

# CAPITULO VIII Sucesión testamentaria

45.- ETIMOLOGIA Y CONCEPTO DE TESTAMENTO. Descartada entre nosotros la sucesión contractual, la última voluntad en cuanto a la transmisión del patrimonio sólo puede ser expresada en un testamento. La palabra *testamento* (del latín "testamentum") según algunos autores es una palabra compuesta, viene de "testatio" y "mentis", y significa entonces "testimonio de la voluntad"; según otros procede de "testubis mentis", que hace relación al hecho de que el testamento es una declaración hecha ante testigos; y según otros proviene de "testari", no siendo por consiguiente compuesta. En el "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", de Guillermo Cabanellas (15a. Edición, Editorial HELIASTA S.R.L. Bs.As. 1981) se lee: "Etimología: la palabra *testamento* procede inmediatamente de la similar latina; *testamentum*; pero en cuanto a esta existen discrepancias notables. Así algunos autores romanos, como Aulo Gelio y Servio Sulpicio, a los que siguen Justiniano en las *Instituciones* y Alfonso el Sabio en *Las Partidas*, estiman que procede de *testatio mentis*, testimonio de la mente. Por el contrario, otros, alegando que eso es sólo un juego de palabras, la derivan de *testibus mentio*, la mención de los testigos, por la necesidad desde un principio de testar ante testigos, que antiguamente no solo eran medio probatorio, a lo cual se reducen en la actualidad, sino que aprobaban la mención o declaración hecha por el testador, en los comicios, del que quería que lo heredara". Como se ve, la etimología de la palabra está muy controvertida; no hay uniformidad en cuanto a su interpretación.

El jurisconsulto romano Modestino definió el testamento como "la justa expresión de nuestra voluntad, sobre lo que queremos que se haga

después de nuestra muerte", definición parecida a la de Ulpiano, de quien se dice fue discípulo, que reza: "La manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte" (Eugéne Petit: "Tratado elemental de derecho romano", traducido de la 9a. edición francesa, por José Ferrández, Editora Nacional, México 1966, p.514) y que fue criticada en su tiempo, porque no se conformaba con lo esencial del testamento romano, el que para su validez exigía la institución de heredero, a lo cual no hace ninguna alusión; pero por lo mismo, tal definición sí se compadece con el concepto actual de testamento, que no exige tal institución de heredero.

Nuestra legislación, antes de las reformas decretadas por la ya citada ley de 4 de agosto de 1902, definía el testamento diciendo: "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, conservado la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva". Cuando se dio la mencionada ley, además de introducirse la libre testamentifacción en un segundo inciso del artículo que contenía esa definición, esta fue modificada suprimiéndose la frase "más o menos solemne", dándose como razón para hacerlo que ella carecía de sentido, porque no había ningún término de comparación expreso ni tácito al cual se refirieran los adverbios *más* y *menos*; también se suprimió la última frase ("conservando la facultad... etc."); y para evitar que se entendiera que el objeto exclusivo del testamento es la distribución de bienes, se introdujo el vocablo "especialmente", en relación a la transmisión de los bienes, reconociéndose que aunque el objeto principal de los testamentos es disponer de los bienes, también pueden contener otra clase de declaraciones. Finalmente, por ley de 2 de Junio de 1907, se intercaló la frase "con las formalidades que la ley establece", quedando la definición tal como aparece hoy.

46.- TESTAMENTO EN SENTIDO FORMAL Y TESTAMENTO EN SENTIDO MATERIAL. Al introducir la palabra *especialmente* a la definición que de testamento da, nuestro legislador aceptó que al nuestro también le es aplicable la clasificación doctrinaria de testamentos en sentido formal y testamentos en sentido *material*, de lo que en seguida se hablará.

En un testamento hay que distinguir las *disposiciones* de última voluntad, que constituyen la parte más importante, que son las de contenido patrimonial, y se refieren por consiguiente a la distribución de bienes; y las *declaraciones* de última voluntad, que son manifestaciones de voluntad que no tienen contenido patrimonial, en el sentido que se ha dejado expuesto, como el reconocimiento de hijos naturales, nombramiento de guardadores y

consultores, reconocimiento de deudas, nombramiento de partidario, indicaciones sobre la forma de celebrar los funerales del causante y la mera revocación de un testamento anterior. Un testamento que sólo contenga *declaraciones* de última voluntad será testamento pero sólo en sentido formal; el que contenga siquiera una disposición de última voluntad, un legado o una donación revocable únicamente, por ejemplo, será un testamento en sentido material. La existencia de un testamento que sólo contenga declaraciones de última voluntad da lugar a la sucesión intestada, porque no obstante que hay testamento este no contiene disposición de bienes, los que tendrán que distribuirse conforme a las reglas de aquella. Actualmente, por lo común, los testamentos contienen tanto disposiciones como declaraciones de última voluntad; son testamentos tanto en sentido formal como en sentido material.

Esa declaración que de su última voluntad hace una persona es para que tenga *pleno efecto* después de sus días, eufemística expresión que sustituye a "después de que muera", lo que es indicativo de que el testamento también puede producir efectos antes de la muerte del testador, pero limitados, como cuando aquel ha hecho declaraciones de última voluntad que implican una confesión, tales serían los casos de que se hubiera reconocido un hijo natural en testamento abierto, y ese hijo hiciera valer el título así obtenido para pedir alimentos; cuando en la misma clase de testamento se ha reconocido una deuda y aquel a cuyo favor se ha hecho el reconocimiento exige el pago antes de la muerte del testador, usando el testamento para probar la existencia de la obligación; y cuando se hacen donaciones revocables o legados, y el testador hace la entrega material de lo donado o legado a los beneficiarios, pues en estos casos se constituye un usufructo. (Arts. 1117 y 1118).

47.- CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO. El testamento tiene algunas características que son comunes a otros actos jurídicos, y tiene características que le son propias.

En primer lugar, de la propia definición que de él da la ley, aparece que su primera característica es la de ser un acto solemne, como muchos otros, porque la manifestación de la última voluntad debe hacerse "con las formalidades que la ley establece", formalidades que ha prescrito específicamente para cada una de las clases de testamento que ella admite, según se verá al tratar de las formas testamentarias; pero hay tres que son comunes a todas ellas: a) la escritura del acto; b) la presencia de testigos; y c) la autorización por un funcionario. Han sido establecidas para dar precisión y certidumbre al acto testamentario, y no tienen el simple valor de prueba sino que constituyen la esencia del acto mismo; por ello su

cumplimiento no puede probarse por otros medios que el mismo testamento, de este debe aparecer que fueron cumplidas, de lo contrario el acto es nulo.

Otra de las características del testamento es la de que es un acto unilateral, queda perfecto con la sólo declaración de voluntad del testador, no necesita del concurso de la voluntad de otra persona para su validez, pues no se trata de una declaración de voluntad *recepticia*, no está destinada a ser aceptada por otra persona; sin embargo, para que las disposiciones que contiene produzcan efectos sí es necesario que sean aceptadas por aquellos a quienes son ofrecidas, pero esto es cosa muy distinta a la validez del testamento.

Es un acto individual, característica a la que se refiere la ley en el artículo 1000 diciendo que es un acto de una sola persona. Así, son nulas todas las disposiciones contenidas en un testamento otorgado por dos o más personas, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes o de terceras personas. Antiguamente se permitía que dos a más personas otorgaran testamento en el mismo acto; eran los testamentos llamados *mancomunados*, que cuando eran en beneficio recíproco de los otorgantes se denominaban "de hermandad", muy usados entre los cónyuges; cuando se hacían en beneficio de terceros estos eran, por lo general, los hijos de los otorgantes. Presentaban la dificultad de no poder ser revocados por uno solo de los otorgantes, porque la voluntad del uno estaba supeditada a la del otro. Pero nada impide que por actos separados dos o más personas otorguen testamentos recíprocos: una persona testa a favor de alguien, y éste, en otro acto, lo hace a su vez en favor de aquella. Aun cuando la ley establece la nulidad de todas las disposiciones del testamento cuando ha sido *otorgado* por dos o más personas a un tiempo, o sea, cuando dos o más personas han expresado su última voluntad en el mismo instrumento testamentario, se ha llevado a tal extremo la aplicación de esta prohibición que ni siquiera se admite la concurrencia de otra persona al acto testamentario aunque no sea para otorgar testamento mancomunado, como sería la concurrencia de una persona reconocida ahí como hijo natural, aceptando tal reconocimiento, o de intérpretes cuando el testador no pueda expresarse en idioma castellano, que sí se admiten cuando se trata de cualquier otro acto jurídico.

Es también un acto personalísimo (Art. 1001), debe ser otorgado siempre por el propio testador, no puede conferirse poder para testar, ni siquiera un poder especial y exclusivo, porque la facultad de testar es indelegable. En el derecho antiguo existía lo que se llamaba testamento por *comisario* (delegado, mandatario), que era el otorgado por un tercero después de la muerte del causante, en virtud de un poder que éste le había conferido.

Y finalmente es un acto revocable, diciendo al respecto nuestra ley (Art. 998) que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente

revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas, y que las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento. Ello indica que la revocabilidad del testamento es de orden público, porque debe contener la expresión de la *última* voluntad del causante; y como la voluntad es cambiabile, mutable, esencialmente ambulatoria como comunmente se dice, tales cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras harían prevalecer una voluntad que pudiera ya no existir, sobre la última que en realidad *tuvo* el causante; contrariamente, si éste expresó su voluntad mucho tiempo antes de su muerte sin haberla modificado, esa será siempre la última, porque ha persistido en ella. También agrega la ley, a propósito de esta característica, que si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita. Esas cláusulas, que se llamaban cláusulas "ad-cautelam", eran admitidas en el derecho antiguo, y tenían por objeto proteger al testador de las presiones que pudieran hacerse para que revocara su testamento. La revocación no valía si en ella no aparecía la señal, que podía consistir en ciertas expresiones como "por el amor de Dios", "Jesús, María y José", "por las tres Divinas Personas", "en nombre de Dios", y así por este estilo, pues su omisión indicaba que el testador había sido obligado a hacerla. Esto no es necesario, precisamente porque una revocación puede a su vez ser revocada por otra, y, además, si en el otorgamiento de la revocación interviene un vicio de la voluntad, puede ser anulada.

Conviene poner de resalto que sólo son esencialmente revocables las *disposiciones* de última voluntad; en cuanto a las declaraciones de última voluntad, algunas son revocables y otras no. No lo son las que implican confesiones, como el reconocimiento de un hijo natural o de una deuda.

Tanto las disposiciones como las declaraciones de última voluntad deben ser clara y expresamente consignadas en el testamento, no admitiéndose por consiguiente que en él sólo se haga referencia, para que se tenga como manifestación de última voluntad, a lo dicho en otros actos o declaraciones de voluntad contenidos en documentos, libros y papeles a los que se refiera el testador, aunque éste ordene que se tengan por incorporados a su testamento (Art.999), que es lo que se llama "cláusulas reservatorias" o "memorias testamentarias", y esa mención que de dichos documentos, libros o papeles se haga en el testamento, no les confiere más valor (probatorio) que el que antes tenían, como si en el testamento se hubiera hecho mención a un documento privado, caso en el que este seguiría siendo privado.

Pero a lo anterior existe una excepción, aun cuando en otro cuerpo

legal, la del fideicomiso mixto, que es el que comienza a ejercerse en vida del fideicomitente y continúa después de su muerte, y se constituye con las formalidades de los fideicomisos entre vivos, por escritura pública, pero debe confirmarse en el testamento del fideicomitente, teniéndose como incorporadas en él, con valor de cláusulas testamentarias, las disposiciones fideicomisarias, ya sea consignándolas íntegramente o haciendo clara y precisa referencia a la escritura que las contenga, según está prescrito por el artículo 1234 del Código de Comercio.

48.- ELEMENTOS DEL TESTAMENTO. En los testamentos se distinguen dos clases de elementos, también llamados requisitos del testamento: los elementos o requisitos intrínsecos o internos, y los elementos o requisitos extrínsecos o externos. En los primeros se comprenden: 1) la capacidad del testador; 2) la ausencia de vicios en la manifestación de la voluntad del testador o voluntad exenta de vicios; y 3) el conjunto de disposiciones que contiene. Los elementos o requisitos extrínsecos o externos son las formalidades que la ley exige para cada una de las clases de testamento que admite y reglamenta. Estos últimos son, entonces, los que dicen relación con las formas testamentarias, de que en el número siguiente se tratará, porque para cada una la ley ha previsto solemnidades dentro de las cuales debe manifestarse la última voluntad (Salvador Fornieles: "Tratado de las Sucesiones", Cuarta Edición, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina S.A., Bs. As. 1958, pág. 152).

La capacidad para testar, en cuanto a la edad, no coincide con la capacidad de ejercicio en general, pues una persona es capaz para testar cuando llega a la edad en que según la ley deja de ser impúber y se vuelve núbil, lo que significa que la mujer puede testar cuando ha cumplido doce años de edad y el hombre cuando llega a la edad de catorce años, a partir de los cuales y hasta los veintiuno se les denomina menores adultos; estos, pues, tienen capacidad testamentaria. El impúber, entonces, no tiene capacidad para testar. Tampoco la tiene el que al momento de hacer el testamento se hallara bajo interdicción por causa de demencia, aun cuando se probare que testó en un intervalo lúcido, porque los actos y contratos del demente posteriores al decreto de interdicción son nulos "aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido" (Art. 465); el que actualmente, esto es, al momento de testar, no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa, en donde entran todos los casos de insania (cuando no hay interdicción), el delirio febril, el sonambulismo, la sugestión hipnótica, los estados provocados por la ingestión de sustancias enervantes o alucinógenas, y hasta los estados crepusculares. En cuanto a las enfermedades mentales, si el demente ya estaba declarado interdicto cuando

testó, basta la prueba de esta circunstancia para que el testamento sea declarado nulo; si no lo estaba, hay necesidad de probar, para lograr ese objetivo, que el testador no estaba en su sano juicio cuando lo hizo, puesto que, según el artículo arriba indicado "los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente". Finalmente, es incapaz para testar el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente, en donde queda comprendido el sordomudo que no puede darse a entender por escrito, aun cuando pudiera darse a entender por signos, por el peligro que representa el que un tercero tenga que traducirlos. No obstante, hay que advertir que al sordomudo se le ha incapacitado no simplemente porque tenga ese defecto; la incapacidad se da cuando no pueda darse a entender por escrito. Si lo puede hacer y no es incapaz por cualquiera de los otros motivos indicados, podrá otorgar testamento, pero cerrado. De lo contrario no podrá testar en ninguna de las formas testamentarias admitidas.

La capacidad o incapacidad de una persona para testar se juzga al momento en que otorga su testamento, por manera que si alguien testa cuando le afectaba alguna de las causas de incapacidad relacionadas anteriormente, el testamento es nulo, aunque posteriormente deje de existir esa causa de incapacidad, no obstante que esto ocurra en un lapso muy breve. Cae por su peso que en tal caso la solución consistiría en otorgar otro. Por el contrario, el testamento válido, en cuanto a haber sido otorgado por una persona plenamente capaz para testar, no deja de serlo por el hecho de que después de su otorgamiento sobrevenga al testador alguna de las causas que según la ley incapacitan para testar, como cuando momentos después de hacerlo aquél cae en demencia.

Con lo dicho en relación a este primer elemento intrínseco del testamento, la capacidad para testar, del que se ocupa nuestra ley en los artículos 1002 y 1003, queda a la vez explicado en qué consiste la testamentifacción *activa*. La testamentifacción *pasiva* es la aptitud legal para recibir asignaciones testamentarias, cuyo estudio quedó hecho al tratar de las incapacidades e indignidades para suceder.

En cuanto al segundo elemento, la ley (Art. 1004) prescribe que las disposiciones testamentarias en que haya intervenido error, fuerza o dolo, son nulas en todas sus partes, y si el vicio afecta la celebración del acto, será nulo el testamento. Entonces, los vicios que en los actos jurídicos bilaterales afectan el consentimiento, en los testamentos pueden afectar la declaración de la última voluntad del testador. Pero hay que hacer un distingo: si el vicio sólo afecta alguna o algunas de las disposiciones contenidas en el

testamento, este no es nulo, sólo lo son las disposiciones afectadas; si todo el testamento ha sido otorgado bajo la influencia de cualquiera de esos vicios, si estos han afectado "la celebración del acto" testamentario, todo el testamento es nulo. En otras palabras, si el error, fuerza o dolo incidieron para "que se otorgara" el testamento, todo este es nulo; si sólo incidieron en la dictación de alguna o algunas de las disposiciones, solo esta o estas serán nulas. Al respecto, se dice que es muy difícil o que la fuerza afecte sólo alguna o alguna de las disposiciones testamentarias, aun cuando realmente se la haya usado con ese fin restringido, porque quien es víctima de ese vicio no expresa libre y espontáneamente toda su última voluntad, todo su testamento, porque tiene perturbadas sus facultades mentales, cayendo en la situación prevista por el No. 3o. del artículo 1002, aun cuando solamente se le quiera obligar a dictar alguna disposición en particular.

Estos vicios, en cuanto inciden sobre la voluntad del testador, no tienen tratamiento especial en la ley; sólo el error tiene alguno, pues respecto de él está prescrito (Art. 1040) que cuando recae sobre el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona, lo que significa que el testador puede haberse equivocado al nominar al asignatario, como cuando le llama Pedro Pérez llamándose realmente Juan, o al referirse al estado que tiene, como cuando lo designa como hijo legítimo no siéndolo, casado cuando es soltero, etc., y ello no vicia la disposición siempre que por otros datos suministrados por el mismo testamento no haya duda de la identidad del asignatario, como cuando habiéndose equivocado en el nombre agrega el testador que el asignatario a quien se refiere es el hijo menor de Diego Pérez y María de Pérez. También está prescrito acerca del error (Art. 1041) que la asignación que pareciera motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin él no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita; aquí la ley se refiere a los casos en que el testador, al hacer la asignación, manifiesta expresamente *el motivo* que lo indujo a hacerla (lo cual no es necesario para la validez de la asignación) y en ello hay un error de hecho, la asignación se tiene por no escrita, por no hecha, como en el ejemplo clásico de que el testador hace una asignación a Juan N., expresando que se la hace porque éste le salvó la vida, pero resulta que Juan no fue el que le salvó la vida. En esta hipótesis la asignación fue motivada por un error de hecho, apareciendo que no era a Juan a quien se quería favorecer; si no hubiera habido error esa asignación no habría sido hecha. Cuando el motivo no se expresa, es imposible establecer si el testador sufrió error, aunque en verdad haya sido víctima de él, y la asignación vale porque la mera o pura liberalidad es causa suficiente de ella.

En el caso anterior, al prescribir la ley que la asignación "se tiene por no escrita", en vez de disponer que se entregue a aquel a quien el testador se

quiso referir, que posiblemente sería lo más justo, se da como razón la de que el asignatario en una persona incierta (infra #57).

El artículo que dispone la nulidad del testamento, o de alguna de sus cláusulas, por error, fuerza o dolo fue redactado en esa forma en virtud de las reformas introducidas por la multicitada ley de 4 de agosto de 1902: antes de esta fecha sólo consideraba la fuerza como vicio de la voluntad del testador, en estos términos: "El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes".

El testador puede ser obligado a dictar una disposición o todo su testamento en sentido diferente al que él hubiera querido, mediante fuerza, presionándolo para que así lo haga. Esa presión puede consistir en hechos materiales (fuerza física) o en amenazas de males futuros (fuerza moral, coacción) que lo intimidan, que perturban su ánimo, sometiéndolo a la voluntad de quien lo amenaza; de ello resulta que el testamento no contiene la expresión de la última voluntad del testador, la voluntad declarada no coincide con la voluntad interna, y puede ser anulado si la fuerza recayó sobre la celebración de todo el acto, o pueden ser anuladas sólo la disposición o disposiciones en que incidió.

La fuerza, en cuanto afecta la voluntad del testador, no tiene regulaciones especiales, por lo que en este caso hay que recurrir por entero a lo dispuesto para el derecho contractual: en consecuencia, para que la fuerza vicie la voluntad del testador tiene que ser suficiente para producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, mirándose como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave, no quedando comprendido el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto (temor reverencial); y que para que la fuerza vicie la voluntad del testador no es necesario que la haya ejercido el propio asignatario que resulta beneficiado con ella, basta que se haya empleado por cualquier persona con el objeto de obligar al causante a testar en determinado sentido.

Lo mismo pasa con el dolo, que en lo civil consiste en inducir a una persona, mediante ciertas maniobras, a que se equivoque. Una acción es dolosa cuando se verifica con la intención de que otra persona incurra en un error. Es, pues, un error provocado o inducido. De consiguiente, aquí tampoco se presume el dolo sino en los casos especialmente previstos por la ley, como en el de la detención u ocultación de un testamento, que se presumen dolosas al efecto de producir indignidad. Pero, como en el derecho contractual se exige, para que el dolo vicie el consentimiento, que

sea obra de una de las partes, y esto no es posible cuando se trata de testamento, en los que la declaración de voluntad es unilateral, está unánimemente aceptado que cuando el dolo incide sobre la voluntad del testador puede ser obra de cualquier persona, pero siempre que sea determinante, cuando aparece claramente que sin él no se habría testado en la forma en que se hizo.

En relación a este punto hay que recordar que el que por fuerza o dolo obtiene alguna disposición testamentaria del difunto, o le impide testar o variar su testamento, se vuelve indigno de sucederlo.

Según se desprende del artículo 1552 C., la nulidad producida por los vicios del consentimiento es nulidad relativa. Así mismo, cuando el error, la fuerza o el dolo inciden sobre la voluntad del testador, deben producir la misma clase de nulidad. Sin embargo, esto no es unánimemente aceptado, pues hay quienes sostienen que en este caso la nulidad que producen es la absoluta, ya que no cabe hablar de nulidad relativa tratándose de testamentos, lo cual, de ser aceptado, significaría una derogación de los principios generales que en materia de nulidad prevalecen.

El estudio del último de los elementos intrínsecos del testamento, el contenido mismo del acto o conjunto de sus disposiciones, implica el análisis de las asignaciones testamentarias, que se hará en forma particular en el Capítulo 3 de este Título; y el estudio de los elementos extrínsecos es lo mismo que el estudio de las formas testamentarias o clases de testamento, que será el contenido del siguiente número.

49.- FORMAS TESTAMENTARIAS. La expresión de la última voluntad es la que constituye el acto de testar, que mediante el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por la ley se objetiviza en el instrumento llamado testamento; el conjunto de los requisitos que se han cumplido es lo que recibe el nombre de forma testamentaria. Entonces, forma testamentaria se le llama a un conjunto de requisitos que la ley establece para poder expresar válidamente la última voluntad.

La ley establece varias formas, entre las cuales puede escoger el causante, excepto en determinados casos, en que por circunstancias especiales está obligado a usar la que la ley le indica. Cada forma tiene sus solemnidades especiales, además de otras que son comunes a todas, que constituyen la esencia misma del acto testamentario; por ello se dice que la forma es el ropaje con que está envuelta la última voluntad del causante.

Las formas testamentarias se clasifican en algunas legislaciones en ordinarias y extraordinarias. Entre las primeras se distinguen las públicas y las privadas, y son las que toda persona que tenga la testamentifacción activa, la capacidad para hacer testamento, puede usar en cualquier circunstancia para expresar su última voluntad. Las extraordinarias son las que sólo pueden usarse en circunstancias especiales, que no permitan servirse de las formas ordinarias.

Las ordinarias públicas son: el testamento por acto público (abierto), y el testamento cerrado, también llamado secreto, místico, *in scriptis* (nombre que se le da porque el testador escribe sus disposiciones sin darlas a conocer oralmente) o tripertito, porque tomó sus reglas de tres fuentes romanas: el derecho civil, el derecho pretorio y las constituciones imperiales (E.Petit: ob.cit.). Sólo existe una forma ordinaria privada: el testamento ológrafo (de *holos*: todo, por entero; y *graphos*: escritura). Este testamento es privado porque no es autorizado por ningún funcionario, ni requiere la presencia de testigos; el testador lo escribe enteramente de su puño y letra (no puede hacerse a máquina) en cualquier clase de papel, lo fecha y lo firma. Después de la muerte de aquél debe ser protocolizado, previo el cumplimiento de ciertas formalidades que tienen por objeto verificar su autenticidad, llamado procedimiento de "adveración". Es un testamento muy expuesto a falsedades, alteraciones de toda especie, detenciones, ocultaciones, y a ser destruido fácilmente.

Este testamento existe en Estados Unidos de América, y entre los países latinoamericanos que también lo tienen se encuentra Perú, en donde se establece (Art. 707 C.C.) que "Son formalidades esenciales del testamento ológrafo: que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador".

Las formas extraordinarias son: a) el testamento verbal, que sólo se puede otorgar en inminente peligro de muerte y ante testigos, quienes después del fallecimiento del testador son llamados a declarar sobre las disposiciones que le oyeron dictar, y con base en esas declaraciones el juez pronuncia resolución en la que inserta tales disposiciones, ordenando que se tengan como tales, y ello constituye la prueba del acto; b) el testamento llamado "de aldeano", que se otorga en los lugares apartados (aldeas) de los grandes centros urbanos, ante el temor de fallecer sin poder otorgar un testamento en forma ordinaria, ante un alcalde o funcionario municipal equivalente; c) el testamento que se otorga en tiempo de peste, también ante un funcionario municipal o ante el jefe o director del lazareto u hospital de apestados, donde el causante está recluso, permisiones establecidas en vista

de que las ciudades invadidas por la peste eran puesta en cuarentena, y nadie podía salir ni entrar durante la cuarentena; d) el testamento llamado "ad pías causas", destinado a la creación de fundaciones, causas pías o piadosas, iglesias, etc., y que en Roma fue admitido a partir de la llegada de los emperadores cristianos al poder, que sólo requería dos o tres testigos (Héctor R. Goyena Copello: "Tratado del Derecho de Sucesión", LA LEY-Sociedad Anónima Editora e Impresora, Bs.As.1972); e) el testamento militar; f) el testamento marítimo (de este y el anterior se hablará detalladamente más adelante); y g) el testamento aeronáutico, que se otorga ante el Comandante o Capitan de la aeronave.

Nuestro Código Civil clasifica los testamentos (Art. 1005) en solemnes y menos solemnes o privilegiados. Los testamentos solemnes son: el abierto, llamado también público y nuncupativo (de nuncupare: nombrar), aunque esta última denominación no le es muy propia, porque el verdadero testamento nuncupativo es el verbal, pero se acepta porque el testador nombra a su heredero ante las personas que según la ley deben presenciarlo; y el cerrado. Los menos solemnes son: el militar y el marítimo. El criterio que ha servido para hacer esta clasificación es el cumplimiento de todas o sólo de algunas de las solemnidades que la ley ordinariamente requiere para testar. Testamento solemne -dice el artículo correspondiente- es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, y 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. En esto hay una gran impropiedad, porque en el fondo se está diciendo que el hecho de que un testamento sea solemne o menos solemne, queda al arbitrio del testador, en esta forma: si quiere que su testamento sea solemne, tiene que cumplir u observar todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, pero si lo quiere hacer menos solemne sólo tiene que omitir algunas de esas solemnidades, a su antojo, lo cual es absurdo. Lo que realmente ocurre es que no es el testador el que "puede omitir" algunas de las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, sino que las omitió el legislador, dejando sólo algunas para el testamento menos solemne, pero estas "algunas" que prescribe para los testamentos privilegiados tienen que ser cumplidas por el testador. Salta a la vista que sería mejor clasificarlas en ordinarias y extraordinarias, porque además, un acto jurídico o es solemne o no lo es, y si se exige para su perfección alguna solemnidad el acto es solemne, y si para otro se exige mayor número de solemnidades no por eso puede decirse que este es más solemne que aquél, los dos son igualmente solemnes sin que se pueda graduar la solemnidad.

## 50.- FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS SOLEMNES EN

LA LEGISLACION SALVADOREÑA. El testamento solemne, ~~debe el~~ artículo 1006 del Código Civil, es *siempre* escrito, disposición de la que ya no hay ninguna necesidad. Se debe a que antes de 1910 el ser siempre escrito era una característica especial del testamento solemne. El menos solemne o privilegiado en ciertos casos podía ser verbal. Actualmente, como se dijo antes, la escritura es una de las formalidades de todos nuestros testamentos, sean solemnes o menos solemnes; el testamento privilegiado ya no se puede otorgar en forma verbal.

El testamento solemne, abierto o cerrado, debe otorgarse ante notario, o en su defecto, ante un Juez de Primera Instancia con competencia en lo civil; y cuando el otorgante se encuentra en el extranjero y su testamento sólo debe surtir efectos en El Salvador, puede testar ante un notario salvadoreño, según el artículo 3 de la Ley de Notariado, o ante un Jefe de Misión Diplomática permanente o Cónsul de Carrera en nuestro país, pues estos también ejercen función notarial en los países en que están acreditados, de conformidad con el artículo 5 de la misma ley, en los casos y en la forma que ella establece, en relación con el artículo 40, regla 1a. de la propia ley. Siempre se otorga ante testigos, cuyo número varía según se trate de un testamento abierto o de uno cerrado, testigos que pueden ser de cualquier sexo y que deben reunir las condiciones exigidas en el artículo 34 de la citada Ley de Notariado, esto es, ser mayores de 18 años, conocidos del notario y domiciliados en la República, excepto cuando el instrumento se otorgue ante funcionario diplomático o consular, que sepan leer y escribir, hablar el idioma castellano y tener profesión u oficio; además, como condición especial para los testigos de un testamento, según la regla 4a. del artículo 40 de la precitada ley, deben conocer al testador, según más adelante se precisará.

Según lo anterior, el artículo 1007 del Código, ha sido modificado tácitamente por la Ley de Notariado, como ocurre con muchos otros artículos del mismo Código, pues en él se establecían incapacidades especiales para testigos de testamento y la habilidad putativa de los mismos en ciertos casos. Sobre la habilidad putativa para ser testigo de un testamento, de la que trata el penúltimo inciso del artículo citado, puede decirse que actualmente también existe un caso de habilidad putativa de los testigos de testamento, que consiste en que, cuando aquél es cerrado y en él se deja una asignación a uno de los testigos, esto lo convierte en interesado en el acto, y debería inhabilitarlo como tal testigo, y como consecuencia el testamento devendría nulo, pero no es así, porque la causa de la inhabilidad no era conocida cuando el testamento fue otorgado, ya que el testador no está obligado cuando usa esta forma testamentaria a hacer saber sus disposiciones; en consecuencia, como su interés no era conocido, era hábil putativamente. Lo único que no valdrá será la asignación hecha a su favor,

por incapacidad para recibirla, de acuerdo con el inciso 2o. del artículo 1044.

En la Ley de Notariado anterior a la vigente, que aparecía inserta en el Código de Procedimientos Civiles, se disponía -regla 3a. del artículo 1215- para la validez del instrumento público: "Que concurren a su otorgamiento dos testigos instrumentales conocidos del notario, que sean varones, mayores de dieciocho años cumplidos, domiciliados en la República, que sepan leer y escribir, que tengan profesión u oficios, y que no sean ascendiente, descendiente, hermano o cónyuge de alguno de los otorgantes, ni del notario, o sirviente doméstico o amanuense de éste". En cuanto a los testamentos, el mismo artículo disponía que debían cumplirse, u observarse, las disposiciones del Código Civil y además las que enseguida expresaba la mencionada disposición procesal, en las que ya no se hacía ninguna diferencia a los testigos.

En consecuencia, en esa época debía cumplirse lo dispuesto en el artículo 1007 del Código, que prescribe inhabilidades especiales para testigos de un testamento; pero según a Ley de Notariado vigente -artículo 34 inc. 3o.- "No podrán ser testigos los dementes, los ciegos, los mudos o los sordos; los condenados por delitos contra la propiedad o por los falarios; los que tengan interés conocido en el acto o contrato y el cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del notario o de alguno de los otorgantes"; y por otra parte, la regla 2a. del artículo 40 de la misma ley prescribe que: " Los testigos podrán ser de cualquier sexo y deberán reunir las condiciones expresadas en el Art. 34". Se confirma, por consiguiente, que la única disposición aplicable, en cuanto a las inhabilidades para ser testigo de un instrumento público, inclusive los testamentos, es el artículo 34 de la Ley de Notariado.

La regla 4a. del artículo 40 de la citada ley prescribe que es *indispensable* que los testigos conozcan al testado; con el término puesto de resalto se indica que si no es así el testamento es nulo. Esta circunstancia debe hacerse constar en el testamento. Cuando se trata de testamentos abiertos deben conocerlo todos, que conforme a la regla 3a. de esa misma disposición tienen que ser *siempre* tres; con esto se modifican las disposiciones del Código Civil que en ciertos casos exigen un número mayor. Y en caso de testamento cerrado, en lo que según la misma regla deben ser cinco, basta con que tres de ellos lo conozcan.

Respecto del notario, no es obstáculo el que no conozca al testador (o a cualquier otro otorgante) para que pueda autorizarle su testamento, abierto o cerrado; pero si no lo conoce debe identificarlo según se lo permite, en general para todo acto o contrato que ante él se otorgue, la regla 5a. del artículo 32 L. de N., en la parte que se refiere a la identificación que debe ha-

cerse por medio de la Cédula de Identidad Personal, pasaporte, tarjeta de extranjero residente, o cualquier otro medio igualmente *auténtico*, como serían la licencia para conducir vehículos automotores, carnet del Seguro Social, Carnet Electoral y otros; mas, si no fuera posible verificar así la identificación en caso de testamento, ya no es necesario que tal identificación se haga "con otros dos testigos idóneos conocidos del notario", sino que, según la ya citada regla 4a. del artículo 40 L. de N., la identificación se hará por medio de los mismos testigos instrumentales, porque es indispensable que éstos conozcan al testador, por lo menos tres en los testamentos cerrados como ya se dejó dicho, lo que no siempre ocurre con los testigos instrumentales en cualquier otro acto o contrato otorgado ante notario, porque en estos otros la ley no exige que los testigos conozcan a los otorgantes. Por eso es que cuando en estos otros casos el notario no conoce a los otorgantes ni pueda identificarlos por medio de documentos, debe hacer la identificación por medio de *otros dos* testigos, que se llaman testigos de conocimiento. Esto es lo que ya no es necesario cuando se trata de testamentos, porque aquí, cuando se da el supuesto anterior, los testigos instrumentales son a la vez de conocimiento. La forma en que se ha identificado al testador debe hacerse constar en el testamento.

Hay autores que sostienen que además de las formalidades exigidas por la ley, se pueden observar otras, como hacer concurrir un número mayor de testigos que el que la ley prescribe. A las formalidades que se observan sin que las exija la ley, se les llama "formalidades sobreabundantes".

Por último, hay que poner atención en que al decir la regla 3a. del artículo 40 de la Ley de Notariado, que en los testamentos cerrados "basta la concurrencia de cinco testigos", está modificando el artículo 1015 del Código Civil, que para esta clase de testamentos exige siete testigos.

51.- DE LOS TESTAMENTOS ABIERTOS. El testamento abierto se otorga por escritura pública, es un instrumento notarial; por ello, en el derecho comparado se le llama también testamento notarial. Consecuentemente, en su otorgamiento deben observarse las formalidades que en general prescribe la ley respectiva para la validez de tales instrumentos, y las que en forma especial se exigen para los testamentos, dualidad que viene a poner más en evidencia la importancia del acto testamentario.

De conformidad con el artículo 32 de la Ley de Notariado, la escritura matriz del testamento abierto debe asentarse en el protocolo, en idioma

castellano, indicándose el número de orden que le corresponda en aquél y con expresión del lugar, día y hora del otorgamiento. Pero cuando el testador no habla castellano, no es aplicable lo dispuesto por el ordinal 2o. del artículo citado en cuanto a que el otorgante se asistirá de un intérprete mayor de edad, porque según el artículo 1018 C., "cuando el testador no pudiere entender o ser entendido de viva voz, por el notario y testigos, sólo podrá otorgar testamento cerrado"; esto excluye que quien no habla castellano pueda otorgar testamento abierto, aún con la asistencia de un intérprete, por el peligro que representa que las disposiciones que dicta el testador tengan que ser traducidas al notario y testigos, no obstante que puedan haber casos en que dichas personas entiendan el idioma de aquél. En conclusión, cuando el testador no habla el idioma castellano, no puede otorgar testamento abierto, sólo cerrado.

