el testador, en una de las cláusulas testamentarias, introduzca la siguiente: "Asigno a la beneficencia" y nada más. Si nos atenemos a la regla, esta disposición se tendría por no escrita, sería nula; mas, el legislador siempre tiene una tendencia humana, de sentido social, y así, como en materia de personas re-

solvió sabiamente errores testamentarios, en el presente caso se pronuncia por la validez de la asignación; sólo que regula los procedimientos, a fin de que se encuadre la disposición a la realidad jurídica y económica. En tal evento, será el juez quien determine el objeto de la asignación, tomando en cuenta el monto del patrimonio sucesorio, la finalidad eminentemente social, la parte de la cual el testador pudo disponer libremente; será indispensable que proceda con conocimiento de causa y que escuche al ministerio público y a los herederos; pero siempre y en todo caso aspirando a interpretar también la voluntad presunta del testador.

La regla del artículo 1117 contempla una disposición que en criterio de los tratadistas su cumplimiento ha deferido el disponente al arbitrio del heredero o legatario encargado de cumplirla, forma de asignar que en rigor jurídico la consideran nula, "pues comporta una delegación de la facultad de testar". Consideramos que tal precepto destruye el sistema, puesto que sólo el testador puede disponer de su patrimonio siempre ciñéndose a la ley, desde luego; empero, cuando deja a la voluntad de sus sucesores, casi ha instituido una asignación condicional, que tiene y encarna otros caracteres y efectos. Porque nos parece inconveniente, consideramos que debe ser eliminada, respondiendo a un criterio jurídico acertado que debe prevalecer en materia legislativa, a fin de que las normas de derecho tengan un sentido vital, de realidad y de justicia.

La disposición contenida en al artículo 1118, en cambio, creemos que en sus dos partes es necesaria y obvia. La asignación que, por faltar el asignatario se transfiere a distinta persona, por acrecimiento, sustitución u otra causa, llevará consigo todas las obligaciones y cargas transferibles, y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente. Y la asignación que, por demasiado gravada, hubieran repudiado todas las personas sucesivamente llamadas a ella por testamento o mandato de la ley, se deferirá, en último lugar, a las personas a cuyo favor se hubieren constituido los gravámenes.

Finalmente, el Código nos recuerda que en un testamento válidamente celebrado prevalece la voluntad del testador, siempre y

cuando ésta se exprese dentro de las limitaciones consagradas por la ley. Y en lo tocante a la expresión misma, se estará más al contenido, al fondo, a la esencia, al espíritu, que a las simples palabras; norma de derecho que tiene un carácter valedero, pues a menudo, el legislador, el testador y toda persona que manifiesta su voluntad, puede hacerlo imperfectamente, en su propia calidad humana puede errar, sin embargo, lo que prevalece es la substancia, lo medular.

Tenemos necesidad de saber interpretar el testamento, acercándonos cuanto nos fuere dable al temperamento, al espíritu, a la intención de su hacedor, quien generó una suerte de manifestación para que surta efecto cuando él ya no es árbitro de su destino y no puede ni controlar ni corregir ni sancionar porque es materia en desintegración y luz que brilla para los suyos a través de su mensaje y de sus creaciones eternas.

CAPITULO XIII

CLASIFICACION DE LAS ASIGNACIONES

ASIGNACIONES CONDICIONALES, A DIA Y A PLAZO Y MODALES

Asignaciones puras o simples y asignaciones sujetas a modalidad.— Clases de asignaciones sujetas a modalidad: a) asignaciones condicionales; condición suspensiva y condición resolutoria.— Ejemplos; b) asignaciones a día y a plazo; clases de días: día cierto y determinado, día cierto e indeterminado, día incierto y determinado y día incierto e indeterminado; y, c) asignaciones propiamente modales.— Estudio de cada una de ellas.— Enunciación de casos y problemas.

Las asignaciones, por norma general, son *puras o simples* y no están sujetas a ninguna restricción. Para un testador normal, en nuestro tiempo, una vez que su voluntad es favorecer a una persona con una asignación, lo hace limpiamente, con los menores problemas y limitaciones, siendo lo acertado manifestar esa voluntad por medio de una asignación pura o simple. Son asignaciones simples, por ejemplo, las siguientes:

1.—Instituyo mi heredero universal a mi hijo A;
2.—Dejo todos mis bienes a B;
3.—Sean mis herederos C, D y E;
4.—Asigno la quinta parte de mi patrimonio a F;
5.—Es mi voluntad que mi casa de la Avenida Eloy Alfaro número quinientos, se entregue después de mis días a G, H, I y J;
6.—Dejo diez mil sucres a K; y,
7.—Asigno un automóvil a L.

Esto sería lo procedente y responde a una conciencia limpia y a una inteligencia clara. Empero, nuestra legislación mantiene preceptos caducos y conserva rezagos feudales y de otras épocas menos humanas, que por lo común generan dificultades, constituyen un beneficio, pero a costa de tiempo o de otra suerte de prestaciones y molestias. A veces, expresan casos de interés para psicológos o psiquiatras, pues en el trasfondo están patentes traumas, prejuicios, desviaciones, reservas.

Así, pues, frente a las asignaciones puras o simples, el legislador ha incorporado también otra clase de asignaciones testamentarias, que son las sujetas a modalidades, a limitaciones, a restricciones.

Nuestro Código contempla tres clases de *asignaciones sujetas a modalidad:*

a) Asignaciones condicionales;
b) Asignaciones a día y a plazo; y,
c) Asignaciones propiamente modales.

Asignaciones condicionales, como hemos insistido en varios pasajes precedentes, son aquellas que están subordinadas al cumplimiento de una condición.

Desde el punto de vista jurídico, la *condición* es un hecho futuro e incierto del que depende el nacimiento o la extinción de un derecho.

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Pueden existir dos clases de condiciones:

1.—Condiciones suspensivas; y,
2.—Condiciones resolutorias.

Condición suspensiva: es aquella que mientras no se realiza el hecho materia de ella no nace el derecho y lo único que existe es una mera expectativa. Ejemplo, dice el testador: Asigno mi casa a X, si se gradúa de abogado. X puede ser un estudiante de derecho, inclusive que ha cursado todos los años, empero mientras no se gradúa de abogado no adquiere el bien materia de la asignación, puesto que no se cumple la condición y su derecho está suspenso. Supongamos que fallece después de haber culminado todos sus estudios y en vísperas de rendir sus pruebas de incorporación al cuerpo de abogados de los tribunales de la República, como no adquirió ningún derecho, tampoco transmite nada a sus herederos, puesto que lo que tenía era una simple expectativa y ésta, como es sabido, no constituye derecho y no es susceptible de transmisión, en consonancia con los principios planteados oportunamente. Lo propio si el testador dispone así: Sea mi heredero universal A, si escribe un libro sobre el indio; dejo mi finca a B, si se casa con C; a D se le entregará la cuarta parte de mis bienes, si realiza un viaje de estudios por el continente asiático. Mientras no se realiza el hecho materia de la condición, los varios asignatarios no adquieren ningún derecho y mientras pende la condición lo único que tienen es una mera expectativa y nada más: nada adquieren, nada pueden transferir; nada pueden transmitir, porque aún no se genera el derecho.

Condición resolutoria: es aquella en que, por la circunstancia de realizarse o consumarse el hecho contrario al impuesto por el testador, se extingue el derecho. Como se observará, se trata de algo singular, opuesto a lo que antecede. Veamos los ejemplos y las consecuencias. Dice el testador: Nombro mi heredero universal a M si no contrae matrimonio con P., M adquiere la herencia en el momento mismo de abrirse la sucesión, es decir al producirse

el deceso del causante; mientras no se casa con P continúa en el goce del derecho de dominio pleno, es decir mantiene su carácter de heredero universal. Mas, si se casa con P, se extingue su derecho por cuanto violó la prohibición contemplada en la asignación; por el solo hecho de consumar el hecho o acto contrario al impuesto, se pierde el derecho. En el mismo caso, estarían las siguientes personas:

a) El testador dice: Asigno el lote de terreno de la Avenida Alfredo Pérez Guerrero a L, si no deja sus estudios;

b) Dejo mi biblioteca a R, si no va a radicarse en los Estados Unidos de Norte América;

c) Asigno un tercio de mis bienes a F, si no atenta contra las libertades públicas; y,

d) Sea mi heredero universal T, si no atropella a los trabajadores, etc., etc.

En estos casos, todos los asignatarios adquieren sus respectivas herencias o legados en el momento mismo de abrirse la sucesión; y los pierden por ejecutar precisamente lo contrario de lo previsto, porque la asignación ha tenido por objetivo evitar que deje los estudios, que vaya a radicarse en los Estados Unidos de Norte América, que atente contra las libertades públicas, que atropelle a los trabajadores, respectivamente. Pero en todos estos casos de condición resolutoria, si no llega a resolverse el derecho hasta los quince años, por ejecutar lo contrario de lo establecido, todas las personas mencionadas adquieren el derecho de dominio por prescripción, y aunque, a posteriori de los quince años realicen dichos actos, ya no se extingue su derecho a las asignaciones, por la razón invocada.

Las condiciones en general, jurídicamente hablando, están sujetas a dos requisitos sine qua non: *futuridad e incertidumbre*. Toda condición tiene que cumplirse después de haber sido impuesta (futuridad) y no se sabe si va a cumplirse o no (incertidumbre),

puesto que si es un hecho fatal, que tiene forzosamente que producirse, ya escapa al espíritu de la condición y estamos en el ámbito propio del plazo, o sea del día cierto y determinado.

Cuando el testador establece una asignación condicional de la siguiente manera: Dejo diez mil sucres a Luis, siempre y cuando vaya a realizar sus estudios en el Brasil, está sometiendo al causahabiente al cumplimiento de algo futuro e incierto, que puede ocurrir o no, ya que depende, inclusive, de factores ajenos a la voluntad y control de la persona.

A pesar de que es de la esencia de la condición jurídica la futuridad, las Siete Partidas introdujeron la institución de las condiciones de tiempo pasado y de tiempo presente. Y el legislador ecuatoriano tomó el proyecto de Don Andrés Bello, que había trasplantado dichos principios a la legislación chilena, y con ello se rompió todo el sistema, porque si la condición es el hecho futuro e incierto, se admite la circunstancia paradójica de que puedan existir asignaciones condicionales relativas a hechos ya ocurridos en el pasado o que se estén consumando simultáneamente con el acto testamentario, esto es en el presente. Tiempos que se miden y determinan, como es de rigor, a partir del otorgamiento del testamento, en mérito de que dichas asignaciones por su propio carácter únicamente dependen de la voluntad del de cujus. Tiempo anterior: aquel que precede al momento del acto jurídico; tiempo presente: el fugaz y simultáneo a la celebración de la carta testamentaria.

Al respecto, nuestra ley, que admite la posibilidad de asignaciones de tiempo pasado y de tiempo presente, contempla algunas reglas, para dar viabilidad a tan singular institución.

El artículo 1121 establece que:

"La condición que consiste en un hecho presente o pasado, no suspende el cumplimiento de la disposición. Si existe o ha existido, se mira como no escrita; si no existe o no ha existido, no vale la disposición".

Si el testador impone una condición relativa a un hecho que se realizó con anterioridad al otorgamiento del testamento, pueden ocurrir dos situaciones:

a) Que el testador desconoció la realización de este hecho; o,

b) Que el testador conoció que se había producido el hecho que se lo impone como condición.

En el primer caso, esto es cuando el testador desconocía que se ha operado el hecho materia de la condición, se mirará como cumplida, cualquiera que sea la naturaleza del hecho. Empero, en el segundo caso, o sea cuando el testador conocía que se consumó el hecho, es preciso considerar, si el hecho es de aquellos que pueden repetirse, en cuyo caso se interpreta la voluntad del testador como que su deseo es que se cumpla la condición; ejemplo: el testador asigna un bien a X y le impone la condición de que viaje a Atenas, y éste ya viajó a tan célebre metrópoli con anterioridad al otorgamiento del testamento; como ese hecho es de aquellos que pueden repetirse, se interpreta que la voluntad del testador es que el asignatario, para hacerse acreedor al legado, repita el viaje y, así cumpla la condición. O si el hecho es de aquellos que no pueden repetirse, en que simplemente y de hecho se da por cumplida la condición, como por ejemplo, cuando el testador dice: dejo diez mil sucres a Sebastián, si se casa con Guadalupe; y aquel contrajo matrimonio con ésta, antes de la celebración del testamento. Vale la asignación, por cuanto la ley prescribe que en dicho evento se dará como cumplida la condición. Pongamos otro ejemplo: El testador asigna un bien raíz a Fernando siempre que se gradúe de médico, y resulta que éste se ha graduado de médico unos días antes del otorgamiento del testamento. Como el hecho materia de la condición no puede repetirse, se entiende que el antecesor, con conocimiento de causa y como un estímulo, le hizo tal asignación, no obstante de que estaba en posesión de la verdad, esto es que se había cumplido la condición, la misma que, por mandato de la ley, surte efecto y, por consiguiente, es válida la asignación.

DERECHO COMPARADO

Dentro del estudio de las asignaciones condicionales tenemos que contemplar que, de acuerdo con los efectos jurídicos, pueden presentarse dos clases de asignaciones condicionales: aquellas que son ineficaces y aquellas que están caracterizadas por su validez.

Las asignaciones condicionales ineficaces son de tres categorías, de acuerdo a la doctrina y a nuestro Código Civil:

1.—No surte efecto la condición que se imponga a los asignatarios de no impugnar el testamento, porque la impugnación es de orden público y es un derecho que asiste a todo sucesor, que nadie puede prohibir;

2.—La condición impuesta al heredero o legatario de no contraer matrimonio se la tendrá por no escrita, porque atenta contra las leyes éticas, naturales y sociales; y,

3.—La condición de mantenerse en estado de viudez también será ineficaz, por el mismo fundamento racional.

Sin embargo de lo puntualizado anteriormente, y como excepciones a las prohibiciones precedentes, tenemos las siguientes asignaciones condicionales válidas, que aparentemente pugnan con las ineficaces:

a) Valen las asignaciones condicionales en que se prohibe contraer matrimonio antes de la mayoría de edad, o antes de cumplir determinada edad;

b) Es asimismo válida la asignación en que el testador impone la condición de casarse con determinada persona o de no casarse con determinada persona. Así resultarían eficaces las siguientes asignaciones condicionales: Dejo mi casa a Juan si se casa con Matilde; asigno mis bienes a Luis si no se casa con Laura;

c) Surte efecto la disposición testamentaria que impone la condición de mantenerse en estado de viudez, "siempre que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio", al tiempo de deferírsele la asignación; y,

d) Es válida la asignación sujeta a la condición de abrazar determinado estado o profesión no prohibido por la ley, aun cuando sea incompatible con el estado matrimonial. Por ejemplo, será válida la asignación que hace el testador en favor de Juan siempre y cuando se haga franciscano, y la que haga en beneficio de Alexandra siempre y cuando ingrese como hija de la caridad.

En consonancia con cuanto venimos sustentando, siendo la condición un hecho futuro e incierto, en el caso de la condición suspensiva, surgen dos inquietudes:

1.—¿Cuál será la situación del bien materia de la herencia o legado?; y,

2.—¿En qué situación se encuentran los herederos del asignatario condicional, en el evento de que éste fallezca antes de cumplirse la condición?

Muerto el causante, si en el testamento hizo una asignación condicional a favor de una persona, a quien le impuso una condición suspensiva, dicha persona no adquiere ningún derecho mientras pende la condición; lo único que tiene es una mera expectativa y ésta en principio jurídico no constituye derecho. Además, al tiempo de cumplirse la condición, el heredero o legatario tiene que reunir los dos requisitos indispensables: capacidad y dignidad.

Mientras no se cumple la condición, el bien materia de la herencia o legado estará en poder y será administrado por la persona señalada al efecto por el causante, o por el albacea o heredero, según los casos.

Si el asignatario condicional fallece antes de realizarse el hecho materia de la condición, no transmite derecho alguno a sus herederos, por las razones repetidamente enunciadas, ya que las expectativas son intransmisibles.

Sólo cumplida la condición, el asignatario pasa a ser tal y entra a ejercer los derechos de titular del dominio sobre el bien designado como herencia o legado.

de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Entre las múltiples consideraciones que pueden formularse en torno a la problemática de las asignaciones condicionales, surge la siguiente: ¿Si la condición se cumple a posteriori de la muerte del asignatario condicional, tendrían sus herederos algún derecho?; ¿podrían reclamar siquiera los frutos?

Sus herederos en la proposición planteada, no tienen ningún derecho y ni siquiera tendrían opción a exigir los frutos, pues no cuajó la condición y en tal virtud no puede invocarse el principio de retroactividad. Si el causante, por ejemplo, en cláusula testamentaria dice: "asigno mi casa a María, si César publica su libro sobre Derecho Civil", y ésta fallece cuando se han entregado los originales a la editorial y la publicación aparece al poco tiempo del deceso de la legataria, sus herederos no adquieren ningún derecho, pues la asignación tenía el carácter de condicional y la favorecida tenía que exisitir al tiempo mismo de consumado el acontecimiento, como murió antes, inclusive se extinguió su expectativa y nada transmitió a sus herederos.

Examinemos otro caso. Supongamos que el testador, dice: asigno mi hacienda a X, siempre y cuando se gradúe de médico. Se trata de una asignación muy clara y explícita, tan pronto como se gradúe de médico adquirirá el derecho, pero no tendrá opción a los frutos por el tiempo anterior, porque sólo el cumplimiento de la condición generó su derecho. En cambio si el testador establece esta otra suerte de asignación condicional, tendrá derecho inclusive a los frutos desde el momento de la apertura de la sucesión: "Instituyo mi heredera universal a María si no reniega de su fe democrática"; sin embargo, si antes de los quince años sirve a una dictadura, por ejemplo, pierde automáticamente su calidad de sucesora universal; pero goza de los frutos desde el fallecimiento del causante. También corresponderían los frutos al asignatario en el caso siguiente: El testador en una de sus manifestaciones de voluntad expresa que asigna su hacienda a M, a condición de que se gradúe de agrónomo, correspondiéndole, en tal evento, todos los frutos pendientes desde su muerte.

Asignaciones a día y a plazo: Mientras las asignaciones condicionales se refieren a un hecho futuro e incierto que puede ocurrir o no, las asignaciones a plazo se refieren a un hecho futuro, pero cierto. Si hay incertidumbre, hay condición; si hay certidumbre, hay plazo.

El *plazo* es el período de tiempo que va hasta la realización de un hecho fatal. Es un hecho futuro y cierto, positivo, que sabemos que necesariamente se va a realizar.

Algunos tratadistas confunden el plazo con el día. El día es más general que el plazo; ya que éste, como se apreciará a continuación, es una clase de aquél. El plazo es lo específico, lo concreto; el día es lo genérico, la abstracto.

Para orientar mejor nuestras apreciaciones estableciendo la diferencia neta, es preciso partir de la siguiente clasificación de los *días.*

Para los tratadistas y el legislador, existen:

a) día cierto y determinado;
b) día cierto e indeterminado;
c) día incierto y determinado; y,
d) día incierto e indeterminado.

Día cierto y determinado es aquel que fatalmente va a llegar y sabemos cuándo, como el 5 de junio de 1985; después de un año de egresado de la Universidad Central; doscientos veinticuatro días después de editada la presente obra.

Día cierto e indeterminado es aquel que necesariamente ha de llegar, pero no sabemos cuándo, como el día de nuestro fallecimiento.

Día incierto y determinado es aquel que no sabemos si llegará o no llegará, pero suponiendo que llegue, sabemos cuándo llegará, como el día del cumpleaños de los estudiantes; el día en que el profesor cumpla cincuenta y ocho años.

Día incierto e indeterminado es aquel que no sabemos si llegará o no y cuándo llegará, como el día que circule el segundo volumen de este Manual; el día que los estudiantes de tercer curso de derecho opten los títulos de doctores en jurisprudencia y abogados de los tribunales de la República; el día en que se edite la tercera edición de Evolución del Derecho Constitucional Ecuatoriano.

De la clasificación precedente se infiere que la primera clase de día constituye siempre un *plazo;* la última siempre una *condición* y las dos intermedias pueden generar una condición.

Por lo tanto, confundir el día con el plazo, vale tanto como confundir el todo con la parte. El día es lo común, el todo; el plazo, lo especial, la parte. Todo plazo es necesariamente día, mas no todo día es plazo, ya que éste es una de las clases de aquél.

