

Derecho Sucesorio

Ana Fabiola Zamora Vázquez
Diego Adrián Ormaza Ávila

Derecho Sucesorio

ISBN: 978-9942-27-094-8

Edición y Corrección
Lic. Marilin Balmaseda Mederos, MSc.

Diagramación y maquetación en L^AT_EX
Ing. Rodolfo Barbeito Rodríguez

Diseño de cubierta
DG. Alexander Javier Campoverde Jaramillo

Segunda Edición, 2019

© Sobre la presente edición: Universidad Católica de Cuenca

Esta obra cumplió con el proceso de revisión por pares académicos bajo la modalidad de doble par ciego

Impresión: Editorial Universitaria Católica (EDÚNICA)

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin permiso por escrito de la Universidad Católica de Cuenca, quien se reserva los derechos para la presente edición.

Índice general

1. Capítulo I	1
1.1. Estudio del derecho sucesorio	1
1.1.1. Elementos Subjetivos	4
1.1.2. Elementos Objetivos	4
1.1.3. Bienes	4
1.1.4. Derechos	5
1.1.5. Obligaciones	7
1.2. Fundamentos del Derecho Sucesorio	8
1.2.1. Derecho Romano	8
2. Capítulo II	11
2.1. Heredero y Legatario	11
2.2. Semejanzas entre heredero y legatario	17
2.3. Diferencias entre heredero y legatario	18
3. Capítulo III	21
3.1. Períodos que comprende la sucesión por causa de muerte	21
3.1.1. Apertura de sucesión	22
3.1.2. Delación	26
3.1.3. Aceptación	27
4. Capítulo IV	29
4.1. Requisitos para suceder	29
4.2. Incapacidad Absoluta	30
4.3. Incapacidad absoluta de las sociedades que no son per- sonas jurídicas	35
4.4. Incapacidades Relativas	36
4.5. Paralelo entre las incapacidades absolutas y relativas	39
4.6. Dignidad e Indignidades	41

5. Capítulo V	43
5.1. Sucesión Intestada o Legítima	43
5.2. Sucesión Abintestato por Derecho Personal y por Dere- cho de Representación	49
5.3. Titulares de Derecho de Representación	50
5.4. Características	50
5.5. Semejanzas y diferencias entre el derecho de transmisión y el derecho de representación	51
5.5.1. Semejanzas	52
5.5.2. Diferencias	52
5.6. Los órdenes de la sucesion intestada	54
5.6.1. Primer orden de sucesion intestada	54
5.6.2. Segundo orden de sucesion intestada	55
5.6.3. Tercer orden de sucesion intestada	56
5.6.4. Cuarto orden de sucesion intestada	58
5.7. Sucesiones abintestato de extranjeros	58
6. Capítulo VI	61
6.1. Sucesión Testamentaria	61
6.1.1. De los testamentos en general	61
6.1.2. Definición de Testamento	63
6.1.3. Características del testamento	63
6.1.4. La voluntad en el testamento	65
6.1.5. El derecho real o de herencia	65
6.1.6. Posesión efectiva de la herencia	66
7. Capítulo VII	67
7.1. Requisitos del testamento	67
7.1.1. requisitos subjetivos	67
8. Capítulo VIII	75
8.1. Requisitos objetivos del testamento	75
8.1.1. Clasificación de los testamentos	75
8.1.2. Testamento Abierto, Público o Nuncupativo	77
8.1.3. El Testamento Cerrado o Secreto	79
8.1.4. Testamentos solemnes otorgados en el exterior	81
8.1.5. Testamentos menos solemnes privilegiados o especiales	83
8.1.6. Testamento Militar	84

8.1.7. Testamento Marítimo	86
9. Capítulo IX	89
9.0.1. Requisitos objetivos del fondo del testamento	89
9.0.1.1. Asignaciones Testamentarias	89
10. Capítulo X	95
10.1. Clasificación de las asignaciones	95
10.1.1. Asignaciones condicionales, a día y a plazo y modales	95
10.1.2. Condición Suspensiva	96
10.1.3. Condición Resolutoria	97
10.1.4. Asignaciones Modales	104
11. Capítulo XI	109
11.1. Problemas relativos al legado de especie o cuerpo cierto	109
11.1.1. Legados de género	112
11.1.2. Legados de credito- legados de condonacion- legados de deuda- legados de alimentos	115
11.1.3. Extinción de los legados	118
12. Capítulo XII	121
12.1. Derecho de acrecer o acrecimiento	121
12.1.1. Requisitos para que surta efecto el derecho de acreci- miento	122
12.1.2. Efectos del derecho de acrecer o acrecimiento	126
13. Capítulo XIII	127
13.1. Derecho de sustitución	127
13.1.1. Requisitos para surta efecto la sustitución	128
13.1.2. La sustitución fideicomisaria	130
13.1.3. Problemas que pueden presentarse en materia de su- stitución	130
14. Capítulo XIV	133
14.1. Acervos	133
14.1.1. Acervos Reales	133
14.1.2. Acervo Común	134
14.2. Acervos Imaginarios	139

Anexos	143
Referencias	149

Capítulo I

1.1 Estudio del derecho sucesorio

La doctrina clásica del patrimonio expresa que es un atributo de la personalidad, es decir, toda persona tiene necesariamente un patrimonio. Al morir, ese conjunto de relaciones jurídicas, activos y pasivos, pasará a los herederos. Por lo que se deduce que la sucesión por causa de muerte implica, subrogación personal, pues los herederos pasan a ocupar el lugar del de cujus.

La sucesión por causa de muerte está vinculada directamente con la familia y el patrimonio. La familia puesto que al constituir lazos de sangre son quienes tienen posibilidad de heredar, en cambio; el patrimonio constituye todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles.

La sucesión por causa de muerte en el Ecuador constituye un modo de adquirir en el Código Civil. Es decir el Derecho Civil es aquel que regula los intereses de los particulares; a partir de la Constitución de la República del 2008, el Código Civil se ha visto

obligado a actualizar su normativa, como por ejemplo ya sucedió con el libro de personas en el año 2015.

Uno de los aspectos fundamentales dentro de esta normativa es el Derecho de Familia, que en la actualidad ha ganado un espacio importante, ya se implantaron las Unidades Civiles de Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia; por lo que se ha logrado regular situaciones de conflictos familiares y una mayor preocupación del Estado para con la familia ecuatoriana, reconocida dentro del artículo 67 de la Constitución que reza:

“Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”. (? , ?)

En el Derecho Romano la familia comprendía a todas aquellas personas que estaban sometidas a un paterfamilias y también incluía al conjunto de seres humanos (esclavos) que lo obedecían. La relación con el paterfamilias era una relación de sujeción a su poder. Obviamente las personas le debían obediencia pero también los esclavos y (en modo figurado, por cierto) los animales y las cosas. (? , ?)

Nuestro Código Civil, en su artículo 603 limita su enumeración a cinco modos de adquirir, prescindiendo de la ley, porque es el origen de todo derecho. Sin embargo, otras legislaciones, así como la doctrina, la enumeran en primer término.

La Sucesión por Causa de Muerte, es un modo derivativo de adquirir porque el derecho del sucesor procede del predecesor; también es a título gratuito, por que quien adquiere el bien no está obligado a dar nada a cambio, recibe el objeto materia de la sucesión sin que le imponga una contraprestación.

En esta materia la palabra clave es “SUCESIÓN”, que tiene el correspondiente verbo: “suceder”.

“La sucesión por causa de muerte, es el único modo adecuado para adquirir la universalidad de los bienes de otra persona, la ley prohíbe vender o donar en vida todo el patrimonio”. (? , ?)

Para el tratadista Juan Larrea Holguín, la sucesión por causa de muerte consta de las siguientes características:

- Se estrecha la relación con la familia. Aunque pueden heredar también personas extrañas, la sucesión existe fundamentalmente para robustecer a la familia.
- El que desea hacer testamento puede disponer libremente de todos sus bienes a favor de cualquier persona o institución, si no tiene legitimarios. Estos son los hijos y los padres del predecesor. Si el causante tiene hijos, debe dejarles la mitad de sus bienes en calidad de legítima rigurosa, y una cuarta parte de su patrimonio debe asignar a uno o más descendientes a título de mejora.
- El llamamiento legal a suceder establece grados sucesorios, de modo que si existe una o más personas comprendidas en el grado más próximo, no se pasa al siguiente: el de primer grado excluye de la sucesión a los de ulterior grado. Si hay varios parientes del mismo grado, se distribuye la herencia entre ellos por cabezas o por estirpes.
- El testamento solo surte efecto después de la muerte de quien lo otorga y se caracteriza por ser un acto jurídico esencialmente revocable. Mientras no se produce la muerte del testador, nadie puede alegar derecho alguno que derive del testamento.
- En el testamento no cabe la renuncia eficaz al derecho de testar. Todo esto confirma que la sucesión tiene características propias del orden público. (?, ?).

La sucesión por causa de muerte puede definirse como: “La transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que forman el patrimonio de una persona que fallece a la persona o personas que le subsisten y que son llamados a suceder ya sea por voluntad del testador o por mandato de la ley de acuerdo a los órdenes de sucesión”.

De la definición de sucesión por causa de muerte se deduce que sus elementos pueden ser subjetivos y objetivos:

1.1.1 Elementos Subjetivos

1. La persona fallecida, constituye el principio de la sucesión y los bienes van a ser transmitidos a otras personas. A esta persona se jurídicamente se le conoce como: antecesor, predecesor, causante o de cujus,
2. La persona o personas que le suceden, ya sea por testamento o por mandato de la ley. A estas personas se les denomina como: sucesores, causahabientes o asignatarios.

1.1.2 Elementos Objetivos

1. El objeto que en derecho sucesorio constituye el patrimonio. La sucesión por causa de muerte sirve para adquirir tanto los derechos reales como los personales.

Pero también es la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones, activos o pasivos.

Por regla general se transmiten todos los bienes, derechos y obligaciones. Sin embargo, existen determinados bienes, derechos y obligaciones que no se pueden transmitir:

1.1.3 Bienes

- No pueden transmitirse, los bienes que la naturaleza como por ejemplo la alta mar, el sol, la atmósfera, etc.;
- Tampoco pueden transmitirse los bienes nacionales de uso público o bienes públicos, al tenor de lo que dispone el Título II del Libro Segundo del Código Civil, citamos como ejemplos las montañas, los lagos, los parques, los edificios públicos, etc.;
- Los bienes que constituyen para la sociedad culto religioso.
- Por último las partes de un todo que al separarse hacen que el bien pierda su particularidad, como en el caso del cielo raso o las paredes de un edificio, etc.

1.1.4 Derechos

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 362 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”

El artículo 364 contempla como excepción, aunque tiene otro fundamento: “No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse, y el derecho de demandarlas, transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que compete al deudor”.

2.- La expectativa del fideicomisario no es transmisible porque no se trata de un derecho, sino de una mera expectativa. Así lo prescribe el artículo 775:

“El fideicomisario que fallece antes de una restitución no transmite por testamento 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 hubiere”.

3.- El derecho de usufructo no es transmisible, así lo manda expresamente el inciso segundo del artículo 787 del Código Civil, cuando dice:

“El usufructo es intransmisible por testamento o abintestato”, ya que se extingue por la muerte del usufructuario, en consonancia con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 820: El usufructo se extingue:

- Por la muerte del usufructuario, aunque ocurra antes del día o condición prefijados para su terminación;
- Por la resolución del derecho del constituyente, como cuando se ha constituido sobre una propiedad fiduciaria, y llega el caso de la restitución;
- Por consolidación del usufructo con la propiedad;
- Por prescripción; y,

- Por la renuncia del usufructuario.

4.- El derecho de uso o habitación, por disposición del artículo 833 *ibídem* es intransmisible:

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

5.- Los derechos que proceden del contrato de sociedad son así de la misma manera intransmisibles y tienen ese carácter porque las sociedades se forman a partir de la confianza. El artículo 2007 de nuestro Código Civil, dispone:

“Disuélvase, así mismo, 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 en el 2009:

“Los herederos del socio difunto, que no hayan de entrar en la sociedad con los sobrevivientes, no podrán reclamar sino lo que tocara 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 el tiempo de saberse la muerte estaban ya iniciadas”

6.- También los derechos emanados del mandato tienen la característica de intransmisibles, porque el mandato termina por la muerte del mandante o mandatario, de acuerdo a la disposición del artículo 2073, 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 Orgánico General de Procesos dentro del Título III, en su artículo 34 dice: “Las o los herederos no podrán ser demandados ni ejecutados sino luego de aceptar la herencia. Si no han aceptado la herencia, la demanda se dirigirá en contra del curador de la herencia yacente”.

1.1.5 Obligaciones

Se logra deducir cinco tipos de obligaciones con carácter de intransmisibles:

1. Las referentes a alimentos, por ser predominantemente personales. Muerto el alimentante se extingue su obligación y no la transmite a persona alguna, a menos que por testamento así los disponga.
2. Las obligaciones que admiten una aptitud, una calidad singular del deudor. Ejemplo: si se contrata la ejecución de una obra con un pintor; muerto el mismo, sus herederos no están obligados a cumplir el contrato. El artículo 1939 prescribe que: “Todos los contratos para la construcción de una obra se resuelven por la muerte del artífice o del empresario; y, si hay trabajos o materiales preparados, que puedan ser útiles para la obra de que se trata, el que la encargó estará obligado a recibirlos y a pagar su valor. Lo que corresponda en razón de los trabajos hechos se calculará proporcionalmente, tomando en consideración el precio estipulado para toda la obra”.
3. Aquellas obligaciones que implican una manifestación de confianza; tales los casos del como el mandato y la sociedad. Así, pues, artículo 2072 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”.

Así mismo, 2074 establece que: “Los herederos del mandatario que fueren hábiles para la administración de los bienes, darán aviso inmediato de su fallecimiento al mandante, y harán en favor de éste lo que se pueda y las circunstancias de exijan. La omisión a este respecto los hará responsables de los perjuicios”.

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

4.- Las obligaciones de comparación contraídas por sus personales, 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 Director del Consejo de la Judicatura de la Provincia del Azuay, en su calidad de tal, contrae una obligación, y luego fallece, sus herederos no están obligados a cumplirla; los acreedores tienen que tomar acción contra la entidad, que en todo caso debe estar representada legalmente.

5.- No se transmite la solidaridad. Por ejemplo, en materia de títulos ejecutivos, de una letra de cambio que ha sido aceptada y que consta un aval, se puede demandar indistintamente a cualquiera de los deudores, librado o garante, el pago solidario, es decir se puede requerir el pago de la integridad del crédito a uno u otro; si fallece aceptante o aval, los acreedores pueden demandar solidariamente a sus herederos. En lo que concierne a las obligaciones intransmisibles los acreedores del predecesor, deberán demandar el cumplimiento de la obligación a la comunidad sucesoria, de la totalidad de la deuda, o a cada uno de los herederos la parte que corresponde de acuerdo con la cuota hereditaria. Mientras de manera habitual se demanda la solidaridad, se pretende la solidaridad de todos los deudores de forma particular, como no se transmite la solidaridad, no se podría solicitar el pago total de la deuda a uno solo de los herederos sino a todos ellos la globalidad, o a cada uno la parte correspondiente de la cuota hereditaria. El artículo 1539 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 corresponde a su porción hereditaria”.

1.2 Fundamentos del Derecho Sucesorio

1.2.1 Derecho Romano

En el Derecho Romano los ciudadanos no son considerados individualmente como seres aislados, sino que los encontramos como miembros integrantes de una familia. El sistema sucesorio de los

romanos le da prioridad a la institución de la familia y lo importante en este contexto en caso del fallecimiento del jefe de familia no se preocupa de quien se hace cargo de los bienes sino quien va a ser el nuevo jefe del grupo. El verbo suceder es sinónimo de “acontecer”, pero es importante entender que un sucesor es quien continua a otro, en cualquier función que realice. Los romanos se referían a sucesión, pero en cuanto al poder ya sobre personas o cosas. Se distinguen dos tipos de sucesiones las que se producen como consecuencia de la muerte y las que se realizan entre vivos.

De estas dos distinciones nacen cuatro posibilidades.

- a) Sucesión mortis causa a título universal; ejemplo: heredero.
- b) Sucesión mortis causa a título particular; ejemplo: el legatario.
- c) Sucesión inter vivos a título universal; ejemplo: el adrogante.
- d) Sucesión inter vivos a título particular; ejemplo: adquirente de un bien.

¿Qué son las Hereditas?

Tiene doble significado:

- Conjunto de derechos que pasaban de uno a otro considerándolo como un todo.
- Derecho que pudieran tener los herederos para suceder a un muerto.