En un testamento abierto, además de expresarse, como lo exige el ordinal 4o. del artículo 32 L. de N., el nombre, apellido, profesión u oficio y domicilio del testador, y si es extranjero (que habla castellano) también su nacionalidad y las mismas señas generales al principio enumeradas, debe hacerse constar, de conformidad con el artículo 1011 del Código Civil, las circunstancias de hallarse el testador en su sano juicio, el lugar de su nacimiento, si está o no vecindado en El Salvador, y si lo está, el lugar en que tuviere su domicilio, los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio, de los hijos habidos o legitimados en cada matrimonio, y de los ilegítimos que tenga por suyos, con distinción de vivos y muertos. Esto último significa que debe mencionar a quiénes ha reconocido como hijos naturales. La disposición correspondiente del Código civil de 1860 decía "...de los hijos naturales del testador y de los ilegítimos que tenga por suyos..." lo cual visto con mayor análisis parece un contrasentido, pero había diferencia entre unos y otros. La multicitada ley de 4 de agosto de 1902 suprimió la frase "de los hijos naturales del testador", dándose como razón la siguiente: "Como se ha suprimido la diferencia entre hijos naturales e ilegítimos reconocidos, la supresión que se ha hecho en el artículo citado en nada altera sus disposiciones, pues basta que se expresen los hijos ilegítimos que el testador tenga por suyos, para que queden comprendidos en esa denominación los reconocidos que hasta hoy han tenido el carácter de hijos naturales". La diferencia que fue suprimida (por la misma ley de reformas) consistía en que no todo reconocimiento de un hijo confería a este la calidad de natural, en ciertos casos sólo lo habilitaba para pedir alimentos, y a estos se refería antes la frase "ilegítimos que tenga por suyos", continuando como hijo ilegítimo de quien lo había reconocido, y esto es lo que ya no ocurre en virtud de esas reformas. Ahora siempre que una persona "tiene por suyo" a un hijo ilegítimo significa que lo ha reconocido como hijo natural, produciendo esto todos sus efectos, no habiendo ya necesidad de la otra parte de la antigua frase "de los hijos

naturales del testador- y mal habríase hecho si se hubiera dejado, porque ahora sí es lo mismo "hijos naturales del testador" que "ilegítimos que tenga por suyos".

Desde luego, el reconocimiento de un hijo natural también puede hacerse en el testamento, si el testador quiere; lo que la ley exige es que se mencionen los que ya se tienen por reconocidos.

Según el artículo 1010 del Código Civil, lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al notario y a los testigos; llenada esta formalidad esencial se procede a redactar la escritura. Pero el artículo 1012 del mismo Código dice que el testamento abierto podrá haberse escrito *previamente*, esto es, que permite que antes de que el testador haga sabedores de sus disposiciones a las personas que deben presenciarlo- -notario y testigos- tales disposiciones ya se hayan escrito, o sea, que ya se haya redactado la escritura según las instrucciones dadas por el testador en forma verbal o escrita. Mas, sea que se haya escrito antes de cumplir la formalidad esencial, o después de cumplirse esa formalidad, en uno o más actos, lo que significa que aun en este caso no es necesario que el acto sea continuo, el testamento debe ser leído todo él en alta voz por el notario; y durante esta lectura el testador debe estar a la vista de dicho notario y de los testigos, quienes deben oír el tenor de sus disposiciones; el cumplimiento de estas formalidades debe hacerse constar en la escritura, de lo contrario el testamento es nulo.

Acerca del momento de la presencia de los testigos creemos oportuno transcribir lo que al respecto dice don Santiago C. Fassi, comentando el Código Civil Argentino ("Tratado de los testamentos", Vol. I, Ed. ASTREA, Bs.As.1970, pág.175), porque lo consideramos aplicable en nuestro medio. Dice así: "La práctica conservada por el Código ha sido siempre que las instrucciones sean dadas al escribano en una o varias oportunidades, con anterioridad al acto testamentario propiamente dicho, consistente en su lectura y firma. Esas instrucciones se dan, el testamento se proyecta y se escribe en el protocolo sin la presencia de testigos y, cuando está inserto en el protocolo, recién se exige la presencia simultánea del testador, escribano y testigos, para proceder al acto final, que es el real e importante acto de testar, donde el disponente ratifica la coincidencia de su voluntad con el contenido de la escritura que perfecciona con su firma".

Si el testador es enteramente sordo, debe leer por sí mismo su testamento, y si no sabe o no puede, designará una persona que lo haga en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del notario (Art. 1012 infine) Este testamento, pues, se lee dos veces.

Todo ese conjunto de datos que se deben mencionar en un testamento abierto recibe el nombre de *enunciaciões*, porque no tienen nada de dispositivo, su objeto es dejar plenamente identificado al testador, dada la trascendencia del acto testamentario; en nuestro derecho positivo no tienen más función que esta.

Termina el acto, el otorgamiento del testamento abierto, por las firmas del testador, de los testigos y del notario, según lo prescribe el inciso 1o. del artículo 1013 del Código, que no tiene modificación alguna; pero los incisos 2o. y 3o. sí están modificados por las disposiciones pertinentes de la Ley de Notariado, porque cuando el testador no sabe o no puede firmar, además de que debe hacerlo a su ruego cualquiera de los testigos u otra persona, debe expresarse la causa por la cual no firma, y dejará la impresión digital del pulgar de la mano derecho o, en su defecto, de cualquier otro dedo que especificará el notario, o funcionario que esté ejerciendo la función notarial, y si no tiene ningún dedo bastará que así se haga constar. El inciso 3o. del artículo citado debe ser suprimido por haber sido derogado, ya que se opone a las prescripciones de la Ley de Notariado, porque según esta, todos los testigos instrumentales deben saber leer y escribir, y entonces ya no puede presentarse la situación de que alguno de los testigos del testamento se halle en el caso de no saber o no poder firmar, como sí puede ocurrir con el testador según se ha visto.

Para terminar el estudio del testamento abierto trataremos ahora en forma especial del testamento del ciego. Esta es una de las personas que por su defecto físico no es libre de escoger la forma testamentaria en que desee testar, sino que está obligado a testar nuncupativamente, porque en esta forma tiene el amparo de la honorabilidad del notario y testigos para que sus disposiciones sean las mismas que se consignent. Está regulado por el artículo 1014 del Código Civil, pero, tal como se dejó enunciado en el número anterior, tal disposición ha sido modificada por la Ley de Notariado, en cuanto a que ya no se requieren cinco testigos, sino solamente tres, como en todo testamento abierto, ya se otorgue ante notario, ante Juez de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil o, en su caso, ante funcionario diplomático o consular. La frase "o en defecto de aquellos funcionarios ante un Juez de Paz y siete testigos", debe suprimirse, ya que los Jueces de Paz dejaron de tener función notarial en absoluto. Esta función la tenían según el ordinal 4o. del artículo 1209 del Código de Procedimientos Civiles, Título III "De la Ley de Notariado", que decía: "4o.- Los jueces de primera instancia con jurisdicción en materia civil y los de paz, en los casos permitidos por el Código Civil". Ahora, el inciso 2o. de la ley vigente dice: "Los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil, podrán ejercer el notariado tratándose de testamento, según se prescribe en esta ley".

Continúan vigentes las formalidades especiales del testamento del

ciego, que consisten en que su testamento debe ser leído en alta voz dos veces, la primera por el notario o funcionario, y la segunda por uno de los testigos elegido al efecto por el testador, debiendo hacerse mención especial de esta solemnidad en el testamento, y cuya omisión produciría la nulidad del mismo.

52.- DE LOS TESTAMENTO CERRADOS, Con el artículo 1015 comienza en el Código Civil la reglamentación del testamento cerrado o secreto. Este artículo también hay que adecuarlo a lo dispuesto por la Ley de Notariado, en el sentido de que ahora debe entenderse que el testamento solemne cerrado puede otorgarse ante notario, o en defecto de este ante el juez de Primera Instancia, nunca de paz, ni siquiera cuando tenían función notarial porque entonces sólo podían autorizar testamentos abiertos, o en su caso, ante funcionario diplomático o consular salvadoreño, y siempre ante cinco testigos, de los cuales tres al menos deben conocer al testador. Sólo pueden usar de esta forma las personas que saben leer y escribir, aún cuando sea sólo en un idioma distinto al castellano (Art. 1016) por la razón de que tendrían que recurrir a un tercero para que se los escribiera y luego no podrían leer lo escrito, quedando expuestos a la falta de correspondencia entre lo dictado y lo escrito, ya que la redacción de este testamento es un acto privado; de ahí su nombre de testamento secreto.

Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado, según el artículo 1017 C., modificado por las prescripciones de la Ley de Notariado, artículo 41, es el acto en que el testador presenta al notario (o funcionario) y testigos, *dos* ejemplares de su testamento en cubiertas cerradas separadas, expresando de *viva voz* y en forma clara y precisa, salvo el caso de que sea mudo, pues este puede hacer esa declaración escribiéndola en presencia del notario y testigos, que esas cubiertas contienen cada una un ejemplar de su testamento y que están firmadas por él.

Al establecer esa formalidad esencial, después de decirse que la declaración se hará de *viva voz* y de manera que el notario y los testigos vean, oigan y entiendan al testador, se agrega: "salvo el caso del artículo siguiente". El intérprete espera entonces encontrar cuál es la salvedad en el artículo 1018, pero este no se refiere al cumplimiento de la formalidad esencial; el que sí lo hace en el inciso 2o. del mismo artículo 1017 en donde realmente está la salvedad, pues dice, refiriéndose a la declaración que de *viva voz* debe hacer el testador: "Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del Notario y testigos". Y esto es lo que debería figurar, en forma general para todo el que no pueda entender o ser entendido de *viva voz*, en el artículo 1018, con lo cual desaparecería el mencionado inciso 2o. del 1017.

Ambos ejemplares del testamento, que están contenidos en los sobres (sobrescritos), carátulas o cubiertas, pueden haber sido escritos por el propio testador o por un tercero, a mano o a máquina, pero en todo caso deben ser firmados por el testador; éste puede, si quiere, estampar un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de las cubiertas; lo que generalmente se usa es lacra en la cerradura de los sobres, en la que se estampa la marca, que puede ser la figura de un anillo, por ejemplo.

Inmediatamente después de que le son presentadas las cubiertas al notario, en presencia de los testigos, haciéndole la declaración que queda dicha, aquél debe proceder a *legalizarlas* conforme lo prescribe en el inciso 6o. del artículo 1017 C., en relación con el artículo 41 L. de N.; esta legalización consiste en asentar sobre cada una de las cubiertas que contienen el testamento, una acta, que se encabeza con el epígrafe "TESTAMENTO", y comienza con la expresión del lugar, hora, mes, día y año del otorgamiento, luego siguen los datos relativos a la identificación del notario o funcionario autorizante y de los cinco testigos (la de estos últimos se puede hacer también al pie del acta), que comprenden nombres y demás señas generales, indicando cómo se leen sus firmas, lo que, aunque la ley no lo exige es de una gran importancia práctica; enseguida se identifica al testador, si es que el notario no lo conoce, en la forma que en otro lugar se indicó, expresándose su nombre y demás señas generales, incluyendo su nacionalidad si fuere extranjero, y se consigna algo que la ley no dice expresamente, pero que es la sustancia de esta acta, que el testador hizo la manifestación, de viva voz o por escrito en los casos permitidos, en que consiste la formalidad esencial de este testamento, o sea, que presentó al notario y testigos dos cubiertas cerradas conteniendo cada una un ejemplar de su testamento y que están firmadas por él, indicando, si esto hubiere ocurrido, que el testador estampó un sello o marca, o que empleó cualquier otro medio para la seguridad de las cubiertas, expresando cuál es en todos los casos. Enseguida se cierra el acta, haciéndose constar que sus efectos se le explicaron al testador, que este estaba en su sano juicio y que se leyó en alta voz (no es necesario decir "en altas, claras y pausadas voces") en presencia del testador y testigos, terminando el otorgamiento con las firmas del testador, si todavía puede hacerlo, si no, se le da cumplimiento a lo prescrito por el ordinal 12o. del artículo 32 L. de N., de los testigos y del notario o funcionario autorizante, quien deberá estampar su sello y adherir a cada una de las cubiertas un timbre fiscal del valor de cuarenta centavos, que sustituye al papel sellado del mismo valor en que ordinariamente se asientan las actas notariales.

Hay quienes consignan en las actas de legalización todas las enunciaciones a que se refiere el inciso 2o. del artículo 1011, pero la ley sólo las exige para los testamentos abiertos, lo mismo que lo prescrito en el

inciso 3o. del artículo 1012, ambos del Código Civil. Cuando lo hacen caen en lo que se llama "formalidades sobreabundantes", de que ya se habló. Pero si es necesario, tanto como lo es para un testamento abierto, que se haga constar que los testigos conocen al testador, además de que ellos son conocidos del notario o funcionario, como en todo caso; pero es suficiente con que tres de ellos lo conozcan.

Cuando el testador no puede entender o ser entendido de viva voz por el notario o testigos, según el inciso 2o del artículo 1018 C., que es el caso de los mudos y extranjeros que no hablan castellano (pero que saben leer y escribir) él mismo escribirá sobre las cubiertas la palabra "Testamento", o la equivalente en el idioma que prefiera, y hará del mismo modo la designación de su persona, expresando a lo menos -lo que indica que puede consignar otros datos- su nombre, apellido y domicilio y la nación a que pertenece.

Pero cuando se trata de un extranjero que no habla el idioma castellano, la ley, como ya se indicó, no dice cómo debe hacer la declaración a que se refiere el inciso 1o. del artículo 1017 C., y si lo hace por escrito, que es lo que se deduce de la frase que en dicho inciso aparece entrecomillada, cómo se entera de su contenido el notario, y cómo es que éste se entiende con él para indicarle lo que debe escribir sobre las cubiertas. Al respecto no queda más que suponer que aquí si puede hacerse intervenir un intérprete, de conformidad con la regla 2a. del artículo 32 L. de N, ya que este intérprete no estará traduciendo las disposiciones del testador como ocurriría si tal intérprete se admitiera en los testamentos abiertos. En este caso el acta que se asienta en los sobres se comienza a continuación de lo que escribe el testador.

El acto de la legalización debe verificarse "uno contextu", sin interrupción, todas sus fases, inclusive la protocolaria de que adelante se hablará, deben cumplirse en un solo acto; pero la ley permite que se interrumpa cuando esto es por breves intervalos, si algún accidente lo exigiere, esto es, si algún suceso imprevisto haga necesaria la interrupción por poco tiempo, como alguna indisposición momentánea del testador o de un testigo.

Todo lo anterior, desde el momento en que el testador le presenta las cubiertas al notario, constituye la fase pública del testamento cerrado, que concluye, e incluye, con la protocolización que se ha dejada anunciada. Lo anterior a esta, que comprende todos los actos verificados por el testador en la redacción de los dos pliegos del testamento, que son los que en sobres cerrados presenta al notario, es la fase privada. Durante esta fase privada el testador puede haber solicitado asesoramiento a alguna persona letrada

para redactar sus disposiciones, pero tal persona se limita precisamente a eso, a asesorar, no a intervenir en el acto.

Después de legalizadas las dos cubiertas, que deben ser de tamaño apropiado para que sobre ellas quepa sin dificultad el acta de legalización, el notario debe extender una acta en su protocolo; si es un juez de primera instancia quien está actuando, en el protocolo del Juzgado, y si es un funcionario diplomático o consular, en el protocolo que tales funcionarios llevan. En dicha acta se da fe del acto que se acaba de realizar, transcribiendo íntegramente el texto de la legalización, y termina con la firma del testador, si firmó las carátulas, de lo contrario también aquí se le dará cumplimiento a lo prescrito por el ordinal 12o. del artículo 32 L. de N., de los mismos testigos y del notario o funcionario.

**53.- OBLIGACIONES DEL NOTARIO O FUNCIONARIO QUE AUTORIZA UN TESTAMENTO.** La ley impone ciertas obligaciones al notario o funcionario ante quien se otorga un testamento, que están previstas en la Ley de Notariado, y que constituyen precauciones a fin de que la última voluntad del testador sea cumplida.

Si se trata de testamentos abiertos, el notario o funcionario, según el artículo 47 L. de N., extenderá un testimonio en papel sellado del de menos valor (que ahora es de cuarenta centavos), el cual debe presentar a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su otorgamiento, al Juzgado de Primera Instancia competente del lugar de su residencia, o del en que haga el testamento, o a la Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia, sin perjuicio del que debe remitir en papel simple de acuerdo con el artículo 46 de la misma ley, que es una obligación general que el notario tiene respecto de todo instrumento que autorice y que debe cumplir dentro de los quince días siguientes al respectivo otorgamiento.

La Corte Suprema de Justicia lleva un archivo especial de los testimonios de los testamentos abiertos extendidos en papel sellado que remiten los notarios, y anota el recibo de cada uno de ellos en un libro índice por orden alfabético, según el nombre del testador, a fin de que cualquier interesado en saber la existencia, la fecha de su otorgamiento y el nombre del notario que lo autorizó, se pueda cerciorar del hecho sin dificultad, comprobando previamente, con el correspondiente documento, la muerte del testador.

Respecto de los testamentos cerrados, según los incisos 3o. y 4o. del artículo 41 L. de N., el notario o funcionario tiene la obligación de entregar una de las cubiertas legalizadas al testador para que la guarde, o a la

persona que él indique, y si nadie quiere recibirla debe enviarla a la Sección del Notariado en depósito. En el acta que el notario asienta en el protocolo debe hacer constar en poder de quien quedará la cubierta legalizada; no es, pues, en el acta que se asienta en los sobres, o acta de legalización, en que esto se hace constar. La otra cubierta tiene que entregarla, junto con una copia del acta que levantó en su protocolo -copia que se extiende en papel común- a la Corte Suprema de Justicia por medio de la expresada Sección o del Juez de Primera Instancia del lugar o de la jurisdicción en donde se ha verificado la legalización, al igual que el testimonio del testamento abierto; pero la remisión de la cubierta y copia del acta del protocolo en el caso del testamento cerrado, deben ser remitidas ambas dentro de los cinco días siguientes a la fecha de legalización.

Iguals obligaciones tienen el Juez de Primera Instancia cuando ante él se otorga un testamento, y los funcionarios competentes del servicio exterior, pero estos deben remitir, por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, tanto el testimonio del testamento público (en papel simple) como la copia del acta asentada en el protocolo junto con una de las cubiertas del testamento cerrado, dentro de los cinco días siguientes a su otorgamiento, Art. 78 L. de N.

De los testamentos cerrados la Corte Suprema de Justicia también lleva un libro, en la misma forma y con el mismo fin indicado para el de testimonios de testamentos abiertos, en el que se anota el recibo de cada cubierta; ésta sólo puede ser usada para fines judiciales, en los casos de extravío, destrucción o cuando por otra causa razonable que califica el juez, no pueda presentarse el otro sobre, el que se le entrega al testador o a la persona que él indica. En estos casos es el juez competente el que lo solicita a la Corte, expresando los motivos. También puede ser solicitado por el juez, cuando el que fue presentado en las diligencias de aceptación de herencia fuere impugnado judicialmente de falsedad civil o penal y (debe agregarse) de nulidad.

Como ahora la aceptación de herencia se puede hacer también ante notario, entendemos que este está igualmente facultado para pedir el sobre archivado en la Corte, en los casos de extravío o destrucción del otro.

54.- TESTAMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO. El artículo 1021 del Código Civil dice que valdrá en El Salvador el testamento otorgado en país extranjero por un salvadoreño o por cualquiera otra persona, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria.

Tal disposición legal quedó redactada así por la ley de 4 de agosto de 1902, pues antes decía "Valdrá en El Salvador el testamento *escrito* otorgado en país extranjero...". Para la supresión de la palabra "escrito" se dieron como razones que debido a ella no valían en El Salvador los testamentos verbales otorgados en país extranjero, y era el sentir de la Comisión Reformadora que aquí debían valer todos los testamentos otorgados en país extranjero de conformidad con las leyes de dicho país, fueran escritos o verbales. Sin embargo, el epígrafe del Capítulo a que corresponde la disposición comentada no cambió, continúa siendo "Del testamento solemne otorgado en país extranjero", tal como era cuando en ella figuraba la palabra suprimida, y ello ha dado pie para cuestionar, no obstante la historia fidedigna del establecimiento de tal disposición, que se acaba de relacionar, la validez en nuestro país de un testamento verbal otorgado en el extranjero, argumentando quienes la niegan que no pueden probarse sus solemnidades, porque no tiene más que la de ser expresado de viva voz ante testigos, y uno de los requisitos para esa validez es que en lo tocante a las solemnidades se haga constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó. Ello es digno de ser tomado en consideración, pero tal modo de pensar no parece propio, en primer lugar porque la intención que se tuvo al reformar la disposición fue la de que valiera aquí en el país cualquier clase de testamentos otorgados en el extranjero, claramente expresada en la exposición de motivos de la reforma, y esto es fuente del derecho; y en segundo lugar, porque lo que debe probarse cuando se pretende hacer valer aquí un testamento verbal es todo lo atinente a la resolución judicial y protocolización que es realmente lo que constituye ese testamento, la conformidad del documento que aquí se presenta con todo el trámite posterior a la muerte del testador, que para esta forma testamentaria prescriben las legislaciones extranjeras que la admiten, tal como ocurre con el testamento ológrafo en lo relativo al procedimiento de adveración a que es sometido, y a este no puede achacársele que no sea solemne, porque constituye una de las formas ordinarias, sólo que es privada, y sus solemnidades consisten en ser escrito, fechado o firmado, todo de puño y letra del testador.

Según la disposición legal en comento, un salvadoreño que se encuentra en un país extranjero puede otorgar su testamento, o en conformidad a las leyes de nuestro país ante un agente diplomático o consular salvadoreño, o notario salvadoreño, o en conformidad a las leyes del país en donde se encuentra, en cualquiera de las formas que ahí estén autorizadas. En este último caso es que el testamento ha sido otorgado en el extranjero, respecto al testador salvadoreño y a cualquiera otra persona.

Antes de la supresión de los artículos 1022 y 1023 del Código Civil, que fueron derogados por la Ley de Notariado, artículo 84, publicada en el

Diario Oficial de 7 de diciembre de 1962, el testamento que había sido otorgado por un salvadoreño o por un extranjero que tuviera domicilio aquí en El Salvador, ante un agente diplomático o consular salvadoreño, también se consideraba otorgado en el extranjero. Se afirma esto porque esos artículos figuraban, al igual que el que se examina -1021- bajo el Capítulo "Del testamento solemne otorgado en país extranjero", y porque el Capítulo XXVII del título VII del Libro Segundo del Código de Procedimientos Civiles, que trata del "Modo de proceder a la apertura y publicación del testamento cerrado otorgado en país extranjero" -que debe ser suprimido- se refiere al testamento otorgado, no en conformidad a las leyes de un país extranjero como era de suponer, sino al contrario, a uno otorgado ante un funcionario diplomático o consular salvadoreño; y por esto precisamente se sugiere su supresión; es más, debió derogarse cuando lo fueron los artículos 1022 y 1023 del Código Civil, pues a ellos es que hace referencia tal capítulo. Este testamento -llamado "consular" en otros países- ya no se considera otorgado en país extranjero, y debe ser abierto y publicado en conformidad a las reglas generales, las que rigen para los otorgados "en El Salvador". Pero hay que hacer una advertencia: tal testamento, antes de recibir su ejecución, debe ser presentado al Ministerio de Relaciones Exteriores para que se autentique la firma del funcionario diplomático o consular que lo autoriza. Lo mismo rige para los testamentos abiertos otorgados ante los mismos funcionarios. Esto se debe a que la función notarial que ellos tienen les es dada por la ley en virtud del cargo que desempeñan, aunque no sean notarios; si por casualidad los son, siempre estarán desempeñando la función notarial como funcionarios del Servicio Exterior, sólo que en este caso los derechos de cartulación las pertenecen a ellos, Art. 79 L. de N.

Se admite que el testamento otorgado en país extranjero -ya se dijo que este es el que se otorga conforme a las leyes de otro país- tenga validez en El Salvador, siempre que en lo tocante a las solemnidades se haga constar su conformidad con las leyes del país en que se otorgó, en aplicación de la regla "locus regit actum", es decir, que la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados, como lo prescribe el artículo 17 C. La ley no dice cuál es la forma en que esa conformidad se prueba, pero siendo El Salvador signatario de la "Convención sobre Derecho Internacional Privado", conocida como "Código de Bustamante", en honor a su autor, celebrada en La Habana, Cuba, en 1928, y habiéndola ratificado con reservas, entre las que no se encuentra lo relativo a esta cuestión, deben aplicarse los artículos 409, 410 y 411 de dicho cuerpo de ley, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Art. 409.- La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá

justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada.

Art. 410.- A falta de prueba o si el juez o el Tribunal por cualquier razón la estima insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable.

Art. 411.- Cada Estado contratante se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que el artículo anterior se refiere y que deberá proceder de su Tribunal Supremo o de cualquiera de sus salas o Secciones, o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia".

Creemos que, en el silencio de la ley a este respecto, también es aplicable el procedimiento anterior cuando se trate de la aplicación del derecho de un Estado no contratante. Este es uno de los raros casos en que la ley debe probarse, puesto que tratándose de leyes extranjeras no se puede aplicar el principio procesal "Iura novit curia", en virtud del cual las partes están relevadas de probar la existencia del derecho que invocan.

También es necesario que su autenticidad, esto es, el hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en él se expresa, sea probada en la forma ordinaria, en la forma que se prueba la autenticidad de todo instrumento público o auténtico emanado de país extranjero para que haga fe, es decir, por medio de la legalización de la firma que lo autoriza por el Jefe de la Misión Diplomática, Cónsul, Vicecónsul, o encargado de asuntos Consulares de El Salvador en el país de donde procede, o en su defecto por los funcionarios correspondientes del Ministerio de Relaciones Exteriores de ese mismo país, y la legalización o autenticación de la firma que autoriza tal legalización por el Ministro o Viceministro de Relaciones Exteriores de EL Salvador, o por el funcionario de ese mismo Ramo que al efecto haya sido autorizado de modo general para ello.

55.- APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO. El testamento cerrado, dice el artículo 1019 C., antes de recibir su ejecución, esto es, antes que con base en él se proceda a aceptar la herencia y darle cumplimiento a sus disposiciones, será presentado al Juez. Esta presentación es para los efectos de su apertura, la que no se verifica sino después que el notario y testigos reconozcan ante el mismo funcionario su firma y la del testador, debiendo además declarar si en su concepto está cerrado, sellado o

marcado como en el acto de la entrega, la que se le hizo al notario o funcionario para que procediera a su legalización, Art. 1017, inciso 1o. Luego siguen las reglas para el caso en que no puedan comparecer todos los testigos por estar ausentes o haber fallecido algunos, en el que basta que el notario y los testigos instrumentales presentes, reconozcan sus firmas y la del testador y abonen la de los ausentes o muertos; y si no puede comparecer el notario o funcionario que autorizó el testamento, ni los testigos por los motivos dichos anteriormente, se abonan sus firmas y la del testador por declaraciones juradas de otras personas fidedignas.

El procedimiento para la apertura está previsto en el Código de Procedimientos Civiles, artículos 867 y siguientes. El testamento debe abrirse y publicarse en el último domicilio del testador "y en el tiempo fijado por éste, si señaló alguno".

Puede solicitar la apertura cualquier persona, desde luego que no puede exigirse que lo haga un interesado, ya que en ese momento no se sabe quién lo es, aún cuando a la postre se vea que el peticionario lo era por aparecer beneficiado en alguna forma en el testamento. Pero es necesario resaltar que, según se deduce del silencio de la ley, la intervención de quien pide la apertura se agota en ese acto, él no es parte en esas diligencias de apertura. El juez sólo tiene obligación de mandar reunir al notario o funcionario que autorizó el testamento y a los testigos (Art. 869 pr.) para recibirles la declaración jurada, y luego para abrir, leer y publicar a su presencia el testamento (Art. 874 pr.); sin embargo, es práctica admitir su presencia en esos actos. En otras legislaciones tal presencia está expresamente ordenada.

El que pretenda la apertura del testamento debe ocurrir al Juez de Primera Instancia competente, con los documentos que acrediten la muerte del testador, pidiendo la apertura y protocolización del mismo, que debe presentar si lo tuviere (circunstancia que puede haberlo movido a pedir la apertura); de lo contrario debe indicar la persona en cuyo poder existe.

El Juez pronuncia resolución teniendo por presentado el testamento y documentos comprobatorios de la muerte del causante, y manda reunir al notario o funcionario que lo autorizó y a los testigos (cuyas direcciones deberán habersele proporcionado) a la hora y día que señale, con término competente. Si el peticionario no ha presentado el testamento porque otro lo tiene, a éste se le hace exhibirlo, aún con apremio corporal si no atendiere la orden judicial (si resulta que es asignatario se hará indigno por esta detención). Llegada la audiencia señalada, y reunidos los testigos y el notario o funcionario, el Juez les debe mostrar sus firmas y la del testador, el pliego (cubierta legalizada) y sus cerraduras, y enseguida tomarles

declaración jurada conforme a las preguntas que ya están indicadas por la ley (Art. 871 pr.). Si el Juez actuante es el mismo que legalizó las carátulas, debe dar su declaración por certificación jurada. Por la naturaleza de las preguntas que indica la ley, la práctica aconseja que los testigos de un testamento cerrado sean personas que se conozcan entre sí, porque cada uno de ellos debe manifestarle al Juez quiénes eran los otros, y además, en caso de que algunos no hayan comparecido, deben examinar las firmas de los ausentes y asegurar la semejanza de las del pliego con las legítimas, es decir, con las que aquéllos usaban que es lo que se llama abono de firmas. No debe confundirse el abono de firmas con el abono de personas, que es una cosa diferente, y de lo cual habla el artículo 878 pr.

Una vez comprobado, con la información seguida, que el testamento fue otorgado con las solemnidades prescritas por el Código Civil, y no hay sospechas de roturas del sobre, se manda abrir, leer y publicar en la audiencia que se señale, previa cita de los testigos y el notario, y se abre a presencia de los mismos. Extraído el pliego la ley ordena que lo lea el Juez para sí, es decir, mentalmente, sin hablar, y que lo publique, ordenando acto continuo, mediante resolución, que se tenga por testamento legítimo, se reduzca a escritura pública y se protocolice en el registro (protocolo) del Juzgado, dando a las "partes", esto es, a aquellos a quienes resulte algún beneficio o interés del testamento, los testimonios que pidan. Reducirlo a escritura pública y protocolizarlo es lo mismo; la protocolización es la que lo convierte en escritura pública. Esto es necesario porque, aún cuando el acta de legalización tiene el valor de instrumento público, el pliego que está dentro de la cubierta, el testamento mismo, es un instrumento privado.

Cabe preguntarse por qué la ley le ordena al Juez que primero lea el testamento para sí y después lo publique. Esto está en relación con lo que dispone el Art. 867 del mismo Código de Procedimientos Civiles. Recuérdese que ahí dice que el testamento cerrado deberá abrirse y publicarse en el último domicilio del testador "y en el tiempo fijado por éste, si señaló alguno". Podría entonces ocurrir que el testador haya señalado, en el pliego en que constan sus disposiciones, el tiempo en que su testamento deba abrirse, y que ese tiempo no se haya cumplido al día en que ha abierto. Pero sobre esto es necesario observar dos cosas: 1) que la ley sustantiva, en ninguna de sus disposiciones faculta al testador para que señale el tiempo en que su testamento deba abrirse; 2) que si tal es el caso, si señaló tiempo y el Juez, al leerlo para sí encuentra que tal tiempo no se ha cumplido, no sabrá qué hacer, porque la ley no le indica si debe abstenerse de publicar el testamento, cerrando nuevamente el sobre y reservando su publicación para cuando el tiempo sea llegado, o debe continuar la diligencia. Al respecto opinamos que si un Juez se viera ante una situación semejante, procedería correctamente si hiciera caso omiso del plazo

señalado y continuará con la diligencia, por la razón de que ni la ley sustantiva ha concedido tal facultad al testador, ni la adjetiva ha indicado los efectos de la formalidad de que se trata.

Hay legislaciones que admiten el testamento mancomunado, algunas sólo a los cónyuges (Véase Julius Bänder: op. cit. pág. 120). En estas se prescribe que las disposiciones de la parte sobreviviente, en tanto en cuanto puedan independizarse de las del premuerto, no deben ser publicadas ni comunicadas a los interesados. Esta, que podría ser otra razón para que el Juez lea primeramente para sí el testamento, no es aplicable aquí en nuestro país, desde luego que nuestra ley no admite los testamentos mancomunados.

Después de esa, entre nosotros, inútil formalidad de la lectura que el Juez hace para sí, debe publicar el testamento. Esta "publicación" no consiste más que en leerlo en voz alta, para que los presentes se enteren de su contenido; consiste, pues, en hacer público su contenido, pero respecto al notario y testigos que han concurrido a su apertura, no en mandarlo publicar en un diario, ni siquiera en el Oficial; si así fuera la ley lo diría claramente, como lo hace en otras oportunidades. Además, cuando el artículo 874 pr. dice que lo leerá el Juez de Primera Instancia para sí, y lo publicará, agrega "ordenando acto continuo que se tenga por testamento legítimo..." y no podría hacerse esto *acto continuo* si tuviera que esperarse que apareciera la publicación en un diario. Si el testamento no está escrito en papel sellado del valor de cuarenta centavos, se deben agregar al protocolo pliegos equivalentes del mismo papel, escribiendo en medio de ellos la palabra "repuesto"; y verificada la protocolización deben darse los testimonios a los interesados que los pidan, en papel sellado de cinco colones cincuenta centavos.

Para la apertura del testamento de un extranjero, que no esté escrito en castellano, lo cual se deducirá del hecho de que la cubierta aparezca en parte escrita en un idioma extranjero, el Juez debe nombrar, en el auto en que mande abrirlo, dos traductores, para que, juramentados que sean, lo viertan al castellano en el mismo juzgado, a presencia del Secretario y de los testigos instrumentales, en seguida se procede como indica el artículo 874 pr.

De acuerdo con la "Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y Otras diligencias", las diligencias de apertura y publicación de testamento cerrado, también pueden practicarse por notario, de conformidad con el artículo 17 de dicha ley, pero en ningún caso podrán ser practicadas por el mismo notario que autorizó las cubiertas del testamento, porque éste sería algo así como Juez y parte. Pero para hacer uso del apremio corporal, en los casos en que quien tiene el testamento se niega a presentarlo, deberá recurrir a cualquier Juez de Primera Instancia con competencia en materia

civil, para que éste, si fuere procedente, apremie al requerido, Art. 4, inciso 2o. de la precitada ley.

56.- TESTAMENTOS MILITAR Y MARITIMO. Los únicos testamentos menos solemnes, o privilegiados, que nuestro derecho positivo admite, son el militar y el marítimo. Estos testamentos, según el Código Civil de 1860, podían ser otorgados tanto en forma verbal como escrita. Por la ley de 4 de agosto de 1902 se reformó la disposición que prescribía lo anterior, redactándose así: "Son testamentos privilegiados el militar, el marítimo y el verbal. La Comisión Reformadora, al hacer este cambio razonó de este modo: "En el fondo parece que no se ha introducido reforma alguna en el presente artículo, variando únicamente su redacción; mas en realidad, el pensamiento de la Comisión que se desarrolla en los artículos siguientes, se indica desde luego constituyendo el testamento verbal en una categoría separada de los testamentos privilegiados, cuando hasta hoy ha sido únicamente uno de los modos de otorgar el testamento militar o el marítimo. Se establece esta nueva clase de testamentos con el objeto de facilitar su otorgamiento en todos los casos de peligro inminente no comprendidos en el código, y en los cuales militan idénticas razones para autorizarlo, a los que se han tenido en cuenta respecto de los testamentos marítimos y militares. "Pero por ley publicada el 29 de abril de 1910 se suprimió el verbal, quedando la disposición como aparece ahora en el artículo 1024 (Belarmino Suárez: "El Código Civil de 1860").

Hubo entonces una época, de agosto de 1902 a abril de 1910, en que nuestra legislación acogió el testamento privilegiado *verbal*, forma que sólo podía usar la persona que se encontraba en caso de peligro inminente no comprendidos en el Código, y caducaba por el hecho de sobrevivir el testador a ese peligro. Se procedía en este caso como ya se indicó al hablar de las formas extraordinarias de los testamentos. No era necesario que los testigos de un testamento verbal supieran firmar, porque lo que ellos hacían era oír las disposiciones del testador y luego declarar sobre ello; en cambio, cuando podía otorgarse testamento militar o marítimo en forma tanto escrita como verbal, para los testigos de esos testamentos cuando eran otorgados en forma escrita, se exigía que supieran leer y escribir. Actualmente ambos testamentos privilegiados sólo pueden otorgarse en forma escrita, y entonces los testigos de todo testamento privilegiado deben saber leer y escribir, pero por un olvido no se ha reformado la última frase del inciso 1o. del artículo 1024, que dice que esas cualidades se exigen para los testigos de los testamentos escritos, como si todavía existieran los verbales.