Como se trata de estudiar lo inherente a las asignaciones a día y a plazo, conviene que antepongamos a cada caso de asignación a día las preposiciones: "desde" y "hasta", para subordinar la casuística a los principios de derecho.

Cuando anteponemos la preposición *"desde"* a la asignación, quiere decir que ésta comienza a surtir efecto en ese mismo momento, a partir de tal día, y se está generando dos situaciones jurídicas: a) La de la persona que gozará del derecho de usufructo desde el fallecimiento del de cujus hasta la llegada del día establecido, que bien puede ser el propio heredero, a falta de designación expresa del testador; y, b) La del asignatario —heredero o legatario— que a partir de la llegada del día adquiere del derecho de dominio por sucesión por causa de muerte.

Así tenemos:

Desde día cierto y determinado: Asigno a Clodoveo la suma de diez mil sucres mensuales desde el 1º de enero de 1989. No obstante de que tiene derecho a esa asignación, hay que esperar que llegue el día, el plazo, para que nazca, a partir de ese día, su derecho al legado. O también puede decirse: asigno mi casa a María a partir del segundo año después de mi muerte. También te-

nemos que el plazo de dos años tendrá que correr desde el fallecimiento del testador, aunque este último día es incierto y determinado, en cambio sólo desde ese acontecimiento fatal comienza a correr el tiempo previsto (plazo que es de dos años).

Desde día cierto e indeterminado: Lego mi casa a Ramón desde el día en que fallezca Benito. Hay una condición; la asignación está subordinada a la muerte de éste. Sólo desde ese momento Ramón es legatario de especie o cuerpo cierto; y es condición inclusive porque el asignatario puede morir antes que el testador.

Desde día incierto y determinado: Instituyo mi heredero universal a Miguel Angel desde que cumpla dieciocho años. Asimismo se trata de una condición, porque ya sabemos que puede llegar o no ese evento, pues también existe la posibilidad de que fallezca el asignatario antes de cumplir su mayoría de edad.

Desde día incierto e indeterminado: Lego mi biblioteca a Rodrigo desde que se gradúe de médico. Es el caso clásico y perfecto de la condición; no sabemos si se graduará o no ni cuando se graduará.

Tiene mucha importancia la aplicación de estos principios concernientes a la clasificación de días y al procedimiento de anteponer la preposición *desde,* porque para unos nace un derecho por el evento de llegar el día. El asignatario adquiere la herencia o legado desde ese día. Y para otros se extingue, pues el testador habrá previsto quien ejercerá el derecho de usufructo, por ejemplo, mientras llegue el día fijado en la asignación; y si no se ha previsto tal cosa, será necesariamente el heredero, quien estará en uso y goce del bien materia de la asignación. Y si no llega el día y transcurren quince años desde el deceso del de cujus o fallece el asignatario, adquirirá el derecho de dominio la persona a la cual se le concedió el usufructo o el heredero, en definitiva. Propongamos algunos ejemplos al respecto:

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

1º) El testador instituye heredero a X desde que se gradúe de arquitecto y dispone que hasta tal evento gozará del usufructo A. Cláusula testamentaria de la cual pueden derivarse las siguientes situaciones: a) que transcurran quince años desde el fallecimiento del testador y X no se gradúe de arquitecto, caso en el cual se extingue su expectativa y A adquiere el derecho de dominio; b) que fallezca X antes de los quince años, corresponde la asignación a los herederos universales; y, c) que muera A, les corresponderá el usufructo también a los herederos universales, mientras pende la condición.

2º) El testador en cláusula testamentaria dispone: Sea mi casa de Alberto desde que contraiga matrimonio. Esta forma de asignación asimismo puede dar lugar a varias derivaciones: a) Mientras llegue el día, gozarán del usufructo los herederos universales; b) que transcurran quince años sin que Alberto se case, se extingue su expectativa y adquieren la casa los herederos del testador; y, c) que Alberto fallezca antes de los quince años, también sucederán en la casa éstos.

Cuando el testador impone una condición al asignatario y éste fallece antes de que se cumpla la condición, no transmite ningún derecho a sus herederos, porque, como se ha repetido a menudo, lo único que tenía era una simple expectativa.

No así en el caso de plazo. Supongamos que el testamento consagra una cláusula que diga: Lego a X mi casa desde el primer año de mi fallecimiento; si X muere antes del año, transmite el derecho a sus herederos, porque ya adquirió el derecho de dominio y lo único que se espera es que se cumpla el primer aniversario del deceso del testador, que para la realidad y efectos jurídicos es un día cierto y determinado; porque ese día se va a conocer fatalmente y todo el mecanismo sucesorio arranca de la muerte de una persona; aunque no se puede exigir la entrega del bien mientras no se cumpla dicho plazo o no llegue el día cierto y determinado.

Pero si el testamento dice: asigno mi casa a Z si se gradúa de ingeniero y éste fallece en vísperas de graduarse, como no se cum-

plió la condición, no transmite el derecho a sus herederos, pues estaba pendiente el cumplimiento de la condición.

Ahora, antepongamos la preposición *"hasta"* a todos y cada uno de los días enunciados, con los correspondientes ejemplos, para analizar sus efectos jurídicos.

Hasta día cierto y determinado: Ejemplo: asigno mil sucres mensuales a José hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y ocho. Lo cual significa que el legatario de género gozará de la asignación tan sólo hasta el cumplimiento del plazo, en que se extingue su derecho; y si fallece antes de la fecha fijada, no transmitirá ese derecho a sus sucesores. Examinemos otro caso. El testador hace la siguiente disposición: Dejo mi hacienda "Pucate" a María Luisa hasta el 21 de junio de 1984. En el ejemplo propuesto tenemos dos figuras jurídicas:

a) Un usufructo en favor de ésta y que tendrá vigencia desde el fallecimiento del antecesor hasta el cumplimiento del plazo, en que se extingue dicha asignación; y,
b) La consagración del derecho de dominio pleno, que comienza precisamente a partir de ese momento, ya sea en favor de la persona expresamente contemplada en la carta testamentaria o de los herederos, en el evento de no existir esa disposición.

El testador que asigna un bien a una persona hasta día cierto y determinado, tiene que prever que a partir de ese día debe recoger la herencia o legado otra persona, desde luego que se extingue el derecho del primer asignatario. Y si el testador dice: dejo mi casa a María hasta el veinte de abril de mil novecientos ochenta, y ha omitido expresar quien ha de recoger la asignación desde tal fecha, los llamados a sucederle son los herederos del causante, que hasta tanto serán nudos propietarios, pues María lo único que ha adquirido es un derecho de usufructo.

Hasta día cierto e indeterminado: Ejemplo: asigno mi casa a Fernando hasta su muerte. También en el presente caso se produ-

cen dos figuras jurídicas, las enunciadas en los casos precedentes: un plazo y un usufructo. Los herederos de Fernando, muerto éste, no tendrán derecho alguno sobre la asignación, pues se trató de un mero usufructo, que se extingue por el fallecimiento del usufructuario. Asimismo, si el testador no ha previsto quien ha de sucederle en la casa a partir del deceso de Fernando, serán los herederos de aquél, quienes le suceden en dicho bien. También en este ejemplo hay un nudo propietario, ya sea el expresamente designado por el testador o el heredero llamado por la ley, en el evento de que no haya previsto tal cosa el de cujus.

Hasta día incierto y determinado: Ejemplo: Asigno mi finca a Manuel hasta que cumpla treinta y cinco años e instituyo heredero a Patricio. Esta cláusula testamentaria ya encierra un contenido más lógico y jurídico, es una asignación a día incierto y determinado. Manuel es un asignatario a plazo y se trata de un verdadero usufructo. Heredero es Patricio, el cual se reserva sólo la nuda propiedad y tiene que esperar el cumplimiento del plazo, esto es que Manuel cumpla la edad requerida. Si el testamento sólo reza: dejo mi finca a Manuel hasta que cumpla treinta años, al cumplir éste tal edad, los herederos del causante tienen derecho a recoger la asignación, aplicando, si es del caso, las normas de la sucesión intestada.

Hasta día incierto e indeterminado: Ejemplo: Dejo mi casa a A hasta que se gradúe de arquitecto; asigno mis bienes a B hasta que contraiga matrimonio. En ambos casos, lo que se ha impuesto es una verdadera condición, mientras no se gradúe de arquitecto o no se case, goza cada uno de ellos de su respectivo derecho, que puede ser de dominio a perpetuidad; o que, por el evento de graduarse o casarse, pierde el derecho, porque lo único que tenía era el usufructo, y el bien pasa a la persona prevista por el testador o a sus herederos.

Como ha podido apreciarse, cuando se antepone la preposición "hasta", tenemos los casos típicos de usufructo, porque no cabe derecho de dominio a plazo; jamás podría admitirse que se asigne

el derecho de dominio a favor de una persona por un tiempo; lo que ocurre es que se le concede el derecho de usufructo, que se extingue por la llegada del día; y además existe un nudo propietario que tiene pendiente su derecho mientras no llegue el día, que en el caso del último planteamiento —día incierto e indeterminado— no se sabe si va a llegar o no y cuando va a llegar, tanto que si no llega, el nudo propietario no adquirirá el derecho de dominio y el usufructuario gozará del mismo por toda la vida, mientras no se cumpla la condición. Pero si fallece el asignatario se extinguirá también el derecho de usufructo y los herederos del testador tendrán derecho a la herencia o legado respecto del cual se constituyó el usufructo.

Asignaciones propiamente modales: son aquellas en las cuales el testador impone a su sucesor algún gravamen o el cumplimiento de una obligación. De tal suerte que el asignatario adquiere el derecho de dominio sobre el bien materia de la herencia o legado, sólo que está obligado a cumplir la voluntad de su antecesor, quien le ha impuesto algún deber, alguna responsabilidad, algo que puede constituir una limitación al derecho pleno de dominio, por ejemplo.

Examinemos algunos casos de asignaciones modales, para comprender mejor su sentido y consecuencias:

I

Dice el testador en una cláusula: Dejo mi casa a Luis, quien estará obligado a suministrar un mil sucres mensuales a Juan por toda su vida. Esta es la clásica asignación propiamente modal. El asignatario recibe el legado al tiempo mismo de abrirse la sucesión, pues no se trata de una condición, que presupone la realización de algún acto, sino que pesa sobre el asignatario un gravamen; tiene que cumplir con la obligación de entregar la suma mensual a Juan.

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

II

Dice el testador: Dejo mi hacienda a mi hijo Fernando, quien construirá y pondrá en funcionamiento una escuela para la educación de los hijos de los trabajadores. Esta asignación también es propiamente modal, pues entraña una obligación. Fernando adquiere el derecho de dominio al tiempo mismo de abrirse la sucesión, vale decir, a la muerte del causante, sólo que tiene que cumplir con la voluntad del testador, quien le ha impuesto el deber de construir y poner en funcionamiento una escuela para la educación de los trabajadores.

III

La cláusula sexta de un testamento está concebida en estos términos: Instituyo como mi heredera universal a Susana, quien suministrará dos mil sucres mensuales a Ximena, en concepto de alimentos. También se trata de una asignación estrictamente modal, en que, por voluntad del causante, se ha impuesto a la sucesora a título universal una obligación alimenticia; y propiamente tendríamos dos clases de causahabientes: una heredera universal, Susana y una legataria de género, Ximena.

IV

Una persona otorga testamento y en la cláusula cuarta del mismo establece la siguiente disposición: Asigno la mitad de mis bienes a Rodrigo, quien atenderá a la educación de Miguel Angel. También en este caso tenemos una asignación propiamente modal, en que se ha impuesto al heredero de cuota la obligación de atender a la educación de aquél.

★

A veces se suele confundir la asignación condicional con la asignación modal, cuando son dos instituciones diferentes en su esencia misma. Mientras en la asignación condicional, para adqui-

rir el derecho de dominio se requiere que se cumpla la condición suspensiva, sin cuyo requisito nada se incorpora al patrimonio; en la asignación modal, se adquiere el derecho de dominio al tiempo mismo de abrirse la sucesión; primero tiene vigencia la asignación, para luego, a base de ella, cumplir la obligación.

La condición, bien sabemos que es un hecho futuro e incierto que puede ocurrir o no, y si no se cumple, no nace el derecho; la obligación tiene que cumplirse y aun cuando no se cumpla no se extingue el derecho, si no existe la cláusula resolutoria, por la cual el testador impone al asignatario la obligación de restituir el bien materia de la herencia o legado y sus frutos, si no se da cumplimiento al modo impuesto.

En otra suerte de asignaciones, quien recoge un bien sujeto a alguna obligación, tiene que rendir caución, para responder por el cumplimiento del deber impuesto; pero en este pasaje, la ley quiere favorecer al asignatario modal, el cual no está obligado a rendir caución alguna, al tenor de lo que prescribe el artículo 1141.

Ha sido materia de discusión, si el asignatario modal está obligado a respetar el gravamen o a realizar la obra que le impuso el causante. Al efecto, se considera que éste, cuando instituye asignatario, aspira a beneficiarlo, esa es su voluntad, de tal modo que, si no cumple la obligación, queda la responsabilidad a su conciencia, a menos que exista cláusula resolutoria, en cuyo caso se le puede exigir al asignatario la devolución de la asignación, si no ha dado cumplimiento a lo impuesto como modo.

Si este modo es por naturaleza imposible o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición, dice el artículo 1143; empero, si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga, que no altere la sustancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez, con citación de los interesados. Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen, lo cual parece ser lógico y justo, además.

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

De todas maneras, estarían asistidos de la acción para exigir la restitución de la asignación sujeta a modalidad, si el heredero o legatario no ha cumplido la obligación, primero el beneficiario de la obra o del gravamen y segundo los herederos, porque la asignación acrecería al patrimonio hereditario, aunque hubiese de aplicarse, en último término las normas relativas a la sucesión abintestato.

Supuesto que el testador no señale ni tiempo ni cantidad para el cumplimiento de la modalidad, nos preguntamos, ¿dentro de qué tiempo y hasta qué valor deberá invertirse en esa obra o gravamen? ¿De acuerdo a qué criterio? ¿Quién tendrá facultad para solventar la dificultad?

El legislador dispone que será el juez el que determine dichos factores, y se aplicarán las normas generales de la prescripción. Si quien es asignatario de un bien raíz, estuvo en posesión regular, tranquila e ininterrumpida por más de quince años, y no ha cumplido la obligación durante todo ese lapso, la acción ha prescrito para los interesados y el asignatario inclusive puede alegar en su favor precisamente la prescripción.

Como toda asignación testamentaria, la que analizamos también supone un beneficio económico para el asignatario. No se va a creer ni tampoco ha de admitirse que el heredero o legatario van a recoger la herencia o legado para invertirlos íntegramente o en mayor cantidad en el cumplimiento de la obligación impuesta por el testador. El legislador, consecuente con los principios, quiere amparar al asignatario modal, al cual le reconoce el derecho de percibir "un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor de la cosa asignada"; de tal suerte que las cuatro quintas partes —como máximum— pueden permitir perfectamente el cumplimiento de la obligación.

Supongamos el caso de una asignación modal, en la cual el testador impone el cumplimiento de una obligación a favor del propio asignatario. Ejemplo: dejo mi hacienda a A, quien destinará parte de dicho bien para viajar al Exterior, con el objeto de atender a la reparación de su salud. El asignatario, al que se le ha impuesto esa obligación a su favor, puede o no cumplirla, sin ha-

cerse responsable ni ser objeto de una acción por parte de los herederos para exigirle el cumplimiento del modo, a menos que la asignación contemple también una cláusula resolutoria, caso en el cual, si no cumple la obligación, tiene que restituir el bien materia de la herencia o legado.

Por último, es interesante anotar que esta suerte de asignaciones modales pueden ser susceptibles de transmitirse a los herederos, si el modo consiste en un hecho tal que, para el fin que el testador se haya propuesto, sea indiferente la persona que lo ejecute.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

CAPITULO XIV

ASIGNACIONES A TITULO UNIVERSAL

Revisión de conceptos.— Clasificación de los herederos: a) herederos universales; b) herederos de cuota; y, c) herederos de remanente.— Estudio de cada una de dichas clases.— Problemas que se presentan en torno a las varias situaciones de los herederos.— El heredero frustrado.— Solución legal al problema de disposición de todas y cada una de las partes de una unidad e institución de heredero universal.

En capítulos anteriores abordamos la temática relativa a las varias clases de asignaciones por el contenido y dijimos que existen:

a) Asignaciones a título universal; y,
b) Asignaciones a título singular.

Las asignaciones a título universal se llaman: herencias y las asignaciones a título singular se llaman: legados. Los asignatarios a título universal son los herederos y los asignatarios a título singular son los legatarios.

Las asignaciones a título universal se refieren a la totalidad del patrimonio del causante o a una parte alícuota del mismo. Y la ley insiste en que serán asignaciones universales, por más que se emplee un vocablo que esté en contraposición o en desacuerdo. Puede el testador decir: lego a mi hijo Miguel Angel todos mis bienes, con lo cual está instituyendo una herencia, por más que utilizó una inflexión del verbo "legar" inadecuadamente, pues el fondo de la cuestión es lo que interesa y no el simple uso de las palabras. Lo mismo si el testador en una cláusula dispone así: nombro legatario de todo mi patrimonio a Carlos, en que también se trata de una asignación a título universal, es decir de una herencia y Carlos es heredero, no obstante de que se le llame legatario. Nuestra ley proclama el imperativo de que se estará más a la intención, al fondo mismo de la asignación, que a los términos o expresiones de que se ha servido el testador, quien, a lo mejor, por desconocer estas materias, manifestó su voluntad erróneamente.

La distinción, aunque a veces resulte muy sutil, encarna un valor trascendental, por las consecuencias jurídicas y económicas que genera, tal como expusimos oportunamente al esbozar el paralelo entre una y otra institución. Una es la herencia, naturalmente, y otro el legado. La responsabilidad del heredero es por naturaleza mayúscula, puesto que sucede al predecesor en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles. Y los herederos también están obligados a las *cargas testamentarias*, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas, como establece la clara disposición contenida en el segundo inciso del artículo 1147.

También refiriéndonos a los titulares de la herencia recordamos en el capítulo pertinente que son de dos clases: herederos universales y herederos de cuota. Sin embargo, el legislador crea una nueva categoría, la de los herederos de remanente. De modo que, en definitiva, existen tres clases de herederos:

1.—Herederos universales;
2.—Herederos de cuota; y,
3.—Herederos de remanente.

Son *herederos universales* aquellos a los que se les asigna la totalidad del patrimonio del causante, como cuando el testador dice:

a) Dejo todos mis bienes a X;

b) Sea mi heredero universal Y; y,

c) Asigno todos mis bienes a R, S y T.

En todos los casos propuestos existe un claro llamamiento a los herederos universales, pues se trata de una asignación a título universal de la primera clase. Cuando los llamados a suceder son varios, como en el evento de que el testador exprese: dejo todos mis bienes a Luis, Fernando, Susana y Rodrigo, podría interpretarse como que no se trata de herederos universales, por cuanto a cada uno de ellos va a corresponder una cuarta parte del patrimonio del antecesor; y aunque en el orden matemático y económico bien puede ser verdad, en el orden jurídico, no, porque el llamamiento se ha hecho de una unidad patrimonial para una comunidad sucesoria: todos ellos son herederos universales.

Son *herederos de cuota* aquellos a los cuales el testador les asigna una parte alícuota de su patrimonio, como cuando en el testamento consta la siguiente cláusula: asigno un tercio de mis bienes a María, un tercio a José y un tercio a Ramón. Aquí tenemos el caso típico de llamamiento de herederos de cuota, que requiere en primer lugar que exista testamento —pues, en la sucesión intestada o legal sólo existen herederos universales— y en segundo lugar que el testador asigne expresamente una parte alícuota de su patrimonio. Elaboremos otro ejemplo, el testador manifiesta: sea heredero de la cuarta parte de mis bienes Santiago y otra cuarta parte sea para Elisa; caso en el cual se presentan dos herederos de cuota, expresamente instituidos por el testador para sucederle cada uno de ellos en una cuarta parte de su patrimonio y nada más, pero nada menos. Entre ellos no existe el derecho de acrecimiento, como sí existe entre los herederos universales, lo que

constituye jurídicamente una expresión de contraste y comporta una diferencia notoria.