Capítulo II

2.1 Heredero y Legatario

Queda establecido que el Derecho Civil se ocupa primordialmente de la familia y del patrimonio. La persona mientras vive, es sujeto activo de deberes y derechos; pero cuando fallece, desaparece su voluntad de hacer, y; surgen las derivaciones de diversa índole, ya como de miembro de una familia, ya como titular del derecho de dominio sobre su patrimonio.

Para que aplique la sucesión por causa de muerte se requiere:

- En primer término, el fallecimiento de la persona.
- En segundo lugar, que exista la persona o personas que han de reemplazarlo o que vayan a ocupar su puesto.
- Por último, se requiere el elemento que una a predecesor y sucesor. Sin ese elemento, es decir sin este título, no puede mencionarse el modo de adquirir sucesión por causa de muerte.

El título constituye el elemento que enlaza al causante y sus causahabientes, en este caso es el testamento, sería la expresión de la última voluntad del de cujus, con respecto a sus bienes, para que surta pleno efecto después de sus días.

Se debe tomar en cuenta que, en tiempos actuales, el testamento no es la norma general, en si el Ecuador no tiene cultura testamentaria, ya que de las personas que fallecen, tal vez solo el veinte por ciento ha otorgado testamento en nuestro medio.

Y obviamente cuando no existe testamento, el instrumento que hace posible que se perfeccione el mecanismo de la sucesión, es la ley.

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 994 de nuestro Código Civil establece esta primera división.

SUCESIÓN TESTAMENTARIA: Es aquella en la cual 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 la ley llama a suceder en el patrimonio que quedó disponible por la muerte de su titular.

También es importante conocer el significado de dos términos relevantes y muy utilizados dentro del derecho sucesorio: 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.

ASIGNACIÓN POR CAUSA DE MUERTE: Es aquella que consigna los acervos a las personas llamadas a suceder por voluntad del causante a través del testamento o por disposición de la ley, a falta de dicho instrumento jurídico o cuando está mal hecho.

Por ello, el artículo 995 de la norma sustantiva civil dispone:

“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 esta.

Con la palabra asignaciones se da paso en el Libro III las asignaciones por causa de muerte, ya las haga el hombre o la ley”.

La persona a favor de la cual el testador o la ley hacen la asignación, se conoce como asignatario.

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 sustituye 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 se conoce con el nombre de herencia de cuota.

HEREDERO UNIVERSAL: Dentro del derecho sucesorio, es la persona que sucede al antecesor en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles. En la sucesión intestada o por disposición de la ley existen solo 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 Juan;
- b) Sea mi heredera universal Margarita; y,
- c) Asigno mi patrimonio a Manuel.

HEREDERO DE CUOTA: Es la persona que sucede al causante en una parte proporcional de sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles. Tal clase de herederos solo pueden presentarse en la sucesión testada, desde luego que únicamente el testador puede hacer un llamamiento prejuicioso. Ejemplos:

- a) Nombro heredero de la mitad de mis bienes a Alberto;
- b) Asigno la quinta parte de mi patrimonio a Maritza; y,
- c) Dejo un cuarto de mis bienes a Diana, un cuarto a Miguel, un cuarto a Jorge y un cuarto a Oswaldo.

Como se anotó anteriormente, en la sucesión intestada es decir la sucesión en la cual interviene la ley, solo abarca 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 solo el testador puede instruir herederos de cuota. En esta materia se presenta por lo común un inconveniente que supuestamente puede resultar muy sutil, pero que, por los efectos jurídicos y económicos que forma, es necesario distinguirlo y examinarlo.

Ejemplo

Dice el testador: “Dejo todos mis bienes a Guillermo, Diego y Marcos”, es importante realizar las siguientes interrogantes:

- ¿Qué clase de herederos son?
- ¿Qué parte alícuota del patrimonio del causante corresponde a cada uno?
- ¿Por qué este no hizo el llamamiento en la siguiente forma?
Asigno un tercio de mis bienes a Guillermo, un tercio a Diego y un tercio a Manuel

Porque en el primer caso la voluntad del testador fue fijar la universalidad de su patrimonio a favor de Guillermo, Diego y Marcos: y en el segundo caso, que es el típico del llamamiento a los herederos de cuota, pretendió asignarles tan solo el tercio de sus bienes a cada uno.

De tal suerte que, para que exista heredero de cuota, es requisito sine quanon, es decir condición que debe cumplirse de acuerdo a lo que disponga el testador determine, señale la cuota que asigna a cada uno de sus herederos, entre los cuales no existe el derecho de acrecer. No así en el evento de que se trate de herederos universales, quienes gozan de dicho derecho.

Al tratar el problema referente al título universal, diferentes legislaciones desean que, para ser universal dicho título, debe referirse a todos los bienes; no admiten que haya título universal cuando se sucede en una cuota o en una parte 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.

ASIGNACIÓN A TÍTULO SINGULAR: Se refiere a la que el causante señala una o más especies o cuerpos ciertos o una o más especies indeterminadas de tal género.

La asignación a título singular tiene el nombre de legado y su titular se denomina legatario. Cuando hace referencia 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 el individuo que sucede al antecesor en una o más especies o cuerpos ciertos. Ejemplo: dice el testador: Dejo mi casa a Juan; asigno la hacienda “La Carolina”, ubicada en el cantón Azogues, Provincia del Cañar, a la Facultad de Derecho de la sede Azogues.

LEGATARIO DE GÉNERO: Es la persona que sucede al de cujus en una o más especies indeterminadas de tal género. Ejemplos: asigno a Carmen una camioneta; lego a Juan José Castro dos mil dólares, etc.

Mientras el legatario de especie adquiere el derecho de dominio del bien que es 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, el 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 dispendio. De allí que este tipo de legados no es recomendado ya que suele generar problemas que bien se pueden evitar una asignación o un legado de especie.

Dentro de la sucesión testamentaria se presentan situaciones que pueden ser interpretadas torcidamente por los términos emplea-

dos por el antecesor al hacer el llamamiento pertinente. Señalemos algunos ejemplos:

- a) Sea legatario de todos mis bienes Pablo;
- b) Nombro heredero universal de mi casa que se encuentra ubicada en Javier Loyola número 6-25 al señor Paul Andrade; y,
- c) Lego a Karla todo mi patrimonio.

El término empleado en cada uno de los ejemplos propuestos es defectuoso, equivocado; por ello tenemos la disposición en el inciso segundo del artículo 1097, que reza:

“Para conocer la voluntad de 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”; Pablo es heredero universal y jamás legatario.

En el segundo caso b), se trata de un legado de especie o cuerpo cierto, más no de una herencia; Paúl Andrade es legatario.

Y en el último c), asimismo se trata de una herencia, porque se está llamando a Karla a suceder en todo el patrimonio del testador, aunque se utiliza de manera errónea el verbo “legar”.

Se pueden presentar cuestiones que admitan duda en lo referente a la asignación, cuando el testador tiene un único bien y lo asigna como especie, aunque emplea equivocadamente los vocablos.

Coloquemos un ejemplo, dice el testador: designo como heredero universal de mi hacienda “Ana Sofía”, situada en la parroquia Javier Loyola a Josué. El único bien del causante es dicho predio. Nos preguntamos lo siguiente:

- ¿Qué será Josué?
- ¿Será heredero universal?
- ¿Será legatario de especie?

Por la utilización de las palabras se entiende que se trata de un heredero universal, sobre todo si es lo único que consta dentro

del patrimonio del de cujus; pero, como debemos prescindir de los términos, tratándose de la hacienda, esta es una especie o cuerpo cierto y aquella es el elemento de la asignación y no existe nada más. Nos planteamos la siguiente interrogante:

- ¿Cuál sería la situación del resto de bienes del causante, en caso de aparecer en lo posterior, de los derechos y obligaciones transmisibles?

Se trataría de una sucesión mixta; en lo que respecta a la hacienda esta designado el titular del derecho, el legatario de especie; y en lo demás se debe trabajar con la ley, es decir con los órdenes de sucesión intestada, y; de no existir consanguíneos, el Estado sería el heredero. No puede existir sucesión sin heredero; puede que falten los parientes que se encuentran dentro de los órdenes de sucesión intestada, pero nunca faltará el Estado.

2.2 Semejanzas entre heredero y legatario

Es indiscutible que entre el asignatario a título universal y a título singular existe una sociedad jurídica. Entre los componentes que se constituyen en denominadores comunes, tenemos principalmente los siguientes:

1. Heredero y legatario obtienen el derecho de dominio de los bienes por el modo de adquirir de sucesión por causa de muerte;
2. Heredero y legatario tienen el derecho de dominio de los bienes a título gratuito,
3. Heredero y legatario obtienen los bienes en la misma manera, situación, características, vicios y defectos que tuvieron en poder del antecesor;
4. Heredero y legatario tienen como sujeto de 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;
7. Heredero y legatario deben ser personas ciertas, determinadas y determinables.
8. Heredero y legatario tienen que ser personas con capacidad y dignidad; y,
9. Heredero y legatario tienen facultad para aceptar o también pueden repudiar la herencia.

2.3 Diferencias entre heredero y legatario

Así como entre heredero y legatario se encuentran semejanzas que logran que se identifiquen, también encontramos diferencias que los individualizan, entre los cuales tenemos:

1. El heredero es un asignatario a título universal, mientras que el legatario es a título singular;
2. El heredero es quien continua la personalidad jurídica y económica del de cujus, prácticamente lo reemplaza. En cambio, el legatario, tan solo le sucede en un bien específico o genérico y únicamente tiene derecho a reclamar lo que constituye materia del legado;
3. El heredero, a más de recoger los bienes y derechos, está obligado a solventar las deudas del de cujus, por cuanto asume todas las obligaciones transmisibles. El legatario no tiene obligaciones, a menos que el testador de modo expreso le hubiera impuesto una obligación a través del testamento;
4. El heredero puede ser establecido por carta testamentaria o porque la ley así lo establece. El legatario solo si consta dentro de testamento;

5. El heredero adquiere el derecho de dominio, el patrimonio que forma parte de la herencia desde el instante mismo en que se produce el fallecimiento del de cujus. No así el legatario de especie indeterminada de cierto género, que solo adquiere un derecho real de crédito. El legatario de especie o cuerpo cierto, como el heredero, adquiere también de manera inmediata el derecho de dominio;
6. El heredero obtiene la posesión de los bienes en momento en que se le concede la herencia, así él no conozca el hecho. El legatario, en cambio, solo adquiere la posesión sobre el bien materia del legado, en el momento en que el ejecutor testamentario o el heredero le hacen la entrega material de la cosa.
7. La posesión efectiva es un establecimiento del derecho que protege al heredero, más nunca al legatario;
8. El beneficio de inventario, beneficia al heredero y no al legatario, desde que solo el heredero sucede al causante en todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles, y, por lo tanto, cuando se acoge a tal garantía, no está 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 solicitan 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; y,
12. En toda sucesión existe heredero, no así legatario, porque se lo tiene que hacer por medio de testamento.

En definitiva, es trascendental e importante realizar diferencias entre heredero y legatario para tener certeza de su papel dentro del derecho sucesorio.

Capítulo III

3.1 Períodos que comprende la sucesión por causa de muerte

Al fallecer una persona, su patrimonio queda en vacancia, es decir sus bienes deben pasar a sus sucesores, de ser posible, en el menor tiempo, ya que un patrimonio sin titular, no cumple su objetivo social. Tan pronto como muere el causante, sus bienes deben establecerse en sus sucesores, para que sigan produciendo y de esta forma brindar un importante servicio a la sociedad.

Entre la muerte del antecesor y el hecho por el cual su patrimonio pasa a radicarse en sus causahabientes se evidencia un verdadero proceso jurídico, y para que surta efectos jurídicos se requiere que se cumplan tres fases jurídicas:

- Apertura de la sucesión,
- Delación, y;
- Aceptación de la asignación.

3.1.1 Apertura de sucesión

Para el tratadista Alfredo Pérez Guerrero la apertura de la sucesión es “la puerta de todas las normas”.

El patrimonio que tenía una persona, su activo y pasivo, tiene que trasladarse a una universalidad, para radicarse en otra u otras personas.

La ley aspira a que exista un proceso continuo. Muerta una persona, su patrimonio ya no le pertenece, tiene que pasar a alguien que lo represente, que, en el evento de carecer de consanguíneos, será el Estado, que vendrá a ser el nuevo titular de ese derecho.

La apertura de sucesión es esa especie de aprieto 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.

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

- a) ¿En qué momento se origina la apertura de la sucesión?; y,
- b) ¿En qué lugar se aplica la apertura de sucesión?

Tanto el tiempo como el 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, la misma se contempla a través de dos factores: tiempo y espacio, es preciso recordar que en nuestra legislación se reconocen dos clases de muerte: muerte natural y muerte presunta.

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, contando 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, es importante consultar:

¿En qué momento se produce la apertura de la sucesión?

Y es preciso responder, si se trata de muerte natural, en el momento mismo en que ocurrió la muerte del causante. 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 a la sucesión;
3. En el momento de la muerte del causante se produce la indivisión de su patrimonio y al practicarse la partición de este, 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.

Una vez explicado lo relacionado con el tiempo, se tiene que explicar lo relacionado con el 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 Código Civil 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 en el último domicilio del causante, como lo establece el artículo 997 del Código Civil vigente, entendiendo 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 la ciudad de Azogues, se traslada a Guayaquil para realizar gestiones administrativas, y mientras se encuentra en Guayaquil muere. Nos preguntamos, en el caso propuesto: ¿en dónde se abre la sucesión? Contestamos que, en Azogues, puesto que allí tiene residencia acompañada de los ánimos de permanecer en ella.

Otro ejemplo: una persona domiciliada en Ibarra, se traslada a New York ubicada en los Estados Unidos, en viaje de turismo, y fallece en el trayecto; nos preguntamos ¿en dónde se abre la sucesión? También en el caso propuesto, la sucesión se abre en el último domicilio del causante, entonces sería la ciudad de Ibarra.

Por consiguiente, por regla general, al tratarse de muerte natural, la sucesión se abre en el último domicilio; ahora 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.

Es necesario destacar la relevancia de establecer el momento de la apertura de la sucesión, como también es importante establecer que se presentan situaciones trascendentes en relación con el lugar en donde se realiza la apertura de la sucesión, de acuerdo al artículo 11 sobre competencias excluyente del Código Orgánico General de Procesos en sus numerales 3 y 4 que dispone:

“Únicamente serán competentes para conocer las siguientes acciones:

Numeral 3: La o el juzgador del último domicilio del causante.

Si la apertura de la sucesión se realiza en territorio extranjero y comprende bienes situados en el Ecuador, será competente la o el juzgador del causante o del lugar en que se encuentren los bienes.

Numeral 4: La o le juzgador del lugar donde se abra la sucesión en los procesos de inventario, petición y partición de herencia, cuentas relativas a esta, cobranza de deudas hereditarias y otras provenientes de una testamentaria”.

Constan en el Derecho Sucesorio tres ordenamientos respecto de la ley que se ha de aplicar:

1. La ley ecuatoriana o nacional;
2. La ley del domicilio; y
3. La diversidad 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 allá 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. (?, ?)

La legislación ecuatoriana, en sus artículos 14 y 15, instituye extraterritorialidad de la ley a través de normas puntuales. El Código Civil Ecuatoriano y sus disposiciones referentes al tema rigen para los ecuatorianos en cualquier lugar que se encuentren en relación a su realidad respecto de su capacidad, derechos de familia e

incluso deberes establecidos dentro de la Constitución de la República. Dentro de los derechos de familia se encuentran inmersos 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 estos deban verificarse en el Ecuador; y,

2º En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero solo 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 los bienes para celebrar 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.

3.1.2 Delación

Producida la apertura de la sucesión, tiene lugar la delación de la herencia que constituye el segundo momento del proceso del derecho sucesorio es la delación. Es lo que se llama el *ius delationis*; esto es, el derecho que se le confiere al asignatario de aceptar la asignación haciéndola suya y convirtiéndose en sucesor, o bien repudiarla, quedando excluido de la sucesión del causante. Este derecho de opción no le viene del causante; es un derecho personal de origen legal y no significa que se haya adquirido la asignación, ello solamente acontecerá una vez que se ejerza este derecho y se la acepte. (? , ?)

El artículo 998 de nuestro Código Civil la define, diciendo: “La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla”.

Tenemos que analizarla en consideración a la primera fase, mediante la cual los bienes estuvieron en trance a 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?