La forma militar puede ser usada por los militares y por los demás individuos empleados en cuerpo de tropas de la República, los voluntarios,

rehenes y prisioneros que pertenecieren a dicho cuerpo, y por las personas que van acompañando y sirviendo a cualquiera de los antedichos. Es necesario para poder usarla que exista tiempo de guerra; pero no basta esto sino que es preciso hallarse en una expedición que esté actualmente en marcha o campaña contra el enemigo ("in itinere") o en la guarnición de una plaza actualmente sitiada. Puede ser recibido, es decir, que ante él puede otorgarse, por un Capitán o por otro oficial de mayor grado, por un Intendente de ejército (especie de administrador), por un Comisario que era el nombre que antiguamente se daba a los encargados de funciones específicas, como proveer elementos de guerra, subsistencia, combustible, vestuario, provisiones y otras, que ahora pertenecen al Departamento de Logística, o por un auditor de guerra, que es un asesor legal. Pero si el que desea testar está enfermo o herido, su testamento puede ser recibido por el capellán, médico o cirujano que le asiste; y si se halla en un destacamento, por el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán.

El testamento marítimo es el que se otorga a bordo de un buque de guerra o mercante salvadoreño; pero, ya que se trate de uno o del otro, deben estar en alta mar. Si el buque es de guerra ante el Comandante o su segundo, y si es mercante ante el Capitán, su segundo o el piloto, que en esta clase de naves también es un Oficial; es fácil comprender que no sólo los miembros de la tripulación de la nave pueden usar esta forma privilegiada, sino toda persona que en ella se encuentre, cuando se dan las condiciones expresadas, desde luego que todas se encuentran en las mismas circunstancias.

Ambos testamentos privilegiados pueden ser otorgados en forma abierta y en forma cerrada. Para el testamento militar abierto se requieren dos testigos, y para el marítimo abierto tres. Para el cerrado, militar o marítimo, se requiere la presencia de cuatro testigos; pueden concurrir más, porque la ley dice "a lo menos". Los dos tienen una característica especial en relación con los testamentos solemnes: la de que pueden caducar. Por manera que un testamento privilegiado no sólo puede ser revocado, como todo testamento, sino que también pierde su eficacia por haber caducado.

Al respecto está establecido en cuanto al testamento militar, que si el testador falleciere antes de expirar los noventa días subsiguientes a aquel en que hubieren cesado con respecto a él las circunstancias que habilitan para testar en tal forma, por ejemplo al día en que le dieron de baja, vale el testamento como si hubiese sido otorgado en la forma ordinaria; pero si el testador sobrevive a ese plazo, el testamento caduca. En cuanto al marítimo, que este testamento no valdrá sino cuando el testador hubiere fallecido antes de desembarcar, o antes de expirar los noventa días subsiguientes al desembarque.

Con estos testamentos se plantea actualmente una cuestión, debido a que, como no se asientan en protocolo, la ley prescribe que se remitan al Ministerio de Guerra y al de Marina (hoy Defensa y Seguridad Pública) respectivamente, para que se proceda como se ordena en el artículo 1023 del Código Civil, que ya fue suprimido, y que trataba de la protocolización del testamento consular que debía verificarse por el Juez del último domicilio del difunto en El Salvador, a quien se le remitía para tales efectos, pues en la época de su vigencia los funcionarios del Servicio Exterior no llevaban protocolo. Pero debe entenderse que siempre hay que protocolizar el testamento privilegiado, porque el artículo suprimido no era el que imponía la obligación de hacerlo; es en la reglamentación de los testamentos privilegiados donde ella se impone, con referencia a que así como se procedía con el testamento consular en cuanto a su protocolización, así debe procederse con el militar y el marítimo, y esto continúa vigente. No obstante, habría sido mejor no dejar duda sobre ello, suprimiendo el envío al artículo 1023 que hoy está derogado, y prescribiendo directamente la protocolización, en la misma forma que lo hacía aquél.

# CAPITULO IX Asignaciones testamentarias

## 57.- CERTIDUMBRE Y DETERMINACION DEL ASIGNATARIO.

En el #14 se dijo que para que la sucesión se produzca se necesita que se cumplan ciertos requisitos. Unos tienen relación con la persona del asignatario y otros con el objeto de la asignación, de donde los primeros se denominan requisitos subjetivos y los otros requisitos objetivos. Los primeros son las cualidades que debe reunir el asignatario, y los segundos las que deben existir en las asignaciones, en el objeto asignado, para la validez de aquéllas.

Se dijo así mismo que los requisitos subjetivos son tres: la capacidad, la dignidad y ser persona cierta y determinada. De la capacidad y la dignidad se trató en aquel número; y el estudio del tercero y el de los requisitos objetivos se reservó, por las razones que allá se dieron, para esta oportunidad, en que corresponde estudiar las reglas generales de las asignaciones testamentarias.

Todo asignatario testamentario -dice el artículo 1039- debe ser una persona cierta y determinada, ya se trate de una persona natural o de una persona jurídica, pues ambas pueden suceder por causa de muerte en esta clase de sucesión. El artículo citado agrega, en la parte en que exige este requisito, que el sucesor o asignatario también puede ser una persona "colectiva"; pero esta clase de personas ya no existe. Se llamaba así a las asociaciones que persiguen fines de lucro, denominadas propiamente sociedades o compañías, que por tal motivo, el de perseguir fines de lucro, no estaban comprendidas en la enumeración que de las personas jurídicas

hace el artículo 540 del Código Civil; es decir, eran las sociedades civiles de que trataba el Título XXVIII, Libro Cuarto, ya derogado, y las mercantiles (que son las únicas que ahora existen). Tales entes son también personas jurídicas, aun cuando sigan sin ser comprendidos como tales en el citado artículo 540, porque se avienen perfectamente con la definición que de ellas da el inciso 2o. del artículo 52 del mismo cuerpo de ley.

Una persona es cierta cuando tiene existencia real, de modo que no estaría investida de esta característica una persona que sólo existiera en la imaginación de otra, que solo hubiera sido imaginada. Tal persona sería incierta.

Luis de Gásperi (Op.cit., págs. 186 y 187) dice al respecto: "Es igualmente incapaz de adquirir por sucesión la "persona incierta" en cuyo favor hubiese el testador hecho alguna disposición en su testamento. No se trata de la "persona indeterminada", porque lo incierto es lo no verdadero, lo falso. La persona incierta sería así una pseudo persona o una persona inexistente o mentida o ilusoria, que no es ni puede ser sujeto de derechos".

Un ejemplo sobre persona incierta lo proporciona don Luis Claro Solar ("Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado" De la Sucesión por Causa de Muerte, Tomo XIV, pág. 330), quien dice: "Persona incierta era, según el Derecho Romano, aquella de que el testador no se había formado ni expresaba su testamento, una noción precisa como si dijera: "A cualquiera que diere a su hijo en matrimonio a mi hija déle mi heredero tal fundo".

Persona determinada es la que está individualizada de entre varias que podrían confundirse con ella. La individualización se obtiene designándola por su nombre, que es lo corriente, o dándose indicaciones por medio de las cuales pueda llegar a lograrse la determinación; en otras palabras, si no está determinado el asignatario al menos debe ser determinable. El primero de los autores citados afirma que persona indeterminada es la que existe, pero sin precisión subjetiva dentro de una generalidad, como el beneficiario de una disposición testamentaria "a favor de los pobres o al alma del testador", y Claro Solar se expresa así sobre el mismo punto: "Persona determinada es la que es individualmente designada en las indicaciones claras del testamento: de modo que no pueda ser confundida con otra" (Op.cit. pág. 331).

Si el asignatario no es persona cierta y determinada la asignación se tiene por no escrita, se da por inexistente. Sin embargo, la exigencia de la determinación tiene atenuaciones, en atención a la finalidad de la asignación, y por eso se ha prescrito que la que es hecha para un objeto de beneficencia vale, aun cuando no se determine a quienes se quiere favorecer con ella. Tal

asignación debe haber sido dejada a un establecimiento benéfico, que será el encargado de cumplirla; si no se designa tal establecimiento es el Poder Ejecutivo quien lo hace, el que debe preferir alguno de los del Departamento del testador.

La misma validez tiene la asignación hecha "al alma" del testador, cuando no debería tener ninguna, porque el alma, si se acepta su existencia, no es sujeto de derechos ni obligaciones, ni se tiene en mente al hacerla un objeto de beneficencia, pero la tiene porque el legislador la asimila a una hecha con tal objeto, similar a aquella en que no se ha designado el establecimiento que debe cumplirlo, prefiriendo tal solución al decaimiento de la asignación; y puede agregarse que de esta manera se considera que se satisface mejor la intención del testador, que se supone era salvar su alma, que con los sufragios y limosnas a que antiguamente se aplicaban esas asignaciones, a menos que el testador haya especificado otro modo de invertirla, como la de hacer con ella determinadas obras de caridad, por ejemplo.

También vale la asignación hecha en general a los pobres, en consideración a sus fines altruistas, pero como su cumplimiento en forma directa resultaría sumamente difícil, pues implicaría determinar en primer lugar quiénes son pobres, y enseguida localizarlos a todos, está dispuesto que tal asignación se aplique a los hospitales del Departamento en que el causante tuvo su último domicilio, o al Hospital de San Salvador, si no hubiere alguno en aquel Departamento o el difunto no hubiere tenido nunca domicilio en El Salvador, porque tal aplicación a los hospitales se hace de la manera que se dispone en el artículo 991, cuando tales instituciones heredan abintestato. Pero cuando el testador designa como asignatarios a los pobres de *determinado lugar*, y ahí no hubiere hospital, es el Poder Ejecutivo quien determina el modo de hacer *el reparto* de los bienes adjudicados a esos pobres. Al usar la ley el término "reparto" indica que en este caso lo asignado se entrega directamente a los pobres, no por equivalencia en servicios generales hospitalarios a la colectividad formada por los desposeídos, como ocurre con lo que *en general* se dejare a los pobres, lo cual constituye una innovación de parte de nuestro legislador, pues no aparece en la fuente de donde el artículo se tomó. Pero el Poder Ejecutivo lo que determina, según la disposición legal, es el modo de hacer el reparto, por lo que cabía preguntar quién acepta la asignación y procede a hacer materialmente ese reparto.

Para llenar esa indudable laguna jurídica, el 23 de abril de 1904 se dio un Decreto Legislativo, por el que se dispuso que en los casos de asignaciones por causa de muerte hechas en favor de los pobres de alguna población, éstos serán representados por una Junta compuesta por el

Gobernador del Departamento, el Alcalde Municipal respectivo y un Delegado del Gobierno. Tal Decreto dice:

"La Asamblea Nacional Legislativa de la República de El Salvador, en uso de sus atribuciones constitucionales, y a iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, DECRETA:

Art. 1o. En los casos en que deba cumplirse una asignación por causa de muerte, hecha en favor de los pobres de alguna población, éstos serán representados por una Junta compuesta del Gobernador del Departamento, el Alcalde Municipal respectivo y un Delegado del Gobierno.

Art. 2o. El Delegado deberá ser de reconocida moralidad, Abogado de la República o persona que tenga conocimientos en Derecho, y representará judicial y extrajudicialmente, en calidad de Síndico a la expresada Junta, la que tendrá personalidad jurídica.

Art. 3o. los funcionarios que tuvieren noticia de alguna de las asignaciones a que se refiere este decreto, deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del Supremo Poder Ejecutivo, para los efectos legales, bajo la multa de veinticinco a cien pesos.

Dado en el Salón de Sesiones del Poder Legislativo: San Salvador, a veintitrés de abril de mil novecientos cuatro". Fue publicado en el Diario Oficial del 30 del mismo mes y año.

Como se ve, este Decreto modifica lo dispuesto en el último inciso del artículo 1039, porque según este, si el testador ha designado a los pobres de un lugar donde hay hospital, el encargado de hacer el reparto es ese hospital, mientras que el decreto no distingue, ya que solo dice que si la asignación es hecha en favor de los pobres de alguna población (haya o no hospital) estos serán representados por la Junta.

También es caso de indeterminación de la persona del asignatario, el contemplado como excepción al principio de que para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión, según el cual las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante tienen validez, siempre que lo hagan antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión, Art.963 infine. En una asignación de esta clase, lo que va a determinar al asignatario es la prestación del servicio, de modo que será hasta ese momento que se producirá la determinación.

Existe, por último, un caso de indeterminación, aunque relativa, del asignatario, que ha sido tratado especialmente por el legislador al concederle

validez. Es el comprendido en el artículo 1046, cuando el testador hace una asignación indeterminadamente a *sus parientes*, no determinando a quiénes de éstos se refiere, pues para tal caso se establece que se entenderá dejada a los consanguíneos de grado más próximo que no hubieren sido instituidos herederos o legatarios en el mismo testamento, observándose el orden de la sucesión abintestato, y teniendo lugar el derecho de representación en conformidad a las reglas legales, salvo que a la fecha del testamento haya habido uno solo en ese grado, pues entonces se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato.

Esta disposición armonizaba con el sistema de órdenes de la sucesión intestada que existía antes de que se diera la ley de reformas de 4 de agosto de 1902, por la que fue cambiado tal sistema; pero al ocurrir esto se olvidó modificarla, adecuándola a la composición y funcionamiento de los órdenes que entonces se establecieron, lo que da lugar actualmente a varias incongruencias. En primer lugar, porque exige la consanguinidad de los parientes a quienes llama a esa asignación, y, enseguida, porque esos parientes deben ser lo más próximos en grado al causante.

Según el arreglo de los órdenes introducido por la mencionada ley de reformas, el cónyuge sobreviviente, que no es consanguíneo del causante, está formando parte del primero, lo mismo que el hijo adoptivo, conforme adición tácita verificada en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Adopción, que tampoco es consanguíneo de aquél, y por esta razón, no obstante que la disposición en exámen ordena que se observe el orden de la sucesión abintestato, en una asignación que dijera "Instituyo mi heredero universal a Juan Pérez, y lego la finca X a mis parientes", el cónyuge sobreviviente y el hijo adoptivo no tendrían ningún derecho a esa finca, por no ser consanguíneos del causante. Tampoco serían llamados a ella todos los parientes del segundo orden, que sí son en su totalidad consanguíneos del causante, en su caso, pues sólo lo serían los que de entre ellos estuvieran en primer grado de parentesco con el causante, o los que estuvieran en segundo grado si no hubieran del primero, y así sucesivamente, ya que este orden presenta la particularidad de estar formado por parientes de diferentes grados, por manera que sólo concurrirían a esa asignación los de grado más próximo, no todos los que están formando ese segundo orden, con lo que ya no se estaría observando *el orden* de la sucesión intestada como ordena la misma disposición, todo lo cual evidenciaría una injusticia por una parte y una contradicción por otra.

Esas incongruencias no existían antes de las mencionadas reformas, de las cuales la del artículo 1046 únicamente consistió en introducirle la frase "que no hubieren sido instituidos herederos o legatarios en el mismo

testamento", pues en la época anterior a aquéllas, en la que regía la sucesión legitimaria o testamentaria restringida, el cónyuge sobreviviente era asignatario forzoso, tenía derecho a la llamada "porción conyugal", por manera que si en la parte de libre disposición se había hecho una asignación indeterminadamente a los parientes, en esta asignación ciertamente no tenía derecho por no ser consanguíneo del causante, pero no resultaba perjudicado porque tenía su porción conyugal. En ese tiempo, pues, al exigir la consanguinidad no se perjudicaba a nadie, ya que, por otra parte, no había sido instituida la adopción; y precisamente, es dable suponer que con toda intención se exigía, para excluir de la asignación hecha en esa forma al cónyuge supérstite, quien ya había sido favorecido por la ley con la mencionada porción conyugal, que era una asignación forzosa y como tal se suplía si el testador no la había hecho.

Mientras actualmente, un cónyuge a quien no se hubiera instituido heredero o legatario, en virtud de la libre testamentifacción, en el mismo testamento en que se hace una asignación indeterminadamente a los parientes no tendría derecho a parte alguna de esa asignación; sólo podría pedir alimentos. Para evitar este perjuicio, que actualmente recae también sobre el hijo adoptivo, cuando se suprimieron las asignaciones forzosas y se reformaron los órdenes, colocando al cónyuge sobreviviente entre los sucesibles que forman el primero, debió reformarse la disposición en comento, en el sentido de que lo que se deja indeterminadamente a los parientes, se entenderá dejado a las personas llamadas a la sucesión intestada que no hubieren sido instituidas herederos o legatarios en el mismo testamento, según *los órdenes* establecidos por la ley, suprimiendo la expresión "a los consanguíneos de grado más próximo. Debe desaparecer así mismo la referencia al grado de parentesco, porque en el funcionamiento de los órdenes, ya no se aplica la regla que establece que "el pariente más próximo en grado al causante excluye al más lejano", principio conforme al cual funcionaban antes, debido a que su conformación no era específica en cuanto a los parientes que comprendían: se llamaba, por ejemplo, en uno de ellos, a los colaterales, pero de entre ellos sólo sucedían los más cercanos en grado al causante, de modo que, si existían hermanos, estos excluían a los tíos, a los primos hermanos y a los primos segundos, ya que en esta línea se comprendía también al sexto grado de consanguinidad.

Sin embargo, con base en el anterior análisis que del artículo 1046 se acaba de hacer, se puede sostener que aunque la ley se siga refiriendo a los consanguíneos, también el cónyuge sobreviviente y el hijo adoptivo tienen derecho a una asignación hecha indeterminadamente a los parientes, cuando no han sido instituidos herederos o legatarios en el mismo testamento.

Es muy importante observar que en este artículo se introduce una

alteración en el funcionamiento de los órdenes de la sucesión intestada, que consiste en que, como quienes tienen derecho a una asignación hecha indeterminadamente a los parientes, son los llamados a la sucesión intestada (con el requisito negativo que menciona la ley), según los órdenes que para esta se establecen, puede darse el caso de que en el orden que le corresponde suceder sólo exista uno, y en este supuesto también tienen derecho los parientes del siguiente orden. Esto no ocurre cuando los órdenes funcionan en una sucesión intestada, que es lo normal (en el caso que estamos viendo se están aplicando a una sucesión testamentaria) en donde, con un solo pariente que exista en el orden preferente ya no suceden los que están en el que sigue. Se dice que esta variante se debe a que hay que atender la intención del testador, que es la de dejar la asignación a sus parientes, así en plural, o sea a varios, lo que no se cumpliría si en este caso los órdenes funcionaran normalmente.

Es necesario poner de resalto que cuando la ley habla de la certidumbre y determinación del asignatario, lo hace en el título que trata "De las asignaciones testamentarias", y el primer artículo de las "Reglas Generales", el 1039, comienza diciendo: Todo asignatario *testamentario* deberá ser una persona cierta y determinada...", por lo cual podría creerse que cuando se trata de sucesores abintestato no se exigen tales requisitos, lo cual sería erróneo. Lo que pasa es que un sucesor abintestato nunca puede ser incierto o indeterminado, porque la ley, en los órdenes del primero al sexto, llama a suceder a los parientes del causante, que al probar su parentesco estarán probando también que son personas ciertas y determinadas. Dicho de otro modo, sólo quien sea persona cierta y determinada puede probar su parentesco, por lo que no hay necesidad entonces de que la ley exija tales cualidades en forma expresa a un sucesor abintestato. Menos pueden darse la incertidumbre o indeterminación tratándose de los sucesores a que se refiere el último orden, la Universidad Nacional y los hospitales. Se sobreentiende que todo sucesor abintestato es persona cierta y determinada.

58.- REQUISITOS OBJETIVOS. A los requisitos objetivos para la validez de las asignaciones, cuyo concepto ya se dio, se refiere al artículo 1048 C. Prescribe que toda asignación deberá ser, o a título universal o de especies determinadas o que por las indicaciones del testamento puedan claramente determinarse, o de géneros y cantidades que igualmente lo sean o puedan serlo. Si no fuere así, la asignación se tiene por no escrita, por no hecha.

Cuando la asignación es a título universal, cuando su objeto es toda la herencia o una cuota de ella, en sí misma lleva la determinación. Basta con que el testador diga que deja todos sus bienes (o toda su herencia) o una

cuota de ellos (o de ella) a una o más personas, para que se de la determinación, para que se tenga por hecha, pues está en dejar *toda* la herencia o una *cuota* de ella a una o más personas.

La verdadera importancia de la determinación se presenta cuando se trata de legados. Obsérvese que es aquí donde la ley la requiere en forma expresa, al decir "o de especies determinadas o que por las indicaciones del testamento puedan claramente determinarse, o de géneros y cantidades que igualmente lo sean o puedan serlo", con lo que nítidamente se hace alusión a los legados de especie y a los legados de género. Esto obedece a que el objeto de los legados consiste en cosas singulares, en bienes que forman parte del caudal relicto singular o particularmente considerados; y si esto es así, es necesario determinarlos, individualizarlos de entre los otros que forman parte del mismo caudal, ya sea la determinación completa o relativa, ya consista en género y en especie o sólo en género. Pero cuando la determinación es únicamente genérica, el género debe referirse a una sola clase de cosas. Al respecto Claro Solar (Op.cit.pág.358) dice: "Un género puede comprender varios subgéneros, o clases distintas unas de otras, o puede referirse a una sola clase de cosas; puede ser ilimitado, o limitado. La asignación no puede referirse a un género ilimitado, porque comprendería individuos sin valor cierto: así la asignación de un animal carecería en absoluto de valor puesto que puede referirse a una mosca, por ejemplo; así, la asignación de trigo, sin más especificación, tampoco tendría valor por no poderse saber la cantidad de trigo.

Cuando se habla de cantidades, se hace referencia en la citada disposición a las cosas fungibles, como el dinero, los granos, las bebidas, que se determinan por su cuenta o número, peso o medida: cien colones, cincuenta quintales de maíz, veinticinco litros de vino. Esta es la determinación que debe hacer el testador; si no la hace, debe al menos dar indicaciones en el testamento para poder hacerla, de lo que se verán algunos ejemplos al tratar de las asignaciones a título singular o legados (infra #62).

Pero si la asignación está destinada a un objeto (objeto-fin) de beneficencia *expresado* en el testamento, sin determinarse la cuota, cantidad o especies que hayan de invertirse en esa finalidad (como si se dijera "Dejo arroz para la alimentación de los enfermos del hospital Rosales") la asignación sí vale, a pesar de la indeterminación de su objeto, en atención a su finalidad benéfica, y en este caso es el juez quien determina la cuota, cantidad -en el ejemplo dado- o especies, quien para ello debe tomar en consideración la naturaleza de la finalidad, las otras disposiciones del testador, quien puede haber hecho más legados de la misma clase de cosas, y las fuerzas y capacidad (cuantía) del patrimonio dejado por el causante, y oír previamente al representante de la entidad benéfica o a un defensor

especial si no lo tuviere, y a los herederos, porque son quienes pueden salir afectados por la decisión que aquél tome. El procedimiento a seguirse es el llamado "con conocimiento de causa", pues así lo da a entender la audiencia prescrita, y además no se trata de resolver alguna controversia.

Si al objeto de beneficiencia no se expresa en el testamento, la asignación sí debe tenerse por no escrita, porque entonces habría una indeterminación absoluta, tanto del asignatario como del objeto de la asignación.

A la determinación del asignatario se le denomina determinación subjetiva, y a la de la asignación determinación objetiva.

59.- OTRAS REGLAS GENERALES. Antes de proceder al estudio en particular de las asignaciones testamentarias, conviene puntualizar, además de las ya examinadas, otra serie de prescripciones que son comunes a todas ellas.

Las disposiciones testamentarias debe darlas a conocer el testador en forma clara, de palabra o por escrito, entendiéndose que esto se refiere a la manifestación que hace al notario o funcionario que hace sus veces, en el acto testamentario abierto -en el cerrado siempre las escribe y sólo se conocen cuando el testamento se abre- en ninguna manera a un testamento verbal, que nuestra legislación no admite. Si una disposición no la da a conocer claramente el testador no vale, como en el caso de que sólo se limitara a responder preguntas sobre ella, con señales. Art. 1043.

Si la disposición testamentaria estuviere concebida o escrita en tales términos que no se sepa a cuál de dos o más personas ha querido designar el testador, como cuando le deja un legado a su sobrino Juan Pérez, sin dar más datos o señas personales, y resulta que tiene dos sobrinos de ese nombre, la cosa asignada se divide entre dichas personas por iguales partes, lo cual es más justo que decidir que no vale la disposición, por indeterminación del asignatario, como lo hacen otras legislaciones. Art. 1047.

No valen las disposiciones captatorias, entendiéndose legalmente por tales aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición de que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos. Una persona ha captado la voluntad de otra cuando la ha atraído hacia sí, cuando la ha inclinado a su favor, y esto tiene íntima relación con el dolo civil, porque a este se llega mediante maniobras captatorias fraudulentas. En la incapacidad del ministro de cualquier culto y del médico de cabecera a que se refiere el artículo 966, la captación de la voluntad se presume de derecho, porque indudablemente ha sido verificada de palabra. Pero una disposición testamentaria hecha bajo la condición mencionada lleva en sí misma la captación -concretada en esa condición-. Esta no sólo no se puede imponer sino que si se impone invalida la disposición; es decir, no es el caso de que si se impone se mira como no escrita, en el cual valdría la

disposición como pura y simple, sino que al imponerla *inválida* la disposición, siendo por consiguiente grave la consecuencia de que se imponga. A primera vista no parece que haya motivo para esta drástica sanción civil, pero como, si el asignatario cumple la condición, el que resultará beneficiado será el testador que sobreviva, esto puede provocar en ambos el deseo de que el otro sea el que muera primero ("votum mortis") que podría exteriorizarse en atentados contra sus vidas, la ley decide que las disposiciones captatorias no valen, ninguna de las dos: la que lleva la expresada condición y la que se hiciere en cumplimiento de ella. Art. 1042.

Si el cumplimiento de una asignación se deja al arbitrio de un heredero o legatario, a quien aprovecharse rehusar su cumplimiento, dicho heredero o legatario será obligado a llevarla a efecto, a menos que pruebe justo motivo para no hacerlo; pero si del hecho de rehusarlo no le resultare ningún provecho, ni a sus ascendientes, descendientes, hermanos o cuñados ni a su cónyuge, no puede ser obligado a justificar su resolución cualquiera que sea, Art. 1049. El ejemplo sería el siguiente: "Lego a Pedro la cantidad de diez mil colones, y será mi heredero Juan quien a su arbitrio decidirá si se los entrega o no".

Como debe entenderse que el heredero o legatario a cuyo arbitrio se ha dejado el cumplimiento de la asignación, es también a quien se le ha impuesto el gravamen, porque de otro modo no podría cumplirla si así lo decidiera, no se comprende cómo es que de rehusar su cumplimiento puede no resultar beneficio. Para obviar esta dificultad se ha recurrido a un elemento extraño a la disposición, tal vez deducido de lo que dice el inciso segundo. Se sostiene que el negarse a cumplir la asignación no le produce beneficio cuando el testador le ha puesto una alternativa, cuando le ha dicho que si no entrega la asignación a la persona primeramente indicada, la debe entregar a otra que también se le señala, como en el siguiente caso: "Lego a Pedro la cantidad de diez mil colones, y será mi heredero Juan quien a su arbitrio decidirá si se la entrega o no; si decide no entregársela se la deberá entregar al Hospital Rosales". Pero esto no resuelve el problema, porque siempre entrega la asignación, no a Pedro pero sí al hospital. El caso de que de no entregarla a nadie no le resulte provecho, no existe. Lo anterior demuestra que la disposición legal que tal cosa prescribe es de las llamadas "perplejas".

Según el inciso segundo, si el testador ha dicho "Lego mi automóvil a Pedro, pero será mi heredero Juan quien decida si se lo entrega o no; si no se lo entrega a Pedro se lo deberá entregar a Luis", siendo éste hermano de Juan, y efectivamente a quien se lo entrega es a Luis, deberá probar un justo motivo por el que no se lo entregó a Pedro, porque se reputa que al entregársela a su hermano le ha resultado provecho indirectamente.

El artículo 1050 prescribe que la asignación que por ~~faltar~~ el asignatario se *transfiere* a distinta persona, por acrecimiento, sustitución u otra causa, lleva consigo todas las obligaciones y cargas *transferibles*, y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente; y que si una asignación, por estar demasiado gravada, hubiere sido repudiada por todas las personas sucesivamente llamadas a ella por el testamento o la ley, se defiende en último lugar a las personas a cuyo favor se hubieren constituido los gravámenes.

Sobre esta disposición legal cabe observar, que en el inciso primero los términos "transfiere" y "transferibles", deben ser sustituidos por "transmite" y "transmisibles", respectivamente, porque no se trata de actos entre vivos, aun cuando en los casos de sustitución y acrecimiento el asignatario que faltó nada transmite, pero sí hay transmisión del causante a la persona distinta que recibe la asignación en lugar de aquél. Después de decir que la asignación se transfiere a distinta persona por acrecimiento o sustitución, la disposición agrega "u otra causa", como si esas instituciones fueran "la causa" de que la asignación se transmita a distinta persona, cuando no son más que los *medios* por los cuales pasa la asignación a otra persona; la causa es la repudiación, la incapacidad, la indignidad, la premuerte, la nulidad o invalidez de la asignación, que dan lugar a que el asignatario *falte*. Por eso, por "otra causa" debemos entender *otro medio* por el cual la asignación se transmite a distinta persona; ese otro medio es el derecho de transmisión o transmisión del derecho de opción.

Para la debida aprehensión de lo dispuesto por el inciso primero de este artículo, es necesario hacer varios distingos. Si la asignación que se transmite a distinta persona, por cualesquiera de los medios indicados, estaba gravada con obligaciones y cargas, estas pasan a esa otra persona, quien quedará obligada a cumplirlas, si son transmisibles. Hay obligaciones y cargas que no se transmiten, debido a que son *intuitu persona*, porque para imponerlos al asignatario que faltó se tuvo en consideración su calidad o aptitud personal, como cuando siendo pintor se le había impuesto la carga de hacer un retrato.

También lleva consigo la asignación que por faltar el asignatario se transmite a distinta persona, el derecho de aceptarla o repudiarla *separadamente*. Hay casos en que la persona a quien se transmite una asignación que estaba destinada originalmente a otra, y no la recibe porque falta, también tiene derecho personal en la misma sucesión. Por consiguiente, tiene dos asignaciones, la que le corresponde por derecho propio y la que le viene por acrecimiento, sustitución o derecho de transmisión, pudiendo entonces aceptar una y repudiar la otra, o aceptar o repudiar ambas; esto es lo que significa *separadamente*. Esto siempre ocurre en el acrecimiento, por la naturaleza de la institución, mas no siempre en la sustitución y en el derecho de transmisión.

repudiar ambas; esto es lo que significa *separadamente*. Esto siempre ocurre en el acrecimiento, por la naturaleza de la institución, mas no siempre en la sustitución y en el derecho de transmisión.

Sobre el acrecimiento y la sustitución se volverá más adelante; aquí se tratará únicamente del derecho de transmisión, o transmisión del derecho de opción, cuyos principios ya se estudiaron, supra #24.

Supóngase el caso de un matrimonio que tiene un hijo. Al fallecer el padre, que ha instituido herederos universales a la esposa y al hijo, a cada uno de estos le corresponde un medio de la herencia. Si la madre, que ha hecho testamento a favor del hijo, fallece sin haber aceptado ni repudiado la parte de la herencia que en la sucesión de su esposo le correspondía, sabemos que el derecho de aceptar o repudiar esa parte -un medio- lo transmite a su hijo, por lo que a éste le corresponden dos porciones en la herencia de su padre: un medio por derecho personal y un medio por derecho de transmisión de su madre. Estas dos porciones, en aplicación de la disposición comentada, las puede aceptar o repudiar separadamente. Si, en el supuesto dado, el padre le hubiera dejado toda la herencia a su esposa, y fallece en las mismas condiciones, también hay derecho de transmisión a favor de su hijo, pero como no hay dos asignaciones, puesto que no había porción propia para el hijo, no tiene sentido que en este caso se hable de que la puede aceptar o repudiar "separadamente".

Según el último inciso del artículo 1050, la asignación que por demasiado gravada hubieren repudiado todas las personas sucesivamente llamadas a ella por el testamento o la ley, se deferirá en último lugar a las personas a cuyo favor se hubieren constituido los gravámenes. Cuando la ley se refiere a "la asignación" que está demasiado gravada, ha de entenderse que es al *asignatario* al que se le han impuesto demasiados gravámenes, esto es, obligaciones y cargas que debe cumplir si acepta la asignación; no se trata aquí de otra clase de gravámenes. El testador ha dicho, por ejemplo, que el asignatario tiene que pagar la operación quirúrgica de Juan, costear los estudios superiores de Pedro y pasarles una pensión alimenticia a Luis y a Diego. Tal asignatario, en vista de esa cantidad de gravámenes que el testador le ha impuesto, repudia la asignación, y así pueden por el mismo motivo repudiarla todos aquellos que por falta de aquél estaban llamados por el testamento a recibirla (como los sustitutos), y si ese derecho pasa a los herederos abintestato y éstos también la repudian, se defiere en último lugar a Juan, Pedro, Luis y Diego, que son las personas a cuyo favor están los gravámenes. Estos, pues, a quienes se defiere en último lugar la asignación, son acreedores testamentarios, no acreedores hereditarios, que es cosa diferente. La razón que se da para tal solución es aceptable. Consiste en que, en realidad, el testador no se propuso favorecer al asignatario, sino a

las personas a cuyo favor le impuso los gravámenes. Pero no deja de ser un tanto insólita, porque a los acreedores testamentarios se les está dando el carácter de herederos o legatarios, según el caso, y es sabido que la ley sólo llama a aceptar o repudiar una asignación, que es en lo que consiste la delación, a las personas que tienen vocación sucesoria, voluntaria o legítima, y los beneficiados con esos gravámenes no la tienen, a menos que se entienda que en ese momento la ley los inviste de esa vocación.

El caso que recién se ha explicado es muy diferente al que contempla el artículo 1160, en el que son los acreedores *hereditarios* los que aceptan por el deudor, como lo veremos llegado el momento.

Por último, el legislador sienta un principio de enorme importancia en la sucesión testamentaria. Establece que sobre las reglas que da acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, siempre que esa voluntad no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales. Esto significa que las reglas que la ley da acerca de esa inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, son sólo supletorias de la voluntad del causante; éste puede decidir lo contrario de lo que expresa la norma legal, siempre que esa norma no sea imperativa o prohibitiva.

En un segundo inciso, el artículo 1051, que es el que establece lo anterior, prescribe que en la interpretación del testamento ha de estarse más a la voluntad real que a la voluntad declarada, que hay que buscar cuál es la intención que el testador ha querido plasmar en las palabras que ha usado. Igual ocurre en la interpretación de los contratos; no así en la interpretación de la ley. Dice ese inciso que para conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido; lo que importa es la intención y no las palabras con que la expresó.

60.- ASIGNACIONES A TITULO UNIVERSAL. La asignación es a título universal cuando su objeto lo constituye o toda la herencia, o una cuota o parte de ella; los beneficiarios de ella son sucesores o asignatarios a título universal -herederos- que pueden ser herederos universales o herederos de cuota, como ya se explicó (supra #3). En ciertas circunstancias también se les llama herederos de remanente universales y herederos de remanente de cuota. Se caracterizan por recibir o la totalidad del patrimonio del difunto o una cuota del mismo, aunque el testador, los haya designado con el nombre de legatarios, como cuando dice que "*lega* todos sus bienes a Pedro". Este no es legatario sino heredero universal, aplicándose aquí el principio de que para conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido.

Los herederos representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Esto significa que los herederos no sólo suceden al *de cuius* en sus bienes, sino que también son sus representantes, los continuadores de su personalidad, y por esta razón el patrimonio del difunto se confunde con el patrimonio propio del heredero, por lo que éste queda obligado a satisfacer todas las deudas que aquél tenía, ilimitadamente, hasta con sus propios bienes, diciéndose entonces que el heredero tiene una responsabilidad "ultra vires hereditate", más allá de las fuerzas de la herencia, salvo que acepte con beneficio de inventario, caso en el cual su responsabilidad es solamente "intra vires hereditate".

Son también obligados los herederos a satisfacer entre todos las obligaciones que se constituyen por el testamento mismo, llamadas "cargas testamentarias", cuando el testador no las ha impuesto a alguno o algunos de ellos en particular o a algún legatario, cargas que están constituidas principalmente por los legados; son los ejecutores de las disposiciones del testador, ello desde que se suprimió de nuestro derecho positivo la institución del albaceazgo (los albaceas); y administran los bienes hereditarios de consuno cuando son varios.