Además, cuando se asignan todos los bienes, se puede mantener indivisa la propiedad; existe el principio de la comunidad patrimonial o proindivisión. No así, cuando el testador asigna un tercio de su patrimonio a cada uno de sus tres herederos de cuota. El albacea tiene la obligación de entregar a cada uno la parte que le corresponde, o sea el tercio, porque se trata de asignaciones desemejantes y precisas. Distinta realidad jurídica se confronta cuando se les asigna la universalidad a todos ellos. Es muy diferente decir: Asigno todos mis bienes a A, B y C, que decir: asigno un tercio de mis bienes a A, un tercio a B y un tercio a C, por la raíz misma y por los caracteres, efectos y consecuencias de índole jurídica y económica.

Son *herederos de remanente* aquellos asignatarios a los cuales el testador les deja lo que queda luego de haber hecho otras disposiciones. Es la asignación sobrante o de residuo, como cuando el testador dice: dejo una cuarta parte de mis bienes a X, una cuarta a Y y todo lo que queda a Z. Este último es heredero de remanente y los otros dos de cuota. Otros ejemplos, el testador dispone: asigno mi casa a M, dejo un tercio de mis bienes a N y nombro heredero de remanente a P; también sería heredero de remanente S, en el siguiente caso: Sea mi hacienda de G, todos los muebles de H y el sobrante pertenezca a S.

Así como para que se instituya heredero de cuota se impone que el testador lo exprese, hable de cuota, asigne una cuota, precise la parte alícuota que asigna al heredero; así también para que exista heredero de remanente, se requiere una especie de fórmula sacramental que le acredite como tal, como cuando el testador manifiesta: asigno mi terreno a Federico, mi automóvil a Josefa y todo lo sobrante dejo a Ulpiano, éste es heredero de remanente y los otros asignatarios a título singular, legatarios de especie o cuerpo cierto.

En el examen de esta institución, se plantea el siguiente problema: ¿El heredero de remanente tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que el heredero universal?

La norma general es que el heredero universal asume todas las responsabilidades, a menos que el testador imponga también a los otros asignatarios alguna obligación especial. En ciertos casos, como en el del ejemplo anterior, el heredero de remanente se transformó automáticamente en heredero universal y en consecuencia asume todas las responsabilidades. En el evento de que concurran heredero universal con heredero de remanente aquél reemplazará plenamente al causante y será el responsable del cumplimiento pleno de las obligaciones, etc. Si el heredero universal no se acoge al beneficio de inventario, tal omisión también le afectará al heredero de remanente. El heredero de remanente, como es lógico, estará asistido igualmente de la facultad para impetrar a su favor tal beneficio y no estará, por tanto, obligado a cubrir el pasivo sucesorio sino máximo hasta el monto del activo, de manera que nada ingresará a su patrimonio, pero tampoco nada egresará; ni se enriquece ni se empobrece.

En conclusión, tanto los herederos universales, como los herederos de cuota y los herederos de remanente, por tener el común denominador de herederos, pueden acogerse al beneficio de inventario; y si no lo hacen son responsables ilimitadamente por las deudas hereditarias y testamentarias, asimismo, originándose en el heredero universal, para afectar luego al de cuota y en último término al heredero de remanente.

Puede ocurrir que el testador primero instituya legados, después cuotas y finalmente remanente. Si dice: asigno mi biblioteca a Ruth, mi casa a Carlos, una quinta parte de mis bienes a Horacio y el remanente a Matilde; tenemos justamente que ha instituido primero legatarios, en segundo lugar herederos de cuota, para rematar con la disposición a favor del heredero de remanente.

★

Entre los múltiples problemas que pueden derivarse de las asignaciones testamentarias a título universal, considero de mayor importancia y por la incidencia que alcanza en la órbita jurídica y económica, aspiro a destacar los siguientes:

I

Puede acontecer que el testador sólo haga asignaciones a título singular y que por consiguiente no haya instituido heredero, como cuando manifiesta: asigno a A el lote de terreno de la Avenida Rumiñahui; a B mi biblioteca; y, a C los valores que tengo depositados en el Banco del Pichincha de esta ciudad. Este caso es el típico de la sucesión mixta, vale decir que, en parte, tendría que cumplirse la voluntad expresa del causante manifestada testamentariamente, en todo cuanto concierne a los legados; mas, como no cabe que exista sucesión sin heredero, en lo tocante a éste, debe aplicarse la ley, invocándose los órdenes de la sucesión abintestato, para hacer el llamamiento a la asignación a título universal, por cuanto aquella no puede discriminar y hace un llamamiento general y nada más. Se argüirá que hubo un remanente en la sucesión del caso propuesto; esa es la verdad, económicamente se trata de que no todo el patrimonio del causante fue dispuesto y que hubo un sobrante; sin embargo, jurídicamente no existe para el efecto heredero de remanente, porque no se produjo el llamamiento expreso del testador. La ley tendrá que llamar al heredero o herederos abintestato, que tendrán el carácter de universales y no de herederos de remanente. Si existe uno solo capaz y digno, él recoge la totalidad de bienes, derechos y obligaciones transmisibles que no han sido dispuestos testamentariamente. Si concurren varios, tendrán que dividirse entre ellos, en consonancia con los mandamientos legales. De manera que no hay que soslayar siquiera que porque el testador no dispuso de la totalidad de su patrimonio, ese testamento es nulo o ineficaz, o que los bienes no dispuestos van a acrecentar los legados o que todo aquello que no fue materia de disposición por parte del testador se presume que consti-

tuirá la herencia del remanente. Los herederos abintestato recogerán lo sobrante del patrimonio, comprendido en el mismo, bienes, derechos y obligaciones transmisibles. No olvidemos que el heredero es el continuador de la personalidad jurídica y económica de su predecesor, y primero tiene que asumir las obligaciones y responsabilidades, para luego entrar en el disfrute del activo y ser auténtico heredero, como entendemos todos. No así, el legatario, al cual si expresamente no le impone el testador alguna carga, nada debe por ningún concepto.

II

Asimismo, puede presentarse el caso de que el testador instituye algunos herederos de cuota, que no completen la unidad y al final un heredero universal. Dice, por ejemplo: asigno una cuarta parte de mis bienes a Rebeca, una cuarta parte a Magdalena, una cuarta a Hernán e instituyo mi heredera universal a Aída. ¿Podría interpretarse que ésta es también una heredera de cuota, con derecho a recoger la cuarta parte sobrante? De ninguna manera, porque para investir tal carácter se requiere la designación expresa de la parte alícuota. Aunque a Aída numéricamente le va a corresponder una cuarta parte del patrimonio del causante, tiene distinta categoría a la de los herederos de cuota, por cuanto ella va a representar a la sucesión; ella va a constituirse en continuadora jurídica y económica de la personalidad del de cujus; en su calidad de heredera universal, recoge todos los bienes, derechos y obligaciones y en el evento de producirse el fenómeno del acrecimiento, sólo ella resultaría favorecida, mas no los herederos de cuota; y lo mismo, si más tarde aparecen nuevos bienes, derechos y obligaciones. Supongamos que uno o más herederos de cuota es incapaz o indigno o repudia la asignación, la heredera universal recogería esa parte, porque acrecería a la herencia universal, mas nunca a la de cuota, puesto que no cabe en esa suerte de herencia el acrecimiento.

III

Un problema que asimismo podría operarse en esta materia es que el testador asigne todas las cuotas hasta completar la unidad, instituyendo sendos herederos de cuota, y no obstante ello también nombre heredero de remanente. Pongamos un ejemplo, dice el testador: asigno una quinta parte de mis bienes a V; una quinta, a W; una quinta parte a X; una quinta a Y; una quinta a Z e instituyo mi heredero de remanente a A. Como bien puede colegirse del texto de las disposiciones, si la unidad en este caso se ha dividido en cinco partes, distribuidas todas ellas entre los herederos de cuota, está cubierta la totalidad patrimonial, es decir la unidad y nada sobra, por lo cual no cabe hablar de remanente, que no existe porque se agotó la plenitud de los bienes del testador y A vendría a resultar simplemente un *heredero frustrado,* porque no obstante la buena voluntad del testador o el error en sus cálculos, no queda bien alguno materia de disposición y en consecuencia mal puede consagrarse situación jurídica y económica alguna a favor de este heredero putativo.

IV

El caso sería distinto, si en vez de instituir heredero de remanente, luego de designar herederos de cuota en la medida que abarcan la unidad, también nombra heredero universal. El testador agota las cuotas hereditarias instituyendo sendos herederos de cuota y cierra el ciclo de sus emanaciones de voluntad consagrando la calidad de heredero universal. Bien puede interpretarse que se trata de un fenómeno y situación distintos, por cuanto el heredero universal tiene otra categoría, éste si es el genuino exponente de la proyección jurídica y económica de su antecesor. Por ello, la ley no quiere privarle de su herencia a quien, no obstante llegar tarde en la simple disposición, entraña una figura de derecho que capitaliza conceptos y modos; y con tal fundamento jurídico, ha adoptado un sistema singular que aspira a hacer justicia relativa a quien por equivocación tal vez ha sido elevado a la condi-

ción de heredero universal, a pesar de haberse completado las asignaciones de cuota.

Supongamos que el testador asigna una tercera parte de sus bienes a "A", una tercera parte a "B" y una tercera parte a "C" e instituye su heredero universal a "X". En principio y aparentemente también éste resultaba frustrado, en virtud de haberse dispuesto de todas las cuotas hasta cubrir la unidad; empero, por mandato de la ley, pese a que se halla agotado el patrimonio del testador por haberse asignado los tres tercios, como el heredero universal, por principio, jamás puede ser privado de su calidad de tal, se procede a practicar los cálculos matemáticos para determinar la asignación que corresponderá a "X", en su carácter de continuador de la personalidad jurídica y económica del de cujus.

El legislador reglamenta la fórmula que reivindica, por así creer, al heredero universal, mediante la práctica de sencillas operaciones matemáticas, que arrancan de la unidad, la que servirá como numerador (1) y como denominador, para integrar el correspondiente quebrado, la parte que le cupo a cada uno de los herederos de cuota; o sea:

1/3, 1/3, 1/3, con lo cual hemos agotado la unidad. ¿Cuál la parte que corresponderá al heredero universal? Pues, éste viene a resultar el cuarto asignatario y por consiguiente aplicando la misma fórmula tenemos que elaborar el quebrado con la unidad por numerador y el número 4 como denominador, o sea 1/4. Luego, como si intentásemos una suma de quebrados de distinto denominador, calculamos el común denominador:

1/3+1/3+1/3+1/4: común denominador: 12. Dividimos 12 para cada uno de los denominadores y multiplicamos por su respectivo numerador y obtenemos:

4/12+4/12+4/12+3/12 = 15/12, quebrado éste que nos resultó impropio, por cuanto no podemos dividir la unidad en doce partes y distribuir 15, que sobrepasa con 3 a dicha unidad. Mas, mediante la sencilla regla legal, vamos a obtener un nuevo denominador mediante la suma de los numeradores, así 4+4+4+3 =

15, o sea las partes definitivas en que se va a dividir, que será en quince y conservamos el propio numerador; entonces tenemos que, dividido el patrimonio del testador en quince partes, a cada uno le corresponderá en la siguiente proporción:

"A" sucederá en 4/15
"B" sucederá en 4/15 = 15/15
"C" sucederá en 4/15
"X" sucederá en 3/15

Propongamos otros ejemplos y desarrollemos la fórmula sin explicación alguna. El testador dispone: un séptimo a D; un séptimo a E; un séptimo a F; un séptimo a G; un séptimo a H; un séptimo a I; un séptimo a J y nombra su heredero universal a Z.

D E F G H I J Z
1/7+1/7+1/7+1/7+1/7+1/7+1/7+1/8: común denominador: 56; 8/56+8/56+8/56+8/56+8/56+8/56+8/56+7/56: suma de numeradores: 63.

Dividimos en sesenta y tres partes la unidad y conservamos el mismo último numerador, y así tenemos que corresponde a:

D = 8/63
E = 8/63
F = 8/63
G = 8/63 = 63/63
H = 8/63
I = 8/63
J = 8/63
Z = 7/63

Los resultados en ambos casos pueden ser un tanto decepcionantes, al encontrar que todos y cada uno de los herederos de cuota recogen una parte igual y que el heredero universal aparece un tanto deteriorado, por lo menos en una parte. Pero hay que considerar que, en estricta lógica, si estaba agotada la unidad con los

tres tercios en el primer ejemplo y con los siete séptimos en el otro, un tercio y un séptimo a cada uno de los herederos de cuota, respectivamente, al heredero universal, en cada caso, no le correspondía nada, absolutamente nada, porque no restaba tampoco valor alguno; empero, por disposición de la ley, que aspira a aproximarse a dar a cada uno lo que es suyo, velando por el imperio de la justicia, y que en este pasaje del derecho pretende jerarquizar al heredero universal y darle en todo caso y siempre categoría, se ha llegado a obtener un resultado que no le margina total y definitivamente de la sucesión, aunque en el orden numérico figure aparentemente reducido y perjudicado. Se trata de una solución jurídica acertada ante la presencia del conflicto.

★

Por último, insistamos en que si el testador no tiene herederos forzosos, puede asignar libremente todo su patrimonio a quien desee; si los tiene, apenas podrá disponer de una cuarta, para imputar a la libre disposición y quizá una cuarta para mejoras, en el evento de tener descendientes, a los únicos que puede beneficiarles con esta última. Si el testador tiene legitimarios y cónyuge sobreviviente y los desconoce, tanto aquéllos como ésta se hallan amparados por una acción sui géneris, que es la "reforma del testamento". De tal suerte que toda la problemática enfocada en este capítulo puede solventarse con los métodos y normas propuestos, sin perjuicio de la aludida acción de reforma, a la que habremos de referirnos oportunamente y la misma que sólo favorece a los asignatarios forzosos: legitimarios, cónyuge supérstite y descendientes.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

INSTITUTO de DERECHO COMPARADO Quito - Ecuador

CAPITULO XV

ASIGNACIONES A TITULO SINGULAR

Contenido y espíritu de las asignaciones a título singular: legados.— Clases de legados: legados de especie o cuerpo cierto y legados de género.— Bienes susceptibles de ser legados: a) bienes corporales e incorporales; b) bienes presentes y futuros; y, c) bienes propios y ajenos.— Bienes que no pueden ser legados.— Problemas y examen de la casuística en torno a los legados de especie y legados de género.— Legados de crédito, legados de condonación, legados de deuda y legados de alimentos.— Extinción de los legados.

Las asignaciones a título singular se refieren a las especies o cuerpos ciertos o a las especies indeterminadas de tal género. Y el legislador insiste en que aunque se denomine como quiera al asignatario a título singular y cualesquiera que sean las fórmulas que se adopten, dicha asignación será siempre e irreversiblemente un *legado* y su favorecido un *legatario*. Puede el testador equivocarse y decir: dejo mi caballo, en calidad de herencia a Jorge. El caballo es objeto de legado porque se trata de una especie o cuerpo cierto. La intención del testador es instituirle legatario, desde luego que el heredero recoge la totalidad de bienes, derechos y obli-

gaciones transmisibles; y en el presente caso sólo se le asignó una especie o cuerpo cierto, por más que el testador no posea más bienes que su caballo.

Puede el testador también hacer el siguiente llamamiento: Nombro heredero de mi casa de la calle Rocafuerte número mil a Roberto; éste será legatario y jamás heredero, puesto que lo que se le asigna es una especie o cuerpo cierto; e inclusive puede ocurrir que el causante no tenga más bienes que el predio materia de la sucesión. La asignación no perderá el carácter esencial de ser a título singular, o sea que no dejará de ser legado por más que concurran otras circunstancias. Ahora bien, como el patrimonio de una persona está integrado trípticamente por bienes, derechos y obligaciones, y como en los ejemplos sólo se ha dispuesto de un bien —por más que se suponga que fue el único— lo demás del patrimonio recogerán los herederos, llamados por ley, en consonancia con los órdenes de la sucesión intestada; de tal modo que si en verdad existió testamento en que únicamente se asignó un bien, penetramos en el caso preciso de la sucesión mixta, porque, de otro lado, jamás puede haber sucesión sin heredero.

Si el causante ha dejado deudas y en el testamento no se dispone expresamente que el asignatario a título singular ha de pagarlas, quienes serán llamados a recoger las obligaciones transmisibles son los herederos abintestato, dándose contenido precisamente a la sucesión mixta, que tuvo como antecedente la voluntad del testador, como en los ejemplos previstos de exclusiva institución de legatarios.

Insistamos, por consiguiente, que cualesquiera que sean las expresiones de que se sirva el testador para disponer de su patrimonio, cuando está refiriéndose a un cuerpo cierto, a una especie indeterminada de tal género, está instituyendo inalterablemente legados y nunca herencias, no obstante de que luego de designar sus herederos, puede distribuir los bienes entre ellos y no se entenderá jamás que se trata de legados. Examinemos un caso. El testador, al otorgar su testamento, manifiesta: Nombro mis herederos universales a "A", "B" y "C"; al primero por cuenta de la herencia es mi voluntad que se le entregue la casa número cuatro-

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

cientos de la calle Guayaquil, imponiéndole la obligación de entregar a "C" ciento cincuenta mil sucres; a "B", por cuenta de la asignación, le adjudico el terreno ubicado en Santo Domingo de los Colorados, quien a su vez refundirá cincuenta mil sucres a "C"; y a éste le dejo las acciones de La Internacional, más los cien mil y cincuenta mil que, respectivamente, están obligados a restituirle "A" y "B"; cualquier diferencia se imputará a la cuarta de libre disposición.

En definitiva, todo testamento debe ser interpretado con fidelidad, ateniéndose más al espíritu, al fondo mismo del instrumento jurídico, que a los términos empleados, que, a veces, por factores operantes, pueden pretender desfigurar la esencia, el fundamento de la institución.

Ya hemos penetrado ampliamente en los ángulos de contemplación que identifican, tipifican y muestran a plenitud la substancia de cada institución: herederos y legatarios tienen elementos unitivos y elementos de contraste, pero lo medular radica en que *el heredero es el continuador de la personalidad jurídica y económica del de cujus;* es su prolongación; no tan exagerada desde luego como en el Derecho Romano, en que le suplantaba, por así decirlo, en la multifásica esfera humana: social, política, familiar, económica, jurídica, religiosa, etc., etc.; en cambio, el legatario tan sólo recoge aquello que es materia de la asignación a título singular y nada más. El legatario, a quien expresamente el testador no le impone cargas u obligaciones, nada debería si el pasivo de la sucesión es mayor que el activo, porque en su carácter de tal no es responsable de ello, sino el heredero, por las razones invocadas repetidamente, desde luego que es el único que reemplaza al causante en el orden jurídico y económico. Lo cual sin embargo se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos, y de cuanto pueda sobrevenirles en el caso de la acción de reforma del testamento, al tenor de lo que prescribe el inciso segundo del artículo 1154.

Para Simón Carrejo, profesor de la Universidad de Colombia, "el *legado* equivale a una asignación testamentaria a título particular, singular o privado, por oposición a herencia, por cuanto esta

gaciones transmisibles; y en el presente caso sólo se le asignó una especie o cuerpo cierto, por más que el testador no posea más bienes que su caballo.

Puede el testador también hacer el siguiente llamamiento: Nombro heredero de mi casa de la calle Rocafuerte número mil a Roberto; éste será legatario y jamás heredero, puesto que lo que se le asigna es una especie o cuerpo cierto; e inclusive puede ocurrir que el causante no tenga más bienes que el predio materia de la sucesión. La asignación no perderá el carácter esencial de ser a título singular, o sea que no dejará de ser legado por más que concurran otras circunstancias. Ahora bien, como el patrimonio de una persona está integrado trípticamente por bienes, derechos y obligaciones, y como en los ejemplos sólo se ha dispuesto de un bien —por más que se suponga que fue el único— lo demás del patrimonio recogerán los herederos, llamados por ley, en consonancia con los órdenes de la sucesión intestada; de tal modo que si en verdad existió testamento en que únicamente se asignó un bien, penetramos en el caso preciso de la sucesión mixta, porque, de otro lado, jamás puede haber sucesión sin heredero.

Si el causante ha dejado deudas y en el testamento no se dispone expresamente que el asignatario a título singular ha de pagarlas, quienes serán llamados a recoger las obligaciones transmisibles son los herederos abintestato, dándose contenido precisamente a la sucesión mixta, que tuvo como antecedente la voluntad del testador, como en los ejemplos previstos de exclusiva institución de legatarios.