La legislación romana ya tenía los herederos que corresponden, ellos estaban obligados a aceptarla; no podían escoger, no había otra opción que asumir la responsabilidad de heredero. La legislación contemporánea es más amplia, más humana. Llama a los asignatarios, pero les concede la alternativa 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.

3.1.3 Aceptación

Esta es la última etapa del derecho sucesorio con la cual se perfecciona el proceso jurídico, y es en ese momento que el patrimonio del causante pasa a sus sucesores.

Esta etapa tiene trascendental importancia porque la persona debe decidir con responsabilidad, imparcialidad y libertad, por lo que la aceptación se constituye en la fase más importante, porque depende de la absoluta voluntad de la persona sobre poder aceptar o repudiar la asignación. Si acepta, debe tener en cuenta que lo hace en todos los bienes derechos y obligaciones; si repudia, el proceso de manera definitiva regresa a la segunda fase, para que la ley llame a los sucesores, puesto que si un caso no existieren consanguíneos

o estos han repudiado la asignación, queda el Estado en última instancia. 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.

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.

Parcial: cuando tan solo se admite parte de la herencia o del legado.

Capítulo IV

4.1 Requisitos para suceder

Se deben reunir dos requisitos esenciales:

- a) Capacidad; y,
- b) Dignidad.

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: “capot”- “capitas”, que significa “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 desde varias perspectivas que nos llevan a la considerar de la existencia de una capacidad general y de varias capacidades especiales; una capacidad de obrar y una capacidad adquisitiva, etc.

Si la capacidad, 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 a 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. También puede ser 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 1005 establece: “Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el artículo 999; pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado.

Por excepción no son capaces aquellas personas determinadas por la ley. La incapacidad dentro del derecho sucesorio, se refiere de manera exclusiva para adquirir el derecho de dominio por causa de muerte y gozar del bien componente de la sucesión. Es decir, el incapaz para adquirir el derecho de dominio por el modo de adquirir de la 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; y,
- b) Incapacidad relativa.

4.2 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.

Son capaces para suceder todas las personas naturales que existen al tiempo de abrirse la sucesión. 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.

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, desde que es separada completamente de su madre”.

Y agrega:

“La criatura que muere en el vientre materno, o que, parece antes de estar completamente separada de su madre, se reputara 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. La criatura simplemente concebida al tiempo de abrirse la sucesión, puede llegar a ser heredera o legataria; solo que se aplicará la disposición contenida en el artículo 63 del propio cuerpo de leyes, que dispone:

“Los derechos que corresponderán a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectuó. 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.

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

“De la fecha del nacimiento se colige la época de 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 media noche en que principie 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 al tiempo de abrirse la sucesión y por consiguiente será llamado a suceder.

Citemos un ejemplo

- a) El causante fallece el 20 de agosto del año 2002; estuvo casado, y su mujer da a luz a un hijo el 5 de junio del año 2003. Este hijo sería póstumo y para él rige el derecho de la persona concebida antes de abrirse la sucesión; es decir, es válida la asignación realizada para la persona que no existe antes de abrirse la sucesión, con tal que haya sido concebida antes del fallecimiento del de cuius y su nacimiento llegue a efectuarse máximo después de trescientos días de ese evento.

2.- Derecho de la persona que existe al tiempo de abrirse la sucesión, pero cuya existencia se espera:

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 3 del artículo 1005, que dispone que:

“Con todo, las asignaciones a personas que el tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa, si existieran 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 la que se trata la sucesión por causa de muerte. Así, por ejemplo, sería válida la asignación constituida a favor de los hijos del matrimonio de Luis y Fanny, aunque estos al tiempo de la muerte del causante solo 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 de 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.

3.- Derecho de una persona indeterminada favorecida con una asignación para estimular una obra transcendental 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 respectivos 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 sea 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.

Ejemplo se puede dejar bienes en favor de un médico que descubra una medicina eficaz para combatir el VIH. No se conoce al científico, pero quien encuentre el remedio, se hará digno de la asignación, por haber prestado un servicio importante a la humanidad.

4.- Derecho de una persona previa el cumplimiento de una condición:

El testador puede aplicar una condición para que la asignación pase a su sucesor, en esta situación es necesario que no solo el asignatario exista al tiempo de la apertura de la sucesión y obviamente el fallecimiento de aquel, sino es requerimiento fundamental que exista al momento del cumplimiento de la condición, al tenor de lo previsto en el segundo inciso del propio artículo 1005, 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.

Ejemplo: “dejo diez mil dólares a Bolívar si se gradúa de abogado”. Bolívar es un estudiante universitario, puede inclusive haber egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas, pero mientras no esté graduado, lo único que tiene es una mera expectativa, y si fallece hasta la víspera, nada transmitirá a sus herederos, por cuanto su derecho estaba suspenso; más, el momento en que se gradúa de abogado, 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 a España. María adquiere el derecho de dominio del de cujus en el momento mismo de su muerte, es su heredera universal. Y si antes de los quince años, viaja a España, se resuelve su derecho.

5.-Derecho de Transmisión:

Una vez que se ha concedido la asignación, nace el *ius delatónis*; es decir, el derecho del asignatario para aceptar o repudiar, derecho de origen legal, propio del asignatario.

Producida la delación de la asignación podría ocurrir que el asignatario falleciera, dándose lugar a tres posibles situaciones:

- a Que el asignatario acepte la asignación y luego fallezca.
- b Que el asignatario repudie la asignación y luego fallezca
- c Que el asignatario fallezca antes de aceptar o repudiar.

La transmisión, es decir, *ius transmissionis*, derecho de transmisión; fórmula que abreviadamente expresa que el derecho a suceder en la herencia del primer causante lo tienen los herederos de quien no llegó a heredarle, porque éste se lo transmitió; y sucesión *iure transmissionis*, que significa que al suceder al primer causante, los herederos del segundo difunto reciben la herencia de aquél, no por haber sido llamados a ella, sino por haberles transmitido su derecho el que fue llamado". (? , ?)

4.3 Incapacidad absoluta de las sociedades que no son personas jurídicas

El artículo 1006 contempla: “Son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios, o cualesquiera establecimientos que no sean personas jurídicas.

Pero si la asignación tuviere por objeto la fundación de un establecimiento, podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta, valdrá la asignación”.

Se ha venido revisando que para suceder se requiere ser capaz, ósea que es indispensable existir al tiempo de abrirse la sucesión con las excepciones invocadas. Este principio general en torno a las personas naturales es aplicable, también a las personas jurídicas. Si no existe la persona jurídica no hay capacidad para suceder, porque solo son hábiles para suceder las personas que existen natural o jurídicamente; por lo que las que no existen no son idóneas para adquirir por sucesión por causa de muerte; no aparece la habilidad para ser heredero o legatario.

Esta es la norma general, el principio regulador; el grupo de personas naturales unido por una comunidad de intereses que no

tiene estatutos legalmente aprobados, carece de personería jurídica por lo tanto se lo puede considerar como persona jurídica, es incapaz para toda clase de actos y contratos. En derecho sucesorio tiene mucha importancia, como en la situación 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 testador puede asignar una parte de sus bienes o un bien determinado con el propósito de que se funde una sociedad, si la misma no llega a crearse en el lapso de quince años, la asignación no tendrá efecto, pues ha prescrito el derecho y aún la mera expectativa se ha extinguido.

4.4 Incapacidades Relativas

Son aquellas que solo 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. Son incapaces relativos para la legislación ecuatoriana:

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

1.-Incapacidad relativa del confesor:

El artículo 1007 del Código Civil dispone:

“Por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, ni aún como albacea fiduciario, el eclesiástico que hubiera 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, excepto la iglesia parroquial del testador, a la que se podrán hacer asignaciones, aunque el testador se haya confesado con el cura de ella”.

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.

Esta incapacidad valga la redundancia 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 existencia de la incapacidad relativa parece ser justa, porque bien se podría disfrazar la asignación, haciéndola a favor de la orden religiosa de la que es miembro el confeso, 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”.

Pueden ser coincidencia 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 aún en el evento de una sucesión intestada, tendrían derecho a la asignación. Supongamos que el hijo sacerdote confiesa a su padre. Obviamente en este caso ya no existe incapacidad, por que la persona se encuentra dentro de los órdenes de sucesión.

2.-Dice la parte final del inciso segundo del artículo 1007:

“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 Javier Loyola se confiesa con el cura de la parroquia de Borrero, y hace una asignación para la iglesia parroquial de esta. La asignación no vale, pues por el hecho de con-

fesarse con el cura de ella, la incapacitó para suceder, ya que la incapacidad del confesor acarrea la de su convento, iglesia parroquial etc.

En cambio, el mismo vecino de la parroquia Javier Loyola, que se confiesa con su cura párroco, deja su legado a favor de su iglesia parroquial; vale la asignación, porque está prevista esta excepción, que el legislador la contempló con la aspiración de estimular la labor que en diferentes naciones se desarrolla a cerca de la iglesia parroquial.

2.- Incapacidad relativa del notario:

El artículo 1089 del Código Civil establece:

“No vale disposición alguna testamentaria 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 del 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 testador para que realice las asignaciones. Es de justicia incapacitar, a personas que de un modo u otro puede determinar que el testador le favorezca con una asignación.

Como en el caso de la primera clase de incapacidades relativas esta acarrea también la de varias otras personas naturales: cónyuge, ascendiente, descendientes, hermanos, cuñados o empleados del 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.

3.-Incapacidad relativa de los ministros y las instituciones religiosas de otros cultos:

En el año de 1970, el legislador introdujo la tercera incapacidad relativa, consignada en el último inciso del artículo 1007, en estos términos:

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

La incapacidad del confesor, que está limitada 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.

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

- a) ¿Se extenderá a los cónyuges? El catolicismo 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 neocatólicos 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.

4.5 Paralelo entre las incapacidades absolutas y 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. 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 oculte como un contrato oneroso o por interposición de persona.
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 de la bien materia de la herencia o legado, por más de quince años.
5. Ambas incapacidades gravan en contra terceras personas. Si el incapaz no obtuvo ningún derecho, el tercero tampoco puede adquirirlo, puesto que el incapaz al no tener derecho, no podía ni transferir ni transmitir ningún derecho, y;
6. Las dos incapacidades admiten excepciones, las mismas que responden a un juicioso sentido de probidad.

Las diferencias, en este caso, se reducen tan solo 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 solo son propias de la testamentaria, desde luego que tienen su origen en el acto de voluntad de causante mediante testamento.
3. Las incapacidades absolutas se circunscriben al ámbito exclusivo de inhábil, en cambio, las incapacidades relativas acrean 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, al confesor, el notario o el ministro y las instituciones religiosas de otros cultos puedan ejercer influencia en el testador.

4.6 Dignidad e Indignidades

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

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”.

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 solo se requiere ser capaz, sino también ser digno, es decir, que la moral y la ética que une al causante y sucesor, sea definitivamente innata en esencia y en contenido.

Nuestra ley contempla diez clases de indignidades distribuidas en cinco artículos: 1032, 1010, 1011, 1012, 1013 y 1014 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 en 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 y 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 tenido 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 el impúber, demente o persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lenguaje de señas, el ascendiente o descendiente que, siendo llamado a sucederle abintestato, no pidió que se le nombrará tutor o curador, y permaneció en esta omisión un año entero; a menos que aparezca haberle sido imposible pedirlo por sí o por procurador. Si fueren muchos los llamados a la sucesión, la diligencia de uno de ellos aprovechará a los demás.
8. Son además indignos de suceder el tutor o curador que, nombrados por 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.

Capítulo V

5.1 Sucesión Intestada o Legítima

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 antes que la testada, como es obvio, respondió a un proceso natural. El testamento es un instrumento jurídico que requiere madurez, progreso, perfección dentro de las diferentes legislaciones. En las comunidades primitivas, la práctica consagró la fórmula más simple y natural. Cuando fallecía una persona, sus pertenencias pasaban a sus familiares más íntimos y no surgían complicaciones ni dificultades, 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 verdadero para que la persona exprese su voluntad en torno a sus bienes y relaciones de familia, y que todo ello tenga validez y se respete después sus días.

El testamento romano es una manifestación de última voluntad destinada a instituir heredero. Esta sencilla definición merece dos aclaraciones: se dice que es de última voluntad porque si hay varios testamentos solo el último tiene efectos después de la muerte; y debe necesariamente instituir heredero, ya que una mera disposición de bienes o mandas fúnebres no sería un testamento ya que, para serlo; se requiere que disponga quien reemplaza al fallecido en la jefatura de la familia.

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 de nivel moral, una degradación jurídica.

Después de Roma pocos pueblos le han reconocido un carácter trascendental, a tal punto que va perdiendo cierta categoría e importancia.

En Roma el sistema sucesorio abintestato en la ley de las XII tablas es que la herencia corresponde en primer término a los “heredes sui” que eran aquellos que estuvieran bajo la inmediata potestad o manus del causante. Heredaban varones y mujeres incluyendo adoptados y adrogados sin distinción y la esposa ocupaba el lugar de una hija.

La ley de las doce tablas disponía que si alguien moría sin tener tampoco agnados, cosa bastante impensable en el siglo V a.C., heredarán los gentiles, lo que en la práctica debe entenderse como “cualquiera que tuviera el mismo nombre”. (? , ?, pp. 252-253)

La sucesión intestada, legítima o legal, es aquella regulada por el legislador en los casos en que es procedente.

El sucesor llamado por la ley es un asignatario universal; esto es, siempre es un heredero, no llamándose por la ley a legatarios.

Por otro lado, este tipo de sucesión se da cuando no existe testamento, sólo se utilizará en caso de ausencia o si el testamento es ineficaz.

Presumimos que los seres más íntimos, son 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 la indignidad, y al desheredamiento.

1er. Caso: Cuando 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 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 la inexistencia. Si el testamento adolece de una de las cláusulas de nulidad, ya en el fondo, es como si jamás hubiese otorgado testamento, y entonces no se ha dispuesto de sus 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 poesías, 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 existan disposiciones.

Algunos autores contemplan un nuevo caso cuando en el testamento se ha instituido tan solo legatarios, y es indispensable llamar a los herederos abintestato, para que 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.

El inciso segundo del artículo 994, que prescribe:

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

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 atañedores a formalidades que son requeridas ad solemnitatem, como las de los testamentos, es de lo que dimanen 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 solo a ciertas disposiciones testamentarias, en cuyo caso la sucesión será parte testada y parte intestada. Algunos ejemplos aclaran estos conceptos: si el causante instituye como heredero universal a un incapaz de suceder, el testamento no es conforme a derecho, y toda herencia pasará a los herederos abintestato; pero si conjuntamente con el incapaz llamo a otro, la nulidad en nada perjudica a este, 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 abintestatos serán llamados a recoger la herencia; más si el vicio no se extiende sino a cláusulas determinadas, tendrán efecto el testamento en lo demás; la materia de estas cláusulas que se declaren nulas corresponderá a los herederos abintestato”.

Algunos creen que estaría involucrado en este segundo caso cuando el testador irrespete las asignaciones forzosas, si existen-

do 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 quién 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, es decir tendríamos una sucesión intestada.

3er. Caso: no surten efecto las disposiciones testamentarias:

El testamento reúne todos los requisitos legales; es bien realizado y cumple con los requisitos tanto en el fondo como en la forma; no hay fundamento alguno para alegar su nulidad, empero, resulta a posterior ineficaz, en cuyo caso contemplamos las siguientes situaciones:

- a.- Cuando el sucesor haya fallecido antes que el testador, no surten efecto las disposiciones testamentarias;
- b.- Cuando el asignatario es incapaz, porque para suceder es necesario cumplir con los requisitos de capacidad establecidos en la ley;
- c.- Cuando el causahabiente es indigno, por la deducción anterior, ya que para suceder se debe estar recubierto del atributo de dignidad.
- d.- Cuando el heredero o legatario el momento de la delación repudian sus referidas 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 trata 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 del 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 en la línea paterna y en la línea materna. Esto es, se atendía al origen de los bienes; 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 otra línea.

Nuestro legislador tomando el modelo de otros pueblos, establece la disposición contenida en el artículo 1022, que dice: “La ley no atiende al origen de los bienes, para reglar la sucesión intestada, o gravarla con restituciones o reservas”.

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 legitimarios, que solo 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 fuere su titular, que ya no existe, pasará a radicarse en todos cuantos constituyen la línea de sucesión primaria, sin discriminación posible.

Y en esta suerte de sucesión, se contempla que esa unidad sucesoria debe ser buscada en la línea descendente, después de 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 los 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 les 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 *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.