También son, según nuestra ley (Art. 1166) representantes de la sucesión, lo cual no es muy propio, porque la sucesión, entendida aquí esta palabra en sentido objetivo, como herencia, no es persona jurídica y mal puede entonces tener representante, que de ser persona jurídica sería un representante legal. Cuando los herederos demandan o son demandados por acciones relativas a la herencia, no actúan como representantes de ella, sino en su carácter personal, pero están legitimados activa y pasivamente para accionar en *calidad* de herederos, porque continúan la personalidad del difunto, de modo que, lo que era un derecho para éste es derecho de ellos, y lo que era deuda u obligación para el causante, es deuda u obligación de ellos, observándose a este respecto que en el inciso final del artículo 283 del Código Civil, nuestro legislador prescribió correctamente que la acción para el reconocimiento forzoso del hijo natural, podrá ejercitarse contra los *herederos* del supuesto padre, no contra su sucesión representada por sus herederos.

Debe tenerse presente la advertencia de que como aquí se está tratando de las asignaciones testamentarias, se ha dicho que los herederos, según nuestra ley, representan la persona *del testador*, pero esto no significa que cuando se trata de una sucesión intestada no representen al causante; los herederos representan la persona del causante, haya o no haya hecho testamento.

Quando el testador llama a la sucesión a un asignatario en términos ge--

nerales, sin designarle cuota ("sea Fulano mi heredero", "dejo mis bienes a Fulano") ese asignatario es heredero universal; pero si el testador ha hecho asignaciones de cuota, el que es llamado en términos generales está concurriendo con herederos de cuota, y naturalmente se entiende heredero de la cuota que con las designadas en el testamento complete la unidad o entero, en cuyo caso lo que en realidad recibirá será una cuota, pero la ventaja de ser llamado en esos términos generales está en que, si alguno o todos los asignatarios de cuota con quienes está concurriendo el que fue llamado en esa forma, no reciben la que les corresponde porque no quieren o no pueden recibirla, ella acrece al que fue llamado en términos generales porque es heredero universal ya que a él no se le designó cuota; si se le hubiera designado cuota, las otras no podrían acrecer a la de él, según se verá al estudiar el acrecimiento.

Los instituidos en términos generales que no designan cuotas pueden ser varios, y entonces dividen entre sí por partes iguales la herencia o la parte de ella que les toque. Dividen entre sí toda la herencia cuando no hay asignatarios de cuota, cuando no están concurriendo con herederos de cuota; y dividen entre sí la parte de la herencia que les toque cuando sí están concurriendo con asignatarios de cuota. Si el testador dice: "Dejo mis bienes a Juan, Diego y Luis", estas tres personas son herederos universales, por que han sido llamadas en términos generales que no designan cuotas, y dividirán *toda* la herencia entre sí, por partes iguales, porque no están concurriendo con herederos de cuota; y si dice: "Dejo un tercio de mis bienes a Juan, y sean Diego y Luis mis herederos", sólo Diego y Luis son herederos universales, y como están concurriendo con un heredero de cuota, lo que dividirán entre sí por partes iguales será la cuota que resta para completar la unidad, o sea dos tercios, que es "la parte de ella que les toque". Si la cuota de Juan no tiene efecto, porque no quiere o no puede recibirla, acrecerá a Diego y Luis, que para eso, para esa eventualidad, fueron llamados en términos generales que no designan cuotas. En este caso es que cobra importancia que la ley los tenga por herederos universales; si las cuotas que se les dejaron a los otros asignatarios surten efecto, el que fue llamado en términos generales se queda con la calidad de heredero de cuota, la que faltó para completar la unidad o entero de la herencia.

Cuando el testador divide su herencia en partes o cuotas, que pueden ser iguales o desiguales, las personas a quienes asigna esas partes o cuotas se llaman herederos de cuota, y al igual que los herederos universales son asignatarios a título universal, pero se diferencian en que entre los asignatarios de cuota no hay derecho de acrecer, mientras que sí lo hay entre los herederos universales. Pero entre los asignatarios de una misma cuota sí hay derecho de acrecer, como cuando el testador dice: "Dejo un tercio de mis bienes a Juan y Luis, un tercio a Pedro y un tercio a Diego"; entre Juan y

Luis hay derecho de acrecer, porque están llamados a la misma cuota, de modo que si falta cualquiera de ellos el tercio completo le queda al otro.

Puede ocurrir que cuando el testador hace asignaciones de cuota, estas completen la unidad, y no obstante instituye un heredero universal, o asigna el remanente, cuando la realidad es que ya no queda nada para el heredero universal, ni hay ningún sobrante o remanente porque las cuotas hechas completan la unidad o entero de la herencia. Por ello en estos casos la ley prescribe que nada tendrá el heredero universal o asignatario de remanente. Esto parece obvio, por lo que no se ve la necesidad de que la ley lo diga; aunque no lo dijera nada recibiría el heredero universal. Pero nuestro legislador ha querido, y este no es caso único, enfatizar esta solución, que es diferente a la que se había adoptado antes de que el artículo del Código Civil de 1860 correspondiente al actual 1082, se reformara. Esa reforma se operó por ley de 1o. de marzo de 1866. Antes de ella se establecía: "Si las cuotas designadas en el testamento completan o exceden la unidad, en tal caso el heredero universal se entenderá instituido en una cuota cuyo numerador sea la unidad y el denominador el número total de herederos; a menos que sea instituido como heredero del remanente, pues entonces nada tendrá".

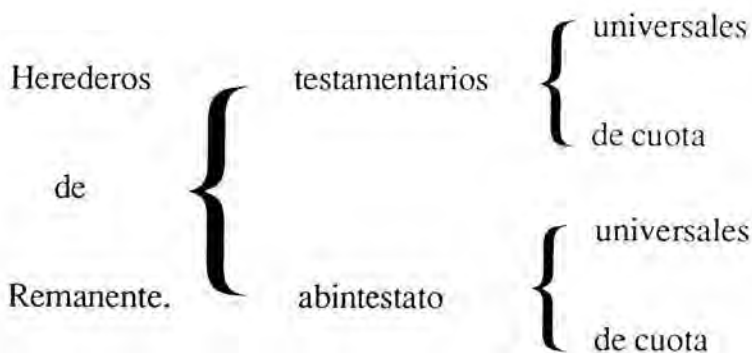
Eso significaba que al caso en que el testador había repartido toda su herencia en cuotas, y sin embargo instituía otro asignatario, se le daban dos soluciones, según que a ese otro asignatario se le hubiera instituido en términos generales que no designan cuotas (Art.1079) o como heredero del remanente (infra #61). Si había sido instituido de un modo general se le daba una parte de la herencia, que se sacaba según la regla que en la disposición transcrita aparecía, regla que implica una disminución en las cuotas dejadas por el testador a los otros asignatarios; pero si había sido instituido como heredero del remanente, nada se le daba, precisamente porque no había remanente. La solución del caso anterior a este se justificaba mediante una presunción: se suponía que si el testador, después de haber asignado toda su herencia en cuotas, instituía un heredero universal, manifestaba con ello su voluntad de que a éste le correspondiera algo de la herencia.

Caso diferente, comprendido en el mismo artículo 1082, es aquel en que el testador, al hacer la distribución de su patrimonio en cuotas excede la unidad. Cuando se presenta esta situación, el exceso se rebaja a los asignatarios de cuota a prorrata de las respectivas asignaciones. Supóngase que el testador asigna un tercio de sus bienes a Juan, un tercio a Pedro y un medio a Diego; al sumar estas cuotas se verá que el testador excedió la unidad en un sexto. Por consiguiente, este exceso de un sexto debe rebajarse a prorrata de un tercio, un tercio y un medio. De las operaciones matemáticas

que son necesarias para ello se ha deducido una regla, que consiste en reducir las cuotas hechas a un mínimo común denominador, que en el caso propuesto sería seis, con numeradores de dos, dos y tres, respectivamente (esto sumado da el uno un sexto que se tenía antes); enseguida el denominador (seis) se sustituye por la suma de los numeradores (siete en el ejemplo), manteniéndose los mismos numeradores, de donde resultan nuevas fracciones de dos séptimos, dos séptimos y tres séptimos, que sumadas dan la unidad; siete séptimos igual uno. Como se ve, al hacer la rebaja, las porciones resultantes son más pequeñas que las hechas por el testador, porque en cuantas más partes se divida una cosa, más pequeñas son esas partes (M.Somarriba U.: op.cit. pág. 260).

61.- HEREDEROS DE REMANENTE. Entre los asiganatarios a título universal también se suelen comprender los llamados "herederos de remanente" porque son los que reciben lo que sobra después que el testador ha hecho otras asignaciones pero sin completar la unidad o entero de la herencia, pero que, en realidad, o son herederos universales o son herederos de cuota. Pueden ser testamentarios y abintestato, y ambos, herederos universales o herederos de cuota.

Los herederos de remanente abintestato resultan cuando la sucesión es parte testada y parte intestada. De modo que de ellos se puede hacer la siguiente CLASIFICACION:



Los herederos de remanente testamentarios están comprendidos en nuestra ley en el artículo 1080 C., cuando dice que si hechas otras asignaciones se dispone del remanente de los bienes y todas las asignaciones, excepto la del remanente, son a título singular, el asignatario del remanente es heredero universal, resultando así los herederos de remanente testamentarios universales; y al continuar diciendo que si algunas de las otras asignaciones son de cuotas, el asignatario del remanente es heredero de la cuota que reste para completar la unidad, tenemos los herederos de remanente testamentarios de cuota.

A los herederos de remanente abintestato se refiere el artículo 1081 del mismo Código, al expresar que si no hubiere herederos universales sino de cuota, y las designadas en el testamento no componen toda unidad entera, los herederos abintestato se entienden llamados como herederos del remanente; y como ese remanente es una cuota, tales herederos son de remanente abintestato de cuota. Si en el testamento -dice a continuación- no hubiere asignación alguna a título universal, los herederos abintestato son herederos universales, con lo que se tienen los herederos de remanente abintestato universales.

El que los herederos de remanente lo sean testamentarios o abintestato depende del testador: los primeros se dan cuando *asigna* el remanente, y los segundos cuando no lo hace, dando lugar con esto a una sucesión parte testada y parte intestada. En dos casos la ley dice que los herederos de remanente son herederos universales: cuando el testador sólo ha hecho asignaciones a título singular (legados) y dispone del remanente, y cuando en el testamento no hay asignación alguna a título universal y el testador no dispone del remanente, o sea, que en este otro caso también sólo hay legados, pero el remanente no se asigna a nadie. En el primero, el o los *asignatarios* del remanente son los herederos universales, y en el segundo, lo son los herederos *abintestato*. Como tales herederos universales es evidente que tendrían derecho a los bienes que el testador había asignado a título singular, *cuando estas* asignaciones no tuvieren efecto.

Cuando el testador ha hecho asignaciones de cuota, aunque también haya hecho alguna o algunas a título singular, los herederos del remanente, testamentarios o abintestato según que aquél asigne o no ese remanente, son herederos de cuota. Como tales parecería que sólo a esta tienen derecho. Mas, según don Luis Claro Solar (op. cit. Tomo Décimo Quinto "De la sucesión por causa de muerte". Vol. VII de la Edición Facsimilar, Editorial Jurídica de Chile, 1979. Págs. 27-28) si las asignaciones de cuotas hechas por el testador no tienen efecto, esas cuotas corresponden a los herederos del remanente, testamentarios o abintestato según el caso, no obstante que ese

remanente consiste en la cuota que faltaba para completar la unidad; por eso "el llamamiento al remanente difiere en esto del llamamiento a determinada cuota", y -acotamos- esta es su ventaja. Se concluye que los llamados "herederos de remanente, testamentarios o abintestato, de cuota", tienen el carácter de herederos universales cuando las asignaciones de cuota o a título singular hechas por el testador, no tienen efecto.

Es importante advertir que cuando el testador instituye herederos universales, no puede existir ningún remanente; en tal caso no pueden darse los herederos de remanente, ni testamentarios ni abintestato.

62.- ASIGNACIONES A TÍTULO SINGULAR. Las asignaciones a título singular son los legados, antiguamente llamados *mandas*, que en algunos casos y debido a ciertas circunstancias, que ya se mencionaron, reciben doctrinariamente y en algunas legislaciones, diversos nombres: sublegados, vicelegados y prelegados.

Los beneficiados con una asignación de tal naturaleza son los legatarios, que no suceden al testador en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, porque no son herederos, sino únicamente en la especie determinada -cuerpo cierto- o indeterminada de cierto género que aquél les ha dejado, y sólo responden de las obligaciones, o cargas, que expresamente se les hayan impuesto; no representan al causante, no continúan su personalidad. Pero lo anterior se entiende sin perjuicio de que en determinados casos pueden responder en subsidio de los herederos, lo que ocurre cuando al tiempo de abrirse la sucesión no hay en ella lo bastante para pagar las deudas hereditarias. En este caso los acreedores hereditarios tienen que dirigir primero sus acciones contra los herederos y después perseguir por el resto insoluto a los legatarios. Esta responsabilidad subsidiaria se debe a que, si el testador no tenía lo suficiente para pagar sus deudas no debía haber hecho legados. El que no tiene para pagar sus deudas no debe hacer regalos, porque lo que en esto gasta es de sus acreedores.

También son obligados subsidiariamente los legatarios a contribuir al pago de los alimentos, cuando el testador ha destinado a legados alguna parte de la porción de bienes que la ley reserva a los alimentarios, según prescribe el artículo 1243, lo que será analizado al tratar de las asignaciones alimenticias, porque tal prescripción ya resulta un poco desarmonizada en relación con estas.

En tales casos los legatarios contribuyen al pago de las deudas hereditarias y de los alimentos, a prorrata de los respectivos valores de sus

legados.

En las asignaciones a título singular hay que comenzar por distinguir los legados de especie o cuerpo cierto, y los legados de género. Estos últimos son los que recaen sobre especies indeterminadas, y que se determinan según las reglas que da la ley, según veremos más adelante.

Sólo pueden legarse las cosas capaces de ser apropiadas, y que estén o en el patrimonio del causante o en el del asignatario a quien se impone la obligación de darlas; sin embargo, también se pueden legar las cosas futuras, con tal que lleguen a existir, y el testador puede ordenar que se adquiera una cosa ajena para entregarla a un legatario. Esto de que el testador ordena que se adquiera una cosa ajena para entregarla como legado se presume en ciertos casos, como cuando el legado de género no se limita a lo que existe en el patrimonio del testador, o sea, que lega una cosa de un género que no tiene, como un caballo, y no tiene caballos, ni la tiene el asignatario obligado a darla, Art. 1093; cuando se lega una cosa ajena a sabiendas de que es ajena, Art. 1086; cuando se lega una cosa entre varias que el testador creyó tener, y no ha dejado ninguna, pero en este caso la cosa sólo se adquiere cuando el legatario es descendiente o ascendiente legítimo del testador o su cónyuge, excepto cuando se lega una cosa cuyo valor no tiene límite, como son las casas y los terrenos; y en el caso del penúltimo inciso del artículo 1090, excepciones 1a. y 2a.

Los legados están prolijamente reglados, porque siendo tan variadas las cosas que pueden legarse -no sólo las cosas corporales sino los derechos y acciones- también son muchos los casos que pueden presentar dificultades en su ejecución.

En principio, el legado de especie que no es del testador, ni del asignatario a quien se impone la obligación de darlo, es nulo; pero si en el testamento aparece que el testador sabía que la cosa no era suya o de dicho asignatario, sí vale el legado, debiéndose adquirir la especie según las reglas que establece el artículo 1085. El hecho de que el testador sabía que la cosa legada era ajena, debe deducirse de las expresiones que él ha causado en el testamento; no puede ello establecerse con prueba extrínseca. Pero el legado de cosa ajena que en principio es nulo, se valida si esa cosa, al abrirse la sucesión, ya es del testador o del asignatario a quien se ha impuesto la obligación de darlo.

Cuando el testador lega una cosa en que sólo tiene un derecho proindiviso, no se entiende legada más que la parte, cuota o derecho que en ella le corresponde, aunque la hubiera legado como si fuera toda suya, no

obstante que sabía que en una parte no era suya, no entendiéndose aquí que se debe presumir que está ordenando que se adquiera el resto para entregarla entera, porque el legislador en este caso se ha hecho cargo de que en la vida práctica las personas acostumbran hablar de las cosas en que sólo tienen un derecho proindiviso como si fueran todas suyas, y así dicen "mi finca" cuando sólo tienen el derecho a una cuota en esa finca.

Una especie (cuerpo cierto) se puede legar designando el lugar en que está guardada, pero suele ocurrir que no se encuentre en ese lugar sino en otro. Como se trata de una especie, de una cosa determinada tanto en género como en especie, y por ello no puede confundirse, la ley ordena que se entregue sea cual fuere el lugar en que se encuentre; y si no se encuentra en ninguna parte no se debe nada, excepto cuando el legatario es un descendiente o ascendiente legítimo del testador, o su cónyuge, caso en el que se debe adquirir una especie de mediana calidad del mismo género para entregárselas.

El legado de cosa *fungible*, cuya cantidad no se determine de algún modo, no vale, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1048 inciso 1o., que exige que cuando el legado consista en géneros o cantidades, estos deben ser determinados por el testador o determinables con posterioridad a su muerte. Uno de los medios de que el testador puede valerse para que se haga la determinación de la cosa fungible que lega, es señalando el lugar en que se encuentra.

En este caso se entrega la cantidad que allí se encuentre al tiempo de la muerte de aquél, o hasta concurrencia de la cantidad señalada si señaló alguna. Si la cantidad que se encuentra es mayor que la señalada, sólo se debe lo que se encuentra y si no existe cantidad alguna nada se debe. Pero esto último tiene dos excepciones, que operan siempre que el testador haya señalado la cantidad: vale el legado aunque no se encuentre nada en el lugar señalado, si es hecho a favor de los descendientes o ascendientes legítimos o del cónyuge sobreviviente del testador, lo que significa que hay que adquirir la cantidad señalada; vale también cuando el legado y el señalamiento del lugar no forman una cláusula indivisible, esto es, cuando el señalamiento del lugar sólo se ha hecho como una mera indicación de la ubicación de la cantidad de la cosa fungible legada, pero sin ánimo de que sea esa precisamente la que deba entregarse, porque si de los términos que se han usado para hacer el legado y señalar el lugar, se ve que estos están tan íntimamente ligados que no puede más que concluirse que el testador se está refiriendo sólo a la cosa fungible que está en el lugar señalado y no a cosas fungibles en general, lo que significa que para aquél la cosa fungible a

que se refiere *equivale* a una especie, entonces el legado no se debe a nadie.

El testador, en la creencia de que tiene varias cosas de determinado género, puede legar una de ellas, pero resulta que no ha dejado más que una; en este caso se debe entregar la única que ha dejado. Si no ha dejado ninguna, no se debe el legado sino en favor de los descendientes o ascendientes legítimos del testador o de su cónyuge, que sólo tienen derecho a pedir (se debe comprar) una cosa mediana del mismo género, aunque se les haya concedido la elección en la creencia de que habían varias. Pero ni aún a estas personas se debe nada, en el mismo caso, cuando la cosa legada es de aquellas cuyo valor no tiene límites como lo son las casas y los terrenos. Esto se debe a que sería sumamente difícil, tal vez, imposible determinar cual será la cosa "mediana" que debe adquirirse para cumplir el legado, pues como dice Salvador Fornieles ("Tratado de las Sucesiones", Tomo II, Cuarta Edición, TEA Bs. As. 1958, pág. 230) "con los inmuebles no ha formado la naturaleza categorías especiales susceptibles de agruparse formando un género. Podrían distinguirse los predios rústicos de los urbanos, pero hay tanta diferencia entre un campo extenso y otro reducido, entre una casa de varios pisos y otra de poco valor que en vano se buscaría un rasgo para orientarse. El que legara "un campo" haría más difícil la elección que el que legara "un animal"; por eso dicen las partidas que esto vale tanto como un escarnio -ley 23, tit. IX, part. 6a.-".

Por consiguiente, si el testador, en la creencia de que tiene varias casas lega una de ellas, y no ha dejado ninguna, ese legado no vale en absoluto.

Cuando la cosa legada es un predio -terreno en general- que puede ser rústico o urbano, según que esté en zonas rurales o en los centros poblados, el testador, después de hecho el testamento, puede haberle agregado más terreno o construido sobre él, caso en el que surge la cuestión de si lo agregado o construido está o no comprendido en lo legado, supuesto que el testador nada haya manifestado posteriormente.

El inciso 1o. del artículo 1097 prescribe al respecto que si la cosa legada es un predio los terrenos y los nuevos edificios que el *testador* le haya agregado después del testamento, 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, se aplicarán las reglas siguientes: si lo agregado vale más que el predio en su estado anterior, sólo se entrega el valor del predio; si vale menos, se entrega todo al legatario, debiendo éste pagar el valor de las agregaciones.

Es fácil comprender el caso anterior cuando lo que se agrega es un

edificio, una construcción, no así cuando lo que se agrega es también terreno. La primera dificultad que aquí se encuentra consiste en saber cuándo es que a un terreno se le agrega más terreno, porque la simple adquisición, por parte del testador, de un terreno contiguo al que ha legado, no puede tomarse como agregación. Entonces no queda más que concluir que la agregación de un terreno debe ser hecha de tal modo que altere la forma del terreno original, aumentando su cabida, lo que se logra por medio de una operación jurídica como lo es la reunión de inmuebles; por manera que habrá agregación de terreno cuando el testador no sólo adquiere un terreno contiguo al que ha legado (puede también ya tenerlo, como cuerpo cierto diferente) sino que los reúne en un solo cuerpo, porque así desaparece la individualidad de ambos, y resulta uno material y jurídicamente distinto, más grande por supuesto. El que había sido legado sí tiene en este caso una agregación.

En segundo lugar, los terrenos son de fácil división, por manera que para encontrar el caso en que el terreno agregado forme con el anterior un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida, hay que suponer la concurrencia de otra circunstancia, como sería la de que sobre el terreno legado y sobre lo agregado, es decir, abarcando una parte de cada uno, el testador construyera un edificio; entonces los dos terrenos no podrían separarse sin grave pérdida: la del edificio que fue construido sobre los dos. Si lo agregado al terreno legado es un edificio (término usado en el sentido de cualquier *edificación* es evidente que estas dos cosas no pueden separarse sin la pérdida del edificio, a menos que sea de los que llaman prefabricados, que se pueda desmontar y trasladar a otro lugar.

Acerca de cuál es la razón de esta solución de la ley, Claro Solar (op. cit., Tomo XV, pág. 87) dice: "La agregación de terrenos o de edificios al predio que el propietario ha legado en su testamento puede prestarse a la duda de un cambio de su voluntad al respecto, puesto que los edificios agregados pueden tener por objeto una destinación especial del predio a una nueva industria o un cambio en su administración y explotación que aparecería contrariado por el legado. La agregación de terrenos puede tener por objeto una mejora que complete el predio y lo haga más apto para su cultivo y rendimiento". Más adelante (ibidem pág. 88) agrega: "La solución de la ley es evidentemente caprichosa; y no corresponde a la verdadera ejecución del legado. Este ha consistido en un predio que se hallaba debidamente determinado en el momento de otorgarse el testamento, y que resulta modificado en el momento de abrirse la sucesión, por un hecho del

testador que había alterado la forma del predio con la agregación de otros terrenos o con la construcción de edificios. ¿Cuál ha sido la voluntad del testador al afectar dichas agregaciones de terrenos o al levantar en el predio los edificios? ¿No es natural suponer que las mejoras que estos hechos representan se deben a la voluntad del testador de mejorar al legatario? ¿Son, al contrario, una manifestación de su voluntad contraria, y ha querido revocar el legado?. En el silencio observado por el testador, que no ha modificado su testamento, menos que una interpretación de su voluntad, la ley ha buscado la solución que le ha parecido más equitativa para el legatario y el heredero, apartándose en ello, como luego veremos, de la solución que daba el antiguo derecho". Esta solución del antiguo derecho a que alude, consistía en que en todo caso lo agregado se entregaba al legatario, como mejora de su legado.

Pero el legado de una medida de tierra, como mil varas cuadradas, no crece en ningún caso por la adquisición de tierras contiguas, ni por hecho del testador ni por hechos de la naturaleza, como serían los casos de aluvión o avulsión, y si ya no pueden separarse sólo se debe el valor de la medida de tierra que fue legada. Esta solución hace suponer que el legislador entiende que por el hecho de haber señalado el testador la medida de tierra que lega, por lo mismo ha manifestado su voluntad de que el legatario en ningún caso reciba más.

Particularmente trata la ley en el mismo artículo en que dispone lo anterior -1097- el caso del legado de un solar, esto es, el de un terreno urbano, que son los que están destinados para construir sobre ellos, prescribiendo que si el testador edifica en el mismo después de haberlo legado, sólo se deberá el valor del solar, no aplicándose las reglas ya estudiadas relativas a si vale más o vale menos que lo agregado, como en el caso del predio del inciso 1o., lo que nos lleva a concluir que en éste se trata de un predio rústico. Creemos que la razón de tal diferencia estriba en la misma naturaleza del solar, indicada arriba, porque cuando se lega alguna cosa, el testador por regla general, no se priva de su uso sino que sigue sirviéndose de ella, y si edifica sobre el solar sólo está usándolo conforme al fin a que está destinado, y ello no permite hacer suposiciones sobre si quiso o no que lo agregado se comprendiera en el legado, porque lo lógico en este caso es pensar que al construir sobre el solar no significa que le está haciendo agregaciones, sino simplemente usándolo conforme a su naturaleza, como lo haría sembrando un campo, y por ello se decide que sólo se debe el valor del solar.

Lo prescrito en el artículo 1097, que se acaba de ver, es una excepción a lo dispuesto en el anterior, que prescribe que la especie legada se debe en el estado en que existiere al tiempo de la muerte del testador, según lo cual al legatario aprovechan los aumentos que la cosa legada haya tenido y le perjudican los deterioros o disminuciones que haya sufrido después de hecho el testamento.

Cuando se lega parte de un predio, o sea, cuando el testador ha hecho una desmembración y lega lo desmembrado, se entienden legadas las servidumbres que para su goce o cultivo le sean necesarias, aunque el testador no lo exprese. Puede ocurrir, por ejemplo, que el testador tenga un terreno frentista a la calle, pero la parte de él que lega queda desprovista de salida a dicha calle; en tal caso se entiende también legada la servidumbre de tránsito sobre el resto del terreno que no legó.

En el caso en que se legue una casa con sus muebles, o con todo lo que se encuentre en ella -así lo dice el testador- no se entienden comprendidas en el legado todas las cosas que según el artículo 562 son inmuebles (al cual debería referirse la cita que hace el artículo 1099 que esto dispone, y no al 565) sino sólo las que forman el *ajuar* de la casa, o sea, el moblaje o menaje, esto es, los muebles que sirven para habitarla, los de sala, comedor, cocina, y que se encuentran en ella; por consiguiente, no se comprenden las pinturas, libros y otras cosas diferentes a aquéllas; lo mismo ocurre cuando se lega de la misma manera una hacienda de campo, pues sólo se comprenden las cosas muebles que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda, como arados, carretas, etc., que se encuentran en ella, excepto, en ambos casos, que el testador designe expresamente cosas diferentes a esas que deban comprenderse en el legado.

Cuando se lega un rebaño, que es una universalidad de hecho, sólo se comprenden los animales de que se componga a la muerte del testador y no más, aun cuando haya sido más grande cuando el legado se hizo. El rebaño puede haber disminuido ya sea porque algunos animales perecieron, ya porque el testador dispuso de una parte de ellos, lo que significaría que lo revocó parcialmente. Aunque la ley sólo se ocupa del caso en que el rebaño ha disminuido, ello no significa que si el rebaño ha aumentado el legatario no se aproveche del aumento; ese aumento le beneficia porque lo que se le ha legado no es un número determinado de animales, sino la universalidad en que consiste el rebaño.

Si se legan a varias personas distintas cuotas de una misma cosa, como "lego un medio de la finca Santa Elena a Juan, un cuarto a Diego y un cuarto a Luis", se siguen para la división de ella las mismas reglas que para el mismo caso están prescritas para la división de la herencia. Si las cuotas

no completan la unidad de la cosa legada, como si el testador dijera "lego la mitad de la finca Santa Elena a Juan y un cuarto a Luis", la cuota de un cuarto que no asignó les corresponderá a los herederos; y cuando el testador al hacer las cuotas ha excedido la unidad o entero, como cuando lega "la mitad de la finca Santa Elena a Juan, un tercio a Diego y un cuarto a Luis", el doceavo de exceso hay que hacerlo desaparecer disminuyendo proporcionalmente las cuotas hechas, regla dada para el caso en que al distribuir una herencia en cuotas se excede la unidad, según se vio en el número anterior. Si se lega una misma cosa a varias personas sin designación de cuotas, les corresponderán partes iguales, y no podrá haber lugar a los casos recién estudiados.

La especie legada -dice el Art. 1102- pasa al legatario con sus servidumbres (tanto activas como pasivas), lo que no es más que una consecuencia de que las servidumbres activas son derechos reales y las pasivas gravámenes; también pasan al legatario las demás cargas reales que sobre ella pesen. Aquí quedan comprendidos el usufructo, el uso y la habitación, y también la anticresis, aunque esta no es una carga real, pero como se aplica al acreedor anticrético lo dispuesto a favor del arrendatario en el caso del artículo 1750, el legatario de una cosa raíz dada en anticresis tiene que respetar ese contrato, aunque no hubiere sido inscrito, porque la recibe a título gratuito. Pero no quedan comprendidas la hipoteca y la prenda, no obstante que son cargas reales, lo cual se debe a que también son garantías, y si por ley pasaran al legatario, se le estaría imponiendo indirectamente la obligación de pagar la deuda que garantizan, y los legatarios sólo están obligados a pagar las deudas del causante, que éste expresamente les ha indicado. Por manera que las prendas e hipotecas que pesan sobre la especie legada, sólo pasan al legatario cuando el causante *expresamente* les ha impuesto la obligación de pagar las deudas que garantizan.

Se puede legar una cosa con calidad de no enajenarla, o sea, con la condición de no enajenarla. Como esta condición contraría el carácter de absoluto que tiene el derecho de dominio, para determinar su validez o invalidez hay que hacer un distinguo. Si la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero., la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita, esto es, que se hará de cuenta y caso que la asignación no está sujeta a esa modalidad, y el asignatario podrá enajenarla. A contrario sentido, si la enajenación compromete algún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar la cosa legada sí tendrá validez, porque al imponerla el testador se propuso indudablemente proteger los derechos de ese tercero, y si se incumple enajenándola, este incumplimiento produce la resolución del dominio que el legatario tenía sobre la cosa legada. Claro Solar (op.cit.pág. 115) dice que "la cláusula de no enajenar la especie legada, a fin de asegurar la restitución condicional a que puede sujetarse el dominio del asignatario a quien es

dejada con esta carga de restitución, es válida porque podría comprometer el derecho de la persona a quien debe ser restituida en un determinado evento". El caso comprendido en lo dicho es el de que, al legatario se le ha dejado la especie con una condición resolutoria, al cumplirse la cual tendrá que restituirla a la persona que el testador ha indicado. Si al legatario no se le impusiera la cláusula de no enajenar, podría hacerlo, y entonces al cumplirse la condición no podría hacer la restitución al tercero, quien así vería perjudicado su derecho. De lo dicho al respecto por Salvador Fornieles (op.cit.Tomo II, pág.225) se deduce este caso: se lega una finca con cargo de pagar una renta vitalicia a determinada persona, con la cláusula de no enajenar. En este ejemplo dicha cláusula vale, porque la enajenación perjudicaría al tercero, el acreedor de la renta.

Con ese caso, el del artículo 1103, parece ser que está relacionado el ordinal 9o. del artículo 1488, que establece que no son embargables los bienes raíces donados o *legados* con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente, porque la cláusula de no enajenar lo legado cuando produce efecto, o sea, cuando la enajenación perjudica derechos de tercero, debe ser complementada, estableciéndose por parte del testador la no embargabilidad de la cosa legada, para evitar que la prohibición quede burlada si en una ejecución contra el legatario, se le embarga, y consiguientemente se subasta o adjudica en pago.

Como también pueden legarse los derechos y acciones (cosas incorporales), no sólo las cosas corporales, cuando se lega un crédito, el o los asignatarios obligados a cumplir ese legado, deben hacer la tradición del mismo en la forma que está prescrita para la cesión de créditos, no bastando que simplemente entreguen el título, porque así el legatario no sería el dueño, no tendría la propiedad de tal crédito y no podría cobrarlo.

Cuando el testador lega a su deudor la cosa que le fue empeñada por éste (legado de prenda), no se extingue por ello la deuda, sino el derecho de prenda, pues tal legado implica una renuncia a esa garantía, por regla general, a menos que aparezca claramente que la voluntad del testador al legar la prenda fue extinguir la deuda; esa voluntad, desde luego, debe aparecer del mismo testamento, de cuyas expresiones debe aparecer esa voluntad de extinguir la deuda. Cuando no aparece esa voluntad de extinguir la deuda, el legado de prenda a primera vista parece raro., porque la cosa dada en prenda es del deudor-legatario, se le lega entonces lo que es de él, lo cual, visto sin mayor análisis no le reporta beneficio, si no está recibiendo más que lo que es suyo. Pero no obstante esto, sí recibe beneficio. lo cual es

explicable porque en los legados no es esencial que el legatario obtenga un beneficio económico inmediato (a veces no obtiene ninguno con la cosa legada, como cuando se trata de cosas de valor afectivo únicamente), y en este caso el beneficio que el legatario obtiene es el mejoramiento de su crédito, su solvencia para obtener crédito, porque teniendo otra vez en su poder la casa que antes había dado en prenda, puede volverla a empeñar a un nuevo acreedor.

En el "legado de liberación", que es aquel en que el testador condona, o remite, en el testamento una deuda, si después demanda judicialmente al deudor o acepta el pago que éste le ofrece, está, con estos actos, revocando el legado, y en consecuencia, el deudor no puede aprovecharse de la condonación que en el testamento aparece. Pero si se paga sin que lo sepa el testador que había condonado la deuda en el testamento, como cuando el pago se le hace al mandatario suyo, o cuando se le ha pagado sin su consentimiento, como puede ocurrir en el pago por consignación, el legatario puede reclamar a los herederos la devolución de lo pagado; y cuando en la condonación no se determina la suma que se condona, sólo se entienden condonadas las deudas existentes a la fecha del testamento, lo cual es lógico, porque no se puede condonar una deuda que no existía cuando se hizo el testamento.

El testador puede hacer un legado a un acreedor suyo, y en tal caso no se entiende que con lo legado le está pagando la deuda, y puede entonces el acreedor reclamar tanto su crédito como la cosa legada. pero si el testador expresa que lo legado es a cuenta de lo que debe al legatario, o cuando ello aparece claramente por las circunstancias del legado, que doctrinariamente recibe el nombre de "legado de deuda", el acreedor puede escoger entre exigir el pago en los términos que expresa el testamento, o en los términos a que estaba obligado el deudor-testador en el documento respectivo, según lo que le resulte más ventajoso. Este legado puede representar en ciertos casos, cuando con él se está pagando la deuda, una gran ventaja para el acreedor, como cuando su título es defectuoso, o su crédito ya ha prescrito.

Cuando el testador manda pagar lo que cree deber, que en realidad no es un legado, y no debe, la disposición se tiene por no escrita, lo que es natural porque existe un error, y si se hace el pago carecería de causa; y si en razón de una deuda determinada, se manda pagar más de lo que ella importa, no se debe el exceso, a menos que aparezca la intención de donarlo, la que se presumirá cuando apareciere que el testador tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho.

Los legados, al igual que las donaciones entre vivos, se clasifican en: gratuitos, remuneratorios y con causa onerosa. En nuestra ley no existe una

disposición que expresamente se refiera a ella, pero la acepta. Prueba de ello son los artículos 1110 y 1256; en el primero se mencionan los legados gratuitos y en el segundo los remuneratorios. Los gratuitos vienen a ser aquellos en que no se impone ninguna carga u obligación al legatario; por el contrario, los que llevan una carga para el legatario son con causa onerosa. Los remuneratorios son los que se hacen en retribución de algún servicio que se le prestó al testador y no se le quiso cobrar. Voveremos sobre esta clasificación en relación con las donaciones entre vivos.