Insistamos, por consiguiente, que cualesquiera que sean las expresiones de que se sirva el testador para disponer de su patrimonio, cuando está refiriéndose a un cuerpo cierto, a una especie indeterminada de tal género, está instituyendo inalterablemente legados y nunca herencias, no obstante de que luego de designar sus herederos, puede distribuir los bienes entre ellos y no se entenderá jamás que se trata de legados. Examinemos un caso. El testador, al otorgar su testamento, manifiesta: Nombro mis herederos universales a "A", "B" y "C"; al primero por cuenta de la herencia es mi voluntad que se le entregue la casa número cuatro-

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

cientos de la calle Guayaquil, imponiéndole la obligación de entregar a "C" ciento cincuenta mil sucres; a "B", por cuenta de la asignación, le adjudico el terreno ubicado en Santo Domingo de los Colorados, quien a su vez refundirá cincuenta mil sucres a "C"; y a éste le dejo las acciones de La Internacional, más los cien mil y cincuenta mil que, respectivamente, están obligados a restituirle "A" y "B"; cualquier diferencia se imputará a la cuarta de libre disposición.

En definitiva, todo testamento debe ser interpretado con fidelidad, ateniéndose más al espíritu, al fondo mismo del instrumento jurídico, que a los términos empleados, que, a veces, por factores operantes, pueden pretender desfigurar la esencia, el fundamento de la institución.

Ya hemos penetrado ampliamente en los ángulos de contemplación que identifican, tipifican y muestran a plenitud la substancia de cada institución: herederos y legatarios tienen elementos unitivos y elementos de contraste, pero lo medular radica en que *el heredero es el continuador de la personalidad jurídica y económica del de cujus;* es su prolongación; no tan exagerada desde luego como en el Derecho Romano, en que le suplantaba, por así decirlo, en la multifásica esfera humana: social, política, familiar, económica, jurídica, religiosa, etc., etc.; en cambio, el legatario tan sólo recoge aquello que es materia de la asignación a título singular y nada más. El legatario, a quien expresamente el testador no le impone cargas u obligaciones, nada debería si el pasivo de la sucesión es mayor que el activo, porque en su carácter de tal no es responsable de ello, sino el heredero, por las razones invocadas repetidamente, desde luego que es el único que reemplaza al causante en el orden jurídico y económico. Lo cual sin embargo se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos, y de cuanto pueda sobrevenirles en el caso de la acción de reforma del testamento, al tenor de lo que prescribe el inciso segundo del artículo 1154.

Para Simón Carrejo, profesor de la Universidad de Colombia, "el *legado* equivale a una asignación testamentaria a título particular, singular o privado, por oposición a herencia, por cuanto esta

asignación testamentaria se hace en bloque, y confiere poder al heredero sobre una parte indeterminada de la herencia. El legatario recibe, por el contrario, una cosa determinada, y en especial, no continúa la persona del causante, y carece de otros derechos u obligaciones que los que el testador le asigne o le imponga, llegado el caso. Es la hipótesis típica de la sucesión a título particular". Concepción un tanto original y que se aparta en cuanto a doctrina del criterio clásico singularmente defendido por Bello, autor del proyecto también del Código Civil colombiano.

BIENES SUSCEPTIBLES DE SER LEGADOS

La doctrina y la ley contemplan varias clases de bienes que pueden ser motivo de legado y señalan los siguientes:

1.—Bienes corporales, como un predio, un automóvil, un cuadro, un caballo; y bienes incorporales, como los derechos, los créditos, etc.;

2.—Bienes presentes, como todos los que existen al tiempo del otorgamiento del testamento o de la apertura de la sucesión; y bienes futuros, cuya existencia se espera, como una cosecha de trigo, una cría del ganado vacuno, la producción de una fábrica que se está organizando, etc.; y,

3.—Bienes propios, como todos los que integran el patrimonio del testador; y los bienes ajenos, respecto de los cuales existe una serie de normas caducas y delatadoras del espíritu feudal del legislador, a las cuales dedicaremos unos pensamientos más adelante.

BIENES QUE NO PUEDEN SER MATERIA DE LEGADO

Así como se ha llegado a una verdadera clasificación de los bienes que pueden legarse, así también se los margina de tal cosa, principalmente a los siguientes:

a) Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como el sol, la luna, las estrellas, la alta mar, etc.;
b) Los bienes nacionales de uso público, como los ríos, los nevados, carreteras, plazas públicas, monumentos, calles, edificios públicos, recursos subterráneos, mar territorial, etc.;
c) Los bienes dedicados por la sociedad al culto religioso, como templos, casas parroquiales, objetos sagrados, etc.; y,
d) Las partes de una unidad, que al desintegrarse de ella dejan sin valor al bien u objeto, como las paredes, el cielo raso, las gradas, etc., de una vivienda; los frenos, el volante o una rueda del automóvil.

LEGADOS DE ESPECIE O CUERPO CIERTO Y LEGADOS DE GENERO

El objeto de todo legado puede ser precisado y determinado con la indicación de todos sus caracteres. Entonces tenemos el caso típico de legado de especie o cuerpo cierto, como cuando el testador dice:

1.—Asigno a X mi hacienda La Libertad, ubicada en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos;

2.—Dejo a Z mi automóvil marca Toyota, modelo 1971, número de motor Rc 7554987, matriculado en la ciudad de Quito, con el número 21870; y,

3.—Lego a Y mi biblioteca que tengo en mi casa de habitación número ochocientos veintiuno de la calle Asunción de esta Capital.

Bien puede el testador también hacer esta suerte de disposiciones:

a) Dejo a A tres cabezas de ganado;
b) Asigno un mil sucres a L; y,
c) Lego una camioneta a R; ejemplos estos últimos en los cuales el testador asigna bienes genéricos e indeterminados, casos en los que tenemos los legados de género.

Establecer la diferencia entre legados de especie o cuerpo cierto y legados de género es importante, por las derivaciones jurídicas y económicas y para fijar los linderos precisos que configuran cada una de dichas categorías.

El legatario de especie o cuerpo cierto adquiere el derecho de dominio sobre el objeto materia de la asignación en el momento mismo de abrirse la sucesión, o sea desde el instante preciso de la muerte del testador. Ejemplo: en cláusula testamentaria consta la siguiente asignación: Dejo el terreno ubicado en la Urbanización del Quito Tennis Club y adquirido por compra a dicha Entidad, mediante escritura pública otorgada ante el señor notario doctor Olmedo del Pozo, el veinte de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, a mi hija Susana. Producido el deceso del causante, el predio en referencia es de propiedad de ésta automáticamente y tiene derecho a percibir sus frutos y a ejercer cuanto los romanos conocían como el "jus utendi, jus fruendi, jus abutendi et jus vindicandi".

No así cuando se trata de un legado de género, en que se adquiere prácticamente un crédito exigible a los herederos o al albacea, y siempre caracterizado por la diferente apreciación de valores. Cuando el testador dice: asigno un automóvil a Pablo, éste aspirará a uno de buena calidad, último modelo y de excelentes características y condiciones; empero, quienes estén obligados a la prestación, como herederos y albacea, procurarán cumplir su cometido con el menor gravamen, con un ínfimo desembolso; y entonces surgirá de modo inevitable una controversia, un conflicto, que se ventilará por la vía judicial, debiéndose al fin y a la postre un bien de mediano valor y atentas las circunstancias de monto de los bienes sucesorios, situación económico-social del legatario, sus pretensiones y el deseo de los obligados, etc., etc.

LEGADOS DE ESPECIE O CUERPO CIERTO AJENO

Dice la ley —y ello es obvio— que por norma general no se puede legar especie o cuerpo cierto que no le pertenece al testador.

Pero, por excepción, éste si puede hacer asignaciones de bienes que no le pertenecen, en los siguientes casos y de conformidad con las regulaciones pertinentes:

1º

Cuando el testador conocía que la especie o cuerpo cierto constituía parte del patrimonio de una tercera persona o de un asignatario; y, que, por consiguiente, no le pertenecía. Caso este en que se presume que la intención del causante era que el asignatario, a quien impone la obligación de cumplir con dicho legado, adquiera la aludida especie cierta que no integra sus bienes.

Supongamos que el testador conoce que el señor "X" es dueño de una camioneta de tales especificaciones, y dice: asigno a "A" la camioneta (precisando los detalles que tipifican justamente a aquella que es de propiedad de "X"); asignación que impongo a mi heredero "Y". En virtud de la disposición testamentaria, éste está obligado a adquirir la referida camioneta, para dar cumplimiento a la voluntad del predecesor y entregarla al legatario "A".

De la tesis formulada, pueden surgir varias situaciones:

a) Que el propietario no quiera deshacerse de la camioneta, o que eleve su precio de modo que resulta prohibitiva su compra; casos que ha previsto la ley. Cuando el dueño de la cosa materia del legado se niega a venderla o pide por ella un precio exorbitante, el heredero al que se le impuso la obligación de entregar ese objeto al legatario, está relevado del deber de dar cumplimiento a lo dispuesto por el testador, pero subsidiariamente se le impone la carga de pagar el justo precio de la especie.

b) Puede ocurrir también que la persona en favor de la cual se instituye el legado de especie o cuerpo cierto, lo adquirió con anterioridad; la ley trata de conocer, cómo lo adquirió el legatario; si lo adquirió a título gratuito, nada se le deberá, porque la voluntad del testador era que su sucesor llegue a tener

tal especie o cuerpo cierto. Pero si la adquisición fue a título oneroso, se le deberá el valor que pagó por ese bien.

2º

Cuando el asignatario a quien se le impuso la obligación de entregar el objeto, lo llegó a adquirir, surtirá pleno efecto el legado de especie o cuerpo cierto.

Supongamos que el testador instituye heredero universal a A, quien le sucede en todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles. Pero además hace otras disposiciones, entre las cuales se encuentra una por la cual lega a B un automóvil determinado. Se interpreta que impone a A la obligación de adquirir el referido vehículo para entregar al legatario B. Pero puede ocurrir que entre el otorgamiento del testamento y la apertura de la sucesión, momento en el cual recién comienza a surtir efecto el testamento, A ha comprado el mencionado automóvil. El legislador prevé el caso y establece que la asignación es válida y que el heredero está obligado a entregar al legatario el bien materia de la asignación.

3º

Es válido el legado de una especie o cuerpo cierto ajeno instituido a favor de un descendiente, ascendiente o cónyuge del testador, por cuanto la intención de éste era favorecer a aquellas personas que le están más ligadas. De manera que el asignatario a quien se le impone la obligación de entregar un legado de cosa ajena ya sea a los descendientes, ascendientes o cónyuge del causante, tiene necesariamente que cumplir lo ordenado por éste y la asignación surte efecto, ya que es legalmente válida.

4º

Puede acontecer que la especie o cuerpo cierto materia del legado no es totalmente ajena, porque en ella el testador tiene una cuota o simplemente derechos y acciones, en cuyo caso se presu-

mirá que su voluntad fue la de asignar única y exclusivamente esa parte o cuota o esos derechos y acciones o sea lo que únicamente le correspondía.

5º

También puede presentarse el caso de que el asignatario tenga en el bien materia del legado una parte o cuota o derechos y acciones. Caso en el que igualmente se presume que la voluntad del testador no fue legar el todo, sino la cuota o los derechos y acciones que dicho asignatario tiene en el bien que se dispone.

6º

Si el testador hace la asignación indicando el lugar en que se encuentra la especie o cuerpo cierto, y esa especie realmente se encuentra ahí, la asignación es válida. Aunque si se encuentra en otro sitio también es igualmente válida, porque el espacio constituye un factor circunstancial que no modifica la intención ni los efectos jurídicos; lo fundamental es que se haga la asignación determinando la especie o cuerpo cierto; el lugar no tiene, para el efecto, mayor trascendencia. Empero, si no se encuentra ni en el lugar indicado ni en ningún otro, la asignación no es válida, porque se presume que esa especie o cuerpo cierto no existe.

En relación con esta última regla se ha establecido la siguiente excepción: si la especie o cuerpo cierto materia de la asignación no se halla ni en el sitio fijado ni en otro alguno, se deberá una especie de mediana calidad del mismo género, pero sólo a los descendientes, ascendientes y cónyuge del testador.

SITUACION EN QUE DEBE ESTAR LA ESPECIE O CUERPO CIERTO AL TIEMPO DE LA ENTREGA

La especie o cuerpo cierto materia del legado debe estar, al momento de la entrega, en el estado y situación en que estuvo al tiempo del fallecimiento del causante "comprendiendo los utensilios necesarios para su uso y que existan en ella" (Art. 1168).

El legatario sólo puede ser instituido mediante testamento; y antes del deceso del testador, lo único que tiene es una mera expectativa, puesto que el causante puede revocar su carta testamentaria en cualquier tiempo, y sólo surte efecto la celebrada válidamente en último término, suponiendo que se hayan otorgado varias otras. Por consiguiente, ni puede exigir la entrega del objeto materia del legado, sin que previamente ocurra la muerte de su antecesor, ni tampoco que se entregue el bien motivo de la asignación en el estado en que se encontraba al instante de expresar su voluntad por acto testamentario, como es obvio, ni tomar providencias ni seguridades previas a la vigencia de éste.

PROBLEMAS RELATIVOS AL LEGADO DE ESPECIE O CUERPO CIERTO

Con relación a los legados de especie o cuerpo cierto pueden presentarse numerosos problemas, varios de los cuales han sido previstos por el legislador, quien procede a dar normas de aplicación que resultan muy útiles y que conjuran auténticos conflictos. Los principales problemas son los siguientes:

a) El de cujus otorga testamento y mediante dicho instrumento lega un predio de su propiedad. Con posterioridad, procede a dar en venta o dona el referido bien raíz. Se pregunta, ¿surte efecto el testamento? De ninguna manera, pues éste tiene el carácter esencial de ser un acto jurídico con características singulares, que entra en vigencia post morten de su titular, recién se lo puede aplicar a partir de abrirse la sucesión; y mientras vive la persona puede disponer de sus bienes libremente, con las tenues limitaciones legales. Ahora bien, aclaremos los conceptos, mejor sería decir que el legado queda invalidado que sostener que el testamento no surte efecto, porque bien puede ocurrir que éste contenga otras disposiciones que no han sido modificadas por actos posteriores, a menos que

la carta testamentaria tan sólo haya contenido la asignación propuesta.

b) El testador asigna a una persona un predio y con posterioridad al otorgamiento del testamento, procede a construir nuevos edificios en dicho solar y adquiere también más terreno para ampliar el que primitivamente poseía. La pregunta que surge de inmediato es: ¿el legatario tendrá derecho al legado de especie en la forma establecida en el testamento o a la totalidad del inmueble, con los incrementos posteriores?

La asignación es válida en todo cuanto está puntualizado en el testamento. Es evidente que la intención del causante fue asignar el terreno y nada más; de tal suerte que los nuevos edificios y terrenos no se comprenderán en el legado; y si lo nuevamente agregado formare con lo demás, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida, y las agregaciones valieren más que el predio de su estado anterior, sólo se deberá este segundo valor al legatario. Si valieren menos, se deberá todo ello al legatario, con el cargo de pagar el valor de los aditamentos. (Inciso primero del artículo 1169).

c) El testador instituye un legado sobre el terreno de su propiedad y más tarde levanta un edificio en el mismo. Se pregunta, ¿el legatario tendrá derecho a exigir el terreno y las construcciones? ¿Será aplicable el principio de la accesión? La ley claramente prescribe que el asignatario de cosa singular sólo tendrá derecho específicamente a aquello que fue materia del legado, en cuyo caso lo único que se deberá será el valor del solar. El edificio corresponderá a los herederos universales. (Ultimo inciso del Art. 1169).

d) El de cujus por acto testamentario lega un terreno suyo que tiene, por ejemplo, un mil metros de superficie. Después incorpora a su propiedad nuevos lotes de terreno, de tal suerte que al tiempo de abrirse la sucesión, el predio tiene una superficie, supongamos de cinco mil metros; nos preguntamos, ¿el legatario tendrá derecho a la totalidad del terreno? De nin-

guna manera, pues el legado es de especie o cuerpo cierto; lo único asignado fue la superficie de un mil metros, y eso se deberá al asignatario a título singular y nada más.

e) Por el contrario, el testador es dueño de un lote de terreno que alcanza una superficie de cinco mil metros cuadrados, y por acto testamentario lega dos mil metros, ¿cuánto se deberá al legatario? ¿Acaso la totalidad del terreno? ¿Los cinco mil metros en su totalidad? Tampoco, si el legado se circunscribió a dos mil metros, hay que desmembrarlos y entregarlos tan sólo en la superficie determinada en el acto testamentario. En cuyo caso, se deberá también con las servidumbres, entradas, salidas, etc., que permitan el ejercicio del derecho de dominio del bien raíz legado.

Dentro de similar concepción, puede ocurrir que habiéndose asignado un solar que tenía una superficie determinada, de diez mil metros cuadrados, por ejemplo, más tarde el testador lo desmiembra y lo vende en parte, o lo dona, o simplemente tiene que soportar una expropiación, que le deja reducido tan sólo a cuatro mil doscientos metros cuadrados, pongamos por caso. Entonces, surge la interrogante inevitable: ¿qué se le debe realmente al legatario de especie o cuerpo cierto? Nada más ni nada menos de aquello que existe al tiempo del deceso del causante, o sea de la apertura de la sucesión, porque cuanto ocurrió en su vida estaba dentro de las posibilidades reales y jurídicas, que escapa a las pretensiones y exigencias de su sucesor. Lo único que queda del bien raíz será materia efectiva del legado; y el asignatario a título singular no podrá reclamar un lote de terreno del área que tuvo al tiempo de disponer del patrimonio, por más que en el testamento hasta se haya llegado a precisar superficie, linderos y dimensiones.

f) El testador asigna su casa con todos los bienes muebles, ¿se entenderá que el asignatario tiene derecho al dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir o de cama, los

carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías y en general todas las que forman el ajuar de una casa? Al efecto, el artículo 1171 establece que si se lega la casa con sus muebles o con todo lo que se encuentra en ella, no se entenderán comprendidas en el legado las cosas enumeradas antes y que corresponden al inciso segundo del artículo 611, "sino sólo las que forman el ajuar de la casa y se encuentran en ella". Se entiende que se trata de objetos personales, que por lo mismo pertenecerán a los seres más íntimamente vinculados con el testador que, en el caso sucesorio, resultan ser los herederos universales, por lo regular, con las excepciones legales.

g) El testador lega una hacienda, en la cual se encuentran al tiempo de abrirse la sucesión, a más de los implementos de labranza y equipos propios de la explotación agropecuaria, por ejemplo, un automóvil, una avioneta, etc.; se pregunta si ¿el legatario tendrá derecho a la hacienda y a todos los objetos en general que se hallan dentro de su circunscripción? La clara disposición del propio artículo 1171, en su segunda parte, nos da la norma:

"No se entenderá que el legado comprende otras cosas que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y se encuentran en ella".

En los casos puntualizados en los literales f y g no se deberán los demás objetos contenidos en la casa o finca, sino los que el testador expresamente designare.

h) Si se lega un rebaño, se deberán los animales de que se componga al tiempo de la muerte del testador, y no más.

i) Supongamos que el testador dispuso de algunas cuotas de la especie cierta. Ejemplo: posee un terreno que tiene la superficie de diez mil metros cuadrados, asigna a A dos mil quinientos metros cuadrados, o sea la cuarta parte y a B igual-

mente otros dos mil quinientos metros cuadrados, otra cuarta parte. Como quedan cinco mil metros cuadrados, o sea la mitad del inmueble, ¿a quién pertenecen los cinco mil metros restantes? Pues, a los herederos universales, ya sean testamentarios o abintestato.

j) En el caso de legados de especie o cuerpo cierto, la ley establece que es nula la prohibición de vender aquello que es materia de la asignación, siempre y cuando de esa venta no se deriven perjuicios para terceras personas. Si en el testamento se contempla una cláusula por la cual al legatario de especie o cuerpo cierto se le impone la prohibición de vender el objeto legado, esa cláusula se la tendrá como no escrita, siempre y cuando la enajenación no comprometiera ningún derecho de terceros.

LEGADOS DE GENERO

Mientras los legados de especie o cuerpo cierto se caracterizan por la determinación, la precisión, la singularización del objeto materia de la asignación a título singular, tenemos otra suerte de legados en que no se llega a fijar concretamente el bien materia de la sucesión. Estos son los legados de género, que sólo se refieren precisamente al género del bien asignado; como cuando el testador dice: dejo un caballo; asigno una camioneta; lego siete ovejas, etc. Son especies indeterminadas de tal género; es decir, en definitiva, se asigna algo para que el heredero o albacea, en su caso, entregue al legatario, y lo cual generalmente provoca un conflicto, como antes se mencionó.