5.2 Sucesión Abintestato por Derecho Personal y por Derecho de Representación

El artículo 1024 del Código Civil 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 directamente, debido a que existe línea de consanguinidad con el causante. La relación entre el antecesor y el sucesor es directa, como lo que existe entre el padre y el hijo, o entre este y aquel, o entre hermanos.

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.

Ejemplo: Fallece Juan sin otorgar testamento; tuvo tres hijos Paúl, Ana y David. Antes de que muera Juan, falleció su hijo Paúl, quien a su vez dejó dos hijos Alex y José. Si nos atuviéramos al principio general, tendríamos que muerto Juan, como Paúl fue premuerto, sus nietos Alex y José no heredarían, porque por norma obligatoria, los parientes más cercanos excluyen a los de grado más lejano; 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 Ana y David heredan por cabeza y sus nietos van a heredar por estirpe. Así, pues, si el acervo líquido fuere de 300.000 dólares, a Ana le correspondería 100.000 dólares, a David también le correspondería 100.000 dólares, cuota íntegra, porque al suceder por derecho personal, heredan por cabeza; y a cada uno de los nietos Alex y José les corresponderían 50.000 dólares, 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 1024 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 este o esta no quisiese o no pudiese suceder”.

El artículo 1026 del Código Civil 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 aquel.

5.3 Titulares de Derecho de Representación

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

1. Causante o de cujus;
2. El descendiente de este, que no puede o no quiere suceder, conocido con el nombre de representado; y,
3. El hijo de 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 llama: representante.

5.4 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 pre muerto 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 stirpe, 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 solo 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.

5.5 Semejanzas y diferencias entre el derecho de transmisión y el derecho de representación

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.

5.5.1 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.

5.5.2 Diferencias

1. Mientras el derecho de transmisión se opera indistintamente tanto en la sucesión testamentaria, como en 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, bisnieto, 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 recoger la herencia o legado del primer causante; no así en el derecho de representación, en que solo se sucede a título universal. Es decir que se recoge únicamente las herencias.

4. Mientras el derecho de transmisión, el transmitente o transmisor tiene que sobrevivir obligatoria y forzosamente al primer causante, porque el fenómeno consiste en que aquel 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 acepto ni repudió. En el derecho de representación como se ha insistido, el caso más común es que aquel haya fallecido antes del 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 le representado lo sea en relación con el causante, porque precisamente el derecho opera por incapacidad o dignidad 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, 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 de manera obligatoria debe cumplir con la capacidad y dignidad de suceder al causante, puesto que es el quien va a suceder.
8. Mientras en la transmisión se sucede por derecho personal y recoge la asignación por cabeza, en el derecho de representación se hereda por estirpes.
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 1027).

5.6 Los órdenes de la sucesion intestada

En Ecuador se contemplan 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:

PRIMER ORDEN: Los hijos, por derecho personal y los nietos por derecho de representación;

SEGUNDO ORDEN: Ascendientes y cónyuge supérstite;

TERCER ORDEN: Hermanos por derecho personal y sobrinos, por derecho de representación; incluyéndose el Estado, asimilándose a sobrino de mejor calidad; y,

CUARTO ORDEN: El Estado.

5.6.1 Primer orden de sucesion intestada

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 existen otros hijos del causante; se colocan al mismo nivel que ellos, que resultan ser sus tíos, quienes heredan por cabezas, a diferencias de los representantes, que suceden por estirpes.

De tal suerte que, en una sucesión que existen hijos, el acervo liquido 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

correspondientes su legítima rigurosa y a la totalidad de nietos, hijos del mismo padre, la cuota que habría correspondido a este si hubiera podido o querido suceder.

5.6.2 Segundo orden de sucesion intestada

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 sucesores 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 excluyen a todos los demás; y en caso que solo existieran abuelos y una bisabuela, aquellos eliminaran a esta.

Pero el segundo orden de la sucesión intestada no solo está integrado por los ascendientes sino que igual derecho tiene el cónyuge sobreviviente, quien concurre conjuntamente con estos en categoría similar. Si en una sucesión intestada no existen ni hijos ni nietos ni ascendientes y solo hay cónyuge sobreviviente este 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 alcanza a trescientos mil dólares (\$300.000); entonces tendrían que dividirse en partes iguales: una para los ascendientes en este caso padre y madre y otra para el cónyuge supérstite; también propongamos el caso de que estén separados los ascendientes debiendo corresponderles la asignación así; padre \$75.000; madre \$75.000 y cónyuge sobreviviente \$150.000.

Si solo 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 este le corresponderá la totalidad de la herencia.

El artículo 1030 de nuestro código establece normas precisas respecto a la filiación y dispone:

“Si la filiación del difunto se hallare establecida solo respecto de uno de sus padres, este 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”.

5.6.3 Tercer orden de sucesión intestada

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; estos suceden a su tío, por derecho de representación y se coloca a nivel de sus otros tíos, solo que estos 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. En el caso propuesto, si el acervo líquido ascendió a \$600.000, a cada uno de los cuatro hermanos les corresponderá \$120.000, y \$40.000, a cada uno de los sobrinos por las razones expuestas.

Existen dos clases de hermanos: hermanos carnales y medios hermanos. Los primeros hijos de comunes progenitores, dentro o fuera del matrimonio, y los segundos tan solo con un progenitor común, ya por haber procreado en distintos matrimonios, como cuando el cónyuge sobreviviente contrae segundas o ulteriores nupcias y también procrear 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 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 solo hermanos carnales cada uno de ellos recibirá una parte igual, lo propio si solamente quedaran medios hermanos, en que tampoco existen problemas 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 estos, y; 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, 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, dos undécimas partes y a los segundos, o sea a los medios hermanos, tan solo una undécima parte; a cada uno de los hermanos carnales les corresponderá \$200.000, doscientos mil dólares, lo que da un total de ochocientos mil dólares, \$800.000, y a cada uno de los medios hermanos tan solo cien mil dólares \$100.000, lo que dan un total de trescientos mil \$300.000, que con los ochocientos mil, cubren el valor del acervo líquido de un millón cien mil dólares.

“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 hubiera 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 asimilara a la primera clase, y siempre que concurren más de tres sobrinos, hasta el infinito, el 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.

5.6.4 Cuarto orden de sucesión intestada

El cuarto y último orden de la sucesión intestada corresponde al Estado, es decir, cuando faltan hijos o nietos, ascendientes o cónyuge sobreviviente, hermanos o sobrinos, el heredero universal es el Estado, se considera que, gracias a la contribución del Estado, los particulares pueden generar sus riquezas. El patrimonio de una persona no puede considerarse como producto exclusivo del trabajo de cada sujeto, es resultado de varios factores sociales, políticos, de seguridad y paz que han permitido que el individuo se desarrolle en un medio propicio garantizado por la convivencia civilizada.

El Estado estimula el clima adecuado para que el hombre pueda desenvolverse de manera libre, a través de la Constitución derechos y libertades, el Estado, al cual estamos obligados a servir y proveer de los medios necesarios para que atienda precisamente a los servicios públicos, que generan los dones admirables que hacen posible la paz, convivencia y subsistencia de los asociados.

5.7 Sucesiones abintestato de extranjeros

La legislación ecuatoriana 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.

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 del Código Civil:

“En la sucesión intestada, cuando la ley llame al Estado como heredero, en defecto de otros, se aplicará la ley personal del cau-

sante; pero si lo llama como ocupante de cosas nullius se aplica el derecho local”.

Y en relación con los extranjeros, también el artículo 1035 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 con la sucesión intestada o legal, es preciso examinar la situación de un ecuatoriano que deja bienes en un país extranjero. Al respecto, nuestro Código, al referirse a los bienes del extranjero existentes en el Ecuador sostiene el principio que los ecuatorianos podrán pedir 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 un país extranjero, en el inciso final del artículo 1036 el Código Civil, adopta esta expresión:

“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.

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”.

Capítulo VI

6.1 Sucesión Testamentaria

6.1.1 De los testamentos en general

El testamento fue constituido como una forma jurídica posterior al mandato de la ley. Primero apareció como una forma natural de suceder aquella por la cual la ley, interpretando la voluntad del de cujus, llamó a suceder a las personas que estimaba estaban más cercanas del efecto de este. Se cree que solo a partir de la ley de las XII Tablas, en el Derecho Romano el testamento era una manifestación de última voluntad destinada a instituir heredero, por lo que no era la última voluntad del causante, si no estaba manifestada, o si no instituía heredero, no era un testamento. Así mismo en Roma existieron distintas formas de hacer testamentos:

- a) **TESTAMENTUM CALATIS COMITIIS O EN COMICIOS CALADOS:** Corresponde al periodo monárquico, en este tipo de testamento los ciudadanos romanos podían realizar testamentos ante los comicios curiados, que eran

convocados dos veces al año, lo realizaban ante el pontífice máximo.

- b) **TESTAMENTUM IN PROCINCTU:** Este testamento se realizaba ante el *populus*, antes de dirigirse a las batallas.
- c) **TESTAMENTUM PER AES ET LIBRAM:** Esta clase de testamento es el primero en el que se transmite titularidad de bienes en lugar de la jefatura de familia. Según Gayo el actor se realiza en presencia de cinco testigos y del *libripens* y después de que las tablas del testamento, el emperador *mancipaba* al *familiae emptor* su patrimonio, éste pronunciaba eran escritas unas palabras solemnes.
- d) **TESTAMENTUM PRAETORIUM O PRETORIANO:** En época de la república los pretores permitieron omitir la *mancipatio* concediendo en su edicto la posesión hereditaria a aquél que le presente su nombre escrito en las tablas del testamento sellado por siete testigos.
- e) **TESTAMENTUM PER SCRIPTURAM:** Los emperadores Teodosio II y Valentiniano III del año 439 que el testamento escrito era presentado abierto o cerrado ante siete testigos romanos púberes, que debían sellar y firmar las tablas junto con el testador.
- f) **TESTAMENTUM TRIPARTITUM:** Justiniano establece las bases para este testamento, llamado así por que toma elementos de tres testamentos distintos: *ius civile*, *mancipatio* y *ius honorarium*.

El testamento, en determinados medios ha perdido valor, debido a que las legislaciones han limitado la libertad de testar, a tal punto que apenas puede disponer a su arbitrio tan solo de la cuarta parte de su patrimonio; y aún 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 testamento, tiene valor y transcendencia siempre y cuando se subordine a la ley. La voluntad del testador es la ley para los

demás, siempre y cuando la 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 debe otorgarse todo testamento.

6.1.2 Definición de 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.

El artículo 1037 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 proceden varias características; sin embargo, es importante explicar algunos puntos de la definición, comenzando por la expresión; “más o menos”, que no será nunca ni más ni tampoco menos, tiene un carácter ambiguo y dice relación a que, nuestro código divide a los testamentos en más solemnes y menos solemnes.

6.1.3 Características del testamento

Primeramente, el testamento es un acto jurídico, por cuanto es voluntad del testador. Al respecto, resulta útil establecer la diferencia entre “acto jurídico” y “hecho jurídico”. El hecho jurídico es un suceso que se produce sin intervención de la voluntad humana y que genera o extingue derechos; no así el acto jurídico por excelencia que es producto neto de la voluntad humana. El nacimiento y 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 tiene necesariamente que cumplir con determinadas formalidades, caso contrario, no surte efecto jurídico alguno.

El testamento es un acto personal, fruto de la voluntad de una sola persona. Ni los cónyuges, que integran una sociedad de tantas vinculaciones pueden otorgar de manera conjunta su testamento.

En nuestro sistema también es indelegable. Todo acto o contrato puede celebrar una persona ya personalmente o representada por mandatario general o especial, más en este caso no puede otorgarse por un apoderado, sino directamente.

El testamento 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, la ley ecuatoriana, que se originó en el proyecto de Andrés Bello, establece que la facultad de testar es indelegable. Y la mayor parte de legislaciones se han pronunciado porque el acto testamentario, al ser personal es también indelegable.

El testamento es un acto jurídico *suigeneris*, porque inclusive el causahabiente puede repudiar la asignación.

El testamento es válido si consta de 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 mortem*, es decir, a partir de la muerte de su otorgante. Es la esencia del testamento contener disposiciones, es decir, determinar la suerte que han de seguir sus bienes después de sus días; como ha de quedar su familia; a que manos irá todo cuanto constituye su patrimonio. Mientras es persona, o sea mientras vive, él es árbitro de su destino y es libre para disponer de lo suyo.

Pero también el testamento puede ser la herramienta para hacer que prime la justicia, “dando a cada quien lo que le corresponde”, si el testador realiza de manera minuciosa la distribución de su patrimonio, para que de este modo se eviten conflictos y dentro de 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 constituye las disposiciones, las únicas que pueden modificar o anularse en cualquier tiempo. Más, 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 constituye las disposiciones que, por razones obvias, pueden cambiar. Ya sea personas, ya sea en el orden del patrimonio. Si cuando el testador otorgó su carta testamentaria tenía dos hijos y luego engendra cinco; si solo poseía unos bienes y más tarde o con el tiempo acumula nuevas riquezas. Por lo tanto, es preciso revocar las disposiciones, para ajustar a la nueva situación. La revocabilidad tiene tanta fuerza que la propia ley consagra tal carácter el artículo 1039 del Código Civil:

“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”.

6.1.4 La voluntad en el testamento

La voluntad es una característica relevante dentro del otorgamiento de un testamento. Si bien esta es de importancia en actos jurídicos, en el caso del testamento es una base por constituir la última voluntad del causante. En primer lugar es necesario que la persona del testador tenga la voluntad de otorgar carta testamentaria, esto es el *animus testati*.

6.1.5 El derecho real o de herencia

Puede ser utilizado en forma objetiva y subjetiva. Objetiva por ser el conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles. En sentido subjetivo, por ser un derecho real de herencia, es decir, se

refiere a la facultad o al derecho que tiene la persona para suceder a su antecesor en todo su patrimonio y o una cuota de él. Tiene características como:

- a) Derecho real de dominio.
- b) Derecho que se tiene sobre una universalidad jurídica.
- c) Es un derecho de vida efímera.

6.1.6 Posesión efectiva de la herencia

Es aquella que se otorga por resolución judicial o administrativa a quien tiene la apariencia de heredero. Esta institución es de carácter procesal o administrativo, y que, a pesar de producir ciertos efectos en materia civil, no confiere al que la solicita y la obtiene la calidad de heredero. La calidad de heredero se adquiere por el ministerio de la ley con independencia de lo que diga o no diga la posesión efectiva. El hecho que un heredero no sea incluido en ella no lo priva de la condición de tal, así como la circunstancia de ser incorporado en ella sin serlo, no por eso otorga la condición de heredero.

Capítulo VII

7.1 Requisitos del testamento

7.1.1 requisitos subjetivos

El testamento, como en todo acto jurídico, necesita que concurren 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 la denominamos: testador, que es titular del derecho.

Y al hablar del titular del testamento, tenemos que circunscribirnos a dos esferas tan solo: su capacidad y su voluntad. Capacidad y voluntad incluyen el requisito que algunos autores lo califican como elementos internos del testamento.

La capacidad para testar es, por consiguiente, una capacidad especial, limitada 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 un testamento, o viceversa, porque son capacidades especiales limitadas a esa suerte de relación jurídica.

El artículo 1043, 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 pudiere expresar su voluntad claramente.

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.

La primera es obvia; como se trata de un acto jurídico, la capacidad es de obrar, y el menor de edad esta privado absolutamente de dicha idoneidad. El varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce resultan incapaces.

Si el menor de edad antes de cumplir 18 años en la legislación actual otorgará testamento, este sería 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 18 años. Por fallecer años más tarde ya en mayoría de edad, no ha convalidado 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 este en pleno ejercicio de sus facultades mentales y volitivas, que este lúcido, pero no transitoriamente, sino siempre. Además, el requisito no es solamente que no esté en estado de demencia, sino que, incluso, 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 este no adolezca de nulidad, por cuanto esa persona no estuvo declarada como interdicto, y por lo tanto no está tipificada esta causal de inhabilidad. La interdicción requiere de un trámite judicial, a veces complejo y de acontecimientos varios; en constancia con el precepto legal, mientras no exista fallo ejecutoriado, si el demente otorga testamento, resulta válido, y nadie podrá impugnarlo, y aun haciéndolo estaría obligado a demostrar que el testador fue declarado en interdicción con anterioridad al otorgamiento del acto jurídico, porque si esto ocurre a posteriori, el testamento es firme.

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 nunca 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 esta 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 como estuvo antes, una hora, un día, etc., ni como 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.

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. Un testamento otorgado por una 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 ante la existencia de cualquiera de las causales de inhabilidad taxativamente contempladas por el legislador es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causal.