Las deudas confesadas en el testamento (Art. 1110) y de las que no existe un principio de prueba por escrito, se tienen por legados gratuitos, y están sujetos a las mismas responsabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase (pago de impuestos fiscales, responsabilidad subsidiaria del Art. 1243), lo cual se debe a que si no existe un principio de prueba por escrito de esas deudas, la ley presume que no son tales, sino que son legados disfrazados de deudas con el fin de eludir aquellas responsabilidades y deducciones. Sin perjuicio de que si esa confesión de deuda, de la que no existe principio de prueba por escrito, se hace a favor de alguna de las personas enumeradas por el artículo 1045 como incapaces, en el caso de que trata, no puede exigirse ni como legado gratuito, porque si como tal valiera se usaría para burlar esa incapacidad.

Los legados, además de que pueden ser revocados en forma expresa, también pueden serlo en forma tácita: algunas de estas últimas formas ya han quedado puntualizadas, pues son especiales para determinados legados, cuyo estudio ya se hizo. En general, cuando se trata de legados de especie, su enajenación en todo o parte, envuelve la revocación del legado, y no subsiste o revive aunque la enajenación resulte nula o el testador vuelva a adquirir el dominio de la especie, porque con la enajenación ya había evidenciado su intención de revocar el legado. Esta regla no se aplica a los legados de género, porque el género no perece. El legado de especie presenta otra particularidad, que no presenta el de género por la misma razón ya dicha, y es la de que si se destruye la especie sin hecho o culpa del que debe entregarla, se extingue la obligación de pagar el legado; si es por hecho o culpa del que debe entregarla, la obligación subsiste pero varía de objeto, pues el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar los perjuicios al legatario, todo de acuerdo con las reglas generales de las obligaciones, pues el legado es una deuda y el legatario un acreedor.

Los legados que recaen sobre cosas muebles tienen una forma especial de ser revocados tácitamente, que es la alteración *sustancial* de la cosa legada, concepto cuyo significado puede resumirse diciendo que si después de la alteración de la cosa mueble, esta puede volver a adquirir su estado primitivo, el legado no se entiende revocado; si ya no es susceptible de volver a adquirir ese estado, la alteración es sustancial y entonces el legado -

sí se entiende revocado. No se escapa que ello depende de la naturaleza de la materia de la cosa legada.

63.- ASIGNACIONES CONDICIONALES. Las modalidades, que son modificaciones introducidas por las partes o por la ley, en las consecuencias naturales de un acto jurídico, también pueden ser impuestas por el testador a sus asignaciones. El testador, por el hecho de que sus asignaciones son liberalidades, puede exigir que aquellos a quienes las destina se sujeten a ciertos requisitos para gozar de ellas o para conservarlas, o bien, limitar su goce. Entonces, las asignaciones que hace el testador pueden ser puras y simples (cuando no introduce modificaciones en sus efectos naturales) y sujetas a modalidades.

Las modalidades, en el derecho contractual, son de tres clases: la condición, el plazo y el modo. Pero en las asignaciones testamentarias no encontramos el plazo, no se regulan asignaciones "sujetas a plazo". Pero sí las "asignaciones testamentarias a día". El día no es una modalidad en sí mismo, sino que, o bien su señalamiento origina una condición o bien un plazo, según las circunstancias que oportunamente se estudiarán, cuando se trate de tales asignaciones.

Aquí corresponde hablar de la condición, cuando ha sido impuesta a una asignación testamentaria, porque el estudio de las asignaciones condicionales no es más que eso, el estudio de la condición en *relación* con las asignaciones testamentarias, que en el Código se inicia intentando definir las, pero en ese intento se cae en un círculo vicioso, ya que lo definido entra en la definición. Asignación condicional -dice- es aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo. Por ello es que todo lo concerniente a la condición, en sí misma considerada, que figura en el Libro IV del Código Civil, no cambia cuando ha sido impuesta a las asignaciones testamentarias; siempre consiste en un acontecimiento futuro, con relación al momento de testar, que puede ocurrir o no (incierto) que puede ser positivo o negativo, y el positivo debe ser física y moralmente posible; y el acaecimiento o no acaecimiento del suceso puede producir efectos suspensivos o resolutorios: la condición impuesta a una asignación puede ser suspensiva o resolutoria. Tal suceso puede depender de la voluntad del asignatario, de la voluntad de un tercero o de un acaso, y en parte de la voluntad del asignatario y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso; esto es, que la condición puede ser potestativa, casual y mixta. También puede, en el derecho sucesorio así como en el contractual, encontrarse en tres estados: pendiente, cumplida y fallida.

No obstante, debido a la naturaleza especial de las asignaciones testamentarias, existen algunas reglas particulares sobre los hechos que pueden imponerse como condiciones.

Un caso especial constituye el del artículo 1053, que establece que si la condición consiste en un hecho presente o pasado, no suspende el cumplimiento de la disposición, como cuando la asignación se deja "si Juan es juez" o "si Juan ha sido juez" (el primero un hecho presente y el segundo un hecho pasado). Si el hecho existe o ha existido, según lo haya exigido el testador, como cuando Juan es efectivamente juez o ya lo fue cuando se hace el testamento, la condición se mira como no escrita, o sea, que el asignatario recibe la asignación, porque se cumplió el requisito que el testador exigía. Si no existe o no ha existido, en el ejemplo dado, cuando Juan no es juez ni nunca lo ha sido, no vale la disposición. Esto explica por qué la ley dice que si la condición consiste en un hecho presente o pasado *no suspende* el cumplimiento de la asignación, porque si el hecho no existe o no ha existido no vale la disposición, y si existe o ha existido la condición se mira como no escrita; es decir, que estos son los efectos de tal "condición", no suspender el cumplimiento de la asignación. De donde resulta que no se trata en realidad de una condición; para que lo fuera tendría que tratarse de un hecho *futuro*, y además tendría que *suspender* el cumplimiento de la asignación. En cuanto a la incertidumbre (característica de toda condición) está no recae, en estos casos, sobre si el hecho se realizará o no, porque es presente o pasado, sino sobre si el testador tenía o no conocimiento de que el hecho previsto por él ya se había realizado o no (Claro Solar: op.cit. Tomo XIV, p.397). Lo pasado, presente y futuro para los efectos de esta disposición, se entiende con relación al momento de testar, a menos que el testador exprese otra cosa, como cuando dice "Si al momento de *mi muerte* Juan es Alcalde de Santa Ana..."

Si la condición que se impone como para tiempo futuro, que es caso distinto al anterior, consiste en un hecho que se ha realizado en vida del testador, como por ejemplo "Si Juan se doctora" y ya se había doctorado, y el testador al tiempo de testar lo supo, si el hecho es de los que pueden repetirse, se presume que exige su repetición, y si es de los que no pueden repetirse, como el de que fallezca una persona determinada, la condición se mira como cumplida. Si el testador no supo al tiempo de testar que el hecho ya se había realizado, se mira siempre la condición como cumplida, ya sea que el hecho pueda repetirse o no.

Hay algunas condiciones regladas especialmente, debido a la naturaleza de los hechos en que consisten, que tienen relación con el orden público. Así, se puede imponer la condición de que no se impugne, de que no se trate de destruir judicialmente la validez del testamento, pero ello no

comprende la impugnación que se le puede hacer con base en que se han violado las formas testamentarias, las solemnidades que la ley exige para la clase de testamento de que se trate; cuando se han violado las formalidades del testamento sí se puede impugnar, el testamento aun cuando se haya impuesto la condición de no hacerlo, debido a que aquéllas son de orden público, y este nadie puede contravenirlo, ni en forma indirecta como sería si se permitiera imponer la condición de no impugnarlo, de no pedir su nulidad por vicios de forma.

No se puede imponer a un heredero o legatario la condición de no contraer matrimonio, en general, porque equivaldría a obligarlo a permanecer célibe toda su vida, y en consecuencia tal condición iría contra el principio constitucional que establece que siendo el matrimonio el fundamento legal de la familia el estado está obligado a fomentarlo; pero sí se puede imponer esa condición cuando se limita a no contraerlo antes de cumplir la edad de veintidós años o menos, como también vale la que se limita a no contraerlo con determinada persona, porque entonces no se contraviene aquel principio puesto que el asignatario se puede casar con cualquier otra persona. Cuando el testador impone esa condición en estas últimas formas, se presume que lo hace por motivos de protección al asignatario. Por iguales fundamentos se tiene por no puesta la condición de permanecer en estado de viudedad, a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio al tiempo de deferirsele la asignación, pues entonces si se le puede obligar a permanecer en dicho estado por medio de la mencionada condición. Esta salvedad se debe a que se tiene en mira la protección de esos hijos; tiene, pues, un fundamento parecido al que tiene la institución de los bienes reservados o "reserva de bienes" de la sucesión intestada, de que se habló.

Lo dicho respecto a las condiciones que consisten en permanecer en estado de soltería o viudedad, en los casos en que se tienen por no escritas o por no puestas, que es lo mismo, no se opone a que se deje una asignación que consista en un usufructo, uso, habitación o pensión periódica a una mujer, para su subsistencia, por todo el tiempo que permanezca soltera o viuda, porque entonces se entiende que no se le está impidiendo que se case o se vuelva a casar, sino sólo amparándola mientras permanezca soltera o viuda; si se casa ya no necesitará de ese amparo que para ella dispuso el testador, suponiéndose que el marido le dará la debida asistencia económica. En este caso no hay condición de no casarse. Pero obsérvese que entre los derechos a que se refiere la disposición -Art.1058- no se encuentra el de dominio, sólo permite las desmembraciones de este y la pensión periódica; todos estos tienen la característica de que se extinguen con la muerte del que los goza. Tal omisión es intencionada, y se debe a que el legislador considera que, si a una mujer se le dejara el dominio de alguna cosa mientras

permanezca soltera o viuda, equivaldría a imponerle veladamente la condición de que no se case, porque como el dominio sí es transmisible, se le pondría en la disyuntiva de casarse y perder la propiedad, o conservar esta no casándose para poderla transmitir a sus herederos, y puede que prefiera lo último, recibiendo así eficacia una condición que contraviene el orden público.

Por el contrario, las condiciones que consisten en que el asignatario se case, o no se case con una determinada persona, son permitidas, porque la abstención que se impone no es absoluta en el segundo caso, el asignatario puede casarse con cualquier otra persona, menos con la que se le ha indicado que no lo haga, so pena de perder la asignación, y en el primero se está fomentando el matrimonio, por lo cual su validez es obvia. También vale la condición de abrazar un estado o profesión cualquiera, permitida por las leyes. La de abrazar un estado se refiere al ingreso en una orden religiosa; pero como podría ser que el testador impusiera la condición de ingresar a una orden religiosa de las que exigen el celibato, por lo que resulta incompatible con el estado de matrimonio, el artículo 1059, al decir que esa condición vale, agrega "aunque sea incompatible con el estado de matrimonio", lo que significa que aunque por abrazar ese estado religioso en cumplimiento de la condición, el asignatario no pueda casarse, siempre vale, porque en tal caso esa condición equivale a obligarlo a que no se case, condición prohibida que estaría imponiéndose indirectamente. Se trata, pues, de una permisón, de una derogación de la prohibición de obligar a alguien a permanecer soltero o viudo, porque al ser incompatible el estado que al asignatario se le impone abrazar con el matrimonio, indirectamente se le está imponiendo aquella condición de no casarse. Esta concesión del legislador talvez se deba al deseo, comprensible en la época en que se promulgó el Código, de fomentar las vocaciones sacerdotales. La profesión religiosa producía antiguamente la muerte civil, que ya desapareció de las legislaciones.

La asignación que tiende a la subsistencia de la mujer mientras permanezca soltera o viuda, es potestativa y resolutoria. Las otras condiciones que se han mencionado, relativas a casarse o no casarse pueden actuar tanto como suspensivas o como resolutorias, según lo disponga el testador. Cuando han sido puestas como suspensivas y consisten en no hacer (no casarse con una persona determinada) caen en lo dispuesto por el penúltimo inciso del artículo 957, que exige la rendición de la caución "muciana" para que el deferimiento se verifique a la muerte del causante, porque además son potestativas.

También es prohibida la condición de no exigir al tutor o curador la cuenta de su administración o el saldo que resulte en su contra; si se impone

se mira como no escrita, porque la disposición que los obliga a ello es de orden público, Art.433, inc.2o.

Los asignatarios bajo condición suspensiva no adquieren el derecho a la asignación sino hasta que la condición se cumple, porque es hasta entonces que se verifica para ellos la delación, a menos, como se ha dicho, que se trate de una potestativa negativa, en que se adquiere dando la caución *muciana*; sólo pueden implorar providencias conservativas, como pedir que se haga inventario, la guarda y aposición de sellos, inspeccionar los libros y papeles, depósito de valores en bancos, etc.; tampoco transmiten nada si mueren antes de cumplirse la condición, distinto a lo que ocurre con el acreedor condicional a que se refiere el artículo 1363, pues en el caso de este se aplica el aforismo "el que contrata para sí, contrata para sus herederos", que no puede aplicarse a los asignatarios condicionales.

Tampoco tienen derecho a los frutos producidos por la cosa asignada antes de cumplirse la condición, en aplicación del principio de que las cosas producen y perecen para sus dueños, y el asignatario va a ser dueño hasta que la condición se cumpla. Por eso dice el último inciso del artículo 1060 que cumplida la condición, no tendrán derecho a los frutos percibidos en el tiempo intermedio, tiempo que comprende desde la muerte del causante hasta el cumplimiento de la condición. Esto supone que haya otra persona que mientras tanto será dueño de la herencia, porque esos frutos pertenecen a ella; la disposición entonces se ve clara cuando quien estaba bajo condición suspensiva era un legatario, pero no cuando era un heredero, especialmente en el caso de que al que se le ha impuesto la condición es el único heredero universal. ¿A quién pertenecen en este caso los frutos producidos en el tiempo intermedio? Esta interrogante es válida cuando el testador no ha dispuesto que esos frutos pertenezcan a otra persona, porque si así es no hay ningún problema. La solución parece ser que en tal caso sí le pertenecen los frutos. No obstante la regla dada por la ley, el testador puede ordenar que sí tendrá derecho a esos frutos el asignatario condicional, concediéndoselos expresamente.

Por el contrario, en caso de condición resolutoria los frutos pertenecen al asignatario, *salvo* que el testador haya dicho lo contrario, todo de acuerdo con el artículo 1359.

64.- ASIGNACIONES A DIA. Cuando se fija con precisión un día de determinado mes y año para el nacimiento o la extinción de un derecho, tales nacimiento o extinción de ese derecho están sujetos a un plazo, caracterizado porque en él no existe ninguna incertidumbre; y cuando lo que se fija para ello es el día en que *se produzca* un acontecimiento determinado, puede resultar que el nacimiento o extinción del derecho estén sujetos a una

condición o a un plazo, según las circunstancias. De donde viene que cuando se fija un día para el nacimiento del derecho a una asignación testamentaria, o para su extinción, la asignación estará sujeta a una condición suspensiva o resolutoria, o a un plazo suspensivo o extintivo, por lo que en otra parte se dijo que el día no es realmente una modalidad. El señalamiento de día sólo es un hecho que puede generar o una condición o un plazo, que sí son modalidades. Posiblemente por esta razón no se habla en el derecho contractual de obligaciones a día; y aparte de esta razón jurídica, también existe para ese silencio la de que en las convenciones no es usual valerse de este medio indirecto para someter los derechos y obligaciones de las partes a condiciones y plazos, prefiriéndose estipularlos en forma directa, como conviene a la claridad y precisión que deben imperar en ellas.

Desde luego, el plazo, al igual que la condición, puede ser impuesto en forma expresa por el testador.

Que el señalamiento de día de lugar a una condición o a un plazo, depende de las características que pueden afectarlo. Estas características son: la certidumbre y la determinación. Un día es cierto cuando se sabe con seguridad que ha de llegar, y es determinado cuando también se sabe cuándo ha de llegar.

Pero la ausencia de esas características también es causa de otras, originando la incertidumbre y la indeterminación, siendo entonces un día incierto aquel del que no se sabe si va a llegar o no, y un día indeterminado aquel del que no se sabe cuándo va a llegar. Se desprende de esto que el día puede ser: cierto, incierto, determinado e indeterminado. Es cierto o incierto según que se tenga o no la seguridad de que va a llegar, y es determinado o indeterminado según que se sepa o no cuándo va a llegar.

Un día puede tener las dos características positivas, ser cierto y determinado; una positiva y una negativa, ser cierto pero indeterminado o incierto pero determinado; o las dos características negativas, ser incierto e indeterminado. El día cierto y determinado es el que se sabe que ha de llegar y cuándo ha de llegar, como cuando se señala un día de un mes y año que se expresan, y constituye un verdadero plazo; por consiguiente, el derecho a la asignación, la propiedad de la cosa asignada, se adquiere desde el momento de la muerte del testador, y puede entonces enajenarse y transmitirse, pero como su goce está sujeto a la llegada del día, no puede reclamarse antes; pero no obstante ser plazo, el testador puede convertirlo en condición, lo que ocurre cuando exige expresamente que el asignatario exista en ese día. A este día, al que es cierto y determinado, es al que se le aplican las reglas dadas en el Título "De las obligaciones a plazo"; consecuentemente, si la asignación sujeta a un día cierto y determinado, se paga o entrega antes de la llegada del día señalado por el testador, no está sujeta a restitución, según el

artículo 1366; también se le aplica, debidamente adecuado, lo dispuesto por los artículos 1367 y 1368.

El día es cierto pero indeterminado si necesariamente ha de llegar, y en consecuencia se sabe que va a llegar, pero no se sabe cuándo, como el día en que una persona muera. La asignación desde un día de estas características es condicional según la ley, pues envuelve -dice el artículo 1066- la condición de existir el asignatario en ese día, cuando en puridad de derecho es un plazo, pero un plazo indeterminado, diciéndose para justificar tal solución, que el legislador presume que esa es la voluntad del testador, que sea condición y no plazo, presunción que es bastante discutible. Lo cierto es que para nuestro derecho sucesorio el plazo indeterminado produce efectos de condición. Pero cuando la asignación es a favor de "un establecimiento permanente" sí constituye un plazo para la ley, con los efectos indicados en el párrafo anterior, porque en tal caso se sabe que el asignatario va a existir en ese día, puesto que las personas jurídicas, que es indudablemente a las que se refiere la ley en el inciso segundo de la disposición citada, son por regla general de larga vida; a esto hace alusión ese inciso cuando dice: "Si se sabe que ha de existir el asignatario en ese día..."

La asignación *desde* día incierto, sea determinado o indeterminado, es siempre condicional, puesto que si no se sabe si un día ha de llegar o no, equivale a no saberse si el acontecimiento a que el día está relacionado va a ocurrir o no, y esto es una característica de las condiciones, como el día en que una persona cumpla determinada edad, o el día en que una persona se case (determinado el primero, indeterminado el segundo). El día incierto e indeterminado es, indudablemente, una verdadera condición, como el del segundo ejemplo propuesto. A la asignación sujeta a un día incierto, por ser condición, se le aplican las reglas de estas; entonces, la asignación *desde* día incierto está sujeta a una condición suspensiva como regla general, a tener presente siempre, está la siguiente: cuando al hacer la asignación se usa la palabra *desde*, o se trata de un plazo suspensivo o de una condición suspensiva, según las características del día que se ha señalado, conforme se ha dejado explicado.

En cambio, y ello constituye otra regla general, cuando se usa la palabra *hasta*, o se trata de un plazo extintivo o de una condición resolutoria, siempre según las características que tenga el día señalado.

La asignación *hasta* día cierto, ya determinado ya indeterminado, constituye un usufructo a favor del asignatario, porque se trata de un plazo extintivo, desde luego que se sabe que el día va a llegar, y hasta entonces existirá el derecho a la asignación, llegado el día se extinguirá, si no es que el asignatario muere antes, pues si esto ocurre también se extingue el usufructo aun cuando no haya llegado el día, porque siendo gratuito no se

transmite. La asignación dejada hasta día cierto, determinado o indeterminado, puede consistir en prestaciones periódicas, y llegado el día la obligación de pagarlas se extingue, lo mismo que si muere antes el asignatario, porque por disposición expresa de la ley tal asignación es intransmisible. Cuando estas asignaciones son a favor de una corporación o fundación, que por lo general son de larga vida, no pueden durar más de treinta años, en armonía con lo dispuesto en el artículo 774, inciso 3o. del Código Civil, que prescribe que el usufructo a favor de tales personas morales no podrá pasar de treinta años, para evitar que constituya una vinculación.

La asignación *hasta* día incierto pero determinado, o sea que no se sabe si va a llegar o no, pero suponiendo que llegue se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla determinada edad, unido a la existencia del asignatario, también constituye usufructo, aun cuando no se sabe si el día va a llegar o no; ello es así porque si llega ese día, si el asignatario cumple la edad fijada por el testador, como cuando éste dice "Lego la casa X a Pedro hasta que cumpla cuarenta años de edad", y Pedro los cumple, se extingue su derecho a la asignación aunque siga vivo, lo que significa que sólo ha tenido el usufructo de la casa, y si muere antes de cumplir esa edad, también se extingue por ese hecho la asignación, el usufructo a que se contrae, pues este, siendo gratuito no se transmite en ningún caso. Se trata entonces, como en el caso anterior, de un plazo extintivo, por lo que en realidad la asignación sólo ha consistido en el usufructo de la cosa asignada. Hay que tener presente que una asignación hecha en esta forma *constituye* un usufructo; no se trata del caso en que en forma directa se ha dejado el usufructo de una cosa, sino que lo asignado es la cosa misma. La frase "unido a la existencia del asignatario" significa que es él quien debe vivir a la llegada del día, que la edad que se ha fijado como término de la asignación se refiere a su persona.

El día está unido a la existencia de otra persona, de un tercero, cuando el derecho a la asignación se va a extinguir cuando el tercero cumpla la edad fijada. En este caso, la solución es distinta, aunque siempre se trata de un usufructo, porque si el día está unido a la existencia de otra persona la ley dispone que el usufructo expira, o sea que la asignación se extingue, hasta la fecha en que, viviendo la otra persona, llegaría para ella el día, esto es, que si el tercero fallece antes de cumplir la edad fijada ("Lego la casa X a Pedro hasta que Diego cumpla cuarenta años de edad") no se extingue el usufructo para el asignatario Pedro, sino hasta la fecha en que Diego habría cumplido los cuarenta años si hubiera vivido. Diego puede morir a los treinta años de edad, pero el usufructo para Pedro continúa diez años más. En este caso ese día, que por naturaleza es incierto, está funcionando como cierto. Se supone que esto se debe a que el legislador entiende que no es la vida del

tercero la que el testador ha querido poner como término de la asignación, sino un día cierto y determinado, aquel en que el tercero cumpliría la edad fijada, en otras palabras, un plazo. Por eso dice que el usufructo expira hasta la fecha en que, viviendo la otra persona llegaría para ella el día, Art.1069 inc. 2o. Naturalmente, si el asignatario muere antes, se extingue también el usufructo.

La asignación *hasta* día incierto e indeterminado, de la que la ley no se ocupa, es una verdadera condición resolutoria.

65.- ASIGNACIONES SUJETAS A MODO O SUB MODO. El modo es una carga que el testador impone a un asignatario, ya sea este a título universal o a título singular. Por consiguiente, el modo disminuye la asignación.

Asignaciones modales son las que se hacen con el objeto de que lo asignado sea aplicado a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, que el testador indica. Ese fin especial puede beneficiar al mismo asignatario, a un tercero determinado o a personas indeterminadas; así, se le puede legar una suma de dinero a una persona, para que pague la operación quirúrgica que necesita, o para que pague la operación de un tercero, o para que construya una escuela en un determinado lugar. En el primer caso el beneficiado es el propio asignatario, en el segundo es un tercero determinado y en el último son terceros indeterminados, las generaciones de estudiantes que asistirán a la escuela.

Puede que no haya beneficio para nadie, sólo disminución de la asignación, como cuando consiste en hechos que han de verificarse en memoria del testador, tales como mandarle a decir una serie de misas cuando se muera, construir un mausoleo, etc.

La ley, al dar el concepto de la asignación modal, dice que si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva, y agrega que el modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada.

En la asignación modal, o sub-modo, existe entonces un asignatario, que debe reunir los requisitos necesarios para suceder, debe tener testamentifacción pasiva, y puede existir una tercera persona, cuando el fin especial a que la asignación deba aplicarse produce un beneficio para alguien; pero esta persona o personas que pueden resultar beneficiadas con un modo, no son asignatarias, no son herederas ni legatarias, y consiguientemente no necesitan tener testamentifacción pasiva respecto del

causante que así los ha favorecido. Empero, se sostiene que si el modo se utiliza para beneficiar a una persona que es incapaz para suceder al causante que lo ha favorecido, no debe valer, pues por medio de él se estaría burlando la incapacidad, se estaría cometiendo un fraude de ley.

Es interesante observar que cuando la ley reglamenta las asignaciones condicionales y a día, donde queda comprendido el plazo, dice que se aplican, respectivamente, las reglas dadas en los títulos "De las obligaciones condicionales" y "De las obligaciones a plazo", pero cuando reglamenta las asignaciones modales, no se remite a las "Obligaciones modales". Esto se debe a que, a pesar de que en el Libro cuarto del Código Civil existe el título que trata "De las obligaciones condicionales y modales", en sus disposiciones sólo se reglamentan las obligaciones condicionales, no las modales, de las que únicamente se hace mención en el último artículo de ese Título; no hay reglas para las *obligaciones* modales, pero si se mencionan es porque se acepta su existencia. La no reglamentación del modo en cuanto afecta a las obligaciones, tiene su justificación en que el modo es más propio de las liberalidades, del derecho hereditario y no del contractual; pero existen unas convenciones que tienen una característica común con las asignaciones por causa de muerte: la gratuidad. Ellas son los contratos gratuitos o de beneficencia, los que sólo tienen por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen (el comodato, el depósito) y en estas sí es posible imponerle un modo al beneficiado, que si no lo acepta no recibe el beneficio, mientras que no es concebible que se le imponga un modo al que compra una cosa, en general, al que celebra un contrato oneroso.

El modo no suspende la adquisición de la cosa asignada, puede entonces correrse el riesgo de que un asignatario no cumpla el modo que se le ha impuesto; pero esto lo puede evitar el testador estableciendo lo que se llama "cláusula resolutoria", que es la que obliga a restituir la cosa y los frutos si no se cumple el modo; si el testador no la impone expresamente no se sobreentiende, no funciona como la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales, a que se refiere el artículo 1360 C. La existencia de esta cláusula reviste más importancia cuando el modo es en beneficio del propio asignatario (".....para que se haga la cirugía facial") porque si en este caso no se expresa la cláusula, no dice el testador que si no cumple restituirá lo asignado, el modo no impone obligación alguna.

No es necesario para adquirir la asignación, asegurar el cumplimiento del modo por medio de una caución, lo que no era necesario que la ley lo dijera, porque basta con que no se imponga la obligación; pero sin duda lo hizo para dejar claro que ya no se exige tal caución, porque en el derecho antiguo sí se exigía.

En determinadas circunstancias, la carga o modo que acompaña a una asignación, puede privar a esta de su validez. Ello ocurre cuando el modo consiste en un hecho que es por su naturaleza imposible, como el de hacer un edificio de mil pisos, o ir nadando a Puerto Rico, porque evidencia falta de seriedad en la asignación, ausencia de la intención de beneficiar al asignatario, desde luego que el testador sabe que no lo va a poder cumplir; o cuando es inductivo a hechos ilegales o inmorales, como el de pagar a alguien para que lesione a otro, instalar una casa de juegos prohibidos o de prostitución, porque en estos casos el modo tiene objeto ilícito, y esto también vicia la asignación; o cuando está concebido en términos ininteligibles, cuando no se entiende qué es lo que el testador ha querido exigir por lo confuso de las expresiones usadas. Estos casos son de imposibilidad *ab-initio*, desde que se hace la asignación el modo es imposible de cumplir, física o moralmente.

El modo que era física y moralmente posible (lícito) al tiempo de hacer la asignación, puede haber llegado a hacerse imposible, sin hecho o culpa del asignatario obligado a cumplirlo, esto es, sin que él haya maniobrado de alguna manera para que ello ocurriera, y sin que por su imprudencia o negligencia se haya producido la imposibilidad; así ocurre, v.g. cuando se ha impuesto al asignatario la obligación de construir una presa en un río que pasa por la finca asignada, y después de hecha la asignación el río varía de cauce o disminuye considerablemente su caudal, sin que esto sea obra del asignatario para no cumplir el modo. Tal imposibilidad sobreviniente puede presentar dos aspectos: que no pueda cumplirse el modo en la forma especial prescrita por el testador pero sí en otra, en cuyo caso se cumplirá por analogía, toda vez que no se altere la sustancia de la disposición y siempre que este cambio sea aprobado por el juez, como cuando consistiendo el modo en construir una escuela, el dinero dejado para ello ya no es suficiente debido a las alzas que los materiales y la mano de obra han experimentado, caso en el que la forma análoga que no altera la sustancia de la disposición, podría ser construir una aula más a una escuela ya existente; o bien, que no pueda cumplirse en ninguna forma, ni como lo prescribió el testador ni en forma análoga, y en este supuesto, que es de imposibilidad absoluta sobrevinida, la asignación subsiste sin la carga, como pura y simple.

Puede ocurrir así mismo que el testador no determine suficientemente el tiempo o la forma especial en que ha de cumplirse el modo, cuando, por ejemplo, no dice por cuánto tiempo se ha de proveer de útiles a una escuela, o sólo dice que se han de hacer obras de beneficencia, lo cual es de un alcance bastante extenso y por consiguiente, falto de precisión. En estos casos debe ocurrirse al juez para que, con conocimiento de causa, haga su determinación, y quien al hacerlo está obligado a dejar al asignatario modal

un beneficio que ascienda, por lo menos, a la quinta parte del valor de la cosa asignada. Esto, porque se supone que cuando el testador impone una carga a un asignatario, toma en cuenta que a éste le quede algún beneficio; de lo contrario se expone a que su asignación sea repudiada, puesto que sólo significaría trabajo para dicho asignatario.

El modo es transmisible a los herederos del asignatario a quien se le había impuesto, siempre que el hecho en que consista pueda ser ejecutado por cualquier persona; por consiguiente, si se trata de un hecho de aquellos que sólo pueden ser ejecutados por ciertas personas, porque se necesitan cualidades especiales para verificarlos, las que fueron tomadas en cuenta por el testador para imponerlo, como el de pintar un cuadro, entonces el modo no se transmite.

La regulación del modo en nuestra ley termina con la prescripción relativa a que, siempre que haya de llevarse a efecto la cláusula resolutoria, se entregará a la persona en cuyo favor fue constituido, una suma proporcionada al objeto en que consistía el beneficio (como el valor de una operación quirúrgica) y el resto del valor de la cosa asignada acrecerá a la herencia, si el testador no hubiere ordenado otra cosa, como que acrezca sólo a la porción de determinada persona, o que se entregue a una institución de beneficencia. En el caso del acrecimiento aludido, el asignatario a quien se había impuesto el modo y no lo cumplió, no gozará del beneficio que de tal acrecimiento pudiera resultarle. Entre los casos en que pudiera resultarle algún beneficio, se encuentran los siguientes: a) a un heredero se le hace a la vez un legado (prelegado) y es en este donde se le impone el modo con cláusula resolutoria. El asignatario no cumple el modo y se resuelve la asignación modal, el legado; se le entrega al beneficiado (si lo hay) con el modo una suma proporcionada al objeto en que consistía el beneficio, y el resto del valor de la cosa legada acrece a la herencia, favoreciendo a los herederos, entre los cuales está el que no cumplió el modo, quien así resultaría siempre beneficiado con una parte de lo legado, y este beneficio es el que la ley le niega; b) en la sucesión parte testada y parte intestada, cuando a quienes corresponde la parte intestada son los mismos a quienes corresponde la parte testada, y en esta a alguno se le ha impuesto un modo con cláusula resolutoria que no cumple. Como la asignación testamentaria se resolvería, una parte de ella acrecería a la parte intestada, y el asignatario modal que no cumplió se beneficiaría como heredero abintestato; c) cuando el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente (Art. 1073) y lleva cláusula resolutoria, el asignatario que no lo cumple tiene que restituir lo asignado en virtud de la resolución, y no podría ampararse, aduciendo que también es el beneficiario del modo, en lo dispuesto por el primer inciso del artículo 1077 para exigir que se le entregue una suma proporcionada al objeto en que consistía el beneficio, y que sólo va a restituir el resto.

La resolución puede ser pedida, siguiendo la regla general procesal, por quien tenga interés en ello, como los coherederos del obligado, y el mismo beneficiado con el modo, un colegatario, etc., siendo fácil comprender el interés de tales personas con los casos ejemplares que se acaban de consignar. Esta acción se extingue, según las reglas generales, por la prescripción extintiva de veinte años, por tratarse de una acción ordinaria, la acción resolutoria.

Lo anterior no aparece entre las disposiciones que regulan las asignaciones sujetas a modo, pero ello es así por la aplicación de los principios generales del derecho. Tampoco dice la ley si el cumplimiento del modo puede o no ser exigido. En cuanto a esto hay que distinguir si hay o no alguna persona que resulte beneficiada por la carga que se le ha impuesto al asignatario. Cuando aquélla consiste en un hecho a verificarse en memoria del mismo testador o es en beneficio del propio asignatario, no hay quien pueda exigir su cumplimiento; pero si es en beneficio de una tercera persona, determinada o no, éstas están legitimadas para exigir ese cumplimiento, porque a quien se le concede un derecho también se le da la acción para que lo reclame. Si es en beneficio de una persona determinada, a ésta corresponde la acción, y si es en beneficio de personas indeterminadas, como cuando consiste en contruir una escuela o un hospital, serán los representantes de los respectivos Ramos de la Administración Pública quienes podrán reclamar su cumplimiento. La acción es la ejecutiva común, o singular si el modo consiste en una obligación de hacer.

Cuando existe la cláusula resolutoria, la acción para pedir la resolución corresponde a los interesados en que lo asignado sea restituido por el asignatario que no cumplió el modo que se le había impuesto, entre los cuales figura el tercero beneficiado, cuyo interés estriba en lo dispuesto por le primer inciso del artículo 1077. Cuando no existe dicha cláusula, sólo el tercero beneficiado tiene acción para exigir su cumplimiento; si no hay tercero beneficiado, ni determinado ni indeterminado, el modo no impone obligación alguna.

Debido a las expresiones usadas por el testador puede ocurrir que no se pueda determinar con precisión si una asignación es modal o condicional, o es un legado o vicelegado. Sobre esta cuestión algunos autores opinan que ante esa duda, en el primer caso hay que decidir que se trata de un modo (Salvador Fornieles: op.cit.p.165). Hay que distinguir claramente este caso de confusión, porque un mismo hecho puede ser constitutivo de una condición o de un modo, v.g.: lego a Pedro cinco mil colones si se doctora; y: lego a Pedro cinco mil colones para que se doctora. El primero es condicional y el segundo modal. A este respecto Henri, León y Jean Mazeaud, en el Tomo 15, pág. 354 de su obra "Lecciones de Derecho

Civil", dicen, para diferenciar el modo de la condición, que esta no convierte al favorecido en deudor de ninguna obligación, y por el contrario, la carga (modo) obliga al favorecido. En cuanto a la confusión del modo con un legado o vicelegado, puede decirse que si la carga consiste en una obligación de dar, no puede constituir un modo, y ello se afirma con base en que la ley, al dar el concepto de modo, dice que si lo asignado lleva consigo "la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de *hacer ciertas obras* o sujetarse a *ciertas cargas*, esta aplicación es un modo..." y de ello es muy difícil inferir que comprenda las obligaciones de dar, que consisten en transferir un derecho real.

66.- LA ASIGNACION FORZOSA ALIMENTICIA. Antes de las reformas al Código Civil de 1860, decretadas por ley de 4 de agosto de 1902, regía la sucesión legitimaria, o sea, la testamentaria restringida. El testador no podía disponer libremente de todo su patrimonio, sino de una pequeña porción llamada "de libre disposición"; lo demás estaba obligado a asignarlo a sus parientes próximos, que le eran impuestos como herederos por la ley, y por ello las asignaciones que a estos correspondían se denominaban "asignaciones forzosas", que cuando no eran respetadas, cuando el testador no las hacía, se suplían mediante el ejercicio de la acción de "reforma del testamento", excepto cuando el testador tenía algún motivo, de los que la misma ley indicaba, para no hacerlas, constituyendo esto la institución del desheredamiento; esas asignaciones forzosas tenían por finalidad la protección y supervivencia de la familia.