Asimismo, mientras en el legado de especie o cuerpo cierto, el legatario adquiere inmediatamente de producida la apertura de sucesión el derecho de dominio sobre el bien materia de la asignación, porque no hay duda respecto a éste, en el legado de género, a la muerte del testador, lo único que adquiere el asignatario es un derecho de crédito, con el problema relativo a que será una

tercera persona quien llegue a la determinación, ya sea el heredero o el albacea, como se estableció; o, en último término, el juez, en el evento de una contienda legal.

Examinemos primero los casos relativos a la pertenencia del objeto materia del legado:

I

Si el testador asigna un objeto de aquellos que él tiene en mayor cantidad, la persona a la cual se le impuso la obligación de cumplir con este legado, o los herederos o albacea, en su caso, tendrán que cumplir la voluntad del testador entregando uno de aquellos bienes de mediano valor. Por ejemplo, si el testador dice: lego a Santiago una de las vacas de mi criadero, la persona a la cual se le impuso este deber, está obligada a entregar, de entre todas esas cabezas de ganado vacuno de propiedad del causante, una de mediano valor; ni la mejor ni la peor, cosa que pudiera ocurrir sin esta regla legal de previsión.

II

Es posible que habiéndose hecho una asignación de género, en la suposición de que el bien materia de ella formaba parte del patrimonio del testador, no coincida con la realidad, pues éste no poseía objeto alguno como el legado genéricamente, entonces la persona a la cual se le impuso esta obligación, tiene que entregar asimismo un bien de mediano valor. Ejemplo: asigno a mi sobrino una bicicleta de las que se encuentran en la bodega. Mas, no se encuentra ni en ella ni en lugar alguno, ya que no forma parte del patrimonio del antecesor ese bien. En este caso, es obligación de la persona a la cual se le impuso esta modalidad o del heredero o albacea, entregar una bicicleta de mediano valor.

III

Si se legó una cosa entre varias que el testador creyó tener, y no ha dejado más que una, se deberá la que haya dejado. Ejemplo: asigno a Juan uno de los caballos de mi hacienda; y al tiempo de abrirse la sucesión sólo existe uno, ése será materia del legado.

IV

Si se lega a una persona una cosa, señalando como que pertenece al patrimonio del testador, o sea que éste creyó que era suyo ese bien, y no ha sido así, el legado será nulo. Por excepción, si dicho legado está instituido a favor de los descendientes, ascendientes o cónyuge supérstite, tendrá que cumplirse la asignación, en cuyo caso sólo se deberá un objeto de mediano valor del mismo género, aunque el testador haya concedido la elección, al tenor de lo que dispone el inciso 2º del artículo 1166.

V

La ley establece también que cuando la asignación de género se refiera a una cosa de valor ilimitado, a un objeto valiosísimo que no estuviere dentro del patrimonio del causante, como una casa, una finca, etcétera, nada se deberá, y ni siquiera a las personas antes enumeradas, favorecidas por varias instituciones, en virtud del estrecho nexo con el de cujus, cuya voluntad se aspira a interpretar en el sentido más propicio, considerando que el testador deseaba especialmente ayudar a sus íntimos.

★

Otro problema que se presenta en materia de legados de género, es el concerniente a la inquietud que surge, cuando otra persona debe seleccionar el bien materia de la asignación y se plan-

tea a través de la siguiente interrogación: ¿a quién corresponde la facultad de escoger el objeto legado? Las respuestas son diversas, según la casuística:

a) Si el testador fija la persona que ha de seleccionar el bien materia del legado, como el testamento representa la voluntad del causante y es ley en esa esfera, tiene que cumplirse, a menos que se viole lo relativo a asignaciones forzosas, en cuyo caso se puede tramitar la reforma del testamento;

b) El testador puede establecer que quien ha de escoger el bien materia del legado de género sea el propio favorecido, esto es el asignatario; entonces, como a él se le faculta para ello, tiene pleno derecho para seleccionar;

c) Puede ocurrir al propio tiempo que el testador instituya heredero o legatario, a quien le impone el deber de entregar el legado de género; caso en el cual, cumpliendo la voluntad del predecesor, asimismo le corresponderá a dicho sucesor cumplir esa asignación. Ejemplo: nombro mi heredero universal a X, quien entregará a Y un caballo; otro ejemplo: asigno mi casa a Z, quien entregará a A una biblioteca. Casos estos en que el asignatario a título universal y el asignatario a título singular están obligados a entregar un bien de mediano valor para beneficio del legatario de género y será a su arbitrio. Se trata de asignaciones propiamente modales, ya que se impone un gravamen a los asignatarios;

d) Puede también el testador disponer que una tercera persona sea quien determine el objeto materia del legado de género, evento en el cual podrá elegir a su arbitrio; y si no cumpliere su encargo dentro del tiempo señalado por el causante, o en su defecto, por el juez, se deberá una especie de mediana calidad o valor entre las comprendidas en el legado;

e) Cuando se trate de un legado relativo a objetos que requieran algún conocimiento técnico, por lo regular se ha de designar para que la elección corresponda a quien tenga dominio sobre la materia;

f) Si el testador no ha determinado la persona que ha de seleccionar y entregar el bien materia del legado de género, será el juez quien la designe;

g) Si esa tercera persona nombrada por el juez o por el testador no cumple su cometido, se deberá una cosa de mediano valor; y una vez que se ha hecho la selección del bien materia del legado, no habrá lugar a reclamo.

En definitiva, a quien le corresponde la facultad de seleccionar a su arbitrio el objeto materia del legado de género, cuando no hay destinación por parte del testador ni del juez, es al propio asignatario a quien el testador le impuso la obligación. Una vez hecha la elección del bien, no habrá reclamo, a no ser que se pruebe que hubo engaño o dolo.

LEGADOS DE CREDITO — LEGADOS DE CONDONACION — LEGADOS DE DEUDA — LEGADOS DE ALIMENTOS

Con anterioridad y al clasificar los legados, sostuvimos que pueden ser materia de legados tanto los bienes corporales como los bienes incorporales; entre estos últimos tenemos los siguientes:

1.—Legados de crédito;
2.—Legados de condonación;
3.—Legados de deuda; y,
4.—Legados de alimentos.

Estudiemos cada uno de éstos, con sus respectivos ejemplos y problemas.

1.—*Legados de crédito:* Un crédito también puede ser materia de legado. La ley prescribe que, por el hecho de legarse un título, se lega de hecho el crédito. Ejemplo, dice el testador: lego a Manuel la letra de cambio, girada por mí, a mi orden, por veinte

mil sucres, el cinco de septiembre de mil novecientos setenta y siete, a ciento ochenta días vista y con el interés del doce por ciento anual desde el vencimiento; letra aceptada en esa fecha por Juan. Se entiende que se está legando el crédito exigible, no el simple papel o título ejecutivo. Al recoger el documento o letra de cambio, Manuel está adquiriendo un derecho de crédito, para cobrar el capital más los intereses.

Pero en materia de legados de crédito, pueden ocurrir varios casos:

a) Que el aceptante o deudor haya cancelado el valor total del capital e intereses al propio testador; es decir, que se extinguió el crédito y nada transmite a su sucesor; se trataría de un legatario frustrado;

b) Si el deudor hizo abonos parciales a su obligación, se entenderá que el legatario lo único que podría reclamar es el saldo del crédito y nada más. Por ejemplo, si el testador legó a M un pagaré por valor de quince mil sucres que le debe R y éste hizo abonos parciales al acreedor por la suma de cinco mil sucres más los intereses, M tendrá derecho a exigir a R el saldo de capital, esto es los diez mil sucres, más los correspondientes intereses devengados con posterioridad. En el evento de que el legatario de crédito demandase al suscriptor del pagaré, éste podría alegar a su favor abonos parciales, y presentando los correspondientes recibos, liberarse del pago de toda la obligación, pues ésta ha quedado reducida.

2.—*Legados de condonación:* El causante puede, mediante acto testamentario, perdonar a su deudor aquello que es materia de su obligación, pero tendrá que hacerlo expresamente.

Al referirnos a los legados de condonación, tenemos también que examinar algunos problemas:

a) Si una persona debe al testador una suma de dinero, éste expresamente puede liberar a su deudor del pago de la obliga-

ción. Ejemplo: C debe al testador cinco mil sucres; éste en su testamento manifiesta: Perdono a C los cinco mil sucres que me debe; o así: C me debe el valor de la letra de cambio que se encuentra entre mis papeles y que fue girada por mí, a mi orden, el 10 de Agosto de 1977, por cinco mil sucres, a trescientos sesenta días vista y aceptada por C, etc.; es mi voluntad que se le entregue el referido título ejecutivo, pues le condono la obligación;

b) Puede ocurrir que el deudor a quien se le perdona la obligación, haya hecho abonos al testador; se interpretará, entonces, que lo que le perdona es tan sólo el saldo, lo que quedare adeudando al tiempo de abrirse la sucesión; y,

c) Puede presentarse, asimismo, el siguiente caso: suponiendo que Jacobo deba diez mil sucres al testador; éste, al otorgar su testamento, manifiesta: lego a Jacobo diez mil sucres. En el presente caso tendríamos dos figuras jurídicas: por una parte, un legado de género y, por otro, la deuda de Jacobo a favor de los herederos del causante, quienes tendrían derecho a reclamar el pago de capital e intereses y a su vez él se reservaría el derecho de recabar de aquellos el legado de diez mil sucres, pagando previamente el correspondiente impuesto a la sucesión. En el caso propuesto no podría interpretarse como que se trata de un legado de condonación, porque éste, para que surta tal efecto, requiere ser expreso.

3.—*Legados de deudas:* El testador está facultado también para legar deudas; y, como en el caso de la condonación, tendrá que hacerlo de modo expreso, pues de lo contrario ni surte efecto ni se presume o interpreta tal voluntad. Al propio tiempo, tendrá que existir otro medio de prueba por escrito.

Asimismo, en esta clase de legados se presentan algunos casos:

a) Si el testador establece un legado pagando una deuda que creía tener y ésta no ha existido jamás; el legado es nulo, por razones obvias; y,

b) Si en el testamento consta una deuda respecto de la cual no existe ningún principio de prueba por escrito, se entenderá que se trata de un simple legado, con todas las responsabilidades, cargas legales y a veces expectativas y problemas. Este principio ha sido adoptado últimamente en nuestra Ley de Impuesto a las herencias, legados y donaciones. Toda disposición atribuida a una deuda, si no se justifica la preexistencia mediante un principio de prueba por escrito, a más de la constancia testamentaria, se reputará como que se trata de un simple legado. Pongamos ejemplos, para que se oriente la opinión acerca de las derivaciones, que son muy diferentes. Dice el testador: Debo a X diez mil sucres y ordeno que mis herederos paguen dicha deuda y exijan la devolución de la letra de cambio debidamente cancelada. En este caso X recibe los diez mil sucres y entrega a los herederos de su deudor el título ejecutivo debidamente cancelado, con lo cual está superado el problema. Empero, si el testador manifiesta: debo diez mil sucres a Y y dispongo que se lo pague. Se reputa que se trata de un simple legado, si Y no presenta ningún documento, letra de cambio, pagaré, recibo u otro medio de prueba por escrito, para justificar la existencia del crédito a su favor; y en el evento, tendrá que exigir que se le entregue por parte del albacea o herederos esa suma, pero previamente tendrá que pagar el impuesto a la sucesión, porque, en consonancia con la ley, se refiere a un legado, mas no a una deuda la disposición testamentaria. Así, pues, como queda demostrado, las situaciones son diversas inclusive en el tiempo, puesto que en el caso de deuda, ésta es de deducción previa —para pasar del acervo ilíquido al acervo líquido— y se paga inmediatamente después de los gastos de última enfermedad, mortuoria y judiciales; no así el legado que está sujeto, como se ha repetido, a innúmeras eventualidades, etc.

4.—*Legados alimenticios:* Antes enunciamos que los alimentos son intransmisibles ya como derechos ya como obligaciones, por el carácter personal que revisten. Muere el alimentario, se ex-

tingue su derecho: fallece el alimentante, fenece también su obligación. En estricto derecho, es valedero el principio, lo cual no impide que el alimentante tenga voluntad de que su alimentario pueda seguir gozando del mismo derecho. Lo que sucede es que ya no se trata propiamente de un derecho de alimentos, sino de un legado de alimentos.

El causante puede imponer a un sucesor la obligación de suministrar alimentos a una tercera persona, lo cual configuraría una asignación testamentaria propiamente modal, como cuando el testador dice: Nombro mi heredero universal a David, quien suministrará a Lucía un mil sucres mensuales, en calidad de alimentos. O este otro caso: Asigno mi casa a Roberto, el mismo que entregará mensualmente quinientos sucres a Gustavo, para que atienda a su alimentación. Ambos serían casos de legados alimenticios, con su carácter específico y perfectamente válidos; entendiéndose que los asignatarios, heredero en el un evento y legatario en el otro, no están obligados por sí a suministrar alimentos, sino que la obligación está generada en el legado propiamente modal; la disposición del testador les ha impuesto tal deber, aunque personalmente no estén obligados, porque los alimentos son problemas jurídicos encarnados en la relación de persona a persona; así: A puede estar obligado a suministrar alimentos a B; pero nunca a C ni a D, etc.; en cambio, X puede tener derecho a exigir alimentos de Y, pero no de Z ni de otros.

En relación con los legados de alimentos tenemos que considerar algunas situaciones:

a) Si el testador asigna un legado de alimentos determinando la cantidad y la fecha fija o el plazo, se estará a la voluntad de él y se cumplirá tal suerte de legado en la medida y dentro del tiempo previstos;

b) Si el legatario a quien el testador impuso la obligación de suministrar alimentos fallece antes de cumplir el plazo, suponiendo que se haya fijado, termina la obligación del asignata-

rio con su muerte, y aquello que constituyó materia de legado se transmitirá a sus herederos sin ningún gravamen, pues lo que le impuso el causante también tenía un carácter personal;

c) Si el testador simplemente ha instituido de modo general el legado de alimentos, diciendo, por ejemplo: dejo mi hacienda a Guadalupe, quien suministrará alimentos a Alicia; como no se ha fijado ni cantidad ni plazo, entonces tal situación reviste un problema que fatalmente tendrá que ventilarse por la vía judicial. El juez tendrá que estudiar la situación económica de la persona beneficiada con los alimentos, el monto de los bienes sucesorios, en este caso del legado, la situación social de la alimentaria y las relaciones que mantenía con el testador; consideraciones que le permitirán, adoptar una decisión con conocimiento pleno de causa y atentas las referidas circunstancias procederá a fijar la cantidad que debe suministrar Guadalupe a Alicia, en concepto de legado de alimentos. En lo tocante a tiempo, también el legislador establece reglas. Si no se fija plazo, se entenderá que el legado alimenticio es por toda la vida del favorecido; y,

d) Si se legare una pensión para la educación del legatario, durará hasta que cumpla dieciocho años, y cesará si muere antes de cumplir esa edad.

La limitación contemplada en el último inciso del artículo 1183 me parece a todas luces inconveniente e injusta, por cuanto a esa edad generalmente ninguna persona ha culminado una carrera y es a partir de ese momento cuando más ayuda y comprensión requiere. La norma debería establecer que se gozará de la asignación hasta coronar sus estudios, aunque se podría prever que se perderá en el evento de suspenderlos. La restricción señalada que concuerda con la llegada de la persona a su mayoría de edad resulta ser muy relativa porque no va a coincidir con la obtención de un título o de una profesión; en cambio, la modalidad propuesta hasta puede convertirse en un auténtico estímulo y en un motor operante de superación.

EXTINCION DE LOS LEGADOS

Los legados se extinguen:

1.—Por la destrucción total del bien materia del legado. Esta disposición se refiere tanto a los legados de especie o cuerpo cierto, como a los legados de género. Por ejemplo, si el testador lega a Enrique su camioneta y ésta se destruye por incendio, en vísperas de la muerte del causante, no se debe al asignatario nada, pues se extinguió el legado. Otro ejemplo sería: el testador asigna a una persona una cabeza de ganado de las que se encuentran en su hacienda —legado de género— y por efecto de una epidemia, perecen todas esas cabezas de ganado; resulta ineficaz la asignación, pues se extinguió toda la especie a la que se concretaba la disposición.

Si la destrucción del bien materia del legado no es total, sino parcial, subsiste el legado en la parte no destruida. Supongamos que se legó una casa y antes de abrirse la sucesión se ve afectada por un flagelo que la destruye parcialmente; en lo que queda, vale el legado.

2.—Por venta y en general por la enajenación del objeto asignado. Ejemplo, dice el testador: lego a María mi casa de la Avenida Río de las Amazonas número un mil doscientos veintiocho; y más tarde dona dicho bien raíz. Como el mismo ya no está en su patrimonio, y por consiguiente no existe al tiempo de abrirse la sucesión, se extinguió el legado. Desaparece el objeto materia de la asignación y el legatario putativo o expectante, mejor, carece de fundamento jurídico para exigir el bien que se ha enajenado y que no conforma ya el patrimonio del causante.

Empero, si la enajenación es parcial, aplicamos el mismo principio anteriormente invocado, o sea que subsiste en la parte restante. Ejemplo: Una persona tiene un predio cuya superficie es de diez mil metros cuadrados; otorga su testamento, asignando dicho bien a X; más tarde enajena parte de dicho lote y, por ventas y donaciones el mismo queda circunscrito a una área de ochocien-

tos metros cuadrados; pues bien, vale el legado, sólo que X no tendrá más derecho que el relativo al inmueble en el estado que se encuentra al momento de abrirse la sucesión, desde luego que subsiste en la parte que queda y jamás podrá exigir que se cumpla el testamento en lo atinente a la superficie que constaba en dicho instrumento, como dejamos puntualizado en tratándose de los problemas relativos a los legados de especie o cuerpo cierto.

3.—Asimismo, se extingue el legado por el cambio de la substancia o de la forma y contenido del bien materia de la asignación. Por ejemplo, supongamos que el testador lega diez quintales de hierro y más tarde ordena la fabricación de puertas y ventanas que las utiliza en la construcción de su vivienda; el legatario nada podrá reclamar, porque desapareció el hierro como tal, para dar forma a las nuevas cosas que tienen otro contenido, esencia y valor. Si se asignó un bosque y de la madera del mismo en parte se construyó muebles, en parte se utilizó para leña, etc., tampoco es eficaz el legado. Si se dejó la lana existente en bodega y el propio testador dispuso la confección de vestidos, igualmente se extinguió el legado porque el bien materia de la asignación específicamente señalado se modificó, alterando su sustancia y contenido; el legado concretamente no se refería a tales vestidos, sino a la materia prima que originalmente existía.

Todos estos casos están tipificando la casuística que nos permite concluir que siendo la voluntad del testador legar un bien de tal naturaleza, y luego, por su propio querer, lo transforma; es decir, deja de ser aquello que estaba determinado en la asignación, por ese hecho se extinguió el legado, lo cual es justo y responde a un criterio lógico.

4.—En el caso de legados de crédito, igualmente si el testador cobró y recibió el pago de su valor total, es indudable que se extinguió dicho legado. Supongamos que A ha aceptado una letra de cambio por valor de cien mil sucres, a favor de B, quien al otorgar testamento, asigna dicho crédito a C. Mas, al vencimiento, A paga a B, y luego fallece éste. Como se cubrió el valor total del capital e intereses, se extinguió la obligación en vida misma del

causante y por consiguiente el legado de crédito también y C resulta ser un legatario frustrado, porque toda cuestión sucesoria se remite al estado y situación en que se hallan los bienes al tiempo de abrirse la sucesión.

5.—En el caso de legados de deuda, ocurre igual fenómeno siempre que el propio testador, luego de otorgar su carta testamentaria, cubre el valor total de la deuda; el respectivo legado queda sin efecto, pues se opera su extinción, por las razones ya anotadas.

Sin embargo, en ambos eventos (numerales 4 y 5), si no se percibiera la totalidad del crédito o no se pagase la deuda en su integridad, subsisten los correspondientes legados en la parte que queda pendiente, atenta la circunstancia de que la voluntad del testador era hacer esa asignación, y hay que entender que su intención es que surta efecto en todo cuanto no dispone en vida.

Para concluir la revisión de esta materia, no podemos dejar de mencionar que la prenda o hipoteca constituida sobre la cosa legada, no extingue el legado, pero lo grava con dicha prenda o hipoteca, al tenor de lo que prescribe el inciso penúltimo del artículo 1183.