El segundo término el 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 de consentimiento puede presentarse ya sea en las personas o en las cosas y puede ser error esencial o error accidental.

El primero indudablemente es de fondo y por consiguiente hace nulo 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 clausula dispone, que sea su heredero universal su hermano José, distinguido abogado que ha colaborado con él en todos sus asuntos jurídicos; más, resulta que no tiene ningún hermano, que no ha colaborado con el 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, y que se puede comprender fácilmente que se trata de esa persona y no de otra.

Como cuando el testador asigna su biblioteca a Doctor Ernesto Robalino Peña, Decano de la facultad de medicina. Por los nombres y títulos coincide que se trata de esa persona y no de otra, no obstante, de haberse equivocado en el detalle de la facultad, pues es conocido que la persona mencionada, es un abogado, pero no es

Decano de Medicina, sino de la facultad de Ciencias Jurídicas; la cláusula testamentaria sería válida, no obstante haberse equivocado en el detalle indicado.

Error esencial en cuanto a las cosas, cuando así mismo hay falsedad manifiesta o bien porque no existe el objeto o porque es de aquellos que tienen carácter de intransmisibles, y que en definitiva dan a entender que el causante desconoció la verdad.

Supongamos que el testador asigna el Santuario de la Virgen de la Nube, no cabe duda que existe un error esencial. También existiría igual error, si el causante en cláusula testamentaria expresase: “Lego mi quinta “Ana María” ubicada en la parroquia Javier Loyola a José”, y no existe una quinta con ese nombre, en esa parroquia, ni el testador tiene una quinta de ese nombre en ninguna parte, ni de otro nombre tampoco.

Error accidental en cuanto a la cosa, cuando se trata de una ligera equivocación que entraña falsedad, y que por lo mismo no deteriora la disposición testamentaria. El testador asigna a Martín su casa de la calle Veintimilla # 6-25, y el verdadero número es 2-65.

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.

El segundo vicio de 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 1045 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 algunas solemnidades y ellas se refieren a que tiene que ser otorgado por escrito y ante testigos, quienes juegan un papel primordial e impedirán que se presenten fuerza física, pero, en cambio, no estarían en posibilidad siquiera de suplicar cualquier maniobra encaminada a ejercer presión moral, a atemorizar, o a acobardar al testador.

Claro que este vicio de 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 eminentemente revocable, en el supuesto de que haya empleado la fuerza para mover al testador para disponer de su patrimonio en determinado sentido, bien puede dejarlo sin efecto acto seguido o cualquier otro momento, porque solo el último válidamente celebrado es el definitivo y el que surte pleno efecto.

De todos modos, la disposición del artículo 1045 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 solo haya pretendido una asignación a su favor.

Por último, tenemos el dolo, como tercer vicio de 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”.

La ley civil cita dos partes en dos instituciones: indignidad y desheredamiento; el primero en el numeral 4 del artículo 1010, que dice:

“El que por fuerza o dolo obtuvo del testador alguna disposición testamentaria, o le impidió testar”.

Y el segundo numeral 3 del artículo 1231, que establece como causal del desheredamiento el:

“Haberse valido de la fuerza o el dolo para impedirle testar”.

El dolo tiene que probarse en el ámbito judicial y esta prueba resulta difícil, toda vez que solo a partir del fallecimiento del testador surte efecto su disposición de voluntad y es susceptible de las acciones pertinentes.

Para finiquitar, expresaremos que nada más complejo que conocer y comprobar cuanto atañe a los vicios de 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.

Somarriva, al hablar del requisito subjetivo de la voluntad, expresa: 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 los 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 este la voluntad manifestada de manera libre por el testador es su base primordial, más aún si se considera que el testamento produce efecto una vez que se da el fallecimiento del causante, por lo cual va a ser difícil determinar la exacta voluntad de este. Por ello el legislador envuelve el máximo de preocupaciones la expresión de voluntad del testador. Creando incapacidades e indignidades para suceder para los que atentan contra ella, derogando 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 expuesta a 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. La persona que se haya valido del dolo para obtener una cláusula testamentaria a su favor, será nula la disposición”.

Capítulo VIII

8.1 Requisitos objetivos del testamento

8.1.1 Clasificación de los testamentos

Los requisitos objetivos, que pueden ser de forma y de fondo. Los primeros dicen relación a las solemnidades y los segundos hacen referencia a las asignaciones testamentarias.

Dijimos antes de todo que el testamento es solemne, sin embargo, no siempre se emplean las mismas o iguales formalidades para la validez de un testamento 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).

Los testamentos llamados solemnes pueden otorgarse en el Ecuador o en país extranjero.

Y así el artículo 1046, al dar los conceptos de las 2 clases de testamentos, expresa:

“Testamento solemne es aquel en el cual 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”.

Los testamentos solemnes otorgados en el Ecuador pueden ser de 2 clases:

- a) Testamento abierto, nuncupativo o público; y,
- b) Testamento cerrado o secreto

Todo testamento solemne otorgado dentro del territorio nacional deberá reunir por lo menos 2 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 esta frente a la muerte.

Nosotros tenemos serias dudas acerca de la eficacia y validez del testamento verbal, por cuanto es susceptible de alteraciones interesadas, unas veces, y otras simplemente sujetas al cambio u olvido, a la medida del factor económico tan influenciado. El testamento verbal puede cambiar o sufrir variaciones no únicamente de mala fe, sino inclusive de buena fe, como resultado de una mala memoria o de la concurrencia de inúmeros factores incontrolables.

La legislación Ecuatoriana contemporánea no cuenta testamento verbal ni 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. Que fácil sería imitar un testamento y hasta imitar la caligrafía de cujus.

8.1.2 Testamento Abierto, Público o Nuncupativo

Es aquel por el cual el testador hace conocedoras de su última voluntad a otras personas. De acuerdo con 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.

Lo que singulariza al testamento solemne abierto de la primera clase es el hecho de que el notario da lectura de las disposiciones testimoniales en alta voz y en unidad de acto, en presencia del testador y 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 dichos testigos, razón por la cual se la denomina también público, porque las voluntades de última voluntad se hacen extensivas por lo menos al notario y 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 formula 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 uso de su razón.

El ciego solo podrá otorgar testamento abierto, y mediante notario o empleado que haga 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 a efecto del testador. Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento (artículo 1057).

La otra clase de testamento nuncupativo en el Ecuador, es el otorgado solo ante cinco testigos, cuando no hay la posibilidad de

la presencia del notario. En este caso, por mandato del testador, dará lectura del testamento uno de los testigos y luego firmaran el testador y los testigos que sepan firmar. Pero todavía no se han llenado las solemnidades de ley, pues será precioso 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, bastara que los testigos instrumentales presentes reconozcan la firma del testador, las suyas mismas y la 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 las declaraciones juradas de otras personas fidedignas. El juez firmara al principio y fin de cada hoja del testamento, y lo mandara 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 un 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 solamente testamento cerrado.

Respecto a 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 ley.

El código señala los diversos requisitos formales de otorgamiento del testamento, como debe encabezarse, que debe contener, etc., y admite la posibilidad de que el testador no sepa firmar en cuyo caso lo harán por el o los 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.

El artículo 1055 del Código Civil contempla la posibilidad de que el testamento abierto podrá haberse escrito anticipadamente; pero sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo leído en voz alta 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.

8.1.3 El Testamento Cerrado o Secreto

El artículo 1061 del Código Civil hace referencia a este testamento que 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 de 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 lo 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 caratula que ha de cubrirlo y proceder a firmar después del testador y los cinco testigos sobre la cubierta, cerrarlo y sellarlo. Así pues, mientras en el testamento abierto o público, el notario o quien hace sus veces da lectura al contenido del testamento, y tanto el como el testador y los tres testigos se enterarán del contenido del testamento en unidad de acto; en el testamento cerrado nadie a excepción del testador o de quien le ayudo a redactarlo o, le hizo saber aquel, 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 abre, pues solamente una vez muerto el testador, tienen que llenarse las solemnidades legales que señalaremos a continuación, para proceder abrirlo, a fin de que tenga validez y surta pleno efecto jurídico.

El que no sepa leer ni escribir no podrá otorgar testamento cerrado, por razones obvias; y cuando el testador no pudiese 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, al menos, su nombre, apellido, domicilio y la nación a la cual pertenece.

Durante el otorgamiento del testamento cerrado estarán presentes, además del testador, un mismo notario y los 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 aplicarse algún tratamiento.

El interesado en una sucesión, que conoce de la existencia del testamento cerrado, una vez fallecido el causante, obtendrá una 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 sido 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 de ser 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 señalara el día y la hora para la apertura y lectura del testamento cerrado, providencia que se publicara por la prensa, con el objeto de que sea conocida por el público y especialmente por los interesados. Llegados el día y la 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 dar lectura de su contenido; terminara 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 ordenara 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.

En general y ya en la práctica no es muy aconsejable el otorgamiento de un 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 segundo por cuanto a los tramites a llenarse a veces resultan tediosas y constituyen serias trabas difíciles de solventar y que ocasionan molestias y gastos que los deudos no siempre están en posibilidades de afrontar.

8.1.4 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 estos testamentos se hayan celebrado con arreglo a las solemnidades prescritas en ese país, y que cumplan con los requisitos de legalización y autenticación de las firmas de tal suerte de instrumentos. Dice el artículo 1065 de nuestro código vigente:

“Valdrá en el Ecuador el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere contar su conformidad a las leyes del país en el que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo, en forma ordinaria”.

2- Un ecuatoriano o un extranjero domiciliado en el Ecuador pueden 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 cons-

tancia con las leyes vigentes en el territorio de la Republica, es decir acogiéndose ya a las solemnidades del testamento.

Dicho testamento debe reunir, además, varios requisitos de acuerdo al artículo 1066 del Código Civil:

1. No podrá testar de este modo sino un ecuatoriano, o un extranjero que tenga su domicilio en el Ecuador;
2. No podrán autorizar este testamento sino un funcionario consular o diplomático. Se hará mención expresa del cargo, y de los referidos título y patente;
3. Los testigos serán ecuatorianos, o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento;
4. Se observarán, en lo demás, las reglas del testamento solemne otorgado en el Ecuador; y,
5. El instrumento llevará el sello del consulado.

Es importante citar el artículo 1067 del Código Civil que dispone:

“El testamento otorgado en la forma prescrita en el artículo precedente y que no lo haya sido ante un jefe de legación donde lo haya, llevará al pie el visto bueno de este jefe, si el testamento fuere abierto; y si fuere cerrado, lo llevará sobre la cubierta. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe, al principio y fin de cada página, y si fuere cerrado, lo llevará sobre la cubierta. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe, al principio y fin de cada página.

El jefe de legación, donde los haya, remitirá enseguida una copia del testamento abierto, o de la cubierta del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador. Este, a su vez, remitirá dicha copia al juez del último domicilio del difunto en el Ecuador, para que la haga incorporar en los protocolos de un notario del mismo domicilio.

No conociéndose al testador ningún domicilio en el Ecuador, será remitido el testamento, por el Ministro de Relaciones Exteriores, a un juez de lo civil de Quito, para su incorporación en los protocolos de la notaría que el mismo juez designe.

Bien puede apreciarse que todos los testamentos culminan en la notaría, puesto que en ninguna parte se conserva mejor 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.

Supongamos que el testamento se otorga en Chile. El proceso o trámite de autenticación de firmas, sería el siguiente: la firma del notario será autenticada por la corte de justicia; la firma del funcionario de dicha corporación por el Ministerio de Justicia; la firma del responsable por la cancillería y la firma del funcionario diplomático por nuestro agente consular y la de este por el encargado de nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores, que remite al juzgado provincial del último domicilio del causante en el Ecuador, para que envíe, a su vez el notario para su protocolización y otorgamiento de copias.

8.1.5 Testamentos menos solemnes privilegiados o especiales

En Roma existieron algunos testamentos especiales como:

- a) Testamento Militar;
- b) Testamentos celebrados en tiempos de epidemias;
- c) Testamentos celebrados en zonas campestres o rurales,
- d) Testamento de los no videntes y;
- e) Testamento del analfabeto.

En Ecuador los testamentos especiales, son denominados como testamentos menos solemnes o privilegiados.

Ninguna de las dos denominaciones anteriores menos solemnes o privilegiadas corresponde al espíritu de estos testamentos. 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 imperiales en esa época histórica. En derecho español, rigurosamente hablado, no fue admitido como testamento privilegiado sino el militar; en derecho francés el testamento militar, el testamento marítimo y el testamento epidemia (arts. 981 a 996 del código francés); en los derechos colombiano, chileno, venezolano y algunos de Centroamérica también tres: el verbal, el militar y el marítimo y entre nosotros solo dos: el militar y el marítimo.

Antes eran testamento menos solemnes o privilegiados los verbales, los otorgados en situaciones anormales, frente un peligro inminente. Existe la tendencia de ir eliminado de las legislaciones estos testamentos llamados privilegiados. Algunos códigos civiles, como el nuestro contempla dos clases de testamentos menos solemnes: Los militares y los marítimos.

Si se conserva el nombre de privilegiados para los testamentos militares y marítimos, no deben interpretarse en modo alguno, como que están dedicados a las personas que ejercen actividades inherentes a tales profesiones 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 mayor de los acontecimientos, resultare difícilmente practicadas tales formalidades o cumplidos todos los requisitos ordinarios.

El artículo 1068 del Código Civil dice que son testamentos privilegiados:

1. El testamento militar; y,
2. El Testamento Marítimo.

8.1.6 Testamento Militar

La doctrina, al referirse a esta clase de testamentos, creen que Roma se interesó mucho por ellos, por ser un país belicista y con-

quistador por excelencia y porque, como los soldados eran ignorantes, se trató de 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 solo como jefes, oficiales y soldados, sino también como empleados, voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecieran al cuerpo de tropas de la República; siempre y cuando se hallen en una expedición de guerra, que este actualmente en campaña contra el enemigo, o en la guarnición de una plaza situada.

¿Ante quién puede otorgarse un testamento militar?

El testamento militar puede otorgarse:

- A. Ante el capitán u oficial de grado superior al de capitán, o ante un intendente del ejército, comisario o auditor de guerra.
- B. Los enfermos heridos, ante el capellán o médico que le asista; y,
- C. Los que se hallen en un destacamento avanzado, ante el oficial que lo mande, aunque de grado inferior al de capitán.

El testamento militar deberá ser firmado, si supiere escribir por el empleado ante quien se lo otorga, y por tres testigos. Si el testador “no supiere o no pudiese firmar”, se expresará así en el testamento.

El testamento militar otorgado con todas las formalidades y solemnidades de la ley tiene valor, si quien lo otorga 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 tentaciones y alteraciones psíquicas que provocan los conflictos bélicos y trastornan la mente y el espíritu de quienes se van 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.

Según el artículo 1075 del Código Civil: El testamento llevará al pie el visto bueno del jefe superior de la expedición o del coman-

dante de la plaza, si no hubiere sido otorgado ante el mismo jefe o comandante, y será siempre rubricado, al principio y fin de cada página, por dicho jefe o comandante. Este, en seguida, lo remitirá, con la posible brevedad y seguridad, al Ministro de Defensa Nacional, quien procederá como el de Relaciones Exteriores en el caso del Art. 1067.

8.1.7 Testamento Marítimo

Testamento marítimo 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, en presencia de tres testigos y en el segundo caso ante el capitán, concurrencia de tres testigos. ¿Quiénes puede otorgar testamento marítimo? toda persona que se encuentre a bordo de dicho buque, no solo integrado la oficialidad y tripulación, si no por el evento de estar embarcada, la ley reconoce el derecho para otorgar esta clase de testamento a toda persona capaz de otorgar cualquier testamento. 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; y el referido funcionario lo remitirá al Ministerio de Defensa Nacional, para los efectos expresados en el Art. 1067.

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 este lo remitirá al Ministerio de Defensa Nacional, el que dispondrá que sea enviado al juez competente, a efecto de que ordene su protocolización en una de las notarías, porque todo testamento, en definitiva, tiene que guardarse en una 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: si el que puede estar marítimamente, prefiere otorgar testamento cerrado, está facultado para ello, a condición de que observe todas las formalidades exigidas para tal clase de testamento, solo podrá otorgar ante cualquier al de las personas que son hábiles para legalizar tal categoría de cartas testamentarias. Al final del inciso primero del artículo 1069: “se requiere, 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 los caso de las legislaciones de Colombia, Chile, Venezuela, Bolivia, etc.; mas habiéndose suprimido estos testamentos, no hace falta la disposición contenida en este artículo, 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 aún en los casos más críticos y frente a los más graves circunstancias el testamento verbal por razones que pretendimos solapar con anterioridad.