Una de las asignaciones forzosas era "Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas" (las otras eran: la porción conyugal; las legítimas; y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos); esas "ciertas personas" eran las que estaban indicadas en el Libro Primero del Código citado, por el título de su parentesco o por la relación que originaba el derecho (donación), como acreedoras de alimentos respecto de otras. Pero como en esa enumeración habían personas que eran legitimarias, tenían derecho a la porción *legítima*, y otras que no lo eran, sólo estas últimas tenían derecho a la asignación forzosa alimentaria, pues las que eran legitimarias a lo que tenían derecho era a otra de las asignaciones forzosas, la mencionada porción *legítima*, que es de donde le viene el nombre de sucesión *legitimaria* a esta clase de sucesión testamentaria. Esta diferencia se debía a que aquella enumeración de personas que tenían derecho a alimentos no estaba hecha teniendo en mira la sucesión por causa de muerte, sino la reclamación de alimentos en vida del alimentante, pues que en este caso no tenía importancia que unos fueran legitimarios y otros no; pero sí la tenía en caso de fallecimiento de tal alimentante, porque aquellos parientes que en vida de éste eran alimentarios y legitimarios a la vez, como los hijos y ascen-

dientes legítimos, lo que debían reclamar era su porción legítima en caso de que no se les hubiera dejado, de mucha más importancia que la porción alimentaria.

Si una persona estaba obligada a proporcionar alimentos a otra u otras que no eran sus legitimarios, tenía que proveer al pago de tales alimentos en su testamento; si no lo hacía, fallecía siendo deudora de alimentos. Si en vida estaba obligada a darle alimentos a un legitimario, tenía que dejarle su porción legítima, no alimentos, si no la asignaba procedía la acción de reforma del testamento.

Al mismo tiempo, lo alimentos que se debían por ley a ciertas personas constituían (y siguen constituyendo) una de las reducciones o bajas generales del acervo que el difunto dejaba (hoy artículo 960). Esto mismo sucedía con la porción conyugal, era al mismo tiempo una asignación forzosa y una reducción o baja general del acervo hereditario. Pero, cuando por la tantas veces citada ley de 4 de agosto de 1902 desaparecieron las asignaciones forzosas, porque se introdujo la libre testamentifacción, agregándole un inciso al artículo que definía el testamento, se dijo en este que el testador podía disponer libremente de sus bienes, pero *sin perjuicio* de las reducciones a que se hallaba sujeto su patrimonio con arreglo a la ley. Entre esas reducciones figuraban, como ya se dijo, dos de las asignaciones forzosas: los alimentos que se debían por ley a ciertas personas, y la porción conyugal. Pero esa misma ley suprimió esta última, de modo que desapareció como asignación forzosa (al cónyuge sobreviviente se le introdujo como heredero abintestato en primer orden), y como reducción o baja general del acervo hereditario. Con los alimentos no ocurrió lo mismo, sólo desaparecieron como asignación forzosa, no como reducción, por lo que todavía figuran como tal en el artículo 960.

Los ascendientes y descendientes legítimos, perdieron, pues, el carácter de herederos forzosos, y el cónyuge sobreviviente quedó sin su porción conyugal; quedaron únicamente como alimentarios. Sin embargo, la ley citada siguió dándoles el carácter de herederos forzosos, "para que puedan ser privados de sus respectivas cuotas por vía de desheredamiento, cuando haya para ello causas legales", como dijo la Comisión Reformadora. Para este efecto restringido hubo que reformar las reglas de la institución del desheredamiento, que consistía en privar a un *legitimario* del todo a parte de su legítima, y se extendía a los alimentos congruos, y a los necesarios en ciertos casos, si el testador no los limitaba expresamente, por ciertas causas que la ley enumeraba, las que en lo sucesivo, con algunas modificaciones que se les hicieron, sólo servirían para "desheredar" a dichos ascendientes, descendientes y cónyuge sobreviviente. Esto no era propio, porque de lo que se trataba era sólo de privarlos de los alimentos, por hechos ofensivos

contra el causante, no desheredarlos, puesto que ya no eran legítimarios; si el causante no les dejaba nada en su testamento, ya sólo podían reclamar alimentos. Por ello, la ley publicada el 21 de junio de 1907 volvió a reformar todo lo concerniente a los alimentos, redactándose un sólo artículo que trataba de ellos, cuyo contenido íntegro es el que forma el actual artículo 1141 del Código Civil, en donde a ningún alimentario se le considera heredero, y ahora lo que puede hacer el testador es privarlos de su porción alimenticia (ya no desheredarlos) por los mismos motivos, sustancialmente, por los que antes los desheredaba, que ahora son causa de privación de alimentos. Fue pues, hasta entonces que se derogó todo lo relativo a los desheredamientos, cuyas reglas, acomodadas debidamente, se incorporaron al citado artículo 1141 vigente, para los efectos de privación de alimentos.

En conclusión, las asignaciones alimenticias, cuando se deben por ley a ciertas personas, que ahora son todas -para los efectos de la reclamación después de muerto el alimentante- las enumeradas en el artículo 338 del Código Civil, han dejado de ser forzosas, pero el testador siempre está obligado a hacerlas, lo que a primera vista parece un contrasentido. Pero lo que ocurre es que como siguen siendo reducciones comprendidas en las bajas generales que enumera el artículo 960, el testador tiene que deducirlas de la masa de bienes que deja, porque sólo puede disponer del acervo líquido, y ello explica también que aún cuando la sucesión sea intestada, se pueden reclamar a los herederos, o al curador de la herencia yacente, los alimentos que el causante debía, puesto que esas reducciones deben hacerse en *toda* sucesión por causa de muerte, y entonces también la ley sólo puede disponer del acervo líquido para hacer asignaciones.

67.- ASIGNACIONES ALIMENTICIAS. El artículo 1141 C., prescribe que el testador debe designar en su testamento la cuantía de los alimentos que está obligado a suministrar conforme al Título XVII, Libro Primero del Código, con tal que dicha cuantía no sea inferior a la señalada en los artículos 340 y 341. Estos artículos lo que establecen es que los alimentos se dividen en cóngruos y necesarios, dan el concepto de unos y otros, y señalan a quiénes les corresponden cóngruos y a quiénes necesarios; de modo que el testador debe asignar alimentos en cantidad suficiente para que subsistan modestamente de un modo correspondiente a su posición social, a las personas designadas en los cuatro primeros números y en el octavo del artículo 338, y únicamente lo que basta para sustentar la vida a las personas comprendidas en los números 5o., 6o. y 7o. del mismo artículo.

Si el testador no cumple esa obligación, o la cuantía que señala es

inferior a la indicada arriba, el o los alimentarios pueden reclamar judicialmente sus alimentos; el juez decide esta reclamación ya determinando la pensión mensual alimenticia, tomando en cuenta el capital líquido del testador, o bien señalando de una vez la suma total que deba pagarse a título de alimentos, suma que no debe exceder de la tercera parte del acervo líquido de la herencia para todos los alimentarios. La ley no dice cómo se procede, pero como se trata de la reclamación de un derecho, debe ejercitarse la acción que de él dinama, la acción personal alimentaria, que es una acción de condena porque con ella se persigue que el demandado sea condenado a verificar la prestación consistente en pagar los alimentos, y el proceso debe iniciarse por medio de una demanda; y como esa acción no debe decidirse sumariamente, pues no está comprendida en el Título del Código de Procedimientos Civiles que trata de los procedimientos sumarios, y no tiene otros trámites especiales señalados por la ley, ha de ventilarse en juicio ordinario de hecho, porque así lo exige su naturaleza. Tampoco dice la ley a quién o a quiénes hay que demandar, quiénes son los legítimos contradictores en ese juicio; pero es fácil determinarlo si se toma en cuenta que cuando el causante fallece siendo deudor de alimentos, esa deuda la transmite a sus sucesores a título universal, a sus herederos, y como estos deben satisfacerla por haber asumido no sólo los derechos de su causante sino también sus deudas, son los continuadores de su personalidad, ellos son los legítimos contradictores, y en su carácter personal, no como "representantes" de la sucesión, pues que esta no es persona jurídica; y deben ser demandados todos conjuntamente cuando son varios, pues todos continúan la personalidad del causante, y ser emplazados en sus respectivos domicilios, según las reglas generales, no rigiendo aquí la regla de que el juicio debe entablarse donde se abrió la sucesión, pues las acciones que deben ventilarse ante el juez de la sucesión las determina expresamente la ley en cada caso, y ya se dijo que sobre este juicio no prescribe absolutamente nada; por otra parte, entre nosotros no existe el juicio universal sucesorio que tienen algunas legislaciones, estableciendo que todas aquellas acciones o cuestiones que interesan a la liquidación de la masa hereditaria, deben tramitarse ante el juez del ultimo domicilio del causante, atrayendo el juicio sucesorio los otros juicios que según las reglas procesales debieran llevarse a otra jurisdicción (Salvador Forniell: op. cit. Tomo I, pág. 99-100). Este mismo autor (ibidem) cita al respecto las palabras de Chabot, quien dice: "para que los herederos, los acreedores, todos los que tengan algún derecho, no se hallen expuestos a tener que litigar en una multitud de tribunales diferentes, sea en razón del domicilio de cada uno de ellos, sea en razón de la situación de los bienes, sea por las demandas de garantía que tendrían que interponerse unos contra los otros, es preciso que no haya más que un sólo tribunal para decidir sobre todas las cuestiones relativas a la sucesión aún indivisa, y este tribunal debe ser, naturalmente, el del lugar en que la sucesión se ha abierto, desde que allí los bienes y los negocios del

difunto son más conocidos que en ninguna otra parte".

Si los herederos a quienes hay que demandar tuvieren diferentes domicilios, previene la jurisdicción el juez del domicilio de aquél a quién se demandó primero; los demás habrán de ser emplazados por exhortos.

La ley establece dos formas en que pueden ser pagados los alimentos, pero es el juez quien decide que se paguen en una o en otra, según considere conveniente: puede ordenar que se paguen por mensualidades, o puede ordenar que se pague de una vez una suma total cuya determinación debe hacer, aún cuando los alimentarios le hayan pedido que decida en una determinada forma, decisión que toma basándose en las circunstancias de cada caso.

Cuando el alimentario pide que se le paguen los alimentos por mensualidades, puede solicitar y el juez ordenar, que mientras se ventila la obligación de prestar los alimentos se le den provisoriamente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento razonable (Art. 344). En este caso, acerca del momento a partir del cual deben ser pagadas las mensualidades existen dos tesis: a) que deben ser pagadas desde la notificación de la demanda judicial, ya que así lo establece el artículo 949; b) que deben pagarse desde la muerte del causante, momento en que se abre la sucesión. Esta última tesis tiene su fundamento en que, si la necesidad del alimentario existía desde esa fecha, y por eso dicho causante falleció siendo deudor de alimentos, es lógico que desde entonces deben ser pagados, argumentando contra la otra que el artículo 949 sólo se aplica cuando los alimentos se reclaman en vida del alimentario. Si éste ha pedido que los alimentos se le paguen de una vez, resultaría incompatible con esta pretensión que pidiera alimentos provisorios; pero si lo hace y el juez los concede, si en la sentencia se ordena pagar de una vez la suma total, debe tenerse cuidado en imputar a esta la suma de los alimentos provisorios que se hubieren pagado, de lo contrario se estaría excediendo el límite de que adelante se hablará.

En la segunda forma, cuando se señala de una vez la suma total que deba pagarse a título de alimentos, tal suma no debe exceder de la tercera parte del acervo líquido de la herencia para todos los alimentarios; pero esta porción, aunque lo ordena el artículo 960, por lo general no se deduce antes de llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, sino que se determina hasta cuando un alimentario reclama judicialmente sus alimentos, en el juicio correspondiente, y por medio de un valúo pericial de los bienes de la herencia. Pero como los alimentarios no se presentan todos juntos haciendo sus reclamaciones, resulta que en cada uno de los juicios hay necesidad de hacer ese valúo debido a los principios que rigen en materia de prueba.

Otro punto interesante de este juicio es el de que, con frecuencia ocurre que los alimentarios reclaman los alimentos mucho tiempo después de la muerte del causante, por lo que los peritos no toman en cuenta el valor que los bienes tenían en esa época, sino el que tienen a la fecha en que verifican el valúo, tomando en cuenta la plusvalía, ya provenga de causas naturales, del simple transcurso del tiempo o de mejoras necesarias o útiles, pero éstas, que indudablemente han sido hechas por los herederos, no les son reconocidas como pasivo, lo que sería de justicia, porque del aumento de valor que debido a ellas han tenido los bienes de la herencia no deben beneficiarse los alimentarios. Por esto se dijo en otra parte, que la disposición que obliga a los legatarios a contribuir subsidiariamente al pago de los alimentos está desarmonizada, pues ahora es difícil determinar cuándo el testador ha destinado a legados alguna parte de la porción de bienes que la ley "reserva" a los alimentarios. Tal desarmonía se debe a que antes de la ley de 22 de octubre de 1903, los legatarios a lo que tenían que contribuir subsidiariamente, era al pago de *las legítimas*, y eso fue cambiado por esa ley por *los alimentos*, puesto que ya no existían asignaciones forzosas como era la porción legítima, y entonces sí se sabía cuándo el testador había perjudicado a los legítimarios con los legados hechos.

No basta que una persona tenga el título legal para pedir alimentos, que necesariamente debe ser alguno de los que menciona el artículo 338, y que se determine a cuánto asciende el valor de los bienes que el difunto dejó, para acceder a la condena de los herederos a su pago, porque ello equivaldría a darles el tratamiento de asignaciones forzosas, como eran antes de la reforma de 1902; es necesario, además, que el reclamante pruebe la necesidad que tiene de los alimentos, y esa necesidad debe haber existido en el momento mismo en que se abrió la sucesión, porque el causante no puede transmitir deudas que no tiene, ya que si el presunto alimentario no tenía la necesidad de los alimentos a esa fecha, tampoco existía para el causante la obligación de designarle en su testamento cuantía alguna para ese fin; y esa necesidad debe persistir hasta el momento de hacer la reclamación, siendo esto lo que origina que el causante fuera deudor de alimentos. Se dice por ello que en la acción alimentaria existen tres extremos a probar: 1) el título que habilita para pedir los alimentos; 2) la necesidad del alimentario; y 3) las fuerzas de la herencia, su acervo líquido. Todo ello, y muchos otros principios que rigen estas asignaciones, cuyo estudio alargaría demasiado este punto y no se pretende agotar el tema, ha sido establecido por nuestra jurisprudencia, porque la Ley es muy parca al fijar sus reglas.

Un alimentario puede ser privado de su porción alimenticia, por alguna de las cuatro causales que enumera el artículo 1141, pero es necesario que el testador exprese en el testamento, específicamente, la causa

por la cual hace la privación, y que además, esta se haya probado judicialmente en vida del testador, o que la prueben los interesados en dicha privación, después de la muerte del causante; cuando no se probó en vida del testador, no es necesario que lo hagan los interesados después de la muerte de aquél, si el alimentario a quien el causante privó de sus alimentos, no los reclama dentro de los cuatro años subsiguientes a la apertura de la sucesión, o dentro de los cuatro años contados desde el día en que haya cesado su incapacidad de administrar, si al tiempo de abrirse la sucesión era incapaz, esto es, que si el alimentario, al tiempo de abrirse la sucesión era incapaz de obrar (impúber, demente o sordomudo que puede darse a entender por escrito), los cuatro años no se cuentan desde ese momento, sino desde el día en que cesa su incapacidad. Lo anterior era lo que estaba prescrito para los desheredamientos, pues cuando esta institución desapareció de nuestro derecho positivo, el contenido de varios artículos del Código Civil de 1860 que de ella trataban, pasó a formar el actual artículo 1141, desde las causales, con ciertas reformas, habiéndose sólo cambiado algunas palabras cuyas acepciones son propias de la sucesión legítima.

De ahí que para encontrar el porqué de que si el alimentario no reclama sus alimentos dentro de los cuatro años indicados arriba, no es necesario probar el hecho que sirve de causa para la privación cuando no se hizo en vida del testador, es menester recurrir a las disposiciones ya derogadas, que regían las asignaciones forzosas, y es así como se encuentra que cuando el testador no le dejaba a un legitimario lo que por ley le correspondía en la herencia, podía entablar una acción que se llamaba "de reforma del testamento", pero debía hacerlo dentro de los cuatro años contados desde el día en que tuvo conocimiento del testamento y de su calidad de legitimario, y si a la apertura de la sucesión no tenía la administración de sus bienes, esos cuatro años se contaban desde el día en que tomara esa administración; si los dejaba transcurrir, su acción caducaba, entendiéndose que su inacción indicaba que se había conformado con el desheredamiento. Lo mismo debe entenderse que ocurre con el alimentario que ha sido privado de su porción alimenticia, aunque la justicia de esto es muy discutible. Pero sí debería existir un término para que, quienes se crean con derecho a alimentos, presenten sus reclamaciones a los herederos, que podría ser un año contado desde la apertura de la sucesión, porque no es concebible que un alimentario se tarde, por ejemplo, cinco años para presentar su demanda; ello indicaría que a la fecha de la muerte del causante no necesitaba los alimentos.

Igual cosa ocurre con lo dispuesto en el último inciso del artículo en estudio, que dispone que toda la cláusula de privación de alimentos puede ser modificada o revocada por el mismo testador, sin perjuicio de los derechos que corresponden al alimentario para reclamar los que la ley le reconoce, pues estaba dispuesto para el desheredamiento que el mismo podía

revocarse, como las otras disposiciones testamentarias, y que la revocación podía ser total o parcial; pero sólo la parte que se refiere a que dicha cláusula de privación de alimentos puede ser revocada es comprensible actualmente, no la que se refiere a que puede ser modificada, porque, o se priva de alimentos a alguien o no se le priva, y esto no admite modificación, a menos que se entienda por tal el dejar alimentos necesarios cuando originalmente eran congruos los que se habían dejado, o viceversa, y por ello, cuando ocurre el primer caso, se dice que el alimentario siempre puede reclamar los que la ley le reconoce. No existía duda cuando ello estaba dispuesto para el desheredamiento, porque sus efectos, si el desheredador no los limitaba expresamente, se extendían no sólo a la porción legítima sino a todas las asignaciones por causa de muerte y a todas las donaciones, y entonces, si el testador, al incluir en su testamento una cláusula de desheredamiento, no hacía la limitación, aquélla comprendía la privación de todo lo dicho, pero después podía modificarla, limitando esos efectos sólo a la porción legítima, sólo a los alimentos o sólo a las donaciones (Belarmino Suárez: "El Código Civil del año de 1860", pág. 233).

Como ya se dijo, los alimentos se pagan, cuando el testador no los designa en su testamento, a medida que se van presentando las reclamaciones, y siendo esto así es difícil determinar cuándo el testador destina a legados alguna parte de la porción de bienes que la ley reserva a los alimentarios, caso en el cual los legatarios deben contribuir subsidiariamente al pago de los alimentos, como prescribe el artículo 1243. Pero el testador no puede burlar los derechos de los alimentarios donando por causa de muerte todos sus bienes, o una cuota de ellos, pues esto se mira como una institución de heredero (Art. 1119), y si es así, la reclamación hay que dirigirla contra los donatarios, como si fueran herederos; tampoco haciendo donaciones entre vivos, o irrevocables, de todos sus bienes o de una cuota de ellos, ya que en este caso el artículo 1284 prescribe que ello no perjudica los derechos de los alimentarios, pudiendo éstos exigir al donatario, en caso de insuficiencia de los bienes del donante, el pago total o el complemento de la porción alimenticia que la ley les concede, excepto cuando se trata de donaciones remuneratorias o a título oneroso, en cuanto a lo que importen en dinero el gravamen o la remuneración.

Una cosa más resta por decir, que la disposición contenida en la parte final del primer inciso del artículo 1114, relativa a que, cuando concurren varios alimentarios el juez distribuirá entre todos ellos la tercera parte del acervo líquido de la herencia, aun disminuyendo si fuere necesario o preciso, la cuantía o cuantías que con anterioridad estuvieren acordadas, para lo cual a se debe oír a los interesados, no es muy feliz, porque una simple audiencia no es suficiente para privar a un alimentario de una parte de los alimentos que ya se le acordaron por sentencia ejecutoriada. Para evitar

esta situación los jueces, por lo general, no conceden la tercera parte completa del acervo líquido de la herencia al primer alimentario que se presenta, porque pueden haber más que se presentarán después. Este proceder es conforme a la ley, porque esta ya no reserva una cuota fija del acervo líquido hereditario para pagar alimentos, como en una época lo hizo, lo que ahora dispone es que cuando se señala de una vez la suma total que deba pagarse a título de alimentos, dicha suma "*no debe exceder*" de la tercera parte del acervo líquido de la herencia para todos los alimentarios", no que indefectiblemente deba concederse esa tercera parte; casos habrá en que sí se concederá, según las circunstancias, cuando sean varios los alimentarios, por ejemplo, y casos en que se concederá menos.

68.- INSTITUCION DE VICEHEREDEROS Y VICELEGATARIOS: SUSTITUCION. Cuando el testador instituye uno o varios herederos o legatarios en su testamento, no siempre tales personas recogen sus asignaciones, unas veces porque no quieren y otras porque no pueden hacerlo. No quieren suceder cuando repudian la asignación, y no pueden cuando han fallecido antes de deferírseles la asignación, es decir, antes de la muerte del causante si la asignación es pura y simple, o antes de cumplirse la condición suspensiva, si la asignación está sujeta a esa modalidad: cuando fallecen junto con el testador en un mismo acontecimiento y no se puede determinar el orden en que han ocurrido sus fallecimientos; cuando son incapaces o son declarados indignos; y cuando no cumplen una condición suspensiva.

El testador, previendo esos casos, puede investir de vocación sucesoria subsidiaria a otras personas, puede llamar a otros a la misma asignación en defecto de aquellos a quienes primeramente ha llamado, de modo que los llamados en segundo lugar sólo recogen la asignación si los primeramente llamados no lo hacen. Si el objeto de la asignación es toda la herencia o una cuota de ella, los llamados en subsidio de los que no quieren o no pueden suceder, reciben el nombre específico de "viceherederos"; y si el objeto de la asignación es una o más cosas singulares, reciben el nombre también específico de "vicelegatarios", terminología que es desconocida para nuestra legislación; y ambos quedan comprendidos en la denominación genérica de "sustitutos" (que es la que usa la ley, asignatarios suplentes o instituidos en segundo lugar, designándose como *primeros instituidos* a los llamados originalmente).

69.- SUSTITUCION VULGAR.- El concepto que se ha dado en el número anterior, corresponde a la sustitución llamada *vulgar*, que es la única que nuestra ley permite, lo que indica que reconoce que existen otras, pero esas no las admite. El nombre de "vulgar" le viene de que es la más

común, la más usual, ya que cualquier testador puede realizarla, lo que no ocurre con algunas de las otras clases de sustitución; pero más parece acertado sostener que es llamada así porque la acepción jurídica de la palabra coincide con su acepción vulgar, ya que según la ley "la sustitución vulgar es aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que antes de deferirse la asignación llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que extinga su derecho eventual", y gramaticalmente sustituir a otro es ocupar su lugar.

La sustitución opera, como se ha dicho, cuando el primer instituido no acepta o cuando no puede hacerlo por cualquiera de los motivos que se han puntualizado; por manera que si el testador no especifica para cuál de esos casos establece la sustitución, se entiende que es para cualquiera de los motivos que se han puntualizado; por manera que si el testador no especifica para cuál de esos casos establece la sustitución, se entiende que es para cualquiera de ellos, el que se presente. Pero el legislador prescribe que lo mismo debe ocurrir cuando el testador señala expresamente para cuál de los casos en que puede faltar el asignatario es que establece la sustitución, a menos que aquél específicamente diga que sólo para el caso que él señala es que debe operar. Si dice "Instituyo mi heredero a Juan, y si éste *repudia* lo sustituirá Luis", lo mismo lo sustituirá si premuere al causante, si es incapaz o declarado indigno; pero si dice "Instituyo heredero a Juan, y *sólo* en el caso de que éste repudie lo sustituirá Luis", no podrá verificarse la sustitución si no es porque Juan repudia.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta sustitución, la mayoría de autores se inclina porque se trata de una institución condicional, porque el hecho de que el sustituto llegue a ser heredero, está sujeto al acontecimiento futuro e incierto de que el primer instituido no llegue a serlo; igual ocurre tratándose de un legatario. Esa condición es suspensiva negativa. Esto ocasiona que la delación para el sustituto se verifique en diferentes momentos, según sea el motivo que haya impedido suceder al primer instituido. Así, se verificará en el momento en que el primer instituido repudie; en el momento de la apertura de la sucesión si el primer instituido es premuerto o incapaz; cuando el primer instituido sea declarado indigno; cuando falla la condición suspensiva que se le había impuesto al primer instituido; y cuando, además de verificarse cualquiera de los anteriores supuestos, el sustituto cumple la condición suspensiva que a él se le ha impuesto, caso de haber sido instituido sustituto imponiéndosele alguna condición. En los casos de indignidad y repudiación se presenta una situación especial, porque al indigno se le verifica la delación, por ello adquiere lo asignado, pero al hacerse la declaración de indignidad se verifica otra para el sustituto, y al que repudia también se le defiende lo asignado, pero como al ejercer su derecho de opción, para lo que fue llamado, opta por repudiar, en ese momento se verifica la otra delación para el sustituto. Otra

consecuencia de ese carácter jurídico de la sustitución, es que el sustituto debe reunir los requisitos exigidos para suceder, debe tener la testamentifacción pasiva, al tiempo de cumplirse la condición suspensiva negativa, que consiste en el hecho de que el primer instituido no llegue a suceder, es decir, en los momentos ya puntualizados en que para él se verifica la delación en cada caso.

70.- CASOS DE APLICACION. No sólo se puede nombrar un sustituto para un instituido (como en los ejemplos dados en el número anterior), lo que se llama sustitución de uno a uno ("Unus in locum unius"), sino muchos a uno ("plures in locum unius"); instituyo heredero a Pedro, y si éste falta lo sustituirán Juan, Luis y Diego; o uno a muchos (unus in locum plurium"): Instituyo herederos a Juan, Luis y Diego, y si estos faltan los sustituirá Pedro.

La sustitución de uno a uno no solamente se da cuando se trata de un solo instituido, pueden haberse instituido varios asignatarios, nombrándole a cada uno un sustituto distinto: "lego a Pedro y Juan la finca X; si Pedro falta lo sustituirá Luis, y si Juan falta los sustituirá Diego".

La sustitución de muchos a uno puede ser simultánea o gradual. Es simultánea cuando al faltar el instituido todos los sustitutos ocupan conjuntamente su lugar; y es gradual cuando los sustitutos son llamados cada uno en defecto del anterior, pues son nombrados sucesivamente: "Instituyo heredero a Pedro; si éste no quiere o no puede suceder, lo sustituyo por Diego; y si Diego tampoco lo sucede, lo sustituyo por Juan; y si Juan falta, lo sustituyo por Luis". En este caso, el sustituto que llega a suceder, a quien realmente sustituye es al instituido, aunque sea sustituto de un sustituto, porque las sustituciones intermedias al no tener efecto, han quedado como no hechas, por eso se dice, como una regla doctrinaria, que "el sustituto de un sustituto, es sustituto del instituido". En el ejemplo dado, si Luis es el que sucede, realmente no sustituye a Juan, sino que a Pedro. En esta sustitución gradual o sucesiva, a uno de los sustitutos que llega a faltar, se le pueden haber señalado los casos en que él sustituiría a otro, ya fuera al instituido o a otro sustituto, y también se le pueden haber impuesto cargas; entonces, el siguiente sustituto, el suyo, se entiende llamado en los mismos casos que él, y con sus mismas cargas, a menos que el testador haya ordenado cosa distinta. La ley expresa esto diciendo que el sustituto de un sustituto que llega a faltar, se entiende llamado en los mismos casos y con las mismas cargas que éste, sin perjuicio de lo que el testador haya ordenado al respecto, artículo 1138, que debe aplicarse en consonancia con lo dispuesto en el 1134.

En la sustitución de uno a muchos (último ejemplo del primer párrafo) se plantea la cuestión de si la sustitución se verifica al faltar alguno de los

instituidos, o es necesario que falten todos para que opere. Está resuelta en el primero de los sentidos indicados, que el sustituto entra al faltar alguno de los instituidos, porque si no se decidiera así, significaría aceptar que el sustituto sólo lo es del último de los instituidos que falte, con lo cual se caería en el caso de la sustitución de uno a uno, y la intención del testador no es esa. (Manuel Albaladejo: "Sustituciones hereditarias", Editorial "Gráficas Summa", Oviedo 1956, pág. 61).

71.- SUSTITUCION RECIPROCA. La sustitución vulgar puede ser recíproca, llamada también "Brevilocua", cuando habiendo varios instituidos se les sustituye entre sí, de modo que cada instituido es al mismo tiempo sustituto de los otros, cada uno tiene doble carácter: instituido y sustituto. Es el caso en que en la sustitución hay dos porciones. En el fondo se trata, o de una sustitución de uno a uno, cuando sólo son dos los asignatarios, o de muchos a uno simultánea, cuando son más, pero esto respecto de cada uno de los instituidos, o sea, que cada uno es sustituido por los demás; pero no es necesario que el testador diga todo esto, basta con que manifieste que es recíproca, porque con esto eso es lo que va a ocurrir: "Instituyo mis herederos a Pedro, Juan y Luis, y los sustituyo recíprocamente". Por tal razón se le llama "brevilocua".

Quando se sustituyen recíprocamente más de dos asignatarios, que han sido instituidos por partes desiguales, la ley prescribe que la porción del que falta se divide entre los otros a prorrata de los valores de sus respectivas asignaciones ("cada uno debe llevar en la sustitución la misma porción que en la institución"), como cuando el testador deja un cuarto de sus bienes a Pedro, un medio a Juan y un cuarto a Diego, y los sustituye recíprocamente. En esta situación, si Diego no quiere o no puede suceder, el cuarto que le correspondía tiene que ser repartido entre Pedro y Juan, que son sus sustitutos, a prorrata de los valores de sus respectivas asignaciones, esto es, que si el acervo líquido dejado por el causante es, por ejemplo, de cien colones, el cuarto de Diego que es de veinticinco colones, será distribuido proporcionalmente a cincuenta (cuota de Juan) y a veinticinco (cuota de Pedro) y aplicando la regla matemática correspondiente da ¢ 16.67 para Juan y ¢ 8.33 para Pedro, los cuales deben sumarse a sus respectivas cuotas:

$$\begin{array}{r}
 \frac{25 \times 50}{75} \\
 16.67 + \\
 \hline
 50.00 \\
 66.67
 \end{array}
 \qquad
 \begin{array}{r}
 \frac{25 \times 25}{75} = \\
 8.33 + \\
 \hline
 25.00 \\
 33.33
 \end{array}$$

$$\begin{array}{r}
 66.67 + \\
 33.33 \\
 \hline
 \text{Total } \text{¢ } 100.00
 \end{array}$$

quedando entonces el acervo dividido así: sesenta y seis colones sesenta y siete centavos para Juan, y treinta y tres colones treinta y tres centavos para Pedro, total cien colones.

Esto también puede calcularse abstractamente: se reducen las fracciones a un mínimo común denominador, resultando  $1/4$ ,  $2/4$  y  $1/4$ ; el  $1/4$  de Diego se divide entre tres, que son las porciones que corresponden a Pedro y Juan, dando como resultado  $1/12$ . Luego, como el reparto debe ser proporcional, al  $1/4$  de Pedro se le suma sólo un doceavo, y a los  $2/4$  de Juan se le suman dos doceavos:

$$\frac{1}{4} + \frac{1}{12} = \frac{1}{3} \text{ para Pedro} \quad \frac{2}{4} + \frac{2}{12} = \frac{2}{3} \text{ para Juan}$$

$$\frac{1}{3} + \frac{2}{3} = \frac{3}{3} = 1$$

En la primera forma, treinta y tres colones treinta y tres centavos es un tercio de CIEN, y sesenta y seis colones sesenta y siete centavos son dos tercios de CIEN.

Cuando son sólo dos los instituidos, por partes desiguales, y se les ha sustituido recíprocamente ( $1/3$  a Juan y  $2/3$  a Diego) esa regla legal no se puede aplicar, por ello la ley dice que deben ser *tres o más* asignatarios; y no se puede aplicar porque, o el que sustituye llevaría menos de lo que le corresponde a prorrata, o sobraría una parte de la porción del que falta, como cuando al que sustituye se le han dejado tres cuartos y al que falta sólo un cuarto. O si al que falta le correspondían tres cuartos y al que sustituye sólo uno. De lo que hay que inferir que en estos casos el que sustituye recoge toda la porción del que falta, aun cuando no hayan sido instituidos por partes iguales sino desiguales, pero no por acrecimiento sino por sustitución, aunque el efecto es el mismo.

En los casos de sustitución recíproca, como cada instituido es al mismo tiempo sustituto de los otros, existen dos llamamientos independientes para cada asignatario: uno como instituido y otro como sustituto. Por esta razón se puede aceptar o repudiar indistintamente la asignación propia o la que viene por sustitución, Art.1050; y, en su caso, es necesario por la misma razón aceptar *cada una* de ellas, lo que no ocurre en

el acrecimiento, porque en este sólo existe una delación, la de la porción propia, y lo único que ocurre es que por el acrecimiento se hace más grande.

72.- OTRAS SUSTITUCIONES. Las sustituciones que nuestra ley no permite son: a) la pupilar, que consiste en que el padre, en el mismo testamento en que instituye heredero a un hijo suyo impúber, hace también el testamento de éste, para el caso en que muera siendo impúber; b) la ejemplar, o cuasi-pupilar, en la que ocurre lo mismo que en la anterior, y por eso recibe tal nombre, con la diferencia de que en esta se trata de un hijo demente, y que la puede hacer no sólo el padre sino cualquier ascendiente paterno o materno (E.Petit: "Tratado Elemental de Derecho Romano", traducido de la 9a. edición francesa por José Fernández González, Editora Nacional, México 1966, pág. 532); las dos se deben a que tanto el impúber como el demente no son capaces para testar; c) la fideicomisaria, por la que el testador instituye un heredero con la obligación de que conserve los bienes y a su muerte los deje a otra persona que le designa, pudiendo dejar instituidas una serie de sustituciones de esta clase, lo que viene a constituir una vinculación y no una sustitución, porque el testador lo que realmente hace es designarle heredero al heredero, recibiendo el primero el nombre de preheredero y el segundo el de *postheredero*, pues los dos llegan a ser herederos, uno en pos del otro; y d) la compendiosa, que es la que comprende una vulgar y una fideicomisaria, siendo, pues, mixta, teniendo efecto la primera que se presente: "nombro mi heredero a Pedro, quien a su muerte deberá pasar la herencia a Juan, y a éste lo nombro sustituto de Pedro si éste faltare". Se dice que la recíproca, de la que se trató en el número anterior, es otra clase de sustitución, pero realmente, como se ha visto, no es más que la misma vulgar, cuando esta presenta la particularidad de que los sustitutos son también primeros instituidos.

La sustitución fideicomisaria, llamada así porque se parece a un fideicomiso, en donde el testador es el fideicomitente, el preheredero el fiduciario y el postheredero el fideicomisario, cae, según nuestra legislación, en las prohibiciones de los artículos 1334 y 1810, ya que implica un pacto sobre sucesión futura, la del fiduciario, puesto que se compromete a transmitir a otro los bienes que por herencia recibe, y además constituye una vinculación.

73.- ASIGNATARIOS CONJUNTOS. ACRECIMIENTO. Cuando el testador instituye varios herederos universales, y falta alguno de ellos, por los motivos que se han puntualizado al tratar de la sustitución, la parte que le correspondía es aprovechada por sus coherederos; lo mismo ocurre entre los coherederos de una misma cuota de la universalidad.

También una cosa singular puede ser asignada a dos o más personas, y en este caso se presume a veces que el testador ha querido que si alguno de los coasignatarios falta, su porción sea aprovechada por los demás.