CAPITULO XVI

DERECHO DE ACRECER O ACRECIMIENTO

Concepto, objeto y características del derecho de acrecer o acrecimiento.— Su fundamento jurídico.— Requisitos para que surta efecto la institución.— Análisis de cada uno de ellos y planteamiento de problemas, casos y reglas inherentes al acrecimiento.— Efectos del derecho de acrecer.

Como venimos sustentando, muerto el causante, se abre la sucesión; abierta la sucesión, son llamados a sucederle sus asignatarios; si estos asignatarios son capaces y dignos y aceptan sus respectivas asignaciones, ellos recogen sus correspondientes herencias o legados y culmina todo el proceso sucesorio, lo cual interesa a la comunidad, puesto que el patrimonio vacante y sin titular se convierte en patrimonio ocioso y ello degenera en parasitismo social.

El problema surge, si habiendo fallecido el antecesor, falta uno de sus sucesores; y puede faltar, por ser premuerto, por ser incapaz, por ser indigno, por no aceptar o repudiar la asignación; y cuando falta un asignatario, puede ocurrir que la asignación que

le habría correspondido a él pase a incrementar el patrimonio general de la sucesión, teniendo que llamarse, si el caso lo requiere, a los herederos abintestato.

Frente al fenómeno propuesto, existe una fórmula jurídica específica para solventar el problema; cuando concurren ciertos requisitos, la herencia o legado del asignatario que falta, se incorpora, incrementa, o acrece a la porción que corresponde a los demás asignatarios comunes, que generalmente se denominan: *coasignatarios* o *asignatarios conjuntos.*

El testador dice: dejo mi hacienda "Mama Paccha" a A, B y C; fallece B antes que el causante, la porción que le habría correspondido si viviera, acrece a las que pertenecen a A y C; de tal suerte que los únicos que adquieren el derecho de dominio sobre el mencionado fundo son exclusivamente A y C y nadie más, puesto que se ha operado el fenómeno del acrecimiento.

Otro ejemplo, dice el testador: asigno mis bienes a los hijos de Francisco. Este tiene cuatro vástagos: V, X, Y y Z. Antes del deceso del de cujus, ha fallecido Y y V repudia la asignación; las partes de Y (premuerto) y V (repudiante) acrecen a los bienes hereditarios de X y Z, quienes serán los únicos herederos universales; a sus respectivas porciones han acrecido las que habrían pertenecido a Y y V. En el supuesto de que el acervo líquido ascendiera a $ 400.000,00, la cuota correspondiente a cada uno de los herederos sería de $ 100.000,00, pero por acrecimiento los $ 400.000,00 tienen que dividirse solamente para los dos y la cuota hereditaria de cada uno será $ 200.000,00 y no los cien mil sucres originarios: X tendrá derecho a $ 200.000,00 y Z a igual suma, o sea también a $ 200.000,00.

El Derecho de Acrecer o Acrecimiento: Es aquel que la ley establece en favor de los sucesores llamados a una misma asignación, en el evento de faltar uno de ellos, la porción de éste se suma o incorpora a la de los demás. O sea que por el derecho de acrecer, la asignación instituida en favor de un asignatario que falta, incrementa el patrimonio de los asignatarios llamados conjuntamente con aquél para recoger una misma asignación.

REQUISITOS PARA QUE SURTA EFECTO EL DERECHO DE ACRECIMIENTO

Para que surta efecto el derecho de acrecimiento es indispensable que concurran cinco requisitos, a saber:

1.—Que todos los asignatarios sean llamados a una misma herencia o legado;
2.—Que el llamamiento a los sucesores sea en la totalidad de la asignación, mas no en una cuota;
3.—Que falte uno de los asignatarios conjuntos;
4.—Que el testador no haya designado sustituto para el asignatario que falta; y,
5.—Que el testador no haya prohibido el acrecimiento.

Estudiemos cada uno de ellos:

1.—*Debe existir el llamamiento a varios sucesores sobre una misma asignación:*

El artículo 1196 del Código Civil, empieza diciendo: "Destinado un mismo *objeto*..." En derecho, toda relación jurídica se consolida gracias a la presencia de un sujeto y un objeto. El sujeto es el titular del derecho; el objeto es el bien materia del derecho. Así entendió don Andrés Bello cuando empleó el vocablo "objeto", y no es, como interpretan algunos tratadistas, que tal expresión se refiere a especie o cuerpo cierto, esto es, a legados, porque la intención del legislador fue referirse a "asignación" —herencias o legados— mas no a la específica, o sea a la asignación a título singular.

La jurisprudencia de Colombia, Chile y Ecuador es unánime al reconocer que el término utilizado por la ley —*"objeto"*— no se circunscribe concretamente a la esfera que tipifica cuanto dice relación a especie o cuerpo cierto o quizá a especie indeterminada de tal género, sino de un modo genérico a asignación, o mejor al objeto de la asignación, que puede ser la herencia o el legado.

El llamamiento debe ser por lo menos a dos asignatarios a un mismo objeto de derecho. Ejemplo: Dejo a A y B todos mis bienes. El objeto, en este caso, son: "todos mis bienes" (la herencia). Otro ejemplo: a X, Y y Z les lego mi casa de la calle Guayaquil número seiscientos cuarenta. El objeto, en este caso, es: "mi casa de la calle Guayaquil número seiscientos cuarenta" (el legado). En ambos ejemplos tenemos que se trata de una misma asignación a varios sucesores; todos ellos son llamados a una misma herencia y a un mismo legado, respectivamente.

2.—*El llamamiento a varias personas sobre una misma asignación, debe versar sobre la totalidad de la herencia o legado y no sobre la parte o cuota:*

Es de la esencia del derecho de acrecimiento que se destine una misma herencia o legado a dos personas o más; pero la asignación tiene que ser completa, debe referirse a la totalidad y no simplemente a una parte, por ello es que no cabe hablar de acrecimiento entre los herederos de cuota.

Examinemos algunos casos, para poder apreciar mejor el principio. Dice el testador:

a) Dejo mi patrimonio a R, S y T;
b) Asigno mi hacienda "La Libertad" a Patricio, Mario y Orlando.

En el primer caso, si faltan R y S, será T el heredero universal; en el segundo, si falta Patricio, serán legatarios Mario y Orlando.

Puede ocurrir que el testador diga: dejo una cuarta parte de mis bienes a "A", una cuarta a "B", una cuarta a "C" y una cuarta a "D". Como la disposición testamentaria expresa prevé que la asignación se ha de referir a cada una de las partes alícuotas, no hay lugar al acrecimiento, y cada uno de los asignatarios A, B, C y D recogerán sólo una cuarta parte y nada más, aunque a la muerte del causante falte uno de ellos. Supongamos que al abrirse la sucesión "A" sea incapaz y "B" haya fallecido con anterio-

ridad a tal fase del Derecho Sucesorio, las porciones de éstos o sus respectivas cuotas no acrecerán al patrimonio sucesorio de "C" y "D", sino que corresponderán a los herederos abintestato.

Dentro de este mismo caso, puede presentarse la situación propicia para el acrecimiento, si el testador asigna una de aquellas partes a varias personas, como si su última voluntad expresase lo siguiente: Sea una cuarta parte de mis bienes de A y B; una cuarta de C; una cuarta de D, E y F y la última cuarta de G. Si en el problema planteado faltan C o G, no hay acrecimiento, pues sus respectivas cuotas pasarían a constituir el patrimonio hereditario de la sucesión abintestato; empero, si falta A, la parte de éste acrecerá a B; y si falta E, la parte de él acrecentará la porción hereditaria de D y F, puesto que en estos dos últimos casos los varios sucesores han sido llamados a una misma asignación. Lo que prohibe la ley es que se opere el acrecimiento entre los herederos de cuota, porque cada cuota es una asignación independiente; cada uno de los herederos de cuota recoge su parte alícuota y nada más y si alguno de ellos es incapaz, indigno, repudia la herencia o es premuerto, la parte alícuota respectiva pasa a formar parte del patrimonio hereditario, debiendo aplicarse las normas de la sucesión intestada para su distribución. Pero si son varios asignatarios lamados a una misma cuota, entre ellos sí se presenta el derecho de acrecer, porque se trata de un derecho compatible con tal calidad.

Sin embargo de todo lo expuesto, hay un caso de excepción puntualizado en el Código Civil, y es aquel por el cual cuando:

> "se asigna un objeto a dos o más personas por partes iguales, habrá derecho a acrecer".

Dice el testador: Dejo a Y y Z todos mis bienes, en partes iguales. Entonces, si falta Z, la porción de él acrece a la de Y.

En cambio, si el testador dijo: Dejo la mitad de mis bienes a A y la mitad a B; si falta A, la parte de éste no acrecienta la de B; en general, no hay derecho de acrecimiento si falta uno de ellos, por la forma de llamamiento.

3.—*Debe faltar un asignatario conjunto:*

En primer lugar, veamos que se entiende por "asignatario conjunto". La misma ley nos da la definición obligatoria, cuando en el segundo inciso del artículo 1199 expresa que:

> "Se entenderán por conjuntos los coasignatarios asociados por una expresión copulativa, como Pedro y Juan, o comprendidos en una denominación colectiva, como los hijos de Pedro".

De tal modo que, cuando el testador instituye herederos o legatarios a dos o más personas, unidas por la conjunción *"y"*, como cuando dice: asigno todos mis bienes a Luz María, Xavier y Alexandra, o cuando expresa: sea mi quinta de Nelly y Miguel Angel; o a veces enlazadas por la vocal *"e"*, que reemplaza a "y", por las reglas gramaticales de eufonía, especialmente, como cuando el testador dispone de este modo: Nombro mis herederos universales a Rafael e Inés, siempre tenemos asignatarios conjuntos, "asociados por una expresión copulativa".

En cambio, cuando se hace el llamamiento a varias personas con una "denominación colectiva", como cuando se expresa: dejo mi biblioteca a los sobrinos de Luis, tenemos también asignatarios conjuntos, pero se entenderá que la asignación vale hasta que exista el último de los integrantes de esa colectividad; si falta uno de ellos, por las causales tantas veces invocadas, la porción del que falta se junta a la de los demás.

En ambos casos, sea que se les una mediante conjunción copulativa o por una denominación colectiva, como han sido llamados simultáneamente o mejor conjuntamente, toman el nombre de *coasignatarios,* porque se les ha instituido sucesores en una misma asignación.

El derecho de acrecer tiene lugar cuando uno de estos coasignatarios o *asignatarios conjuntos* falta y ya conocemos por qué causas puede faltar; entonces, por el acrecimiento, los demás asignatarios son los que recogen la porción que le habría correspon-

dido al asignatario que no puede o no quiere recoger la asignación; no puede, cuando es premuerto, incapaz o indigno; no quiere, cuando no acepta o repudia.

Dentro del llamamiento a los coasignatarios y a falta de uno o más de ellos, pero no de todos, existen algunas reglas que deben aplicarse por mandato de la ley y con el carácter generalmente obligatorio:

A

La ley y los comentaristas están unánimes en mantener que si en verdad puede llamarse a los asignatarios conjuntos dentro de una misma cláusula testamentaria, diciendo, por ejemplo: dejo mi casa a Marcela, Fabián y Ricardo, puede perfectamente ocurrir que ese llamamiento se haga en varias cláusulas, lo cual aparentemente permitiría dudar acerca de la posibilidad de aplicar el principio del derecho de acrecimiento. Así, por ejemplo, el causante en la cláusula cuarta de su testamento dice: asigno la casa número quinientos de la calle Santiago a Jorge y en la cláusula séptima, tenemos la siguiente disposición: dejo la casa número quinientos de la calle Santiago a Rebeca. A primera vista, podría sugerirse que se ha presentado el caso de nulidad testamentaria, por cuanto no se sabe a cuál de ellos quiso asignarse dicho bien raíz; sin embargo, la ley admite como válido tal modo de hacer el llamamiento y prescribe que se entenderá que han sido llamados los dos para la misma asignación, y que se trata de coasignatarios o de asignatarios conjuntos, quienes estarían asistidos del derecho de acrecer, si concurren los requisitos previstos, o sea, si falta uno de ellos, su porción se incorporará a la del otro, no obstante esa forma un tanto defectuosa de hacer el llamamiento a una misma asignación a dos personas en dos cláusulas independientes.

B

El llamamiento aparentemente puede ser a asignatarios conjuntos, en cuanto a la persona, mas no en cuanto a las cosas. Puede el antecesor, en una cláusula testamentaria expresarse de este modo: Dejo a Matilde y a Miguel Angel mi casa y mi hacienda, respectivamente. Como se apreciará, con toda propiedad, se trata de dos asignaciones diferentes, ya en lo tocante a las personas: Matilde y Miguel Angel; ya en lo que concierne a los bienes: la casa y la hacienda. Por consiguiente, en el problema deducido, no puede existir el derecho de acrecimiento, porque no hay coasignatarios, esto es dos personas llamadas a una misma asignación. Matilde es llamada a suceder en la casa y Miguel Angel en la hacienda; si falta uno de ellos se aplicarán las disposiciones testamentarias y si no se ha previsto, las normas de la sucesión legítima.

C

También se puede presentar el caso por el cual el predecesor otorga un testamento solemne abierto, el veinte de junio de mil novecientos setenta y en él instituye un legado en la siguiente forma: asigno mi terreno de la Avenida Seis de Diciembre a Lucía. Mas, con posterioridad, el 14 de agosto de 1972, otorga otro testamento, y en esta ocasión solemne cerrado, y en una de las cláusulas dispone: a mi hermano Colón le dejó mi terreno de la Avenida Seis de Diciembre. Frente a este planteamiento, nos preguntamos, ¿estaríamos en el mismo caso anterior, en que es perfectamente válido hacer un llamamiento en un mismo acto testamentario, pero a diferentes personas en diferentes cláusulas sobre un mismo bien? Es indudable que no se trata de una situación similar, puesto que en el que analizamos se presentan dos testamentos distintos, en virtud de la facultad de revocación que ampara al testador, quien en cualquier momento puede dejar sin efecto un testamento anterior, en todas sus disposiciones o en algunas de ellas, debiendo surtir efecto sólo la expresión de última voluntad, vale decir el testamento legalmente otorgado en último

término, por más que no emplee la fórmula sacramental o recurra a la revocación expresa, pues existe la cuádruple posibilidad de revocar expresamente o tácitamente, total o parcialmente.

Si en un testamento se instituye una herencia o legado en favor de X y más tarde, en un testamento posterior, la misma herencia o legado se los establece en favor de Y, el beneficiario será éste, desde luego que el testamento que prevalece, el válido, el que rige y el que surtirá efecto será el último; y no se concibe que mediante dos testamentos diferentes e independientes se instituya coasignatarios o asignatarios conjuntos. Z y Y jamás serían tales asignatarios; lo que sí ocurriría es que aun la expectativa de X se desvanecerá al otorgarse el nuevo testamento, siendo desplazado en la propia expectativa por Y, quien será posiblemente el favorecido con la asignación, siempre y cuando no otorgue otro testamento y reúna todos los requisitos de ley al tiempo de abrirse la sucesión.

4.—*Para que el derecho de acrecer surta efectos legales, se requiere que el testador no haya designado sustituto, en el evento de que faltase el asignatario principal:*

Lo cual es obvio, pues la ley faculta al testador para designar, a más del asignatario, uno o más sustitutos, en el evento de que llegaren a faltar los primeros. Y en el caso de que el sucesor haya nombrado sustituto, no cabe hablar de derecho de acrecer, primero porque ya existe el sustituto y segundo porque sobre la intención presunta del testador —tal es el alcance jurídico del derecho de acrecer— prevalece su propia voluntad, expresada testamentariamente: Ejemplo, el testador dice: dejo mi finca a X, Y y Z; mas, si llegara a faltar X, le sustituirá A; si faltare Y, sea de B y si falta Z le sustituya C. Como el testador expresamente designó sustitutos, a cada uno de los legatarios, no hay posibilidad, en principio, de que opere el acrecimiento. Pero puede suceder que falten tanto el asignatario principal como el sustituto, evento en el cual se ve claramente la posibilidad de que se presente el derecho de acrecer. Supongamos que en el problema planteado faltasen simul-

táneamente Y y B, entonces, la porción de Y se sumaría a las de X y Z, que resultan coasignatarios para los efectos jurídicos pertinentes.

5.—*Que el testador no haya prohibido expresamente el derecho de acrecer.*

El último requisito que es preciso analizar se refiere al hecho de la prohibición de que exista acrecimiento, emanada de la propia voluntad del testador, quien, entre otras facultades, tiene precisamente esta de prohibir el acrecimiento entre los asignatarios conjuntos, vale decir entre los herederos o legatarios llamados a una misma asignación. Si el testador dice: "Dejo mi casa de la calle Vargas Nº 1054 a Juan, Aurora y Felipe, y en caso de faltar alguno de los asignatarios, la porción que corresponda a él no acrecerá a la de los demás legatarios", no hay posibilidad de que genere tal derecho, pues, por voluntad del propio testador se está eliminando el acrecimiento; y en el evento de presentarse tal situación, esto es que falte alguno de los coasignatarios, esa porción corresponderá a los herederos abintestato, si el causante no ha previsto tal circunstancia; y como sabemos, jamás pueden faltar herederos, porque aunque el causante careciera de parientes consanguíneos en los grados específicamente puntualizados en la ley —hasta los sobrinos, por derecho de representación— el gran heredero universal es siempre e invariablemente el Estado, a falta de aquéllos.

EFECTOS DEL DERECHO DE ACRECER O ACRECIMIENTO

Después de los planteamientos precedentes, bien se colige que este derecho, en cierto sentido, tiene el alcance y carácter de un auténtico derecho accesorio, o que deriva su modalidad del principio de la accesión, porque, por tener derecho a una asignación

se recoge la porción del asignatario conjunto que falta. Siendo como es, por consiguiente, una especie de derecho accesorio, de esta calidad se derivan sus más acentuados efectos, y ellos son principalmente:

I

Para recoger la porción del asignatario que falta, los coasignatarios o asignatarios conjuntos, que quedan, están obligados a recoger sus propias asignaciones, porque de otra manera la porción del que falta no podría acceder a las principales, que vienen a ser las propias asignaciones de cada uno de ellos.

II

No se puede aceptar la porción del asignatario que falta y repudiar su propia asignación, lo cual viene a constituir la lógica consecuencia del principio anteriormente enunciado: el dueño de lo principal es dueño de lo que a ello se junta o accede. Lo principal está constituido por la propia herencia o legado y lo accesorio por lo que habría correspondido en esa unidad al coasignatario que, por ser premuerto, incapaz o indigno, o por no aceptar o repudiar, deja vacante.

III

Los asignatarios que quedan recogen la porción del asignatario que falta, con todos los gravámenes, con todas sus cargas, vicios y defectos, en la misma situación y tal como se encuentra al tiempo de abrirse la sucesión. A menos que las cargas o los gravámenes impuestos al titular de esa porción hayan sido constituidos en atención a la persona, por sus habilidades, cualidades, y como si dijésemos, con un cierto sentido de "dedicatoria", en cuyo caso, al producirse el acrecimiento, no se transmite a los demás

asignatarios conjuntos aquello que en el fondo venía representando una asignación estrictamente modal, en atención a la persona favorecida inmediatamente con la herencia o legado.

★

Concluimos proclamando que el derecho de acrecer es la institución de la sucesión testamentaria por la cual, cuando han sido instituidos varios asignatarios conjuntos para una misma herencia o legado y falta uno de ellos, la porción que le habría correspondido, si pudiese o quisiese suceder, incrementa el patrimonio de los demás. Y aunque esta institución corresponde en el sistema jurídico nuestro exclusivamente a la sucesión testada, en el evento de faltar uno de los herederos llamados por ley, de hecho se aplica también a los casos de sucesión intestada, por las razones que se han puntualizado a través del presente capítulo. Propongamos un ejemplo, para que se observe la realidad: El señor Pedro Gómez tiene cinco hijos: A, B, C, D y E. No otorga testamento y fallece. Hechas todas las operaciones, su acervo líquido asciende a la suma de un millón de sucres. En principio siendo cinco sus hijos, a cada uno le correspondería la cantidad de doscientos mil sucres. Sin embargo, la situación se presenta con estas circunstancias: A, que estudiaba en el Exterior, ha fallecido días antes que el causante, aunque noticias de tal suceso se las tuvo con posterioridad; C es incapaz y D repudia la herencia. En la práctica quedan como sucesores universales tan sólo B y E, quienes, por derecho de acrecimiento, tendrían derecho a sus propios doscientos mil sucres, cada uno, más los seiscientos mil que quedan vacantes por los hechos consumados y que serían susceptibles de dividirse entre los dos, de tal suerte que a sus doscientos mil acrecen trescientos mil más, y entonces la cuota hereditaria de B sería de quinientos mil sucres e igual la de E. Pero todo ello podría concretarse en la práctica siempre y cuando A, C y D no hubieran tenido descendencia, pues, de haberla, prevalecería el derecho de representación y serían llamados a ocupar el lugar de cada uno de ellos, en primer término, sus respectivos hijos.