Cuando entro en vigencia nuestro Código Civil existían tan solo 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? Como la ley no ha contemplado tal modalidad testamentaria, concluimos que no existe un testamento aéreo. Los testamentos especiales, el militar y el marítimo, han permitido conocer que tal suerte de testamentos, sobre todo de carácter militar, se ha ejercido. Lo que nos lleva a concluir que siendo la ley una norma imperativa para su ejecución y cum-

plimiento y no existe en la práctica testamentos privilegiados debe eliminarse la institución, que ha perdido interés e importancia.

Capítulo IX

9.0.1 Requisitos objetivos del fondo del testamento

9.0.1.1 Asignaciones Testamentarias

Una vez que se han estudiado los requisitos subjetivos del testamento, es necesario referirse a los relativos a la persona del testador y entre los sujetos, los de forma, que dicen relación con las solemnidades. Corresponde orientar la materia 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 esta índole. En cuanto al contenido, lo sustantivo del acto jurídico en si las asignaciones testamentarias son aquellas disposiciones que el testador hace de su patrimonio en favor de sus sucesores. Constituyen, por así decirlo, la parte medular del testamento, lo más relevante.

Toda asignación testamentaria debe contener dos elementos imprescindibles: el subjetivo y el objetivo. El subjetivo se refiere a la

persona en favor de la cual se hace la asignación, la persona que va a recibir la herencia o legado y debe cumplir los requisitos de ser capaz y digna, sin los mismos 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.

La ley equipara la certeza con la existencia, es decir, la persona que no existe no puede suceder testamentariamente. 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 que eran aquellas de que el testador no podía tener una noción precisa el 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 que es materia de la herencia o legado.

Así mismo, 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.

Además, 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, las personas inciertas y las personas indeterminadas no podrán invocar derecho alguno por más que consten en el testamento favorecidas con una asignación.

El testador a de proponer que la declaración de voluntad sea clara, precisa, 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: dejo cien mil dólares 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 que persona se refiere la asignación, la ley declara que es nula. Del texto mismo del respectivo precepto se infiere que puede admitirse no solo que la persona sea determinada, sino también determinable, porque acepta que no únicamente se determine por su nombre sino por indicaciones claras del testamento.

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 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 las asignaciones favor de los pobres;
5. Vale la asignación en favor de los parientes.

En los casos 1, 2, 3, y 4, las asignaciones se darán al establecimiento de beneficencia que el Presidente de la Republica designe, prefiriendo alguno de los del cantón o provincia del testador, en caso de haberlo, o se destinara a la formación de un establecimiento de esta especie. En lo tocante al último caso, el artículo 1092 prescribe:

“Lo que se deje indeterminante 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 entenderá llamados al mismo tiempo los del grado inmediato”.

Conviene aclarar la excepción contemplada en el numeral 3 pues bien puede ocurrir que el testador en una de sus cláusulas adopte esta expresión: “Dejo veinte mil dólares para que se celebren misas en sufragio de mi alma”, en cuyo caso se cumplirá la voluntad del de cuius, y únicamente cuando se diga, por el 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 prevén el caso del error en el nombre o calidad del asignatario en que vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona, por ejemplo: “Asigno diez mil dólares a mi sirvienta María Gualpa Gualpa” y la sirvienta es María Gualpa González. Otro ejemplo, dice el testador: “Dejo mi casa al señor José Martínez Vivanco, Rector del Colegio Luis Cordero”, y; el mencionado señor es rector del Colegio Juan Bautista Vázquez.

En cambio la asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se entenderá por no escrita; así, por ejemplo, dice el testador: “Asigno mi edificio al Doctor Juan Carlos Calle, médico que me ha atendido en mis enfermedades”, y no existe médico con ese nombre ni le ha atendido 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 no puede sucederle por razones obvias; inhabilidades que acarrea la de otras personas: cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados, empleados de servicio doméstico del referido notario o empleado ante quien se solemniza el testamento y de los testigos y todas las demás personas que incurren en incapacidad por el notario.

En este capítulo la ley se refiere a las disposiciones captatorias a las cuales las define como “aquellas que el testador asigna alguna parte de sus bienes, a condición que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos”. Y expresamente la ley prescribe que no serán válidas las mismas. Es importante indicar que 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 lo tanto son exigibles cuando se hace la apertura de la sucesión; no así el legatario que está obligado anticipadamente a pagar el impuesto a la sucesión y que a lo mejor no recibe opor-

tunamente su asignación a título singular y tiene que reclamar a través del camino judicial.

El art. 1088 dice:

“No vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo de por sí o no, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta”.

El artículo 1091 del Código Civil, por su parte, prescribe que:

“La elección de asignatario, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno”.

El testador tiene que señalar explícitamente la persona beneficiada con asignación, a menos que la herencia o legado estén reservados a favorecer a una persona que se destaque en un concurso. Ejemplo, si el testador dice: “dejo mi biblioteca al estudiante que escriba la historia de la historia de la Universidad Católica de Cuenca”, cuando originado un concurso, en el cual sus bases tendrán que manifestar el albacea o los herederos, si el testador no lo ha previsto.

El elemento objetivo de toda asignación testamentaria dice relación al patrimonio 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, es decir se pueden de nombrar asignatarios a título universal: herederos universales o herederos de cuota, o a título singular: legatarios de especie o cuerpo cierto o legatario de género.

Si el testador dice: dejo todos mis bienes Felipe, o asigno la tercera parte a Fausto, o asigno mi casa a Lucrecia; o dejo cuarenta mil dólares de Nube: en todos casos se cumple la norma. Hay objeto determinado, lícito y viable. Pero también puede una asignación no ser sobre objeto determinado más puede referirse a ciertos detalles de objeto que torna determinado cuando dice: Asigno a Gabriel la moto Yamaha que se encuentra en mi garaje. De lo contrario, la asignación será nula, se tendrá como no escrita.

A pesar de que el objeto de una asignación debe ser determinado, puede ocurrir que el testador, en una de la cláusulas testamentarias introduzca lo siguiente: “Asigno a la beneficiaria” y nada

más. Si nos atenemos a la regla, esta disposición se tendría por no escrita, sería nula.

En conclusión, el código nos recuerda que un testamento válido siempre predomina la voluntad del testador, siempre que esta se exprese dentro de los límites impuestos por la ley. Y en lo referente a la manifestación misma 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 el testador y toda persona que manifiesta su voluntad, puede hacerlo perfectamente en su propia calidad humana puede errar, sin embargo, lo que prevalece es la substancia, lo medular.

Tenemos la necesidad de saber interpretar el testamento acercándonos cuanto nos fuere dable a la intención de su creador quien genero una suerte de declaración para que surta efecto cuando el ya no es arbitro de su destino.

Capítulo X

10.1 Clasificación de las asignaciones

10.1.1 Asignaciones condicionales, a día y a plazo y modales

Las asignaciones, son puras o simples y no están sujetas a restricciones. Para el testador es importante hacer que su voluntad favorezca a una persona con una asignación, que sea de manera prolija sin problemas.

Son asignaciones simples, por ejemplo, las siguientes:

1. Nombro mi heredero universal a mi hijo Juan;
2. Dejo todos mis bienes a Pedro;
3. Sean mis herederas Consuelo, Mariana y Carmen;
4. Asigno la quinta parte de mi patrimonio a Fabiola

5. Es mi voluntad que mi casa de calle Veintimilla y Malo número seis – setenta y nueve, se entregue después de mis días a Susana, Lucrecia, María José y Marcelo;
6. Dejo cinco mil dólares a Luis; y,
7. Asigno una camioneta a Juana.

Esto es lo procedente, sin embargo, nuestra ley conserva mandatos caducos y de la época feudal, que generan dificultades, constituyen un beneficio, pero a costa varias contrariedades.

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, son aquellas que están subordinadas al cumplimiento de una condición.

La condición es un hecho futuro e incierto del que depende el nacimiento o la extinción de un derecho.

Pueden existir dos clases de condiciones:

1. Condiciones suspensivas; y,
2. Condiciones resolutorias.

10.1.2 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 mí casa a María, si se gradúa de abogada. María puede ser una estudiante de derecho, inclusive que ha cursado todos los años, pero mientras no se gradúe 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, consonancia con los principios planteados oportunamente.

10.1.3 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. Ejemplo: dice el testador: Nombro mi heredero universal a Xavier si no contrae matrimonio con Paola. Xavier adquiere la herencia en el momento mismo de abrirse la sucesión, es decir al producirse el deceso del causante; mientras no se casa con Paola continúa en el goce del derecho de dominio al ciento por ciento, es decir mantiene su carácter de heredero universal. Más, si se casa con Paola, se extingue su derecho por cuanto violó la prohibición contemplada en la asignación; por el solo hecho de consumir 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 Borrero a Lola, si no deja sus estudios;
- b) Dejo mi biblioteca a Ramiro, si no va a radicarse en los España.

En estos casos, 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. Las condiciones en general, jurídicamente hablando, están sujetas a dos requisitos sine quanon: 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 dólares 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.

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 1099 del Código Civil 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 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, cuando el testador desconocía que se ha utilizado el hecho materia de la condición, se mirará como cumplida, cualquiera que sea la naturaleza del hecho. Pero, 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 Juan Diego y le impone la condición de que viaje a Buenos Aires; y éste ya viajó a esa ciudad antes del 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. 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 dólares a Sebastián, si se casa con Guadalupe; y aquel contrato 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.

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 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 viudedad 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 como ineficaces:

- a) Valen las asignaciones condicionales en que se prohíbe contraer matrimonio antes de la mayoría de edad, o antes cumplir determinada edad;
- b) Es así mismo 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 prohibida 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 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 no constituye derecho. Además, al tiempo de cumplirse la condición, el heredero o legatario tiene que reunir los dos requisitos indispensables: capacidad y dignidad.

Sólo cumplida la condición, el asignatario entra a ejercer los derechos de titular del dominio sobre el bien designado como herencia o legado.

Entre las múltiples consideraciones que pueden formularse en torno a la problemática de las asignaciones condicionales, surge siguiente: ¿Si la condición se cumple a posteriori de la muerte 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. Si el causante, por ejemplo, en cláusula testamentaria dice: “asigno mi casa a Margarita, si Cristian publica su libro sobre Registro de la Propiedad”, 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 existir al tiempo mismo de consumado el acontecimiento.

El testador, dice: asigno mi hacienda a Andrés, siempre y cuando se gradúe de ingeniero civil. Se trata de una asignación clara, tan pronto como gradúe de ingeniero civil adquirirá el derecho, pero no tendrá opción a los frutos por el tiempo anterior, porque sólo el cumplimiento de la condición generó su derecho.

Asignaciones a día y a plazo: 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 obligatoriamente se va a ejecutar. El día es más habitual que el plazo; ya que éste, es una clase de aquél. El plazo es lo específico, lo concreto; el día es lo genérico, lo abstracto.

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, cómo el 10 de octubre de 2017.

Día cierto e indeterminado: es aquel que inevitablemente 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 sabemos cuándo llegará, como el día del cumpleaños de una persona especial.

Día incierto e indeterminado: es aquel que no sabemos si llegará o no y cuándo llegará, como el día que exista otra Constitución en Ecuador.

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.

El día es lo común; el plazo, lo especial. Todo plazo es necesariamente día, más no todo día es plazo.

Ahora antepongamos a cada caso de asignación a día las preposiciones: “desde ” y “hasta ”, para subordinar la casuística a los principios de derecho.

Cuando antepone 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.

Desde día cierto y determinado: Asigno a Enrique la suma de quinientos dólares mensuales desde el 10 de enero de 2017. 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.

Desde día cierto e indeterminado: Lego mi casa a Enrique desde el día en que fallezca Fanny. Hay una condición; la asignación está subordinada a la muerte de Fanny.

Desde día incierto y determinado: Asigno mi heredero universal a Víctor Manuel 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 carro a Marcelo desde que se gradué de su maestría de contabilidad. Es el caso clásico y perfecto de la condición; no sabemos si se graduará, ni cuando se graduará.

Con la preposición desde, 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 y si no llega el día transcurren quince años o antes fallece el asignatario, asimismo heredero adquiere de todos modos el derecho de dominio, que fatalmente se extingue por la llegada del día.

No así en el caso de plazo. Supongamos que el testamento consagra una cláusula que diga: Lego a Juan mi casa desde el primer año de mi fallecimiento; si Juan 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 Juan Pablo si se gradúa de abogado y éste fallece en antes de graduarse, como no se cumplió la condición, no transmite el derecho a sus herederos, pues estaba pendiente el cumplimiento de la misma. Ahora, antepongamos la preposición “hasta ”, con los correspondientes ejemplos, para analizar sus efectos jurídicos.

Hasta día cierto y determinado: Ejemplo: asigno trescientos dólares mensuales a Carlos hasta el 4 de octubre del 2020. Lo cual significa que el legatario gozará de la asignación tan sólo hasta el cumplimiento del plazo. El testador hace la siguiente disposición: Dejo mi quinta “Ana María ” a Josué hasta el 30 de agosto de 2018. 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.

Hasta día cierto e indeterminado: *Ejemplo:* asigno mi casa a Bolívar hasta su muerte. También en el presente caso se producen dos figuras jurídicas, las enunciadas en los casos precedentes: un plazo y un usufructo. Los herederos de Bolívar, muerto éste, no tendrán derecho alguno sobre la asignación, pues se trató de un me-ro 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 Bolívar, serán los herederos de aquél, quienes le suceden en dicho bien.

Hasta día incierto y determinado: *Ejemplo:* Asigno mi finca a Manuel hasta que cumpla treinta años e instituyo heredero a David. 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 David, el cual se reserva sólo la nuda propiedad y tiene que esperar el cumplimiento del plazo, esto es que Manuel cumpla la edad requerida.

Hasta día incierto e indeterminado: *Ejemplo:* Dejo mi casa a Carmen hasta que se gradúe de psicóloga; asigno mis bienes a Isaac 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 a 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.

Cuando se antepone la preposición “hasta ”, tenemos los casos 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 cuándo va a llegar, tanto que si no llega, el nudo propietario no adquirirá el derecho de dominio y el 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.

10.1.4 Asignaciones Modales

Son aquellas en las cuales el testador impone a su sucesor algún gravamen o el cumplimiento de una obligación. 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, que puede constituir una restricción al derecho pleno de dominio.

Pongamos ejemplos sobre casos de asignaciones modales, para comprender mejor su sentido y consecuencias:

- Dice el testador: Dejo mi casa a Luis, quien estará obligado a proveer doscientos dólares mensuales a Marcos por toda su vida. Esta es una asignación modal.
- Dice el testador: Dejo mi hacienda a mi hijo Juan Carlos, quien construirá y pondrá en funcionamiento una guardería para los hijos de los trabajadores.
- Instituyo como mi heredera universal a Lucrecia, quien suministrará dos mil dólares mensuales a Rosario en concepto de alimentos.
- Una persona otorga testamento y establece la siguiente disposición: Asigno la cuarta parte de mis bienes a Alexandra, quien atenderá a la educación de Paúl.

Se suele confundir la asignación condicional con la asignación modal, mientras en la asignación condicional, para adquirir el derecho de dominio se requiere que se cumpla la condición suspensiva; 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.

Es necesario saber qué pasa con el asignatario modal al no cumplir la obligación, 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.

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.

Dice Guillermo Bossano: 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 interrumpida 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 máximo 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 Ana, 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 ha impuesto esa obligación a su favor, puede o no cumplirla, sin hacerse 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.

Capítulo XI

11.1 Problemas relativos al legado de especie o cuerpo cierto

Con relación a los legados de especie o cuerpo cierto pueden presentarse muchos inconvenientes, algunos de los cuales han sido previstos por el legislador, para solucionarlos. Los principales problemas son los siguientes:

- a) El de cujus otorga testamento y lega un predio de su propiedad. Con posterioridad, procede a dar en venta o dona el referido bien inmueble. Se pregunta, ¿surte efecto el testamento? De ninguna manera, pues este tiene el carácter esencial de ser un acto jurídico con características singulares, que entra en vigencia post mortem 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 tenues limitaciones legales.

- 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 esta 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, solo 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 1147 del Código Civil).
- 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 prescribe que el asignatario de cosa singular solo 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. 1147).
- d) El causante por acto testamentario lega un terreno suyo que tiene, por ejemplo, dos 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 diez mil metros; nos preguntamos, ¿el legatario tendrá derecho a la totalidad del terreno? De ninguna manera, pues el legado es de especie o cuerpo cierto; lo único asignado fue la superficie de dos mil metros, y eso se deberá al asignatario a título singular y nada más.