En ambos casos se dice que la porción del que falta se junta a la de sus coherederos o colegatarios, y a ese hecho se le llama *acrecimiento*. Entonces el acrecimiento puede tener lugar tanto en las herencias como en los legados; así lo dice expresamente nuestra ley. Pero según el tratadista Luis de Gásperi (op.cit. Tomo IV, pág.173) el acrecimiento en las asignaciones a título universal es distinto al acrecimiento en las asignaciones a título singular, porque en las primeras se produce al margen de la voluntad del testador y aun de la de los asignatarios a quienes favorece; se produce por la misma naturaleza universal del título de cada uno de los coasignatarios, quienes desde un principio están llamados al total de la herencia, o de una cuota de ella, y por esto se debe hablar, con más propiedad, de que en las herencias lo que existe es un "no decrecimiento" ("*jus non decrescendi*"), y este efecto es el que no puede ser prohibido por el testador, como sí puede hacerlo con el verdadero acrecimiento; y que además, es forzoso para los herederos, para quienes está prohibido aceptar una parte o cuota de la asignación repudiando el resto, puesto que para ellos la asignación es una sola, lo único que ocurre es que no decrece si faltan los otros coherederos. En cambio, según el mismo autor, el acrecimiento en los legados es algunas veces voluntario, los colegatarios pueden aceptar o repudiar la porción que les viene por acrecimiento, pero no en todo caso, y cuando es voluntario aquél puede ser prohibido por el testador. Pero para Claro Soiar (op.cit. Tomo XV, pág.160 y sigs.) esos principios, que eran los del derecho romano, no son aplicables en Chile (y por ende -podemos decir- aquí en El Salvador) porque la ley no hace esas diferencias, de modo que según dicho autor el acrecimiento siempre es voluntario y en todo caso puede ser prohibido por el testador, Art. 1127 y 1132 del Código Civil Salvadoreño.

Para que se produzca el acrecimiento son necesarios varios requisitos: a) que el objeto asignado sea uno mismo; b) que se haya asignado a dos o más personas; c) que una de ellas no recoja la parte que le corresponde; y d) que el llamamiento que se les haga sea conjunto, o dicho de otro modo: que en el llamamiento exista una *conjunción*. Fundamentalmente este último es el que hace presumir en el testador la voluntad de que el acrecimiento se produzca, y consiste en llamar a varias personas a una misma cosa sin designación de partes, aun cuando necesariamente tengan que dividirla, para gozar de ella, en tantas partes cuantos sean los llamados, porque la reciben, la adquieren, como unidad, y por ello son asignatarios conjuntos, a quienes con propiedad les corresponde el nombre de coasignatarios, en general, y coherederos o colegatarios específicamente, según el caso.

El objeto, que tiene que ser el mismo para todos los asignatarios, puede consistir en la totalidad de la cosa (toda la herencia o una cosa singular completa) o una cuota de esa totalidad (un tercio de la herencia o el derecho a un tercio en una finca); de modo que la palabra "objeto" usada en el artículo 1123 no debe conceptuarse como referida únicamente a un todo, una parte o cuota es "un mismo objeto" para los efectos del acrecimiento. Se destina un mismo objeto a varias personas cuando se dice: "Lego a Pedro y Juan un tercio de la finca Santa Martina".

Ese llamamiento a un mismo objeto puede hacerlo el testador en dos distintas formas, que son a las que se les da la denominación de *conjunciones*: 1) puede asignar una cosa a una o más personas en una de las cláusulas de su testamento, y en otra cláusula del mismo asignar la misma cosa a otro u otros; éstos y los anteriores serán asignatarios conjuntos, coasignatarios, porque, aunque según las palabras del testador el llamamiento lo ha hecho separadamente, es a la misma cosa a la que los llama, y por eso aquí la conjunción está en la cosa, no en las palabras, recibiendo por eso el nombre de conjunción *Re* o *Re tantum* (en la cosa solamente), que no se da cuando el segundo llamamiento se hace en otro testamento, pues este revoca al primero, excepto en la parte que fuere común con el llamamiento posterior, como cuando en el primer testamento se dice "Lego a Pedro y Juan la finca X", y en el segundo la misma finca se lega a Pedro y Luis, caso en el cual el llamamiento que se le hizo a Juan quedó revocado por el llamamiento que al mismo objeto se le hizo a Luis en el segundo testamento, no así el de Pedro, pues es común con el llamamiento posterior. 2) Y puede asignar la misma cosa a varias personas en la misma cláusula testamentaria, caso en el cual hay conjunción tanto en las palabras usadas como en la cosa, como cuando dice que lega tal finca a Simón, Juan y Luis, y por ello esta conjunción se llama *Re et verbis* (en la cosa y en las palabras).

Hay una tercera forma en que el testador puede hacer el llamamiento a varias personas sobre la cosa asignada, que no produce acrecimiento. Se da cuando a cada uno de los asignatarios les asigna distintas partes o cuotas en que la ha dividido, v.g.: "Lego la finca X a Simón por un cuarto, a Juan por un medio y a Luis por un cuarto". Como aquí la conjunción sólo existe en las palabras, no en la cosa, porque esta el testador la ha dividido, y para la ley al hacer esto ya no los está llamando a "la misma cosa", pues cada parte se considera como un objeto separado, Art. 1124, recibe el nombre de conjunción *verbis* o *verbis tantum* (en las palabras solamente); por lo que es consecuente que no produzca acrecimiento. Pero sí lo hay entre los coasignatarios de una misma parte o cuota, ya que cada una de estas se considera como un objeto separado, como ha quedado explicado; así ocurriría si en el ejemplo anterior el primer cuarto se le dejara "a Simón y

Diego". Entre estos dos habría derecho de acrecer respecto de ese cuarto, si alguno de ellos faltara.

Las dos conjunciones que producen acrecimiento (*Re tantum* y *Re et verbis*) están contempladas en nuestra ley en el artículo 1125, inciso primero; la *verbis tantum* está considerada en el artículo 1124.

El acrecimiento que se debe a una conjunción *Re tantum* (llamamiento en cláusulas separadas de un mismo testamento: en una se dice "lego la finca Milingo a Pedro", y en otra "lego la finca Milingo a Juan", es el que sostienen algunos autores que no puede ser prohibido por el testador, y que se produce aun contra la voluntad del asignatario a quien favorece, porque cada uno ha sido llamado al total de la cosa separadamente, y si quiere repudiar tiene que hacerlo respecto de toda la cosa asignada, por manera que, o la acepta toda o la repudia toda, pues no puede dividir su opción. Por consiguiente, si se acepta esta tesis, en este caso no sería aplicable la disposición que establece que el asignatario puede conservar su propia porción y repudiar la que le viene por acrecimiento. Ello sólo es posible, para quienes sostienen esta posición, cuando se trata de la conjunción *Re et verbis*. Pero quines sostienen la tesis contraria argumentan que también en esta cada uno de los coasignatarios está llamado desde el principio al todo, al total de la cosa, y si no recibe ese total es por la concurrencia de los otros.

Nuestra ley dispone que en todo caso, puesto que no se hace distinción, el coasignatario puede conservar su propia porción y repudiar la que le viene por acrecimiento, pero no puede repudiar la primera y aceptar la segunda. Esto se debe a que la primera, la propia, se considera como principal y la segunda como accesoria, de donde resulta que si se repudia la principal la accesoria no tiene a qué agregarse, a qué juntarse en manos del coasignatario (se va a juntar con la porción repudiada pero en manos de quien reciba esta), por lo que tiene que entenderse también repudiada, en virtud del adagio que reza: "lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

Los coasignatarios conjuntos forman una unidad cuando concurren con otros asignatarios, que también han sido llamados a la misma cosa, reputándose como una sola persona, y esta persona colectiva formada por ellos no se entiende faltar, para los efectos del acrecimiento, sino cuando todos faltaren. Se entiende por conjuntos los coasignatarios que están asociados por una expresión copulativa, como los que aparecen en el siguiente ejemplo: "Dejo la casa X a Pedro, Juan y Luis y a Diego". Pedro, Juan y Luis son conjuntos, se reputan como una sola persona para concurrir con Diego, de modo que de la cosa asignada corresponderá la mitad a los conjuntos y la otra mitad a Diego, y si alguno de aquéllos falta, esto no aprovecha a Diego sino a los otros dos que han quedado formando la

persona colectiva, quienes entonces llevarán un cuarto cada uno de lo que a la persona colectiva corresponde, o sea, la mitad de la mitad cada uno. También son conjuntos los coasignatarios comprendidos en una denominación colectiva, como "los hijos de Pedro", sea el número que sea, tal ocurre en este caso: Dejo la finca X a Juan y a los hijos de Pedro". Los hijos de Pedro tomarán entre sí, por partes iguales, la mitad de la finca, la otra mitad corresponde a Juan. Puede hacerse una asignación a dos o más grupos de coasignatarios conjuntos: "Dejo mis bienes a Juan y Luis y a los hijos de Pedro". A Juan y Luis corresponderá la mitad y a los hijos de Pedro la otra. Si falta Juan, su parte acrecerá a Luis; si falta alguno de los hijos de Pedro, su parte acrecerá a sus hermanos; y si falta alguno de los conjuntos completo, toda la asignación le quedará al otro conjunto. Otro ejemplo: "Lego la finca X a Juan, a Luis y a los hijos de Pedro". En este caso la asignación se dividirá en tres partes, una para Juan, una para Luis y una para los hijos de Pedro. Si falta Juan, su parte acrece a Luis y a los hijos de Pedro.

El acrecimiento no sólo tiene lugar en las asignaciones por causa de muerte; opera también en el usufructo cuando no se constituye por testamento, pues el artículo 783 dispone que siendo dos o más los usufructuarios, habrá entre ellos derecho de acrecer, y durará la totalidad del usufructo hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios, a menos que el constituyente haya dispuesto que terminado un usufructo parcial, se consolide con la propiedad. También tiene lugar en los derechos de uso y habitación, y puede estipularse en la renta vitalicia.

Para que se produzca el acrecimiento es necesario que uno de los coasignatarios falte. Por la ausencia de este requisito es que no hay acrecimiento cuando uno de los coasignatarios fallece sin aceptar ni repudiar la asignación que ya se le había deferido, porque el derecho a ella ya había ingresado a su patrimonio, y entonces no ha faltado; lo que puede tener lugar en ese caso es la transmisión del derecho de opción. Ni cuando el coasignatario que no quiere o no puede suceder tiene sustituto, ya que al ser sustituido el coasignatario no falta. De manera que en relación con los otros dos derechos mencionados, el acrecimiento ocupa el último lugar, operando en el siguiente orden: primero el derecho de transmisión, después, si no hay lugar al anterior, entra a funcionar la sustitución cuando ha sido prevista por el testador, y por último, si no hay sustituto, se produce el acrecimiento, siempre desde luego, que concurren las circunstancias que para ello son necesarias. Por esta razón, en el caso de la sustitución de uno a muchos, si después de haber sido sustituido alguno de los instituidos, falta otro, lo que puede haber es acrecimiento, porque la sustitución ya operó. Tal ocurriría en este caso: "Lego la finca Santa Mónica a Pedro, Juan y Luis, y si estos faltan los sustituiré Diego". Si falta Pedro entra Diego como sustituto; luego,

si falta Juan, su porción acrecerá a Diego y Luis. Como se ve, la sustitución ha operado antes que el acrecimiento; y este es otro argumento para sostener que en el caso de esa sustitución, de uno a muchos, el sustituto debe entrar al nomás faltar cualquiera de los instituidos, de lo contrario se produciría el acrecimiento entre los instituidos antes que funcione la sustitución, lo que sería contrario al orden en que esos derechos deben tener aplicación.

74.- REVOCACION DEL TESTAMENTO. Una de las características del testamento es, como se dijo en otro lugar, la de ser revocable, y aunque la revocación (de revocare: volver a llamar) es una facultad, ella es de orden público, porque el testamento debe ser la expresión de la última voluntad del causante. Siendo esto así, el testamento no confiere ningún derecho actual a los instituidos, sólo los inviste de vocación sucesoria; el derecho lo adquirirán si el testador persevera en la voluntad expresada, muriendo sin haberla cambiado, y únicamente este hecho la convierte en última voluntad.

Así pues, un testamento válidamente otorgado sólo puede invalidarse por su revocación, y tal revocación debe hacerse en otro testamento, aun cuando la forma testamentaria usada para revocarlo sea distinta a la que reviste el que se quiere revocar, por manera que un testamento solemne puede ser revocado por uno privilegiado o viceversa, un solemne abierto por uno cerrado o viceversa.

El testamento privilegiado, sin embargo, no sólo pierde su eficacia por su revocación, sino por haber caducado, en los casos previstos por la ley para cada uno de ellos (supra #56); y si contiene una revocación esta también caduca, reviviendo el que había sido revocado. Esto también ocurre cuando el testamento revocatorio es declarado nulo, según las reglas generales que rigen la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada. Pero cuando existe retractación de la revocación, esto es, cuando un testamento que revoca un testamento anterior es revocado a su vez, no revive el primer testamento, a menos que el testador así lo indique.

La revocación puede ser expresa o tácita, y tanto la una como la otra total o parcial. Combinando estas características resulta que la revocación puede ser: a) expresa total; b) expresa parcial; c) tácita total; y d) tácita parcial.

Es expresa cuando el testador, en un posterior testamento, manifiesta su decisión de dejar sin efecto uno anterior, en todas sus partes (expresa total) o sólo en algunas de sus disposiciones (expresa parcial); es tácita cuando las disposiciones del testamento posterior son incompatibles con las

del anterior, sin embargo de que no se diga que se revocan, no dejando subsistente ninguna de las del anterior (tácita total) o bien dejando subsistente siquiera alguna (tácita parcial).

Cuando la revocación, ya sea expresa o tácita, es parcial, se da el caso de que una misma sucesión se rige por dos o más testamentos.

No sólo la revocación, en estricto sentido, debe hacerse en otro testamento, sino cualquier modificación que se le quiera hacer al anterior, como limitar un legado que recaía sobre una cosa entera a la mitad; esto no se puede hacer en un instrumento que no sea un testamento, como los llamados "codicilos". El codicilo era "una disposición de última voluntad encaminada a completar o modificar el testamento en alguna de sus disposiciones secundarias y que se hacía con menores solemnidades del testamento, pues tenía precisamente por objeto evitar la celebración de este acto con las engorrosas formalidades que según las leyes debían concurrir en el otorgamiento de un testamento". (Claro Solar: op.cit. Tomo XIII, pág. 453-454). Por consiguiente, es impropio llamarle codicilo a un testamento que modifica el anterior.

# CAPITULO X Aceptación y repudiación de las asignaciones

75.- REGLAS GENERALES. Antes de entrar al estudio de las reglas generales que rigen la aceptación y la repudiación de la herencia propiamente dichas, hay que hacer mención, aunque sea someramente, de una medida o providencia inmediata a la apertura de la sucesión, pues debe ser solicitada dentro de los quince días subsiguientes a este hecho, que tiene por objeto la conservación de cierta clase de bienes de la herencia: la aposición de sellos. Esta medida conservativa, que no sólo compete a quienes se creen con derecho a la herencia sino también a otras personas, como los comuneros y acreedores del finado, y demás enumerados en el artículo 885 Pr. C., consiste en guardar bajo llave y sello los muebles y papeles que forman parte de la herencia, hasta que se proceda al inventario solemne de todos los bienes y efectos hereditarios. Se practica, según lo indica el Código de Procedimientos Civiles, por el Juez de Primera Instancia, y en su defecto por el juez de Paz, del lugar en que se ha abierto la sucesión y su costo entra en la reducción a que se refiere el numeral 1o. del artículo 960, por ser costas anexas a la apertura de la sucesión; no es aplicable a los inmuebles, porque estos no son susceptibles de ser sustraídos, que es lo que se trata de evitar con esta diligencia. Prácticamente consiste en adherir tiras de papel, selladas con el sello del tribunal, sobre las cerraduras de los lugares, escritorios, cofres o armarios. De la diligencia se levanta un acta, en la que se hace mención de lo prescrito por el artículo 887 Pr.c., nombrándose un depositario que cuide de los efectos y de que no se violen los sellos.

Todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente, desde que ya no existen herederos forzosos, que lo eran contra su voluntad y aun sin saber

que la herencia se les había deferido; eran los herederos que se llamaban *necesarios* unos, y *suyos y necesarios* otros, en el derecho romano. Pero las personas que no tienen la libre disposición de sus bienes, deben aceptar o repudiar por medio o con el consentimiento de sus representantes legales, sin que esto sea una excepción a la regla que establece que toda persona puede aceptar o repudiar libremente, como mal dice la ley, pues tal regla no debe entenderse referida a formalidades habilitantes, ya que no es más que una confirmación de que ya no se obliga a nadie a ser heredero contra su voluntad. Ahora todos los herederos son voluntarios. Sí es excepción a esa regla lo dispuesto en el artículo 1158, pues en el caso a que se refiere se necesita autorización judicial para repudiar.

La aceptación sólo la puede hacer el sucesible, el que tiene vocación sucesoria, después que la asignación se le ha deferido, después que la ley lo ha llamado (el causante no defiere) ofreciéndole la asignación, a que manifieste si la acepta o la repudia, porque es hasta ese momento que el derecho a ella nace, y nadie puede aceptar lo que no se le ha ofrecido. La repudiación, en cambio, puede hacerse inmediatamente después de la muerte del causante, aun cuando la delación no se haya verificado, como ocurre cuando la asignación está sujeta a una condición suspensiva y esta se encuentra pendiente. Esto es así porque si no está en el ánimo del asignatario aceptar la asignación, no hay obstáculo para que lo manifieste cuanto antes.

Ni la aceptación ni la repudiación pueden hacerse bajo condición suspensiva o resolutoria, ni hasta o desde cierto día; no pueden, pues, sujetarse a modalidades, diciéndose, respecto a la aceptación verificada, que el asignatario una vez es heredero siempre es heredero (*qui semel haeres, semper haeres*). No obstante, como se verá más adelante, tanto la aceptación como la repudiación, pueden revocarse bajo ciertas circunstancias.

Según el artículo 1152, inciso primero, no se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto; pero esta disposición ya hace mucho tiempo que carece de fundamento, que lo era el evitar que la parte repudiada quedara intestada. Tenía sentido entonces en la época en que no era admitida la sucesión parte testada y parte intestada, en el tiempo que imperaba la regla "*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*" (Nadie puede fallecer parte testado, y parte intestado). Ahora no existe inconveniente para que, por ejemplo, si a una persona se le deja toda la herencia acepte sólo la mitad y repudie el resto, el cual quedará para los herederos abintestato. Si se trata de un legado, la parte repudiada retornará a la masa hereditaria. Pero el inciso segundo del mismo artículo hace nugatoria la prohibición contenida en el primero, porque cuando opera el derecho de transmisión, dice que cada uno de los herederos del transmitente puede aceptar o repudiar su cuota, de donde resulta que lo que no puede

hacer el asignatario sí lo pueden hacer sus herederos a quienes ha transmitido su derecho de opción.

Cuando el asignatario ha sido llamado a dos o más asignaciones diferentes en la misma sucesión, puede aceptar una o algunas y repudiar la otra o las otras, con la salvedad, como regla general, de que si alguna está gravada (con obligaciones o cargas que el testador le ha impuesto), no se pueden aceptar las que no lo están y repudiar la gravada o las gravadas, porque se presume que la intención del causante ha sido compensar al asignatario con la asignación no gravada, por la disminución que va a sufrir en la otra (L. Claro Solar: op.cit., Tomo XVI, pág.57), a menos que el mismo testador conceda la facultad de hacerlo. Tal limitación tampoco es aplicable cuando las asignaciones se defieren al asignatario por distintos conceptos, o separadamente como dice la ley, cuando se le defieren en subsidio de los asignatarios a quienes originalmente habían sido asignadas, y le llegan entonces por derecho de acrecimiento, o de transmisión o de sustitución vulgar.

En páginas anteriores, a propósito del estudio de lo prescrito por el artículo 1050, se explicó cuándo es que un sustituto o un transmitido pueden recibir dos porciones, que se les defieren separadamente, casos en los que tiene aplicación la excepción de que estamos hablando (Art.1153). Cuando el sustituto no es a la vez primer instituido, o el transmitido no tiene derecho personal en la sucesión del primer causante, sólo reciben una porción. En el caso del último, ciertamente se reciben dos asignaciones, la herencia propia del transmitente y la asignación a que él tenía derecho en la sucesión del primer causante, pero como se ve, son de diferentes sucesiones, la del primer causante y la del segundo causante, pero esto no es a lo que se refiere el artículo 1153, sino al de dos asignaciones que se defieren separadamente pero en la misma sucesión.

**76.- EJERCICIO PROVOCADO DEL DERECHO DE OPCION.** Si bien es cierto que la ley a nadie obliga a aceptar o repudiar, sí se puede, a petición de cualquier persona interesada en ello, obligar a un asignatario, no a que acepte o repudie específicamente, sino a que ejerza su derecho de opción, a que responda al actual llamamiento que le ha hecho la ley al ofrecerle la asignación, diciendo o manifestando si la acepta o la repudia. Porque puede ocurrir que aquél, después de habérsele verificado la delación, no exprese si acepta o repudia, y esta actitud puede estar perjudicando a otra persona que si no fuera por el llamamiento hecho al que no se pronuncia, ella sería la asignataria, o resultaría mejorada si ya lo es, por medio del acrecimiento, como cuando quien no ejerce su derecho de opción es el heredero o los herederos testamentarios, pues los abintestato serían los

llamados en defecto de aquellos, o cuando quien no se pronuncia es un coheredero del que ya aceptó, o alguien que tiene sustituto; en todos estos casos, y en otros que también pueden presentarse, el interesado puede solicitar al juez competente, el del último domicilio que tuvo el causante, que prevenga al asignatario reticente que declare si acepta o repudia, artículo 1155 del Código Civil. El peticionario debe comprobar la apertura de la sucesión y su interés jurídico para hacer la petición, y además, el derecho que tiene aquel a quien pide se le haga la prevención; pero cuando se trata de coherederos, si las diligencias de aceptación ya están iniciadas, tal petición debe hacerse dentro de las mismas, incidentalmente, pero en todo caso después de los quince días subsiguientes a la cita personal que según el artículo 1163 debe hacerse a todo coheredero para que se presente a deducir su derecho. Hablamos de cita personal porque, si se le va a prevenir que diga si acepta o repudia, es porque se sabe positivamente su existencia y que tiene derecho a la herencia.

La ley, cuando concede este derecho, habla de que debe ejercerse por medio de "demanda", pero esta palabra no está usada aquí en la acepción que tiene en el derecho procesal, sino como sinónima de "solicitud"; realmente la petición se hace por medio de una simple solicitud, porque no se trata de ninguna controversia.

El prevenido goza de un plazo de cuarenta días para declarar si acepta o repudia, según le convenga, plazo que puede ser ampliado por el juez hasta seis meses, cuando el asignatario está ausente o cuando los bienes están situados en lugares distantes (que ya no es razón para ello) o por cualquier motivo grave. Durante este plazo, llamado de deliberación, puede el asignatario inspeccionar el objeto asignado y las cuentas y papeles de la sucesión, e implorar las providencias conservativas que crea convenientes, así asegura sus derechos si decide aceptar, sin estar obligado al pago de ninguna deuda hereditaria o testamentaria, lo que es ocioso que la ley lo diga, porque todavía no ha asumido las obligaciones de heredero; pero si la herencia ya fue puesta en curaduría, lo que es independiente del esclarecimiento de los derechos a la sucesión, pues ello, por sí solo, no priva a nadie de sus derechos, el curador es el obligado a satisfacer esas deudas, y precisamente para esto es que algún acreedor pidió la declaratoria de yacencia, ya que el prevenido, como se acaba de decir, no está obligado a satisfacerlas.

Si el asignatario prevenido no se pronuncia durante el plazo, se entiende que repudia, siendo este uno de los pocos casos en que el silencio produce efectos jurídicos, y el único en que la repudiación se presume; pero si está ausente no se tiene por repudiada la herencia, sino que se le nombra curador de bienes que lo represente y acepte por él con beneficio de

inventario. Esto amerita un análisis, porque si se trata de un ausente no se entiende cómo es que se le ha hecho la prevención, y por qué es un curador de bienes, que es curador definitivo, el que se le nombra para que acepte por él, cuando bastaría un curador especial para este efecto. Ello no tiene más explicación que la de que hay que dar por supuesto que primero se declara ausente al asignatario, conforme lo establece el artículo 141 del Código de Procedimientos Civiles, nombrándole un curador especial para que a éste se le haga la prevención en tal carácter, y es deber de tal curador especial localizar al ausente para que comparezca por sí o por procurador en tiempo oportuno a hacer la manifestación; si no lo hace se presume que no pudo ser localizado, y entonces no sería justo tener por repudiada de su parte la asignación, y esta es la razón del nombramiento de un curador de bienes, quien, siendo un curador definitivo, no sólo aceptará por el ausente sino que administrará lo que a aquél le corresponda de la herencia. La ley, en el último del artículo 1155, que es donde se prescribe lo anterior, dice que si el asignatario ausente no compareciere por sí o por legítimo representante en tiempo oportuno, se le nombrará curador de bienes que le represente, y *accepte* por él con beneficio de inventario, pareciendo que tal curador está obligado siempre a aceptar, por la forma imperativa de la disposición; pero está admitido que también puede repudiar, si ve que la aceptación no conviene a los intereses de su representado, pero tendrá que hacerlo previo decreto del juez, con conocimiento de causa.

Mientras un asignatario no ha sido prevenido para que diga si acepta o repudia la asignación que se le ha deferido, conserva su derecho a la opción, aun cuando toda la herencia o la porción de ella que le corresponde ya esté siendo poseída por otros en calidad de herederos, porque la ley no fija término para ejercer esta facultad; lo que puede ocurrir es que cuando la reclame le opongán la excepción de prescripción adquisitiva, lo que habrá extinguido su derecho a la herencia, extinción que no tiene lugar por el simple transcurso del tiempo, sino que es necesario que otro haya adquirido el dominio de ella por prescripción adquisitiva.

77.- REVOCACION DE LA ACEPTACION Y DE LA REPUDIACION. Siempre dentro de las reglas generales del título VII del Libro Tercero del Código Civil, el artículo 1159 prescribe que ninguna persona tiene derecho para que se rescinda su repudiación, a menos que ella misma o su legítimo representante hayan sido inducidos por fuerza o dolo a repudiar. Realmente, lo que se quiere decir es que nadie tiene derecho a que se *revoque* su repudiación, a menos que haya sido hecha a consecuencia de cualquiera de esos dos vicios de la voluntad. Acerca de la aceptación hecha en las mismas circunstancias nada dice ahora la ley; pero lo decía antes de la ley de reformas de 4 de agosto de 1902, pues desde el Código Civil de 1860

hasta esa fecha, en que fue suprimida, existía una disposición que prescribía que la aceptación, una vez hecha con los requisitos legales, no podía rescindirse sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el caso de lesión grave, que ya desapareció de nuestra legislación como vicio del consentimiento, aunque realmente no lo es. Pero no obstante esa supresión siempre puede rescindirse, o más propiamente, revocarse, una aceptación hecha por fuerza o dolo, porque estos hechos vician la voluntad, y esta fue precisamente la razón por la que se suprimió esa disposición, es decir, por innecesaria, habiendo dicho al respecto la Comisión Reformadora "que el error, fuerza y dolo son causa de rescisión de los actos y contratos según las reglas generales; no hay, pues, necesidad de expresarlo nuevamente". Con base en este razonamiento se afirma que la supresión del artículo no significó, en manera alguna, la supresión de la facultad de pedir la rescisión de la aceptación en tales casos. Pero lo raro es que esas mismas razones también eran válidas para suprimir la disposición que prescribe lo mismo respecto a la repudiación, y sin embargo esta no fue suprimida. Ello posiblemente se deba a que el caso de la repudiación obtenida por fuerza o dolo, es más grave que el de la aceptación obtenida por medio de esos mismos vicios, y quiso evitarse toda duda sobre si podía o no rescindirse; además, resulta un tanto insólito que alguien sea inducido por fuerza o dolo a aceptar una asignación. El otro vicio del consentimiento, el error, no ha sido comprendido entre las causas por las que se puede rescindir la repudiación, ni podría invocarse tampoco para rescindir la aceptación, pues el artículo 1159 del Código Civil, sólo menciona la fuerza y el dolo. La razón de esto radica en que, si un asignatario repudia o acepta por error, la equivocación no puede provenir más que de él mismo, nadie más que él es el responsable del concepto equivocado que sobre la conveniencia de aceptar o repudiar se formó, y nadie puede ser oído cuando alega su propia torpeza ("Nemo auditur propriam turpitudinem allegans").

78.- REPUDIACION EN PERJUICIO DE ACREEDORES. Un asignatario puede repudiar con el objeto de perjudicar a sus propios acreedores, porque la cosa asignada, si la acepta, no vendrá más que a mejorar el derecho de prenda general que tales acreedores tienen sobre sus bienes.

En el caso de repudiación en perjuicio de los acreedores, se les permite a éstos aceptar por el deudor, previa autorización que deben pedir al juez competente para conocer de las diligencias de aceptación de herencia; pero el artículo 945 del Código de Procedimientos Civiles dice que el juez, con sólo el pedimento de los acreedores, acordará haber por *aceptada* la donación, herencia o legado hasta donde alcance para el pago de los créditos del deudor. Como se ve, existe una evidente contradicción al respecto entre la ley

sustantiva y la procedimental, ya que el artículo 1160 del Código Civil, lo que dice es que los acreedores "podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar...".

La repudiación no se rescinde, en tal caso, sino en favor de los acreedores, hasta concurrencia de sus créditos, y en el sobrante subsiste; de modo que, si pagados los acreedores con la asignación resulta un sobrante, este ni los beneficia a ellos ni al asignatario que repudió. Esta, para algunos, es una aplicación de la acción *pauliana* del derecho contractual (llamada así por haber sido ideada por el jurista romano Paulus), que tiene por objeto hacer volver al patrimonio del deudor los bienes que éste había hecho salir en fraude de sus acreedores; pero para otros se trata de la acción oblicua o subrogatoria, que es la que tiene por objeto hacer entrar en el patrimonio del deudor, bienes que no están en él porque aquél no quiere ejercer sus derechos para adquirirlos, siempre con la misma finalidad de perjudicar a sus acreedores, quienes se subrogan a su deudor para ejercerlos. En la primera tesis se da por sentado que los bienes en que consiste la asignación ya habían entrado en el patrimonio del asignatario deudor, y que éste, con la repudiación, los hace salir; la segunda se fundamenta en lo contrario, que dichos bienes no están todavía en el patrimonio del asignatario deudor, y que con la repudiación se niega a hacerlos entrar en él. Parece que, según nuestro sistema en cuanto a la propiedad de la herencia, que exige declaratoria de heredero, la segunda tesis es la correcta.

#### 79.- EFECTOS DE LA ACEPTACION Y DE LA REPUDIACION.

La aceptación y la repudiación de una herencia, según el artículo 1161 del Código Civil, tiene efectos retroactivos (*ex-tunc*) al momento en que aquélla haya sido deferida, esto es, al momento en que murió el causante si la asignación es pura y simple, o al momento en que se cumple la condición si el llamamiento es condicional; por consiguiente, quien acepta se reputa heredero desde aquel momento, aun cuando dicha aceptación se haya verificado mucho tiempo después, para evitar la solución de continuidad en el dominio de los bienes de la herencia, y quien repudia se entiende igualmente que en ningún momento ha sido heredero.

Lo mismo ocurre con los legados de especie, o cuerpos ciertos, debido a que, estando bien determinada la cosa asignada, tanto en género como en especie, se sabe cuál es lo que corresponderá al legatario desde el momento del deferimiento, razón por la que el artículo 1218, número 1o., prescribe que los asignatarios de especies tienen derecho a los frutos y acciones de ellas desde el momento de abrirse la sucesión, salvo que la asignación haya sido desde día cierto (plazo suspensivo) o bajo condición suspensiva, pues en estos casos no se deberán los frutos, sino desde ese día, o desde el cumplimiento de la condición, a menos que el testador haya expresamente

ordenado otra cosa. Tal determinación específica no existe en los legados de género; en estos la cosa legada sólo se individualiza en el momento de su cumplimiento. Por ello, los frutos producidos por las cosas legadas antes de la entrega no se deben a sus asignatarios, a menos que la persona obligada a entregarlas se hubiere constituido en mora, caso en el que se les deben desde ese momento.

80.- FORMA DE LA ACEPTACION. Antes de las reformas al Código Civil decretadas en 1902, la aceptación de la herencia podía ser expresa o tácita.

Era expresa la aceptación cuando se tomaba el título de heredero, y se entendía que esto ocurría cuando se hacía en escritura pública o privada, obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación judicial. Y era tácita cuando el heredero ejecutaba algún acto que suponía necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar sino en su calidad de heredero, como la enajenación de un bien perteneciente a la herencia.

El que hacía acto de heredero sin previo inventario solemne, sucedía en todas las obligaciones transmisibles del difunto a prorrata de su cuota hereditaria, aunque le impusieran un gravamen que excediera el valor de los bienes que heredaba; si precedía inventario solemne, gozaba del beneficio de inventario. Tal inventario debía practicarse dentro de los noventa días subsiguientes a la aceptación de la herencia, que no era judicial aunque fuera expresa, como se ha visto, y el heredero que no lo practicaba en ese plazo, o que en su confección omitiera de mala fe hacer mención de cualquiera parte de los bienes, no gozaba del beneficio.

La aceptación tácita se suprimió en el año mencionado al principio de este número, por presentar en la práctica serios inconvenientes, como dijo la Comisión Reformadora, porque los terceros no sabían con quién debían entenderse para seguir un juicio contra la sucesión, por lo que se decidió que era mejor que la aceptación de una herencia fuera siempre expresa. Pero esta aceptación expresa, la única que hoy existe, de la herencia, ya no se verifica como la que existía a la par de la tácita; ahora lo *expreso* está en ocurrir aceptando y pidiendo al juez del *domicilio* de la sucesión, según dice la ley incorrectamente, porque la sucesión no tiene domicilio ya que no es persona jurídica, o al notario en su caso, la declaratoria de ser tal heredero.

Acerca de esto existe actualmente una práctica viciosa. Cuando la ley dice que algún acto o declaración de voluntad debe hacerse *expresamente*, está excluyendo la forma tácita, tal ocurre en el artículo 1904, cuando dice

que el mandatario no puede comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación *expresa* del mandante; a menos que la misma ley admita las dos formas y así lo manifiesta, como en el artículo 1694, donde dice que la aceptación que el deudor hace de la cesión del crédito verificada por su acreedor, será *expresa* o consistirá en un hecho que la suponga, o sea, que puede ser expresa o tácita; lo mismo ocurre en el artículo 1884, inciso primero, según el cual la aceptación del mandatario puede ser expresa o tácita. Luego, cuando el artículo 1162 dice que la aceptación de la herencia, para que produzca efectos legales, ha de ser *expresa*, está diciendo que no se puede aceptar una herencia en forma tácita, sino que hay que *manifestar* la voluntad de aceptar, manifestación que hay que hacérsela al juez, o al notario en su caso, y en eso está lo *expreso*, en hacer la manifestación de que se acepta la herencia ante el funcionario competente; no hay entonces por qué repetir la palabra de la ley, ni por qué exigirla. Decir, y exigir que se diga, que la herencia se acepta *expresamente*, es una redundancia: al decir simplemente que se acepta, ya se está haciendo una manifestación expresa, que es lo que la ley exige.

81.- ACEPTACION PURA Y SIMPLE Y CON BENEFICIO DE INVENTARIO. En doctrina se habla de una aceptación pura y simple, como si existiera una aceptación sujeta a modalidades, pues a estas se opone lo que en derecho es puro y simple. Pero lo que se quiere significar con ello es únicamente que el aceptante no ha hecho uso de una facultad que la ley le concede, que consiste en limitar, en una medida que la misma ley fija, los efectos del acto jurídico de la transmisión del patrimonio. Estos consisten en que, el asignatario a título universal que acepta, sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones, excepto en los que no son transmisibles, y es el continuador de su personalidad; consecuentemente, no sólo recibe los bienes de la herencia sino que queda obligado a pagar todas las deudas hereditarias y cargas testamentarias, aun en el caso de que estas excedan el valor de los bienes recibidos (responsabilidad *ultra vires*) porque ha asumido el carácter de deudor de los acreedores que antes lo eran del causante, ante quienes queda en una situación igual a la que puede tener respecto a sus propios acreedores; debe responderles con todo su patrimonio, al que ya entraron a formar parte los bienes que heredó. El heredero tiene, entonces, y en principio, una responsabilidad ilimitada respecto al pago de las deudas y cargas que el causante tenía y que le ha impuesto, respectivamente, una responsabilidad que va más allá de las fuerzas de la herencia.

La facultad que la ley le concede a un heredero de limitar su responsabilidad respecto al pago de las deudas hereditarias y testamentarias, recibe el nombre de "beneficio de inventario", que debe ser expresamente invocado al aceptar la herencia, y que consiste en no hacer a los herederos

que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado; por ello se dice que el heredero que acepta con beneficio de inventario, tiene una responsabilidad "intra vires hereditatis".