Desde luego, hemos querido, con el ejemplo anterior, presentar una imagen un tanto forzada, por cuanto es incuestionable el principio que rige a cada una de las dos clases de sucesiones: la testada y la intestada. En la primera aplicamos las disposiciones expresamente hechas por el causante, siempre y cuando ellas estén subordinadas a las regulaciones específicas sobre la materia; en la segunda, la ley, supliendo la omisión o corrigiendo el error, aspira a interpretar la voluntad presunta del de cujus y llama a los sucesores en consonancia con los órdenes taxativamente establecidos, y sólo le suceden quienes son capaces y dignos; de tal suerte que, quienes son premuertos, incapaces o indignos o al momento de la delación repudian la herencia, no son tomados en cuenta para suceder a su antecesor, a título universal. Sin que, por lo tanto, opere jurídicamente la institución que la ley contempla como derecho de acrecimiento, pues muerta la persona sin otorgar testamento válido y eficaz, únicamente serán sus herederos por derecho personal o por derecho de representación quienes le sobrevivan y reúnan los demás requisitos de rigor. Todo lo cual nos hace reafirmar en el planteamiento acerca de que el derecho de acrecimiento es una institución exclusiva de la sucesión testada y nada más. Lo cual aparentemente parece contradictorio, pero que está ajustado estrictamente a las fórmulas legales y al espíritu propio de la institución, porque el llamamiento a una misma asignación es facultad privativa exclusivamente del testador, quien no sabe en qué situación se encontrarán sus sucesores al momento de su fallecimiento; en cambio la ley fríamente asigna a las personas existentes e involucradas dentro de los severos límites de los órdenes de la sucesión intestada.

Y resulta imperioso insistir en que si el testador intuyera cuanto va a ocurrir después de sus días, probablemente dispusiera de su patrimonio de otro modo y conforme a la realidad que desconoce y que precisamente va a operar post mortem. He ahí por qué el acrecimiento alcanza un sentido meramente interpretativo de la voluntad que no llegó a cuajar por acto testamentario.

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

CAPITULO XVII

DERECHO DE SUSTITUCION

Idea general acerca del derecho de sustitución.— La sustitución vulgar (ordinaria o común) y la sustitución fideicomisaria (especial).— Generalidades de la sustitución vulgar.— Requisitos de la sustitución vulgar: a) que el sustituto surja del acto testamentario; b) que se le instituya sustituto expresamente en el testamento, y, c) que falte el asignatario principal.— Algunos casos de sustitución vulgar.— La sustitución fideicomisaria: crítica de la institución.— Panorama de los derechos de transmisión, representación, acrecimiento y sustitución.

En el Derecho Sucesorio existen cuatro instituciones que tienen aspectos que las identifican y a veces confunden, pero que comportan expresiones jurídicas independientes y con propios atributos, tales los derechos de transmisión, representación, acrecimiento y sustitución. Después de haber abordado los tres primeros, nos incumbe analizar el último, que asimismo corresponde al capítulo final de las sucesiones testamentarias, en sus generalidades, y del presente volumen.

El Derecho de Sustitución es un acto previsivo del testador para que, en el evento de faltar el asignatario principal exista una persona que le reemplace, no arbitrariamente, sino por expresa voluntad del propio de cujus, manifestada en carta testamentaria.

Puede ocurrir que en una sucesión testada falte asignatario, en cuyo caso pueden presentarse varias situaciones:

a) Que la asignación sin titular ingrese al patrimonio total, caso en el cual son llamados los herederos abintestato;

b) Que existan varios sucesores llamados a una misma asignación, caso en el cual se aplica propiamente el derecho clásico del acrecimiento; y,

c) Cuando el testador previsivamente instituyó sustituto del asignatario principal, para que ocupe el lugar de éste, en el evento de que llegue a faltar por cualesquiera clase de circunstancias; es entonces cuando surge la figura de la *sustitución*.

La *sustitución*, por consiguiente, es el acto jurídico por el cual el testador designa una persona para que reemplace al asignatario, si éste llegara a faltar por cualquier causa.

El proyecto de don Andrés Bello, el Código Civil de varios Estados, incluyendo el nuestro, la doctrina y la jurisprudencia reconocen que existen dos clases de sustituciones: la sustitución vulgar y la sustitución fideicomisaria.

El legislador equivocó, una vez más, el empleo de los vocablos al adoptar el de "vulgar", que generalmente denota: menos que ordinario, trivial, bajo, etc.; y parece que no quiso usar tal término en ese sentido, sino más bien en el de común o quizá ordinaria o general; entonces, habríamos tenido una sustitución común, ordinaria o general y la otra, tal como se la ha tipificado, en el evento de cumplirse una condición y que mejor habría sido denominarla: especial.

La llamada *sustitución vulgar,* a la cual la vamos a denominar *común,* es aquella por la que el testador simple y llanamente dispone que en el caso de faltar el asignatario, ocupe su lugar la persona por él designada, que se llama sustituto. Por ejemplo, dice el testador: Dejo mi automóvil a Susana y nombro como su sustituto a Rodrigo. Asigno todos mis bienes a Manuel y si él falta, sea mi heredera universal Victoria. En los casos propuestos, si faltan Susana y Manuel, les sustituirán, respectivamente, Rodrigo y Victoria, que son los asignatarios sustitutos.

REQUISITOS PARA QUE SURTA EFECTO LA SUSTITUCION

Como todo acto jurídico, para que surta efecto, debe reunir determinados requisitos, y en tratándose de la sustitución es preciso que concurran tres:

1.—Tiene que ser exclusivamente por acto testamentario;
2.—La designación de sustituto tiene que ser expresa; y,
3.—Debe faltar el asignatario principal.

Analicemos todos y cada uno de estos requisitos:

1.—*Sólo por acto testamentario se puede instituir sustituto:*

Puesto que es uno de los derechos enmarcados en el ámbito propio de la sucesión testada. La ley no podría asumir esa responsabilidad y hacer las veces del causante, para generar la facultad de interpretar su voluntad y nombrar sustituto, porque sustituto puede ser cualquier persona, siempre y cuando por voluntad expresa del testador llegue a tener tal categoría. La fuente de la sustitución vulgar o común es el testamento y sólo se presenta, por lo tanto, en la sucesión testamentaria y jamás en la abintestato o legal, por los razonamientos formulados.

2.—*La designación de sustituto tiene que ser expresa y debe constar en el testamento:*

No puede existir sustitución presunta ni sustitución dativa ni sustitución legal. Jamás podría interpretarse como que esa fue la voluntad del de cujus, porque si se quiere interpretar que éste tuvo voluntad de nombrar a X, como sustituto del asignatario principal, ¿por qué no interpretar también que su deseo fue designar sustituto a Y y a Z?

Supongamos que existe un legado que en cláusula testamentaria reza así: dejo mi automóvil a Luis. Este ha muerto y quedan tres hijos como sus únicos y universales herederos. Se pregunta: ¿esos tres hijos serían sustitutos de Luis? No. De ningún modo, ya que lo que tendría que aplicarse —si Luis falleció sin aceptar ni repudiar la asignación del automóvil— es el derecho de transmisión, a efecto de que al aceptar la herencia de su antecesor, quedan facultados a aceptar o repudiar el legado que Luis ni aceptó ni repudió previo a su fallecimiento. No serían sustitutos de Luis, por cuanto el testador no les dio ese carácter por acto testamentario. Empero, si hubiera expresado su voluntad en la siguiente forma: Asigno mi automóvil a Luis y en caso de faltar éste nombro sus sustitutos a sus tres hijos: X, Y y Z, entonces si surtiría pleno efecto el derecho de sustitución y éstos tendrían tal categoría.

3.—*Debe faltar el asignatario principal:*

El tercer requisito es claro y obvio: que falte el asignatario principal. Es de la esencia misma de la institución, pues se ha creado precisamente para el evento de que falte el asignatario. Y falta el asignatario principal, cuando no existe, cuando es premuerto, cuando es incapaz, cuando es indigno, cuando no acepta o repudia la herencia o legado.

★

Al referirnos a la sustitución vulgar o común, debemos abordar la casuística, que nos proporciona los mejores elementos de juicio. Sin embargo preciso será puntualizar algunas situaciones que pueden presentarse dentro de los linderos de esta importante institución:

I

Puede presentarse la sustitución vulgar o común simple o de primer grado, que es aquella por la cual se nombra un solo sustituto directamente. Ejemplo: dejo mi biblioteca a María y si ésta llega a faltar, le reemplazará César. El testador puede emplear cualquier término, siempre y cuando dé la impresión de que está previendo que si llega a faltar el asignatario principal, digamos, otro, designado por él mismo, ha de recoger la asignación.

II

Puede también presentarse la sustitución de segundo grado, cuando se ha previsto la posibilidad de dos sustitutos, como una demostración del celo y preocupación del causante, que desea prever toda circunstancia fatal. Ejemplo, dice el testador: Sea mi casa de X, y si falta éste, sea de Y y si tampoco puede suceder éste, sea de Z.

III

Asimismo, pueden haber sustitutos de tercer, cuarto y más grados, que reflejaría el exagerado sentido de previsión por parte del testador, cuando dice, por ejemplo: asigno mi fundo a A, si falta éste, sea de B, si falta éste, de C, si falta éste, de D, etc. En todo caso, debe faltar en primer término el asignatario principal, para que tenga derecho el sustituto de primer grado y éste y aquél para que nazca el derecho del sustituto de segundo grado y deben faltar éste y aquéllos para que surja el derecho del sustituto de tercer grado y así sucesivamente. Sólo cuando faltan los anteriores, aparece la figura del siguiente.

IV

Una persona puede sustituir a varias. Ejemplo, el testador expresa su voluntad en la siguiente forma: Dejo mi lote de terreno que tengo en la Urbanización Capelo del cantón Rumiñahui a X, Y y Z, y si éstos faltan sea de "A". En el caso propuesto, mientras existan y reúnan los requisitos legales X y Z, aunque falte "Y", al tiempo de abrirse la sucesión, adquirirán el derecho de dominio proindiviso del predio las dos personas y si existen las tres, todas ellas; si faltan una o dos, se presentará el derecho de acrecimiento; mas, en el evento de faltar todas tres, entonces sí se generaría el derecho de sustitución y adquirirá el derecho de dominio "A".

V

Varias personas pueden sustituir a una sola. Este es el caso inverso al planteado en el numeral precedente. Ejemplifiquemos: el testador dispone que todos sus bienes sean de R y si éste falta sean sus herederos: S, T, U y V. ¿Qué significa el testador con esta expresión de voluntad? Pues, sencillamente que sea su heredero universal R; empero, en el evento de faltar éste, pasarán todos los bienes a sus herederos sustitutos: S, T, U y V, entre los cuales podrá aplicarse el principio del acrecimiento, en el caso de faltar uno o varios de ellos —no todos— al tiempo de abrirse la sucesión del primer causante.

En esta materia se repite el pasaje frecuente por el cual el legislador nos está recordando que se atendrá más a la intención del testador, expresada con claridad y de modo categórico, que a cualquier otra circunstancia o detalle. Sin embargo, si el testador se equivocó en cuanto a las asignaciones forzosas, existe la acción de reforma del testamento. Empero, suelen presentarse a menudo casos de ambigüedad, de obscuridad, de duda, que obligan a los interesados a acudir al juez competente, para recabar de él que aclare o interprete la disposición, con fuerza obligatoria para las partes. Dictado el fallo, pasado en autoridad de cosa juzgada, tiene que aplicarse y obliga a los interesados de modo imperativo.

La *sustitución fideicomisaria,* que mejor la denominamos nosotros: *especial,* es aquella por la cual se designa un sustituto que reemplaza al titular de la propiedad fiduciaria, por el hecho de cumplirse la condición impuesta por el testador.

Ejemplo: Dejo mi casa a Juan, la misma que pasará a Pedro, el día de su matrimonio. La condición está señalada, pues el día que contraiga nupcias es futuro e incierto, de tal modo que Juan es un titular fiduciario mientras no se cumpla la condición. Pero en el evento de cumplirse la condición, tenemos un fideicomisario, que es Pedro; pero éste, que tan sólo tiene una expectativa desde que se abre la sucesión, puede convertirse en fideicomisario y adquirir, por consiguiente, el derecho, el día que se case.

Otro ejemplo: Asigno el lote de terreno que poseo en Santo Domingo de los Colorados a Esteban, pero si Fernando se gradúa de médico, pasará a él dicho predio. Es otro caso típico de sustitución fideicomisaria. Esteban tiene la propiedad fiduciaria sujeta a la eventualidad de que se extingue su derecho por el hecho de cumplirse la condición; y la expectativa de Fernando se transforma en derecho, en el momento en que se gradúa de médico.

Examinemos un caso en que se puede apreciar de modo más patético la institución que estudiamos. Dice el testador: nombro mi heredero universal a "X", pero en el evento de que éste viaje a Toronto, nombro sustituto a "Y"; también en el caso propuesto tendríamos una sustitución fideicomisaria o especial.

"X" adquiere el derecho de dominio como asignatario principal o fiduciario; mas, si viaja al exterior, en el problema sugerido, a Toronto, se extingue su derecho y ocupa su lugar su sustituto, que es el fideicomisario. Sólo que el viaje puede realizarlo después de quince años de abierta la sucesión, situación en la cual operaría la prescripción.

La sustitución fideicomisaria se rige plenamente por las normas de la propiedad fiduciaria. El fideicomisario lo único que tiene siempre es una expectativa y estará pendiente de que se cumpla la condición para que nazca el derecho suyo y se extinga el del fiduciario. Si fallece el fideicomisario, antes de cumplirse la condición,

reneció también su expectativa y se consolida la propiedad en el fiduciario, porque él es el propietario hasta que se cumpla la condición en relación con el expectante, que muerto pierde todo.

Si hay imposibilidad de cumplirse la condición, automáticamente se extingue también la expectativa del fideicomisario, y el fiduciario adquiere la propiedad plena de la cosa, salvo que el testador haya previsto también aquello y designe otro sustituto.

En la vida real resultan muy aislados y excepcionales los casos de sustitución fiduciaria. Esta institución es obsoleta, corresponde a una etapa superada. La mente humana cada vez se perfecciona, humaniza y decide sus cuestiones con un criterio más claro y simple, liberado de prejuicios y complejos.

Como se anotó en su oportunidad, creemos que, por higiene mental, inclusive, el derecho moderno debe eliminar esta suerte de instituciones que encarnan el rezago peligroso e infecundo del pasado y no tiene ningún sentido de realidad. Si la ley es la encarnación del estatuto de la vida para que el hombre alcance su convivencia y subsistencia, preciso será extirpar de raíz caducas fórmulas que limitan los atributos del hombre en sus metas de libertad, dignidad y superación.

En el año de 1962, cuando la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central de Quito tuvo la iniciativa de reunir a maestros universitarios y profesores de derecho en general, para desarrollar la Primera Conferencia de Derecho, cumplí con el deber de presentar una ponencia enderezada a obtener que se elimine de nuestro Código Civil todo lo concerniente a Propiedad Fiduciaria. Como es natural, la ponencia en mención fue aceptada, atentos los razonamientos y exposición de motivos. Empero, no dejó de levantarse una voz de medioevo que no se resignaba a ver abolida la institución y aunque dejó de esgrimir argumentos sustantivos, no faltó la deleznable objeción de que no sólo en el Libro II del referido Código constaba la propiedad fiduciaria, sino que a través de innumerables disposiciones se relacionaba repetidamente la institución, como ocurre en los diversos capítulos de nuestro estudio. Por ello, la sugestión fue

Quito - Ecuador

dirigida a suprimir en su totalidad cuanto atañe a tan caduca e inservible fórmula jurídica; y volvemos a proclamar el imperativo de echar abajo todo el sistema que nada hace por mejorar a nuestra comunidad humana y que ni siquiera encarna un orden de cosas con trascendencia histórica y de contenido racional.

Eduardo Vaz Ferreira, distinguido catedrático de la Universidad de Montevideo, en su Tratado de las Sucesiones, mantiene que "suele definirse la sustitución fideicomisaria como la disposición por la cual el testador encarga a un heredero o legatario, de conservar toda su vida los bienes que le deja, para transmitirlos a una segunda persona designada también en el testamento. Esta definición se refiere a la sustitución fideicomisaria testamentaria: sustituciones del mismo tipo pueden tener lugar, dentro de los sistemas que las permitan, en las donaciones. Mientras que en la sustitución vulgar la liberalidad en favor del sustituto sólo surte efecto en caso de ineficacia de la institución del primer llamado, en la sustitución fideicomisaria las dos liberalidades deben surtir sucesivamente efecto: durante cierto tiempo en favor del heredero o legatario llamado en primer término, y después en favor del sustituto". Además, tan eminente catedrático participa del criterio que también en la sucesión abintestato cabe el derecho de sustitución, criterio con el cual no concuerdo, por cuanto es de la esencia de la institución el que el causante, de modo expreso, designe la persona que a falta del asignatario principal —por así decirlo— ha de encarnar ese atributo sucesorio, ocupando el lugar y sucediendo a aquél. Bien podría enunciarse que es de aquellas figuras jurídicas cuyo ámbito propio es de círculo cerrado, es decir se halla encasillada estrictamente en el parámetro de lo testamentario y no puede apartarse de esa concepción, por la propia filosofía y el fundamento de semejante estructura jurídica. Reviste tanta singularidad, que sólo es comparable al caso de los herederos de cuota, de los herederos de remanente y de los legatarios, cuya iniciativa e interpretación ni siquiera ha querido reservarse la ley, desde luego que sólo el titular del derecho de dominio elevado a la categoría de testador es quien puede disponer de su patrimonio en esas orientaciones tan concretas. Es privativo de él y nadie puede

asumir tan trascendental responsabilidad ni reemplazarle. De otro modo se destruiría todo el sistema, el mismo que podría devenir en otra fórmula con distinto sentido y alcance.

PROBLEMAS QUE PUEDEN PRESENTARSE EN MATERIA DE SUSTITUCION

Nuestros mirajes en torno al derecho de sustitución quedarían incompletos si no revisamos, así sea someramente, algunos problemas que pueden presentarse y de hecho se presentan en esta materia. Los cuales son de doble apreciación:

1.—El primer problema es aquel por el cual el testador instituye una asignación a favor de una persona, y al mismo tiempo establece que si por cualquier motivo falta dicha persona, le reemplazará otra. El motivo expreso de la asignación falló, mas la ley manda que si ese motivo no se ha cristalizado, no obstante, valga la asignación a favor del sustituto.

Ejemplo: Dejo mis libros a Perico, pero si éste repudia la asignación, pasarán a Magdalena. Perico muere antes que el testador; entonces, aunque no se cumplió lo previsto, esto es "que repudie" el legado, la sustitución vale, por mandato de la ley. Lo consagra expresamente el artículo 1206 del Código Civil, y parece justa y acertada tal solución al problema, desde luego que se aproxima a interpretar la voluntad del causante, quien quiso que en el evento de faltar el asignatario principal ocupe su lugar la persona que ha sido designada como sustituto.

2.—Cuando el asignatario de una cláusula testamentaria, en que se ha previsto el principio de la sustitución, fallece con posterioridad a su antecesor, sin aceptar ni repudiar la asignación, no opera la sustitución, sino el derecho de transmisión, por las consideraciones que quedaron enunciadas en el estudio pertinente.