- e) 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, y en general todas las que forman el ajuar de una casa? Al efecto, el artículo 1149 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 del segundo del artículo 592, sino solo 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.
- f) 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 ¿el legatario tendrá derecho a la hacienda y a todos los objetos en general que se hallan dentro de su circunscripción? El artículo 1149, en su segunda parte, reza: “No se entenderá que el legado comprende otras cosas que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y se encuentra en ella”.
- g) Si se lega un rebaño, se deberán los animales de que se propongan al tiempo de la muerte del testador, y no más.
- h) Presumamos que el testador dispuso de algunas cuotas de la especie cierta. Ejemplo: posee un terreno que tiene la superficie de veinte mil metros cuadrados, asigna a Augusta cinco mil metros cuadrados, o sea la cuarta parte y a Valeria cinco mil metros cuadrados, otra cuarta parte. Como quedan diez mil metros cuadrados, o sea la mitad del inmueble, queda claro a los herederos universales, ya sean testamentarios o abintestato.
- i) 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 le tendrá como escrita, siempre y cuando la enajenación no comprometiera ningún derecho de terceros.

11.1.1 Legados de género

Los legados de género, solo se refieren al género del bien asignado; como cuando el testador dice: dejo una moto; asigno un auto; 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, en el legado de género, a la muerte del testador, lo único que adquiere el asignatario es un derecho de crédito. Examinaremos primero los casos relativos a la pertenencia del objeto materia del legado:

- 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, 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.
- 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 este no poseía objeto alguno como el legado genéricamente, entonces la persona a la cual se le impuso esta obligación, tiene que entregar así, mismo 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 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.

- 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 solo existe uno, ese será materia del legado.
- Si se legado a una persona de una cosa, señalando como que pertenece al patrimonio del testador, o sea que este creyó que era suyo ese bien, y no ha sido así, el legado será nulo.
- La ley establece también cuando la asignación de género se refiera a una cosa de valor ilimitado, a un objeto valiosísimo que no estuviera dentro del patrimonio del causante, como una casa, una finca, etc., nada se deberá, y ni siquiera a las personas antes enumeradas, favorecidas por varias instituciones, en virtud del estrecho nexo con el 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 plantea 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 quienes les 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.
- 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 cumpliera 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, 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 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 el propio asignatario a quien el testador le impuso la obligación. Una vez escogido el bien, no habrá reclamo, a no ser que se pruebe que hubo engaño o dolo.

11.1.2 Legados de crédito- legados de condonación- legados de deuda- legados de alimentos

Con anterioridad y al clasificar los legados, sostuvimos que pueden ser materia de legado tanto los bienes corporales como los bienes incorporeales; entre estos último tenemos los siguientes:

1. legados de crédito
2. legados de condonación
3. legados de deuda
4. legados de alimento

Estudiemos cada uno de estos, 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 Víctor la letra de cambio, girada por mí, a mi orden, por diez mil dólares, el diez de octubre de dos mil dieciséis, a ciento ochenta días vista y con interés del doce por ciento anual desde el vencimiento; letra aceptada en esa fecha por David. Se entiende que se está legando el crédito exigible, no el simple papel o título ejecutivo. Al recoger el documento o letra de cambio, Víctor 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;
- 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.

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, este expresamente puede liberar a su deudor del pago de la obligación. Ejemplo: Teodoro debe al testador dos mil dólares; este en su testamento manifiesta: perdono a Teodoro dos mil dólares que me debe; o así: Teodoro 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 16 de abril de 2016, por dos mil dólares, a trescientos sesenta días visto y aceptados por Juan, 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 interpretara, entonces, que lo que le perdona es tan solo el saldo, lo que quedare adeudando al tiempo de abrirse la sucesión; y,
- c) Puede presentarse, asimismo, el siguiente caso: suponiendo que Mateo deba diez mil dólares al testador; este, al otorgar su testamento, manifiesta: lego a Mateo diez mil dólares. En el presente caso tendríamos dos figuras jurídicas: por una parte, un legado de género y, por otro, el crédito de Mateo a favor, de los herederos del causante, quienes tendrían derecho a reclamar el pago de capital e intereses y a su vez este se reservaría el derecho de recabar de aquellos el legado de diez mil dólares, 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 este, 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 esta 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 a la preexistencia mediante testamento, se reputará como que se trata de un simple legado. Ejemplo: dice el testador: Debo a Felipe mil dólares y ordeno que mis herederos paguen dicha deuda y exijan la devolución de la letra de cambio debidamente cancelada. En este caso Felipe recibe los mil dólares 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 dólares a Adrián y dispongo que se lo pague. Se reputa que se trata de un simple legado, sino presenta ningún documento, letra de cambio, pagare, 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 la 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 una deuda la disposición testamentaria.

4. Legados alimenticios: Recordemos que los alimentos son intransmisibles ya como derechos ya como obligaciones, si fallece el alimentario, se extingue 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 suministrara a Lucia mil dólares mensuales, en calidad de alimentos.

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 previsto;
- b) Si el legatario a quien el testador impuso la obligación de suministrar alimentos fallece antes de cumplir el plazo, suponiendo que haya fijado, termina la obligación del asignatario 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 Dolores, quien suministrará alimentos a Germania; como no se ha fijado ni cantidad ni plazo, entonces tal situación social de alimentario 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 Dolores a Germania, en concepto de legado de alimentos. 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, durara hasta que cumpla dieciocho años, y cesara si muere antes de cumplir esa edad.

11.1.3 Extinción 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 realiza un legado a Juan de su auto y este se destruye

por accidente, antes de la muerte del causante, no se debe al asignatario nada, pues se extinguió el legado. Si la destrucción del bien materia del legado no es total, sino parcial, subsiste el legado en la parte no destruida.

2. Por la venta y en general por la enajenación del objeto asignado. Ejemplo dice el testador: lego a Nancy mi casa de la calle Solano 8-78; y más tarde dona dicho bien raíz. Como el mismo ya no está en su patrimonio, y por consiguiente no existe al mismo tiempo de abrirse la sucesión, se extinguió el legado. 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 Valeria; más tarde enajena parte de dicho lote y por ventas y donaciones, el mismo queda circunscrito a una área de ochocientos metros cuadrados; pues el bien, vale el legado, solo que Valeria no tendrá más derecho que el relativo al inmueble en el estado que se encuentra al momento de abrirse la sucesión.
3. Se extingue el legado por el cambio de la sustancia 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 tiene 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 existe en bodega y el propio testador dispuso la confección de vestidos.
4. En el caso de legados de crédito, igualmente si el testador cobro y recibió el pago de su valor total, es indudable que se extingue dicho legado. Supongamos que Anita ha aceptado una letra de cambio por el valor de diez mil dólares, a favor de Begonia, quien al otorgamiento testamento, asigna dicho

crédito a Carlos. Más, al vencimiento, Anita paga a Begonia, y luego fallece este. Como no cubrió el valor total del capital e interés, se extingue la obligación en vida misma del causante y por consiguiente el legado de crédito también y Carlos 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 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.

Capítulo XII

12.1 Derecho de acrecer o acrecimiento

Existe el problema dentro de derecho sucesorio en el sentido de que si habiendo fallecido el antecesor, falta uno de sus sucesores; y puede faltar, por ser prematuro, 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 el 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 “Carolina” a Paul, Karla y Joaquín; fallece Karla antes que el causante, la porción que le habría correspondido si viviera, acrece a las que pertenecen a Paul

y Joaquín; de tal suerte que los únicos que adquieren el derecho de dominio sobre el mencionado fundo son exclusivamente Paúl y Joaquín y nadie más, puesto que se ha operado el fenómeno del acrecimiento.

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 este 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 aquel para recoger una misma asignación.

12.1.1 Requisitos para que surta efecto el derecho de acrecimiento

Deben concurrir 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.

Estudiaremos cada una de ellas:

1.- Debe existir el llamamiento a varios sucesores sobre una misma asignación

El artículo 1174 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. El llamamiento debe ser por lo menos a dos asignatarios a un mismo objeto de derecho. Ejemplo: dejo a Diego y Diana todos mis bienes. El objeto, en este caso, son: “todos mis bienes”.

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 del 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 Rosa, Sandra y Tatiana
- b) Asigno mi hacienda “Ana María” a Paul, Víctor y Josué

En el primer caso, si faltan Rosa y Sandra será Tatiana la heredera universal; en el segundo, si falta Paúl, serán legatarios Víctor y Josué.

La ley prohíbe 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 llamados a una misma cuota, entre ellos si 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 en la última parte del artículo 1175:

“Se asigna un objeto a dos o más personas por partes iguales, habrá derecho a acrecer”

Dice el testador: Dejo a Yadira y Zoila todos mis bienes, en partes iguales. Entonces, si falta Zoila, la porción de él acrece a la de Yadira.

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 inciso segundo del artículo 1177 enuncia 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 María del Carmen, Carlota y Alexandra, o cuando expresa: sea mi quinta de Nelly y Miguel Ángel; o a veces enlazada 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 Raquel e Ignacio siempre tenemos asignatarios conjuntos.

En cambio, cuando se hace el llamamiento a varias personas con una designación 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 cosas causales tanta vez invocada, la porción del que falta se junta a la de los demás.

Dentro de 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 con el carácter generalmente obligatorio:

- Llamarse a los asignatarios conjuntos dentro de una misma cláusula testamentaria, diciendo, por ejemplo: dejo mi casa a Fabiola y Natalia, mas no en varias cláusulas como por ejemplo en la cláusula tres: asigno mi casa número 6-25 a Fabiola y en la cláusula séptima: dejé la casa número 6-25 Natalia. En este caso se podría presentar una nulidad testamentaria.
- El llamamiento puede ser a asignatarios conjuntos en cuanto a la persona más no en cuanto a las cosas. Puede el antecesor en una cláusula testamentaria expresar de este modo: dejo a Martha y a Manuel mi casa y mi terreno respectivamente. Como se apreciará con toda propiedad se trata de dos asignaciones diferentes ya en lo tocante a las personas y en lo que concierne a los bienes. Por consiguiente, en el problema deducido no puede existir el derecho de acrecimiento porque

no hay coasignatarios esto es de dos personas llamadas a una misma asignación.

- También se puede presentar el caso por el cual el predecesor otorga un testamento solemne abierto, el quince de abril de dos mil diez y en el instituye un legado en la siguiente forma: asigno mi terreno de ubicado en la parroquia Javier Loyola a Margarita. Luego otorga otro testamento el veinte de marzo de dos mil once, pero en esta ocasión el testamento es solemne cerrado y en una de las clausulas dispone: a mi hermano Eduardo le dejó mi terreno de ubicado en la parroquia Javier Loyola. Por obvias razones el testamento valido es el último testamento otorgado.

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 existe derecho de acrecer, primero porque ya existe el sustituto y el segundo porque sobre la intención presunta del testador es nombrar sustituto. Ejemplo el testador dice dejo mi finca a Calos, Enrique y Oswaldo; más si llegara a faltar Carlos le sustituirá Nube; si faltare Enrique; sea de Piedad y si falta Oswaldo le sustituye Graciela. Como el testador expresamente designo 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 el problema planteado faltase simultáneamente Enrique y Piedad entonces la porción de Enrique se sumaría a las de Carlos y Oswaldo 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 terreno ubicado en cantón Biblián a Victoria, Jorge, y Freddy 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 la voluntad del propio testador se está eliminando el acrecimiento.

12.1.2 Efectos del derecho de acrecer o acrecimiento

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 falte no podría acceder a las principales que vienen a ser las propias asignaciones de cada uno de ellos.

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.

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 encuentran al tiempo de abrirse la sucesión.

Capítulo XIII

13.1 Derecho de sustitución

El Derecho de Sustitución es un acto previsto del testador para que, en el evento de faltar el asignatario principal exista una persona que lo 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 previstamente instituyó sustituto del asignatario principal, para que ocupe el lugar de este, en el evento de que llegue a faltar por cualquiera clase de circunstancia; es entonces cuando surge la figura de la sustitución.

La sustitución, por consiguiente, es el acto jurídico por el cual e testador designa una persona para que reemplace al asignatario, si este llegara a faltar por cualquier causa.

La llamada sustitución vulgar, a la cual la vamos a denominar común, es aquella por la que el testador 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 auto a Tania y nombro como su sustituto a Leandro. Asigno todos mis bienes a Víctor Manuel y si llegara a faltar, sea mi heredera universal Sofía. En los casos propuestos, si faltan Tania y Víctor Manuel, les sustituirán respectivamente, Leandro y Sofía, que son los asignatarios sustitutos.

13.1.1 Requisitos para surta efecto la sustitución

Como todo acto jurídico, para que surta efecto, debe reunir determinados requisitos y en tratándose de la sustitución es preciso que concurren 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. Solo por acto testamentario se puede instituir sustituto: La fuente de la sustitución vulgar o común es el testamento y solo se presenta, por lo tanto, en la sucesión testamentaria y jamás en la sucesión 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 es fue la voluntad del de cujus, porque si se quiere interpretar que este tuvo voluntad de nombrar a determinada persona, como sustituto del asignatario principal.

3. Debe faltar el asignatario principal: El tercer requisito es claro y obvio: que faltare 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 indigno, cuando no acepta o repudia la herencia o legado.

Al referirnos a la sustitución vulgar o común, debemos abordar la casuística, y así examinamos que pueden ocurrir varias situaciones:

- 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 moto a Pablo y si este llega a faltar, le reemplazará Hugo.
- Puede también presentar 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 Diego, y si falta este, sea de Estefanía y si tampoco puede suceder este; sea de Mateo.
- Asimismo, puede 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 futuro a Alex, si falta este sea de Blanca, si falta esta sea de Carmen, si falta esta, de Diana, etc.
- 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 Gómez Arriaga del cantón Azogues a Juan, Pedro y Pablo y si estos faltan sea de “Ana.
- 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 Rosa y si este falla sean mis herederos: Sandra, Tomás, Diego y Francisco.

13.1.2 La sustitución fideicomisaria

Mejor denominada como 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 Susana, la misma que pasara a Valeria, el día de su matrimonio. La condición está señalada, pues el día que contraiga nupcias es futuro e incierto, de tal modo que Susana es una titular fiduciaria mientras no se cumpla la condición. Pero en el evento de cumplirse la condición, tenemos una fideicomisaria, que es Valeria; por este, que tan solo tiene una expectativa desde que se abre la sucesión puede convertirse en fideicomisario y adquirir el derecho, el día que se case.

La sustitución fideicomisaria se rige plenamente por las normas de la propiedad fiduciaria. El fideicomisario lo único que tienen siempre es una expectativa y estará pendiente de que se cumpla la condición que nazca el derecho suyo 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.

13.1.3 Problemas que pueden presentarse en materia de sustitución

- 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 reemplazara otra. El motivo expreso de la designación fallo, más 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 Pedro, pero si este repudia la asignación, pasaran a María. Pedro 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.

- Cuando el asignatario de una cláusula testamentaria, en que 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. Ejemplo: Gustavo deja su casa en favor de Lourdes, y establece en la misma cláusula testamentaria, que si falta Lourdes, le sucederá Julia. La sustitución requiere que no exista el asignatario al tiempo de abrirse la sucesión; pero, en el caso propuesto, Lourdes, asignataria de Gustavo, sobrevive a este y porque sobrevive a Gustavo, recoge su derecho. Pero fallece Lourdes después de Gustavo 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.

Capítulo XIV

14.1 Acervos

El Derecho Sucesorio está vinculado al campo económico, es decir, se traduce por valores materiales. El acervo es la masa hereditaria que deja el causante a su fallecimiento. 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.

14.1.1 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 legítimos 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.

14.1.2 Acervo Común

Es el patrimonio del de cujus confundido con otros patrimonios, ya porque vivió bajo el régimen de la sociedad conyugal, ya porque integro corporaciones; o porque, por medio de contratos de arrendamiento, préstamo, comodato, etc., aparecen constituyendo su patrimonio al tiempo de abrirse la sucesión.