Este beneficio es de origen romano, fue instituido por Justiniano en la ley "Scimus", para favorecer a los herederos voluntarios, quienes no podían acogerse a los otros beneficios que se habían acordado a los herederos *necesarios* y a los herederos *suyos y necesarios*, ambos herederos forzosos; los primeros, que eran los esclavos libertados en el testamento en que se les instituía herederos, gozaban del beneficio llamado "bonorum separatio", para no responder con los bienes que podían haber adquirido después de libertados, de las deudas hereditarias, y los segundos, que eran las personas "alieni juris", las que estaban bajo la dependencia del paterfamilia (llamados *suyos*, además de *necesarios*, porque habían contribuido a formar el patrimonio que heredaban) gozaban del beneficio llamado "jus abstinendi". Por efecto de estos dos beneficios, esos herederos respondían de las deudas hereditarias sólo con los bienes de la herencia, los que eran vendidos al mejor postor por medio de la "bonorum venditio", operación que se verificaba en un lugar público, bajo un asta o lanza (subhastatio) que era el símbolo de la propiedad privada (de aquí sin duda que a toda venta al mejor postor se le llame ahora "subasta"). Los herederos voluntarios, que eran los parientes del causante que ya no estaban bajo su potestad (eran *sui juris*), como eran libres de aceptar o repudiar, no gozaban de esos beneficios. Pero como los acreedores salían a luz hasta que el heredero voluntario había aceptado, y ya no podía dejar de ser heredero ("qui semel haeres, semper haeres"), siempre resultaban afectados en su propio patrimonio por las deudas del causante. En vista de esto, Justiniano decidió que si *antes* de aceptar hacían inventario de los bienes de la herencia, sólo iban a responder hasta concurrencia del valor de esos bienes, quedando así instituido el beneficio de que se está tratando (E., Petit: op.cit.págs.550 y 551).

Existe una discusión doctrinaria acerca de si el beneficio de inventario separa o no los patrimonios, el propio del heredero y el que recibe del causante. La mayoría de tratadistas se inclina por afirmar que no los separa, apoyándose en la propia definición que de él da la ley (la nuestra y en el derecho comparado), pues ella no dice que el heredero sólo responde *con los bienes* de la herencia, sino hasta concurrencia *del valor* de esos bienes, que no es lo mismo; y en la existencia de otro beneficio cuyo efecto específico sí es el de separar esos patrimonios: el beneficio de separación de bienes. Porque no hay razón para que existan dos beneficios que tengan la misma finalidad. Sin embargo, en nuestro derecho positivo existen disposiciones que dan la impresión de que para nuestro legislador sí los separa. Pero ello no evidencia más que una confusión de las dos teorías, plasmada en la ley.

Según el Código Civil de 1860, el inventario debía empezarse y concluirse dentro de los noventa días subsiguientes al de la aceptación de la herencia, y el juez podía, según las circunstancias, restringir o ampliar este plazo; pero cuando la aceptación era tácita, el inventario debía practicarse antes de hacer acto de heredero, es decir, antes de que la intención de aceptar se manifestase por alguno de esos actos, pues, como ya se dijo, hacer actos de heredero constituía aceptación tácita. A esto se debe el resabio que aparece en la parte final del artículo 1173. Ahora ya no existe plazo para hacer el inventario, pero siempre se practica después de haber aceptado; lo propio sería que se practicara antes, mediante los requisitos procesales que prescriben las legislaciones que así lo tienen establecido, que es como fue instituido, como se ha visto en el resumen histórico que sobre esta institución se hizo. Porque el heredero necesita saber cuál es la situación económica de la herencia, antes de aceptarla. Al no practicarse antes, el heredero se expone a responder ilimitadamente de las deudas y cargas si no invoca este beneficio; por ello casi siempre se invoca, aunque resulte innecesario.

Esta discusión acerca de si el beneficio de inventario separa o no los patrimonios, no deja de ser una de las que llaman "bizantinas" en cierto grado; pero sí explica la razón de ciertas disposiciones legales, como la que establece la subrogación legal a beneficio del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia, que descansa sobre la base de que los patrimonios están separados por dicho beneficio.

El derecho de gozar de este beneficio, con el cual *deben* aceptar ciertas personas (Art. 1172) lo pierde el heredero que sustrae efectos pertenecientes a la herencia, aunque el inventario ya se haya practicado; esto significa que en tal caso el heredero ya no puede invocar el beneficio cuando acepte la herencia, y si ya había aceptado pierde el beneficio si se le había concedido, y su responsabilidad, de limitada que era en un principio, se vuelve ilimitada; además, no tiene parte alguna en los efectos sustraídos. Sobre esto de la sustracción de bienes de la herencia, también está prevista una sanción para el legatario que la verifica, diferente a la anterior porque él no es heredero; puede sustraer, antes de que se le haya hecho la tradición, bienes que se le han legado, o bienes que no se le han legado. En el primer caso pierde los derechos que como tal pudiera tener sobre los objetos sustraídos, y si los bienes sustraídos son de los que no se le han legado, que es lo que significa la expresión "no teniendo el dominio de ellos" que usa la ley, debe restituir el duplo. Ambos, heredero y legatario, quedan además, sujetos a las sanciones penales por el delito cometido.

También está prescrito que el heredero que en la confección del inventario omitiere de mala fe hacer mención de cualquiera parte de los

bienes, por pequeña que sea, o supusiere deudas que no existen -todo lo cual va en perjuicio de los acreedores -no gozará del beneficio. Se observa que aquí la ley habla en tiempo futuro, deduciéndose que el inventario se está practicando antes de haberse aceptado la herencia, que es cuando se invoca el beneficio (recuérdese que antes de las reformas se hacía antes) y eso confirma lo antes dicho, acerca de que en las disposiciones que lo regulan existe confusión, que sería muy largo de concretar en todos sus detalles.

El heredero beneficiario, más que dueño, parece un administrador o simple cuidandero de los bienes, para que los acreedores hereditarios no sufran perjuicio. Sin duda haciéndose cargo de esto, el legislador estableció que puede exonerarse en todo tiempo de sus *obligaciones* (lo que confirma lo dicho) abandonando a los acreedores los bienes de la herencia, previa aprobación de la cuenta que de su *administración* deberá presentarles. Las reglas y los efectos de este abandono no se especifican, por lo que debe entenderse que son los mismos del pago por cesión de bienes, aplicándose especialmente lo dispuesto en el artículo 1489 del Código Civil.

Consumidos los bienes de la herencia, o la parte de ellos que hubiere cabido al heredero beneficiario, pero no han quedado cubiertos, o pagados, algunos de los acreedores, aquél debe ocurrir al juez para que los cite, a fin de que reciban la cuenta exacta y en lo posible documentada de todas las inversiones que haya hecho; y aprobada la cuenta por los acreedores o por el juez en caso de discordia, el heredero beneficiario es declarado libre de toda responsabilidad ulterior; y si antes de ello es demandado por alguno de los acreedores, puede oponer como excepción el hecho de que los bienes ya fueron consumidos en el pago.

82.- EL INVENTARIO. Existen dos formas de hacer el inventario: la forma solemne, y la forma menos solemne. El solemne debe ser hecho ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde se haya abierto la sucesión y su Secretario, o ante notario y dos testigos; en los lugares donde no hubiere Juez de Primera Instancia ni notario, se puede hacer el inventario solemne ante el Juez de Paz, pero sólo si el capital, calculado aproximadamente (*a gros o modo*) no excede de quinientos colones. El menos solemne se practica ante notario solo, y en su defecto ante dos testigos. Este lo pueden practicar, de común acuerdo, los herederos que sean capaces de administrar sus bienes y hecho con la pureza debida produce los mismos efectos que el solemne. También se puede hacer inventario menos solemne cuando el valor de los bienes hereditarios (también calculado aproximadamente) no excediere de quinientos colones.

La facción del inventario, su hechura o confección, está reglamentada

en el Código de Procedimiento Civiles, y pueden solicitarla no sólo los herederos, sino cualquier persona a quien la ley le imponga la obligación de hacerlo, como el viudo o divorciado que quisiera volver a casarse, cuando tiene hijos del precedente matrimonio bajo su patria potestad, y les esté administrando bienes; los guardadores en general; el que hace una donación entre vivos a título universal (Art. 1283); los curadores de bienes; y los representantes legales del que como heredero tenga interés en la sucesión. También se puede practicar como medida precautoria, y es necesario hacerlo para los efectos de la partición *judicial*. No siempre, pues, que se practica un inventario es porque se ha aceptado una herencia con el beneficio que lleva su nombre. El beneficio y el inventario propiamente dicho, son cosas diferentes; pero están íntimamente ligados, porque para no hacer a los herederos que acepten responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado, es necesario saber cuál es ese valor, a cuánto asciende, y esto sólo se puede determinar haciendo el inventario y avalúo de esos bienes. De ahí que al beneficio se le dio este nombre.

Para practicar el inventario el juez tiene que nombrar dos peritos tasadores, a quienes recibe juramento de fiel cumplimiento de su cometido, y luego señalar el día, hora y lugar en que debe darse principio al inventario. De la diligencia se levanta una acta, que se encabeza con la mención de la fecha del día, hora, mes y año en que se practica, y sigue la de las personas citadas que hayan comparecido, de los ausentes si son conocidos, de los citados que no han comparecido, del defensor que representa a los ausentes y de los peritos; sigue la indicación de los lugares en donde se hace el inventario; la descripción y estimación de los bienes raíces y muebles que hagan los peritos: el monto de las sumas en dinero; los papeles, libros y registros de comercio o de cuentas u otros, con descripción de su número y estado, rubricándolos el juez o el notario inventariante, incluyendo los bienes sociales si el difunto ha tenido parte en una sociedad ( de personas) y por una cláusula del contrato ha estipulado que la sociedad continúe con sus herederos después de su muerte, según el artículo 1176 del Código Civil, esto para que los herederos y demás interesados sepan qué parte corresponderá en la liquidación de la sociedad al patrimonio inventariado; los créditos que pertenecían o pertenecen a la persona cuyos bienes se inventarían; y la entrega de los bienes inventariados al heredero o herederos, o a sus representantes, o al depositario en quien convengan los interesados, o a quien el juez nombre si éstos no convienen en el nombramiento, cerrando el acta las firmas de los asistentes. Naturalmente que esta enumeración no es taxativa; existen otros bienes muebles que no se mencionan y que deben inventariarse, de gran valor algunos, como ejemplo, las acciones en sociedades de capitales, depósitos en bancos, etc., porque el inventario debe ser un fiel reflejo del patrimonio de que se trate. Por esto,

también deben incluirse las deudas conocidas, el pasivo, puesto que este disminuye el valor de la masa inventariada. La mención de la vajilla de plata que hace el artículo 909 Pr.C., se debe a las costumbres de la época en que se dio el Código.

En cuanto al inventario solemne hecho ante notario, el artículo 911 Pr. C., dice que las partes unánimemente deben solicitar que se comisione al notario que designen, y el Juez de Primera Instancia o el de Paz en su caso, o sea cuando en su lugar no existe de Primera Instancia, lo acordará así: pero el nombramiento de peritos y el juramento de éstos se hará ante el juez respectivo, y las reclamaciones a que se refiere el artículo 914 del mismo Código, se propondrán ante el juez competente. Dicho artículo prescribe que, si durante la formación del inventario alguien alegare propiedad sobre algunos bienes, esto es, que le pertenecen a él y no a la masa que se está inventariando, se decretará su entrega, previa audiencia general a los demás interesados, sin entregarles los autos; si estos se opusieren a la entrega, se seguirá el incidente por los trámites del juicio ordinario de hecho o de derecho según sea, quedando entre tanto los bienes incluidos en el inventario, observándose lo prevenido en el artículo 1211 del Código Civil. En relación con esto también hay que aplicar el artículo 718 del mismo Código Civil que prescribe que el tenedor de un título inscrito tiene derecho para oponerse a que se inventarién los bienes inmuebles a que el título se refiere, a consecuencia de acciones que no se dirijan contra él.

Cuando el inventario solemne lo ha hecho un notario, éste, concluido que sea aquél, debe devolverlo al juez comitente; y ya sea en este caso o cuando lo ha hecho el juez, debe darse traslado por tres días a cada uno de los interesados, y si alguno de ellos se opusiere a su aprobación, se abre la causa a prueba por ocho días, si fuere necesario, y concluidos se resuelve lo que corresponda en justicia.

Para practicar inventario menos solemne, en los casos en que procede, los interesados deben presentarse al Juez de Primera instancia o al de Paz en su caso, designando los peritos que deban justipreciar o valorar los bienes, para que los juramente, y devuelva estas diligencias para agregarlas al inventario. Este inventario, para que surta los efectos previstos en el Código Civil, debe practicarse -dice el artículo 929, Pr.C. "con las formalidades indicadas en los artículos precedentes", o sean las del solemne.

83.- ACEPTACION JUDICIAL DE LA HERENCIA. Actualmente, la herencia se puede aceptar ante el juez del último domicilio que tuvo el causante, o ante notario, con las particularidades que en su oportunidad se verán. Aquí se tratará de la aceptación judicial, y en el número ochentiseis de

la aceptación ante notario.

La aceptación de la herencia tiene un procedimiento especialísimo, que fue introducido por la ley de reformas de 4 de agosto de 1902, al suprimirse la aceptación tácita y reformarse la aceptación expresa, que antes consistía en tomar el título de heredero, lo que podía hacerse en escritura pública o privada, o en un acto de tramitación judicial. Ahora la aceptación de la herencia, para que produzca efectos legales, debe hacerse manifestándose al juez, o al notario, según se ha dejado explicado (supra #80) pidiéndole que haga la declaración de ser tal heredero, declaración que no se exigía antes de las mencionadas reformas. La solicitud, por tratarse de diligencias de jurisdicción voluntaria, debe presentarse en papel sellado del valor de cuarenta centavos, y en ella se ha de especificar la sucesión que se acepta, con o sin beneficio de inventario (si nada se dice sobre esto, se entiende que es sin ese beneficio), indicando la fecha en que falleció el *de cujus*, que ha de comprobarse con la respectiva certificación de la partida de defunción (en caso de muerte presunta es el juez quien fija el día presuntivo de la muerte), el lugar del fallecimiento, cuál fue su último domicilio, si la sucesión es intestada o testamentaria, los nombres y residencia actual de las otras personas que por la ley o el testamento tienen derecha la misma sucesión como herederos, siempre que sean conocidos del solicitante (si no lo son cumple con expresarlo así), y en caso de que entre los herederos existan menores de edad también se expresará, según lo exige el artículo 10 del Código de Comercio, si entre los bienes sucesorales existen empresas mercantiles, para los efectos de decidir sumariamente por el mismo juez, si la empresa ha de continuar o debe liquidarse.

El derecho a la herencia se probará con el respectivo testamento, si la sucesión es testamentaria, o con las certificaciones de las partidas comprobatorias del estado civil que se invoque o del parentesco que se tiene con el causante; desde luego, cuando lo que ha dejado el causante es un testamento cerrado, deben preceder las diligencias de apertura del mismo, que culminan con su protocolización en el protocolo del Juzgado, pues los testimonios que de esa protocolización se expiden son los que se presentan al aceptar la herencia.

Si de la documentación presentada resulta comprobado el derecho de los solicitantes, el juez resuelve haber por aceptada la herencia dejada por el causante, no "deferida" por aquél, porque quien defiere es la ley, no el causante; y como, mientras no se haga la declaratoria, que se hace después de llenadas otras formalidades, la calidad de herederos no la tienen los solicitantes, y en consecuencia no pueden disponer de la herencia como dueños, los nombra interinamente administradores y representantes de la sucesión (herencia), con las facultades y restricciones de los curadores de la

herencia yacente, que son curadores de bienes (Arts.486, 487 y 489 del Código Civil); si no fuera así, no habría quien velara por la conservación de los bienes herenciales, ni ejercitara los derechos que al causante correspondían y respondiera por las obligaciones sucesorales. En la misma resolución se ordena la publicación de edictos, uno de los cuales se inserta por tres veces en el Diario Oficial (no en diarios comerciales, porque el art. 1163 no ha sido reformado) previo pago de los derechos correspondientes, citando a los que se crean con derecho a la herencia para que se presenten a deducirlo en el término de quince días, contados desde el siguiente a la última publicación del edicto en el expresado Diario Oficial, que sirve de aviso de la apertura de la sucesión, y ha derogado tácitamente lo dispuesto en los artículos 1194 y 1195, donde se impone a los herederos la obligación de dar noticia de esa apertura, y se sanciona su omisión haciéndolos responsables de todo perjuicio que ella irroge a los acreedores, disposiciones que indudablemente se olvidó derogar, porque ellas tenían razón de ser cuando existía la aceptación tácita de la herencia y la expresa que no se hacía judicialmente.

Según la "Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias", y para las sucesiones abiertas a partir de su vigencia, el juez, recibida la solicitud, librará oficio al Secretario de la Corte Suprema de Justicia, para que le informe si se han promovido diligencias de aceptación de la herencia o de su declaratoria de yacencia; si del informe apareciere que se han promovido ante un notario diligencias sobre la misma herencia, el juez le librará oficio para que suspenda su tramitación y las remita al tribunal; si dichas diligencias se hubieren promovido ante otro juez, se estará a las reglas de la competencia. También debe el juez, según la misma ley, informar a la Corte Suprema de Justicia sobre las diligencias de aceptación de herencia y declaratoria de yacencia en su caso, que ante él se han promovido, indicando el nombre del causante, la fecha de su fallecimiento, su último domicilio y los nombres de los aceptantes o interesados; este informe debe rendirlo dentro de los ocho días hábiles siguientes de iniciado el trámite, bajo pena de doscientos colones de multa, que impone la Corte Suprema de Justicia sumariamente, a petición de parte o de oficio. Esto se exige para que el Secretario del Supremo Tribunal pueda dar el informe de que se habló anteriormente.

A los interesados cuyos nombres y residencia constan en los autos, se les cita personalmente, y los quince días de que se habla en apartado anterior, comienzan a correr para ellos a partir del día siguiente a la respectiva notificación y citación, lo que se verifica sin perjuicio de la publicación de edictos; y si entre los que han de citarse hay algunos que no tienen la libre administración de sus bienes y carecen de representante legal, a quien debe hacerse la notificación cuando existe, el juez, a petición de

cualquier otro interesado o de oficio, debe nombrarles un curador especial para que los represente y acepte por ellos con beneficio de inventario (puede repudiar previo decreto de juez, con conocimiento de causa), y proceder además, al nombramiento de guardador de tales incapaces en pieza separada.

Una vez transcurrido el término de la citación, tanto el de los edictos como el de las personales que se hubieren hecho, y con el mérito de las pruebas presentadas, se declara o no herederos a los aceptantes, según fuere de derecho, y la resolución cualquiera que sea, esto es, aun cuando la declaratoria se haya denegado, se pone en conocimiento del público por medio de un aviso que se publica sólo una vez en el mismo Diario Oficial. Esto es lo único que al respecto dice la ley en el artículo 1165, porque ello es suficiente, y por lo tanto es un error calificar a los aceptantes, cuando se hace la declaración, de herederos *definitivos*, porque no hay herederos provisionales o interinos; antes de ser declarados herederos, cuando se ha tenido por aceptada la herencia, están en una situación que *equivale* a la de curadores de herencia yacente. También es impropio conferirles "la administración y representación definitivas de la herencia" como se acostumbra, porque por el solo hecho de ser declarados herederos devienen propietarios, y, además, cuando la declaratoria de heredero ha sido hecha, la herencia no tiene representantes, tiene dueños, aunque sea en proindivisión si son varios, que como tales no han menester que se les confieran facultades que su derecho lleva consigo, y aún más, lleva consigo la de libre disposición. Se ha generalizado tanto esta mala práctica, que en los Registros de la Propiedad Raíz ya se ha rechazado una certificación de declaratoria de heredero porque no se han conferido esas facultades, cuando algún juez, procediendo correctamente, no las incluyó en su resolución. Lo que tal vez induce a resolver en esa forma es el hecho de que, como primero se nombra interinamente a los aceptantes administradores y representantes de la sucesión, se piensa que lo lógico es conferirles esas facultades en forma definitiva cuando se les declara herederos; pero como ya se dijo esto es contrario al derecho. Lo primero es correcto, porque mientras no se hace la declaratoria de heredero, la herencia necesita quien la administre y la represente; después la van a administrar y dispondrán de ella los herederos declarados, como *consecuencia* de que ya tienen su dominio. Otra fuente de este error puede ser el artículo 1166, el que adelante se analizará, porque contiene varias impropiedades que inducen a confusión.

En la resolución en que se hace la declaratoria de heredero se indica en qué concepto es que se le declara tal, como heredero testamentario o abintestato, y si se sucede en forma indirecta también se indica cuál es el derecho de que se ha hecho uso, si de transmisión o de representación, o por derecho propio y por derecho de transmisión a la vez. Si el solicitante pide la declaratoria en calidad de cesionario, también se ha de indicar esta

circunstancia, con indicación de la persona y derecho del cedente.

Puede ocurrir que antes de que a un aceptante se le declare heredero, alguien se presente disputándole sus derechos a la herencia, o que a alguien se le demande para privarlo de la calidad de heredero que ya ha obtenido, como en los casos de incapacidad o indignidad. En estos casos, y en otros que también pueden presentarse, de disputa sobre los derechos a la sucesión, que debe iniciarse con una demanda en forma y se tramita en juicio ordinario, está prescrito que la representación de la sucesión la tienen el heredero o herederos declarados y el curador adjunto que puede haberse nombrado según el inciso tercero del artículo 1166; pero realmente no se trata de que él o los herederos declarados estén representando a la sucesión, no es una cuestión de personería, sino que en ese momento y en tanto no sean privados de su calidad de tales, son los propietarios de la herencia, los continuadores de la personalidad del difunto. Si ninguno de los aceptantes hubiere sido declarado heredero al momento de suscitarse la disputa, el juez debe nombrar un curador interino para mientras aquella se resuelve por sentencia ejecutoriada, cargo para el cual puede elegir a aquel de los solicitantes que sea más apto o a un tercero, curador interino que tiene funciones administrativas; el legítimo contradictor en la disputa sigue siendo el heredero presunto a quien se le niega tal calidad.

Cuando la cuestión se reduce a que antes de que sea declarado heredero un aceptante, se presenta otro en las mismas diligencias alegando mejor derecho, el juez, según el mérito de las pruebas, hace la declaratoria en favor del heredero preferente y declara sin lugar la del otro; si hay inconformidad con lo resuelto, procede el recurso de apelación.

84.- HISTORIA DEL ARTICULO 1166 C.- Esta disposición legal ofrece cierta dificultad en su inteligencia, debido a que, por haber sido formada tomando algunas prescripciones de artículos que fueron derogados en 1902, que regían la aceptación de la herencia cuando no era judicial, ni existía por consiguiente la declaratoria de heredero, quedó con algunas incongruencias y con una aparente antinomia entre los incisos primero y tercero, ya que los dos tratan del caso en que existen varios herederos y sólo algunos han aceptado. Según el primer inciso, a quienes aceptan se les declara herederos y se les confiere la administración de todos los bienes hereditarios, y según el tercero, esa administración no se les confía si no rinden fianza o garantía suficiente. Por ello se analizará en forma especial tal disposición, tratando, a la luz del Código Civil de 1860, de dejar esclarecido cuál es su verdadero sentido, comenzándose por transcribir el artículo 1211 de aquel Código, que era con el que comenzaban las "REGLAS PARTICULARES RELATIVAS A LAS HERENCIAS",

epígrafe que todavía se conserva, y del mismo Capítulo forma parte la disposición en estudio:

"Art.1211.- Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, el Juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de sus parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un periódico del departamento, si lo hubiere, y en carteles que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del mismo; y se procederá al nombramiento de curador de la herencia yacente.

Si hubiere dos o más herederos y aceptare uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios proindiviso, previo inventario solemne; y aceptando sucesivamente sus coherederos, y suscribiendo el inventario, tomarán parte en la administración.

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

El inciso primero del actual artículo 1166 prescribe que si habiendo dos o más herederos aceptare uno de ellos y fuere *declarado* legalmente como tal heredero, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios, previo inventario solemne, y será el representante de la sucesión; y el inciso tercero dispone que cuando del testamento o de otras pruebas fehacientes, constare que hay otro u otros herederos con derecho a que se les declare tales, el Juez no confiará la administración de los bienes de que habla el inciso primero, sin que el heredero o herederos a quienes ella se confía rindan fianza o garantía suficiente.

La diferencia entre ambos incisos estriba, en que en la hipótesis prevista por el primero, la existencia de los otros herederos no consta fehacientemente, mientras que en la prevista por el segundo esa existencia sí consta en esa forma, no sólo porque alguien lo ha manifestado simplemente en las diligencias, sino por el testamento, o de certificaciones de partidas de nacimiento, defunción o matrimonio o de ejecutorias de sentencias judiciales. En ambos casos se trata, pues, de que además del que se presenta aceptando herencia, existen otros con derecho a la misma sucesión, pero en el primero esa existencia no se conoce fehacientemente y en el segundo sí.

Lo que dispone, modificado, el inciso primero del actual artículo

1166, era lo que disponía el inciso segundo del artículo 1211 del Código Civil de 1860 (cuyo primer inciso trataba de la herencia yacente); la diferencia está en que antes no existían las frases "y fuere declarado legalmente como tal heredero", y "y será el representante de la sucesión". Ese mismo artículo tenía un tercer inciso, que disponía que mientras no hubieran aceptado todos, las facultades del heredero o herederos que administraban, serían *las mismas* de los curadores de la herencia yacente (porque no se les declaraba herederos como ahora). Luego, teniendo tales facultades y restricciones, era propio que se exigiera en el segundo inciso que para conferirles la administración debían hacer previamente inventario solemne, porque entonces, como ahora, para conceder la administración a todo curador estos debían, y deben, hacer tal inventario. Pero no habiéndose tomado, por el cambio de sistema, lo que disponía el tercer inciso del artículo 1211 del Código de 1860, relativo a que los herederos tendrían, en el caso en estudio, las restricciones de los curadores de la herencia yacente, para que formara parte del actual artículo 1166 (que en cambio prescribe que se les declara herederos) ya no se ve la necesidad de que se haga inventario, y por esto no se le da aplicación a esa disposición legal, y por lo mismo no es propio que en el inciso segundo del mismo artículo se diga que, para que valgan los actos del heredero o herederos que representan la sucesión respecto de terceros de buena fe, "no deben exceder de sus facultades *administrativas*", porque ya no son simples curadores de herencia yacente, que así se les conceptuaba, sino dueños de la herencia, y como tales las facultades que ahora tienen son las de todo propietario, sin más limitaciones que las que imponen el orden público y el derecho ajeno.

Por ley de 21 de junio de 1907 se ordenó agregar el inciso tercero al actual artículo 1166, incurriéndose, a nuestro juicio, en el error de prescribir que no se confiará "la administración" de los bienes hereditarios al heredero declarado, mientras no rinda fianza o garantía suficiente, porque es un contrasentido que un heredero declarado no tenga la administración de los bienes de la herencia. Lo que debería disponerse es que no se hará la *declaratoria* de heredero mientras no se rinda la caución, y suprimir todo lo relativo a la administración y representación de la herencia, por innecesario. Mientras, la herencia se puede declarar yacente, que era precisamente el supuesto de los incisos segundo y tercero del artículo 1211 del Código de 1860, y eso es lo que parece ser que se olvidó al hacer la reforma.

85.- REPUDIACION DE HERENCIA. La repudiación de la herencia también debe hacerse ante el juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio, o ante el notario en su caso. Prácticamente, la repudiación se produce cuando se quiere favorecer con ella a otros herederos, cuando ya se han promovido diligencias de aceptación de herencia por otro u otros

coherederos.

Como la aceptación es facultativa, si un heredero no quiere suceder, y el hecho de que no manifieste que repudia no perjudica los derechos de otro, no es necesario que exprese su repudio, simplemente no acepta. Esto es lo que ocurre cuando el difunto no deja ninguna clase de bienes.

Pero puede darse el caso de que, sin haber diligencias de aceptación de herencia, alguien repudie. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el único heredero universal testamentario es prevenido para que diga si acepta o repudia, y se presenta a repudiar; los herederos abintestato, o el sustituto si lo hay, son los que enseguida inician las diligencias de aceptación de herencia.

Las herencias deferidas a las personas que no tienen la libre administración de sus bienes, no pueden repudiarse sin previo decreto judicial, que debe ser dado con conocimiento de causa; lo mismo se aplica a la repudiación de las donaciones y legados hechos a las mismas personas.

Las asignaciones a título singular, los legados, no se aceptan judicialmente; se presumen siempre aceptados, y por ello el legatario lo único que hace es exigir que se le haga la tradición del objeto legado, y cuya acción prescribe según las reglas generales de la prescripción extintiva, contada esta desde la apertura de la sucesión, si la asignación es pura y simple, o desde el cumplimiento de la condición suspensiva. Pero se pueden repudiar, porque a nadie se obliga a aceptar una asignación, ya sea a título universal o singular; sin embargo, la ley no dice cómo debe hacerse la renuncia o un legado. Ante ese silencio hay que decidir que se puede hacer en escritura pública o privada, según el caso; esto es, si el legado consiste en un bien inmueble, la renuncia debe hacerse en escritura pública, si en un bien mueble en escritura privada. Como el caso de renuncia o repudiación de un legado, es, en el fondo la remisión de la deuda que el obligado a entregar el legado tenía con el legatario, se puede invocar, para la anterior solución, el inciso segundo del artículo 1270, que dice que tampoco valdrá sin el requisito de la escritura pública la remisión de una deuda de cualquiera especie de bienes raíces.

Pero hay un caso en que la repudiación de un legado se tiene que hacer ante el juez, cuando el legatario ha sido prevenido para que diga si lo acepta o lo repudia, porque esa prevención se le puede hacer tanto a un heredero como a un legatario, y si decide repudiar tiene que ocurrir al juez que lo previno haciéndole esa manifestación.

86.- **ACEPTACION ANTE NOTARIO.** Las sucesiones abiertas a partir de la vigencia de la "LEY DEL EJERCICIO NOTARIAL DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA Y DE OTRAS DILIGENCIAS", decretada y publicada en el Diario Oficial el 13 de abril de 1962, si ninguno de los interesados fuere incapaz, no sólo se pueden aceptar ante el juez del último domicilio que tuvo el causante, sino ante un notario, de conformidad con la misma ley, no teniendo para este efecto ninguna importancia el lugar donde se ha abierto la sucesión, debido a que la función notarial se puede ejercer en toda la República.

De acuerdo con el artículo 3 de esa ley, cuando se acepte una herencia ante un notario, éste deberá formar expediente en el papel sellado correspondiente (¢0.40), consignando las peticiones de los interesados en actas notariales, el que una vez fenecido debe agregar al legajo de anexos de su protocolo, a que se refiere el artículo 24 de la Ley de Notariado.

Las disposiciones que debe aplicar el notario son las mismas que se estudiaron al hablar de la aceptación ante el juez, o sea, las del Capítulo II, Título VII del Libro Tercero del Código Civil; pero la publicación de edictos se hará por una vez en el Diario Oficial, y por tres veces consecutivas en dos diarios de circulación nacional, edictos en que debe incluirse la dirección de la oficina del notario.

Cuando se le presente la situación prevista en el inciso 3o. del artículo 1166 (ya estudiado) si no se rindiere la garantía, el notario deberá librar oficio al juez competente para que asocie un curador adjunto a los herederos que hubieren aceptado.

La resolución en la que se hace la declaratoria de heredero debe protocolizarse, y cuando al notario le sea comprobado que se ha pagado el aviso respectivo en el Diario Oficial y en *uno* de los diarios de circulación nacional (este aviso es al que se refiere el Art. 1165), expide el testimonio correspondiente, que en este caso constituye lo que, cuando se trata de aceptación judicial se acostumbra llamar "declaratoria de heredero", o sea, la certificación del auto en que el juez hace esa declaración.

La obligación de librar oficio al Secretario de la Corte Suprema de Justicia, para que informe si se han promovido diligencias de aceptación de la herencia o de su declaratoria de yacencia, lo mismo que la de informar a la Corte Suprema de Justicia sobre las diligencias de aceptación de herencia que ante ellos se promuevan, la tienen tanto el notario como el juez, pero éste debe además informar sobre las diligencias de declaratoria de yacencia que ante él se promuevan, lo que no puede hacerse ante un notario.

87.- HERENCIA VACANTE Y HERENCIA YACENTE. Cuando el causante no hace testamento y no tiene parientes en grado sucesible, su herencia corresponde a la Universidad Nacional y a los hospitales, como herederos abintestato, en la forma que en su oportunidad se vio. En la legislación comparada, a tales herencias se les llama vacantes, y quien tiene derecho a ellas es el Fisco, existiendo un procedimiento especial para declarar vacante la herencia, y premios para quienes las denuncian. Esta institución es desconocida para la nuestra, precisamente porque a la Universidad y a los hospitales se les ha dado el carácter de herederos abintestato, estando colocados en el último de los órdenes, por manera que puede afirmarse que nunca puede darse el caso de vacancia de una herencia, porque, aunque no existan sucesores de los otros órdenes, siempre habrá quien pueda aceptarlas, las personas morales indicadas. Que no quieran heredar es otra cosa.

Si una herencia no ha sido aceptada dentro de los quince días subsiguientes a la apertura de la sucesión, existan o no herederos, o cuando los aceptantes no comprueban suficientemente su calidad de herederos, puede ser declarada en estado de yacencia, a petición de cualquier interesado en reclamar algún derecho contra ella, o de oficio. Una herencia que no es aceptada está yacente, lo que significa que el proceso de la transmisión está detenido; pero mientras persiste esta situación de hecho, las personas que tienen derechos que hacer valer contra ella, no pueden ejercitarlos, pues la masa de bienes dejada por el causante no es autónoma, necesita un titular, estar unida a una persona, y por ello es necesario que tal estado sea *declarado* judicialmente, y que se nombre un curador que administre sus bienes, ejercite las acciones que competían al causante y responda de sus obligaciones, hasta que se presente alguien aceptándola, y así continúe y se complete el proceso de la transmisión, o transcurra el tiempo previsto por la ley para presumir que aquélla ya no se verificará.

Para declarar yacente una herencia es necesario comprobar la apertura de la sucesión, con la certificación de la partida de defunción del causante; el juez competente para ello es el del lugar donde se ha abierto la sucesión, el del último domicilio que tuvo el causante, funcionario que al hacer la declaración debe publicar edictos, como está prescrito para el caso en que la herencia es aceptada judicialmente, y nombrar un curador que represente la sucesión, según dice la ley. Este es un curador de bienes, cuyas funciones son iguales a las de los curadores de los bienes del ausente y de los derechos eventuales del que está por nacer, que realmente no representa a la sucesión, porque esta, se reitera, no es persona jurídica -ni lo es tampoco la herencia yacente- sino que mas bien representa al causante, si se quiere sostener que a alguien representa; por que lo cierto es que sólo es el administrador de unos bienes que estaban abandonados y que debe entregar a quien pruebe tener

derecho a ellos, o liquidarlos si nadie lo hace, en la forma que adelante se dirá.

Como a todo curador, el cargo tiene que serle discernido, pero esta autorización sólo se le concede si nadie se presenta aceptando la herencia en el término de la publicación de los edictos, porque si alguien se presenta, la yacencia y el nombramiento de curador quedan sin efecto. Pero cuando el curador ya está ejerciendo su cargo y alguien desea reclamar la herencia que está en curaduría, debe hacerlo demandando a aquél en juicio sumario, y en este caso, si el reclamante prueba su calidad de heredero, el juez lo declara tal en la sentencia, en la que también ordena que cese en sus funciones el curador nombrado, Art. 902 Pr.C.

Si a los cuatro años después de la muerte del causante cuya herencia está en curaduría, nadie se presenta reclamándola, el curador debe pedir al juez que se vendan todos los bienes hereditarios que aún existan, con lo cual también terminan sus funciones, y el producto de esa venta se deposita en las arcas del Estado. La ley no dice cómo se verifica esa venta, pero debe entenderse que debe hacerse en pública subasta, al mejor postor. Y sobre esta venta de los bienes hereditarios cabe preguntarse, si por ello los herederos pierden sus derechos, y al respecto puede sostenerse que no; así lo da a entender la ley al decir que el producto de la venta se *deposita* en las arcas del Estado, lo que está significando que el Estado no se hace dueño de ellos. Pero el heredero que prueba su derecho después de la venta y es declarado tal, tendrá que dirigirse después contra el Estado para que le entregue el depósito; y de aquí se deriva otra cuestión, cual es la de que, hasta cuándo tendrá derecho el heredero para reclamar ese depósito. Al respecto, parece propio decidir que el derecho del heredero prescribe según las reglas generales, porque, aunque el derecho a una herencia sólo prescribe cuando otro la adquiere por la misma prescripción pero operando como modo de adquirir, en este caso ya no se trata de reclamar la herencia sino el depósito.