Quito - Ecuador

Ejemplo: A deja su casa en favor de B, y establece la misma cláusula testamentaria, que si falta B, le sucederá C. La sustitución requiere que no exista el asignatario al tiempo de abrirse la sucesión; pero, en el caso propuesto, B, asignatario de A, sobrevive a éste y porque sobrevive a A, recoge su derecho. Pero fallece B después de A, sin aceptar ni repudiar el legado, entonces, ya no cabe aplicar los principios de sustitución, sino específicamente corresponde el caso a la institución jurídica de la transmisión. Es preciso interpretar con fidelidad la regla relativa a que todo sucesor debe existir al tiempo de abrirse la sucesión. En el caso propuesto "B" sobrevivió a "A" y por lo tanto no faltó, condición indispensable para que surta efecto el derecho de sustitución. Al existir "B" adquirió su derecho por sucesión por causa de muerte y es legítimo legatario de especie o cuerpo cierto de A. Si después del fallecimiento de éste, también fenece, lo hace en su carácter de legatario de la casa, con la opción de aceptar o repudiar. Empero, como ni aceptó ni repudió, transmite a sus herederos la misma facultad de que estaba revestido, y serán sus herederos universales los que, junto con sus bienes, derechos y obligaciones, recojan también la facultad antedicha de la cual B no hizo uso; y prevalece el derecho de transmisión sobre el de sustitución.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

PANORAMA DE LOS DERECHOS DE TRANSMISION, REPRESENTACION, ACRECIMIENTO Y SUSTITUCION

CASOS EN QUE PUEDE HABER COLISION DE DERECHOS

Como hemos insistido en varios pasajes de esta materia, en Derecho Sucesorio existen cuatro instituciones: transmisión, representación, acrecimiento y sustitución, que a veces, por la forma como se presentan dan margen a dudas, cuando no a confusión y error, y pueden surgir de ello verdaderos conflictos y problemas.

En la *transmisión*, el heredero o legatario que fallece, sin aceptar o repudiar la asignación, transmite a sus herederos la facultad de aceptar o repudiar la herencia o legado. El derecho de transmisión se presenta tanto en las sucesiones testamentarias como en las sucesiones abintestato.

El derecho de *representación* es una especie de "ficción legal" por la cual el hijo de una persona, se considera que ocupa el lugar y por lo mismo se asimila al grado de parentesco que tuvo su antecesor con el causante, si su padre o madre no pudieren o no quisieren suceder al de cujus. El derecho de representación es una institución exclusiva de la sucesión intestada.

En un solo caso el derecho de representación se opera también en la sucesión testamentaria: cuando el testador, violando la mitad legitimaria, instituye una asignación a favor de una tercera persona que no reúne los atributos de legitimario; entonces, el defraudado con tal disposición testamentaria, concurre al juez y solicita la reforma del testamento, caso en el cual, si el llamado por la ley a suceder como legitimario no puede suceder, recoge su hijo la asignación por derecho de representación. Mas propiamente diríamos que se trata de una sucesión mixta, en la cual en parte se aplica la disposición que expresa la voluntad del testador y en parte el mandato de la ley encarnado en la decisión judicial.

Pero más ajustado a la ley opera en la sucesión testada cuando al ordenar sus disposiciones el antecesor y destinar la legítima rigorosa a favor de sus hijos, alguno o algunos de éstos son premuertos y han dejado también hijos, que son nietos del testador, a los cuales tiene que asignarles obligatoriamente la cuota que habría correspondido en calidad de legítima a su padre si viviera.

En el derecho de *acrecimiento,* la porción del asignatario que falta incrementa la de los otros, llamados a una misma asignación copulativa o conjuntamente. Este derecho tiene su origen en el testamento, no obstante lo cual de hecho también podría interpretarse como que se presenta en la sucesión abintestato, de acuerdo con el ejemplo esbozado en su oportunidad y con la reserva obvia; toda vez que una y otra sucesión comportan caracteres y efectos peculiares. Si el testador hace una misma asignación a varias personas, y falta una de ellas o varias, la porción, o porciones vacantes se suman —*acrecen*— a la de los demás. En cambio, si el causante no otorgó testamento, únicamente le suceden sus herederos capaces y dignos que expresa o tácitamente asumen tal responsabilidad, prescindiéndose definitivamente de quienes no reúnen los requisitos previstos, que de hecho quedan marginados y no se les toma en cuenta para nada, jurídicamente hablando.

Por último, en el derecho de *sustitución,* aquel designado expresamente por el testador, recibe la asignación del que falta; le reemplaza, ocupa su lugar. Este derecho se origina también exclu-

sivamente en el testamento, sin posibilidad de que ni siquiera, por excepción, pueda presentarse en la sucesión intestada.

Por consiguiente, tenemos que uno solo de estos derechos opera indistintamente tanto en la sucesión testada como en la sucesión intestada: el derecho de transmisión; uno solo en la sucesión abintestato: el derecho de representación y dos son exclusivos de la testada: acrecimiento y sustitución.

Tenemos, por lo tanto, que la transmisión se relaciona con todos los otros derechos cuestionados: con la representación, en lo tocante a la sucesión intestada y con acrecimiento y sustitución en cuanto también se produce en la testamentaria.

En conclusión, tres de estos derechos pueden generarse en el acto testamentario: transmisión, acrecimiento y sustitución. Si los tres derechos surten del testamento, se pregunta, ¿cuál de ellos prevalece? ¿Cuál de ellos excluye a los otros en el evento de presentarse simultáneamente? Para responder a estas inquietudes, tenemos que atenernos a lo que imperativamente manda la ley. Cuando en una sucesión concurren estos tres derechos, la transmisión prevalece sobre el acrecimiento y la sustitución, a los cuales excluye.

Propongamos un ejemplo para la mejor comprensión de los principios operantes. El testador instituye herederos universales a Magdalena, Arturo y Diego, y dispone que si falta la primera le sustituirá Ricardo, si el segundo Lucía y si el tercero Victoria. Fallece el antecesor y poco después muere también Arturo sin aceptar ni repudiar la asignación, circunstancia por la cual no surte efecto el derecho de sustitución ni el de acrecimiento, sino que opera el derecho de transmisión: serán llamados los herederos de Arturo a ocupar su lugar, como contemplamos al abordar la temática pertinente.

En caso de concurrencia de los derechos de acrecimiento y de sustitución, por disposición de la ley e inclusive por simple lógica, la sustitución excluye al acrecimiento, por cuanto en esta materia sucesoria lo que se quiere es que exista el asignatario, la persona que producida la vacancia del patrimonio, por deceso del causante, le desplace y se transforme en su sucesor; y si por expresa vo-

luntad del testador se instituyó quien reemplazará al heredero o legatario en el evento de llegar a faltar, el derecho de sustitución prevalece, porque es expresión de voluntad del de cujus y excluye al acrecimiento, que únicamente aspira a interpretar la voluntad presunta del causante.

El testador dice: dejo mi biblioteca a Blanca y Ramiro, si falta aquélla le sustituirá Gastón y si falta Ramiro le reemplazará Beatriz. Ramiro repudia la asignación, es decir falta; la porción que le habría correspondido de no mediar este acto volitivo, no acrece al patrimonio de Blanca, sino que le sustituye Beatriz, por las razones invocadas.

La transmisión puede unas veces surgir del testamento y otras de la ley. Se requiere siempre que el heredero o legatario sobreviva al primer causante. En la representación, no es indispensable, como se anotó a su debido tiempo, puesto que el caso más frecuente es precisamente aquel en el cual el heredero falleció antes o sea que es premuerto y por efecto de que no puede suceder, ocupa su lugar su hijo, poniéndose al mismo nivel que sus tíos, aunque éstos sucedan por cabezas y aquél por estirpes.

Finalmente, es preciso plantear la posibilidad de que se produzca una colisión entre los derechos de representación, acrecimiento y sustitución.

Como hemos repetido, la representación es institución de la sucesión intestada y el acrecimiento y la sustitución son derechos que nacen del testamento. Si se tratase de una sucesión intestada, sólo podría generar representación, mas nunca ni acrecimiento ni sustitución; empero, si se trata de sucesión testamentaria, podríamos contemplar los casos de acrecimiento y sustitución, pero nunca de representación, con la única excepción de la mitad legitimaria, para el caso de reforma de testamento. Ejemplo, dice el testador: dejo mis bienes a mis hijos X y Z; pero si Z llega a faltar, asigno mis bienes a mi hermano A. En este caso se aplica la representación, porque los hijos de Z, que es legitimario, tendrían que recoger lo que habría correspondido a su padre si hubiera podido o querido suceder; mas, no surte efecto la sustitución, cuyo asignatario resultó fallido o frustrado, por la razón invocada.

En tratándose de estas cuestiones de estricta técnica jurídica, menester será estudiar con detenimiento, y a la luz de los principios, cada situación, cada planteamiento, a efecto de emitir un criterio ajustado al derecho y la ley, y como corolario aconsejar cuanto resulte procedente y aplicable a cada caso.

Por otra parte no hay que desconfiar de los mandamientos expresamente contemplados en el Código, para ponerlos en evidencia frente a la formulación de cada problema. Aunque reconocemos que sí se presta, en principio, para que surjan dudas en torno al diagnóstico original. El saber distinguir con acierto si el fenómeno operado pertenece a uno u otro de los derechos contemplados, resulta de singular importancia, precisamente para obviar dificultades y que en toda circunstancia prevalezca la clara norma legal y su más ajustada interpretación y aplicación, al servicio de la comunidad, para la cual se ha creado el derecho que se manifiesta como un genuino sistema de amparo y protección y en materia sucesoria garantizando intereses de quien ya dejó de ser persona transfigurado en infinito.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

BIBLIOGRAFIA

ABELIUK MANASEVICH, René, Rojas Besoaín 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 Bonet, Madrid, 1972.
CODIGO CIVIL DE ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA: Miami, 1963.
CODIGO CIVIL DE FRANCIA: Soixante-quinziéme édition, petits codes dalloz, París, 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 del 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 del 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 1886, 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.
FIORE, 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.
ILLINGWORTH 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-Bruselas, 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.
McRUER, 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: Traité élémentaire de droit civil, París, 1805.
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, 1954.
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. F., 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

Un Quiteño en las Cortes de Cádiz, 1943.
Capítulos de Historia Patria: Prehistoria y Protohistoria, 1958.
Epiclachima, 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, 3ª edición, 1977.

Editándose:

Manual de Derecho Sucesorio, 2ª parte.

Para editarse:

Soliloquio de la patria andante, poemario.
Secreto de arcoiris, poemario.

En preparación:

Capítulos de Historia Patria: El Coloniaje.
Derecho Sucesorio Comparado.

INDICE

Páginas

MENSAJE CUARTO 7– 12

CAPITULO I

INTRODUCCION AL ESTUDIO
DEL DERECHO SUCESORIO

El derecho civil y el derecho de familia.— Los modos de adquirir el derecho de dominio de los bienes.— La sucesión por causa de muerte un modo derivativo y gratuito.— Concepto de sucesión: lo genérico y lo específico.— Suceder es reemplazar.— Idea general de sucesión por causa de muerte.— Elementos constitutivos: a) Subjetivos: causante o de cujus y causahabiente o sucesor; y, b) Objetivos: patrimonio.— Bienes, derechos y obligaciones transmisibles e intransmisibles. 13– 24

CAPITULO II

FUNDAMENTOS DEL DERECHO SUCESORIO

Planteamiento dialéctico del problema.— ¿Debe existir el Derecho Sucesorio? Tesis: El sistema que vive el país hace indispensable la institución.— Antítesis: Debe eliminarse la sucesión por causa de muerte.— Síntesis: Experiencias incásica y soviética; realidad ecuatoriana.— Conclusiones. 25– 36

CAPITULO III

EL MODO Y EL TITULO EN LA SUCESION
POR CAUSA DE MUERTE

Heredero y Legatario

Breve consideración acerca de la modalidad de adquirir el derecho de dominio de los bienes por sucesión por causa de muerte.— El título en la sucesión: el testamento y la ley.— Clases de sucesiones: testamentaria, abintestato o legal

Páginas

y mixta.— Idea general acerca de asignación y asignar.— Las asignaciones a título universal **(herencias)** y las asignaciones a título singular **(legados).**— Estudio comparativo de las instituciones de heredero y legatario. 37– 48

CAPITUO IV

FASES QUE COMPRENDE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE

Proceso jurídico de la sucesión por causa de muerte: a) apertura de la sucesión; b) delación; y c) aceptación de la asignación.— Estudio de la apertura de sucesión en el tiempo y en el espacio.— Importancia del momento en que se abre la sucesión.— Importancia del lugar en que se abre la sucesión.— La muerte natural y la declaración de muerte presuntiva por desaparecimiento.— Los conmorientes.— La delación.— La aceptación o repudio de la asignación. 49– 62

CAPITULO V

REQUISITOS PARA SUCEDER

Capacidad e Incapacidades — Dignidad e Indignidades

Requisitos para suceder: capacidad y dignidad.— Concepto e importancia de la capacidad en materia sucesoria.— Las incapacidades: incapacidades absolutas e incapacidades relativas.— Incapacidades absolutas: inexistencia de la persona natural; inexistencia de la persona jurídica.— Excepciones.— Incapacidades relativas: la del confesor, la de los ministros e instituciones religiosas de otros cultos "que hubieren prestado asistencia espiritual al difunto" y la del notario.— Estudio de cada una de ellas y sus problemas.— Caracteres y efectos de las incapacidades.— Paralelo entre las incapacidades absolutas y las incapacidades relativas.— Concepto de dignidad o vocación sucesoria.— Razón de ser de las indignidades.— Enumeración de las indignidades.— Caracteres y efectos de las indignidades.— Paralelo entre las incapacidades y las indignidades. 63– 96

CAPITULO VI

DERECHO DE TRANSMISION

Derivaciones de la aceptación o repudio de las asignaciones.— El derecho de transmisión: su concepto.— Principio del artículo 1021.— Elementos subjetivos del derecho de transmisión: a) primer causante; b) transmitente o transmisor; y, c) transmitido.— Requisitos para que surta efecto este derecho. 97–102

Páginas

CAPITULO VII

ACERVOS

Breve estudio de los acervos, como expresión jurídica y económica del Derecho Sucesorio.— Los acervos reales y los acervos imaginarios.— Clases de acervos reales: acervo común o masa común de bienes; separación de patrimonios; acervo ilíquido.— Rebajas de ley; el acervo líquido.— Problemas.— Teoría de los acervos imaginarios.— Creación del legislador para proteger a los legitimarios por donaciones hechas por el causante.— Donaciones a legitimarios: primer acervo imaginario.— Donaciones a no legitimarios: a) cuando no sobrepasa de la cuarta de libre disposición; b) cuando es mayor que la cuarta de libre disposición, pero no excesiva, caso que afecta a la cuarta de libre disposición testamentaria; y, c) cuando las donaciones son voluminosas y afectan a las legítimas y mejoras, caso en que se opera el segundo acervo imaginario.— La institución de la restitución.— Planteamiento de casos y problemas. 103–122

CAPITULO VIII

SUCESION INTESTADA O LEGITIMA

Idea general acerca de sucesión intestada, abintestato, legal o legítima.— Casos en que se presenta dicha sucesión y subdivisiones.— Antecedentes y fundamentos de la institución.— Herencia por derecho personal y herencia por derecho de representación.— Estudio del sistema del Derecho de Representación, su significado y alcance.— Personas que intervienen en ese derecho.— Estudio comparativo de los derechos de transmisión y representación.— Los órdenes de la sucesión intestada.— Las sucesiones sin consanguíneos en que el Estado es el gran heredero universal.— Sucesiones abintestato de extranjeros.— Algunas otras consideraciones en torno a la sucesión abintestato. 123–154

CAPITULO IX

SUCESION TESTAMENTARIA

De los Testamentos en general

EL TESTAMENTO como título para adquirir el derecho de dominio por sucesión por causa de muerte.— Importancia jurídica del testamento.— Significado etimológico del vocablo "testamento": testatio et mentis.— El testamento considerado como un acto jurídico solemne.— ¿Será un simple proyecto? ¿Será un contrato?— Características del testamento: acto jurídico unilateral, personal, indelegable, solemne, para que surta efecto post mórtem y esencialmente revocable.— Crítica de la definición legal. 155–164

CAPITULO X

REQUISITOS DEL TESTAMENTO

Requisitos subjetivos

Requisitos testamentarios: requisitos subjetivos y objetivos.— Los requisitos subjetivos dicen relación con el sujeto activo del testamento: el testador.— Capacidad y consentimiento de la persona.— Las incapacidades para testar.— Los vicios del consentimiento en materia testamentaria: error, fuerza y dolo. 165–174

CAPITULO XI

REQUISITOS OBJETIVOS DE FORMA DEL TESTAMENTO

Clasificación de los testamentos

Requisitos objetivos del testamento: requisitos de forma (solemnidades); requisitos de fondo (asignaciones testamentarias).— Clases de testamentos de acuerdo a las solemnidades: testamentos solemnes, ordinarios o comunes y testamentos solemnes privilegiados o especiales.— Testamentos solemnes otorgados en el Ecuador: a) testamento abierto, nuncupativo o público; y, b) testamento cerrado, secreto o místico.— Testamentos abiertos otorgados ante notario y tres testigos y testamentos abiertos otorgados ante cinco testigos.— Solemnidades de cada una de las clases de testamentos ordinarios o comunes.— Breve consideración acerca de los testigos.— Testamentos solemnes otorgados en el Exterior.— Los testamentos menos solemnes o especiales: a) el testamento militar; y, b) el testamento marítimo.— Examen de cada uno de ellos.— ¿Existe un testamento aéreo? Imperativo de la eliminación de los llamados testamentos privilegiados. 175–198

CAPITULO XII

REQUISITOS OBJETIVOS DE FONDO DEL TESTAMENTO

Asignaciones testamentarias

Concepto y objeto de las asignaciones testamentarias.— Elementos subjetivos: personas ciertas y determinadas.— Elementos objetivos: bien materia de la asignación determinado o determinable.— Certidumbre igual existencia; deter-

minación igual identidad.— Casos de excepción.— El sentido social de las asignaciones.— Las disposiciones captatorias.— Nulidad de las asignaciones al notario, sus familiares y empleados.— Otros casos de nulidad de las asignaciones. 199–208

CAPITULO XIII

CLASIFICACION DE LAS ASIGNACIONES

Asignaciones condicionales, a día y a plazo y modales

Asignaciones puras o simples y asignaciones sujetas a modalidad.— Clases de asignaciones sujetas a modalidad: a) asignaciones condicionales; condición suspensiva y condición resolutoria.— Ejemplos; b) asignaciones a día y a plazo; clases de días: día cierto y determinado, día cierto e indeterminado, día incierto y determinado y día incierto e indeterminado; y, c) asignaciones propiamente modales.— Estudio de cada una de ellas.— Enunciación de casos y problemas 209–228

CAPITULO XIV

ASIGNACIONES A TITULO UNIVERSAL

Revisión de conceptos.— Clasificación de los herederos: a) herederos universales; b) herederos de cuota; y, c) herederos de remanente.— Estudio de cada una de dichas clases.— Problemas que se presentan en torno a las varias situaciones de los herederos.— El heredero frustrado.— Solución legal al problema de disposición de todas y cada una de las partes de una unidad e institución de heredero universal. 229–240

CAPITULO XV

ASIGNACIONES A TITULO SINGULAR

Contenido y espíritu de las asignaciones a título singular: legados.— Clases de legados: legados de especie o cuerpo cierto y legados de género.— Bienes susceptibles de ser legados: a) bienes corporales e incorporales; b) bienes presentes y futuros; y, c) bienes propios y ajenos.— Bienes que no pueden ser legados.— Problemas y examen de la casuística en torno a los legados de especie o cuerpo cierto y a los legados de género.— Legados de crédito, legados de condonación, legados de deuda y legados de alimentos.— Extinción de los legados. 241–266

Páginas

CAPITULO XVI

DERECHO DE ACRECER O ACRECIMIENTO

Concepto, objeto y características del derecho de acrecer o acrecimiento.— Su fundamento jurídico.— Requisitos para que surta efecto la institución.— Análisis de cada uno de ellos y planteamiento de problemas, casos y reglas inherentes al acrecimiento.— Efectos del derecho de acrecer. 267–280

CAPITULO XVII

DERECHO DE SUSTITUCION

Idea general acerca del derecho de sustitución.— La sustitución vulgar (ordinaria o común) y la sustitución fideicomisaria (especial).— Generalidades de la sustitución vulgar.— Requisitos de la sustitución vulgar: a) que el sustituto surja del acto testamentario; y, b) que falte el asignatario principal.— Algunos casos de sustitución vulgar.— La sustitución fideicomisaria: crítica de la institución. 281–292

Panorama de los derechos de transmisión, representación, acrecimiento y sustitución. 293–298

Bibliografía 299–304

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

Esta edición que consta de 2.000 ejemplares, se terminó de imprimir el día 29 de septiembre de 1978, siendo Rector de la Universidad Central el Sr. Dr. Camilo Mena y Jefe de Talleres de la Editorial Universitaria el Sr. César Viteri H.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
Universidad Central
INSTITUTO
de DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador
OMNIUM RERUM PRINCIPIA SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

PRECIO $ 150,00

IMPRESO EN EL ECUADOR
Editorial Universitaria. — Quito

7