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 primera operación, cual es la separación de patrimonios, como lo prevé el artículo 1357, 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 patrimonio, dividiendo las especies comunes según las reglas precedentes”

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

El señor Marlon Fernández ha heredado de sus padres, conjuntamente con dos hermanos suyos una hacienda en la parroquia de Guapán, provincia del Cañar. Adquiere una casa en la calle Rivera de la ciudad de Azogues e integra una sociedad constituida por cinco miembros. Contrae matrimonio con la señora Gabriela Cajas, y en la sociedad conyugal adquiere los siguientes bienes: uno terreno en la Urbanización “Los Olivos”, una propiedad en la parroquia de Javier Loyola del cantón Azogues, una camioneta y todos los bienes muebles que se encuentran en la propiedad antes indicada. Fallece el señor Fernández, 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:

BIENES	VALOR
Hacienda en la parroquia Guapán	\$ 3'000.000,00
Casa en la calle Rivera	\$ 450.000,00
Capital de la Sociedad	\$ 1'000.000,00
Terreno en la ciudadela “Los Olivos”	\$ 300.000,00
Propiedad en Javier Loyola	\$ 250.000,00
Camioneta doble cabina FORD 150 – 2017	\$ 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 es de cinco millones doscientos mil dólares, patrimonio que no es partible, puesto que están involucrados bienes que no pertenecieron exclusivamente al causante y lo que se trata es de establecer precisamente que le correspondió líquidamente.

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

BIENES	VALOR
Derechos hacienda del parroquia Guapán	\$ 1'000.000,00
Casa de la calle Rivera	\$ 450.000,00
Cuota en la sociedad	\$ 200.000,00
Gananciales en el Terreno “Los Olivos”	\$ 150.000,00
Gananciales en la Propiedad Javier Loyola	\$ 125.000,00

BIENES	VALOR
Gananciales en la camioneta	\$ 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 contempladas por el artículo 1001.

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

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

1. Gastos de ultima enfermedad, funerales y judiciales, relativos a la apertura del testamento cerrado, si lo hubiera, apertura la sucesión, inventarios, etc.;
2. Deudas hereditarias;
3. Impuestos fiscales que gravan 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 líquido.

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

Las rebajas son cuatro existe jurisprudencia ya admitida y generalizada, que si el monto total de bienes, vale decir el acervo líquido, es tan limitado que no alcanza siquiera para todas 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 habrá gastos de mortuorios el comercio del dolor, aunque no siempre ni gastos de ultima enfermedad ni judiciales; pero la orden seria: gastos de ultima enfermedad, funerales y judiciales.

La segunda rebaja hace relación a las deudas hereditarias aquellas que contrajo el causante; que fueron exigibles a su vida, como

letras de cambio, pagares, créditos hipotecarios, etc., que representan títulos por las correspondientes obligaciones. Al fallecer, trasmite estas a sus herederos y tales obligaciones se convierten para el heredero en deudas testamentarias.

En relación con estas clases 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 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 solo 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 preferido. En vida misma podía el acreedor hacer valer su derecho, con mayor razón cuando su deudor a 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 solo los de la primera clase constituyen materia de rebaja y también aquellos que tiene 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.

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.

No todo conyuge tiene derecho a porción conyugal; el derecho está supeditado a ciertas circunstancias. El cónyuge supérstite que posee bienes propios, no tiene ningún derecho, siempre que ellos sobrepasan de la cuota que le correspondería por dicho concepto, esto es, la cuarta parte del patrimonio del antecesor, hecha las rebajas anteriores. Y si tiene bienes, pero no de tanto valor, solo tendría derecho a la diferencia y esta se denomina “porción conyugal del 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 conyuge sobreviviente representan un mayor volumen que el acervo líquido, de luego que, por lo común, los gananciales del conyuge difunto están formando el acervo ilíquido, del cual hay que hacer las rebajas de ley, de tal suerte que hechas estas y comparado dicho valor con los gananciales del conyuge supérstite, estos son mayores que aquel.

Realidad que no 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 contraria 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 este 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 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 partible, 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.

14.2 Acervos Imaginarios

Los acervos imaginarios han sido creados con el objeto de amparar a los legitimarios por donaciones que han sido realizadas por el causante.

Los legitimarios tienen derecho a la legítima rigurosa, que constituye la mitad del patrimonio del causante, pero pudiere ocurrir que a través de las donaciones no se cumpla con lo dispuesto en la norma; y de manera precisa para tutelar los derechos de los legitimarios, la ley ha creado acervos imaginarios, que son los siguientes:

1. Cuando las donaciones se han realizado a otros legitimarios; y,
2. Cuando las donaciones han sido hechas a no legitimarios.

Cuando las donaciones han favorecido a otros legitimarios, se forma el primer acervo imaginario, este constituye la suma del acervo líquido más los valores donados. Establezcamos un ejemplo:

Juan tiene cuatro hijos: Ana, María, Juan y Pedro. Dona a María \$50.000 y a Pedro \$100.000. El momento de su fallecimiento, realizadas las operaciones necesarias, se obtiene un acervo líquido de \$650.000. Por lo tanto, si el acervo es de \$650.000 se tiene que dividir esa cantidad en cuatro partes iguales por cuanto son cuatro hijos, es decir, a cada uno de los hijos les correspondería \$162.500. Pero se debe tomar en cuenta la situación de que María recibió \$50.000 y Pedro \$100.000 a través de la donación entre vivos, por lo que a cada uno de los hijos les tocaría recibir lo siguiente:

Ana: \$162.500

María: \$212.500

Juan: \$162.500

Pedro: \$262.500

Esta situación constituiría una forma injusta de repartición de bienes, por esta razón se instituye el acervo imaginario, que se forma de la siguiente manera:

Acervo Líquido	\$ 650.000
Donaciones María y Pedro	\$ 150.000
ACERVO IMAGINARIO	\$ 800.000

A este acervo imaginario dividimos el número de legitimarios, o sea para cuatro y obtenemos \$ 200.000 que sería la legítima rigurosa que sería para cada hijo que no recibió nada cuando su padre estuvo vivo, en cambio; los que recibieron, se resta la donación de la legítima, y por ende se deduce la cantidad recibida, por ejemplo:

Ana: \$ 200.000	\$ 200.000
María: \$ 200.000	\$ 50.000
Juan: \$ 200.000	\$ 200.000
Pedro: \$ 200.000	\$ 100.000
Total: \$ 800.000	\$ 150.000

Cuando la persona del causante ha realizado donaciones a no legitimarios encontramos tres 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.
- c) Que las donaciones sean cuantiosas.

Caso N°1: Donación igual o menor a la cuarta de libre disposición: Lo explicamos por medio de un ejemplo:

Acervo Líquido	\$ 130.000
Donación	\$ 30.000
Acervo Imaginario	\$ 160.000

Calculemos la cuarta de libre disposición que resulta \$ 40.000, es decir, el causante podría donar hasta cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, como ha donado \$ 30.000, no encontramos ningún problema.

Caso N°2: Donación mayor a la cuarta de libre disposición, pero no excesiva.

El predecesor ha donado a algunas personas, que no son legítimos valores que alcanzan los \$ 120.000, y el acervo líquido es de \$ 240.000. Ejemplo:

Acervo Líquido	\$ 240.000
Donación	\$ 120.000
Acervo Imaginario	\$ 360.000

De este acervo imaginario vamos a calcular la cuarta de libre disposición, para saber hasta cuanto la persona del de cujus podía donar, y encontramos que hasta \$ 90.000, lo que resulta inferior a lo donado, teniendo un exceso \$ 30.000. En esta situación tenemos que agregar al acervo líquido el exceso, para obtener un acervo imaginario:

Acervo Líquido	\$ 240.000
Acervo donado	\$ 30.000
Acervo Imaginario	\$ 270.000

De este nuevo acervo imaginario se debe calcular la mitad de las legítimas, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición, que se encontraría de la siguiente manera:

Acervo Imaginario	\$ 270.000
Mitad de legítimas	\$ 135.000
Cuarta de mejoras	\$ 67.500
Cuarta de libre disposición	\$ 37.500
Acervo Líquido	\$ 240.000

De lo que podemos deducir se ve afectada la cuarta de libre disposición que debería ser igual que la cuarta de mejoras y la mitad de las legítimas.

Caso N°3: Donación Excesiva

El antecesor puede haber realizado donaciones a no legítimos como en el siguiente caso:

Se dona a no legítimos la cantidad de \$ 340.000 y el acervo líquido tiene una suma de \$ 100.000.

Acervo líquido	\$ 100.000
Donaciones	\$ 340.000
Acervo Imaginario	\$ 440.000

Del acervo imaginario se debe tomar la cuarta parte para saber cuál era el valor que debía donar, y tenemos \$110.000, pero como donó \$340.000, nos damos cuenta que se trata de un exceso.

Donaciones	\$ 340.000
Cuarta de libre disposición	\$ 110.000
Diferencia	\$ 230.000

A la diferencia de la donación se le debe aumentar el acervo líquido, por lo tanto tenemos:

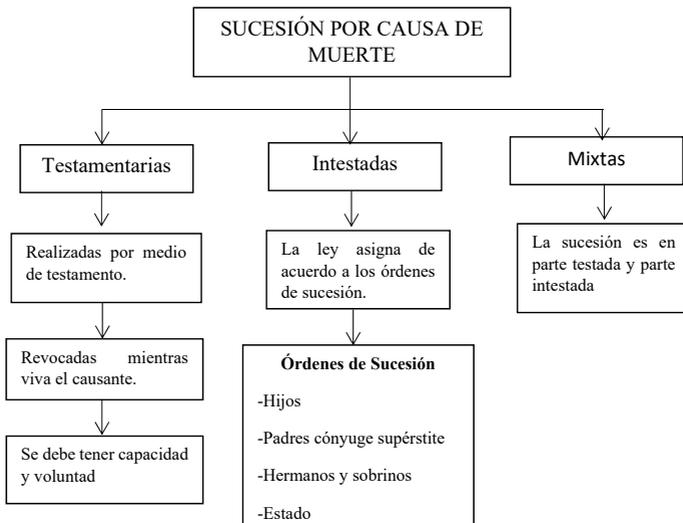
Acervo líquido	\$ 100.000
Diferencia o exceso	\$ 230.000
Total	\$ 330.000

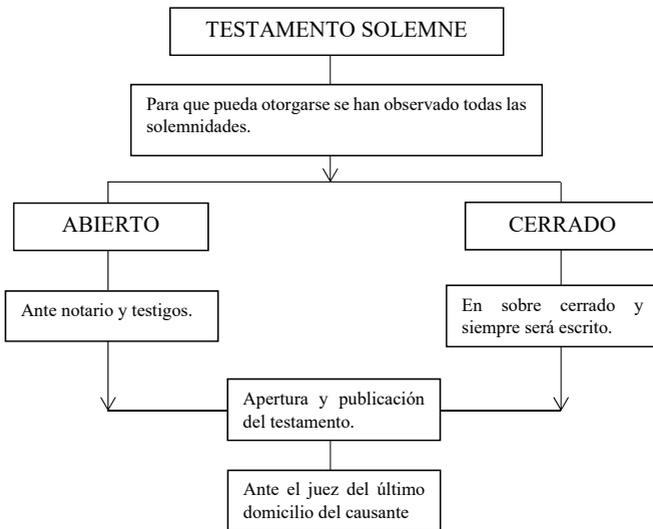
Este valor constituye el segundo acervo imaginario, por medio de este se debe obtener la mitad de legítimas y la cuarta de mejoras:

Segundo Acervo	\$ 330.000	
Mitad de legítimas	\$ 165.000	\$ 65.000
Cuarta de mejoras	\$ 82.500	\$ 82.500
Total	\$ 247.500	\$ 147.500

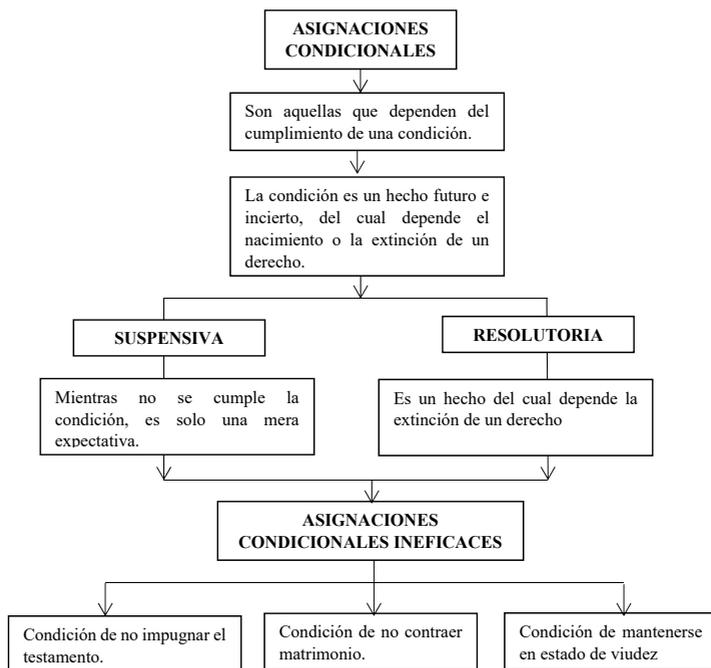
El acervo líquido es de \$ 100.000, y el total de la mitad de legítimas y la cuarta de mejoras tiene un valor de \$ 247.500 faltan \$ 65.000, para cubrir la mitad de legítimas y la totalidad de mejoras, un valor de \$ 82.500, que resta para cubrir dichos valores \$ 147.500.

Anexos

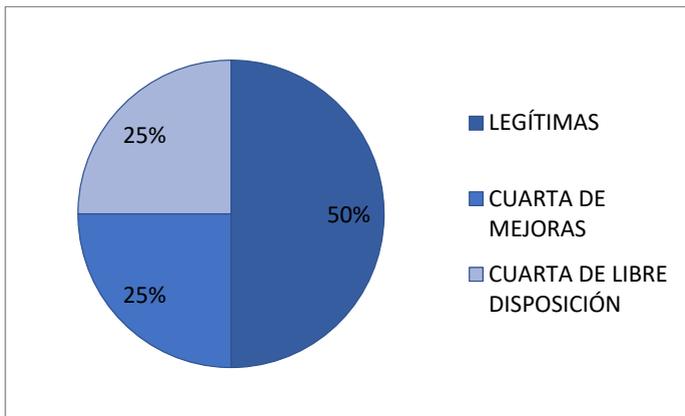








REPRESENTACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS, MEJORAS Y CUARTA DE LIBRE DISPOSICIÓN



Referencias

- Barros Errazuriz, A. (1931). *Curso de derecho civil* (Vol. V). Santiago de Chile.
- COGEP. (2016). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: MVAR.
- Constituyente, A. (2008). *Constitución de la República*. Montecristi.
- Elorriaga De Bonis, F. (2010). *Derecho Sucesorio*. Santiago de Chile, Chile: Abeledo Perrot.
- Larrea Holguin, J. (2004). *Derecho Civil del Ecuador* (Vol. IX). Guayaquil.
- Rinaldi, R. (2014). *Lecciones Ampliadas de Derecho Romano*. Buenos Aires: EDICTUM.

Otros títulos de la colección Ciencias Sociales y
Humanidades



Violencia Intrafamiliar. Beneficios de un Proyecto Social

Vanessa Quito Calle, Mónica Tamayo Piedra y Olga Neira Cárdenas

Hitos de la Constitución ecuatoriana

Colectivo de autores

Terapia de Pareja. Del enamoramiento a la Psicoterapia

Juan Pablo Mazón, Claudia Fuentes, Lesly Morales, Erika Peña y Omar Peralta

Otros títulos de la colección Salud y Bienestar



Correlación entre la Medicina de Laboratorio y las Ciencias Básicas y Clínicas

Julio César Sempértegui Vega, Sandra Patricia Ochoa Zamora, Poleth Estefania Sempértegui Alvarado y Mateo Esteban Zea Cabrera

Patología Estructural Básica

Yolanda Vanegas Cobeña, Nancy Vanegas Cobeña y Leonardo Morales Vanegas

Esquizofrenia. El enigma continua

Douglas Calvo de la Paz

Medicina Ancestral

Julio César Morquecho Salto

Otros títulos de la colección Ciencias, Ingenierías y Medio Ambiente



Análisis de Funciones Especiales

Carlos Fernando Méndez Martínez

Topografía aplicada a las Ciencias Agrícolas

Carlos Eloy Balmaseda Espinosa

Bioestadística

Froilán Segundo Méndez Vélez, Milton Bolívar Romo Toledo y Gabriela Alejandra Ortega Castro

Desafiando a la Ciudad Letrada. Formas antagonistas de urbanismo en América Latina

Antonio di Campli

Este libro se terminó de imprimir en los
talleres de Imprenta de la Editorial
Universitaria Católica de Cuenca
(EDÚNICA), el 15 de agosto de
2019, con un tiraje de 300
ejemplares, previa revisión,
aceptación y aprobación
del Área de Publicaciones de la
Universidad
Católica
de
Cuenca.



Cuenca - Ecuador

