

CAPITULO XI Del dominio de la herencia y de los legados

88.- COMO SE ADQUIERE EL DOMINIO DE LA HERENCIA. La herencia, o caudal relicto, es el patrimonio que cambia de dueño por la muerte de quien ostentaba tal calidad, y, para que ese cambio se realice, es necesario que el sucesor adquiera su dominio en la forma establecida por la ley. Conforme a ésta, el sucesor debe tener una causa que lo habilite para adquirir ese dominio, un título traslativo del mismo, y como éstos sólo dan derecho a exigir la entrega jurídica de las cosas, no traspasan el dominio de ellas, también es necesario que, enseguida del título traslativo de dominio, ocurra un hecho material de aquellos a los que la ley les da la virtud de traspasarlo. Este hecho, que se llama *modo* de adquirir, cuando se trata del dominio de la herencia es, por expresa disposición de la ley, contenida en el artículo 669 del Código Civil, la tradición. Y como quien debía verificarla, quien debía ser el tradente, ya es fallecido, se dispone que esa tradición se verifica por ministerio de ley a los herederos, en el momento en que aceptan la herencia, con efectos retroactivos, *ex tunc*, al de la delación, esto es, al momento del fallecimiento del *de cujus si la persona actualmente llamada a recoger la asignación, no lo ha sido condicionalmente, o al momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional; huelga decir que esta condición es la suspensiva.*

El título traslativo de dominio que debe haber operado antes de la tradición, para que ésta sea válida, como en todo caso, tiene que ser entonces la sucesión por causa de muerte, porque esta es la causa que habilita a alguien para adquirir el dominio de la herencia, que en otras legislaciones es el *modo* de adquirir, siendo en el las el testamento la ley.

según que la sucesión sea ex-testamento o abintestato, el título traslativo de dominio, reservándose la tradición, por regla general, para adquirir el dominio de bienes singulares, y por excepción, el de la universalidad jurídica que es la herencia cuando los derechos a ella han sido cedidos por el heredero.

Concretando, el dominio de la herencia, según nuestro derecho positivo, se adquiere siempre por la tradición, quedando la sucesión por causa de muerte con la función de título traslativo de dominio respecto a ella.

El momento en que la tradición se verifica lo fija el citado artículo 669, y es aquel en que la herencia es aceptada, según reforma de 4 de agosto de 1902, pues antes se verificaba en el momento en que la herencia era *deferida*; pero esta reforma creemos que no fue muy feliz, nació en desarmonía con el nuevo, en aquel entonces, sistema de la aceptación judicial de la herencia, introducido por la misma ley de reformas citada recién. En efecto, antes de esas reformas, como ya quedó explicado en otro lugar, no se exigía que a los herederos los declarara tales el juez, puesto que éste no tenía ninguna intervención en la aceptación de la herencia. Tal aceptación se hacía *tomando* el título de heredero en escritura pública o privada, o en un acto de tramitación judicial (cualquiera tramitación), a lo que se llamaba aceptación expresa; o ejecutando un acto que suponía necesariamente la intención de aceptar, y que no se habría tenido derecho de ejecutar sino en calidad de heredero, por lo que se entendía que quien ejecutaba "actos de heredero" aceptaba tácitamente la herencia. Eso era todo. Por ello, cuando regía este sistema debió decidirse en consecuencia que en el momento de aceptar se verificara la tradición de la herencia. Pero esto se hizo al mismo tiempo que se cambiaba el sistema de aceptación, con el cual no se compadece, por las razones que enseguida se dan.

Actualmente es necesario que al aceptante se le declare heredero, y entre la resolución en que se tiene por aceptada la herencia y aquella en que se hace la declaratoria, media necesariamente un lapso, que por lo menos tiene la duración del término de la publicación de los edictos. No se puede tener por aceptada la herencia y en la misma resolución hacer la declaratoria, la aceptación y la declaratoria no son simultáneas; y en el interin los aceptantes sólo tienen interinamente la administración y representación de la sucesión, con calidad de curadores de herencia yacente.

Entonces, realmente, el momento en que se verifica la tradición de la herencia por ministerio de ley a los herederos, es aquel en que se les declara tales. Tan es así, que cuando en la masa herencial existen bienes raíces, para que se inscriban por traspaso a su favor, se necesita que los herederos, además de otros, presenten los documentos auténticos que comprueben la

declaratoria de su calidad de herederos, es decir, la certificación de la resolución por la que se hace esa declaración; no serviría, pues, para esos efectos, la certificación del auto en que se tuvo por aceptada la herencia. Esto es así no obstante que la ley dice que la aceptación es la que les da el dominio de la herencia, puesto que en ese momento se les verifica la tradición de ella por ministerio de ley, según, insistimos en esto, el artículo 669. A mayor abundamiento, a un aceptante puede declarársele sin lugar la *declaratoria* de heredero, por haberse presentado después otro de mejor derecho. Si, según la ley, por el hecho de haber aceptado el primero, se le verificó la tradición, cuando acepta el segundo, que fue a quien se declaró heredero, a él se le habría hecho una tradición de cosa ajena (ya se le había hecho al primero) a menos que se decidiera que la primera tradición no vale. En otras palabras, nos encontraríamos con el problema de decidir cuál es la tradición que tiene validez, cuestión que no puede presentarse si se asume que la tradición se verifica a los aceptantes en el momento en que son *declarados* herederos.

Pero el dominio de la herencia no sólo puede ser adquirido por el modo derivativo que consiste en la tradición, sino también por prescripción adquisitiva, que se diferencia de aquél en que éste es originario. Adquirir el dominio de una herencia por prescripción es algo excepcional, y ello puede ocurrir en varios supuestos, como cuando un incapaz para suceder por causa de muerte, entra en posesión material de los bienes de la herencia, y esta posesión, ejercida por el tiempo que la ley establece, según se verá más adelante, extingue las acciones que contra él incapaz puedan intentarse por los que tengan interés en ello, por los que estén legitimados para ejercerlas, tal es lo que está establecido en el artículo 968; cuando un tercero, extraño a la sucesión, ocupa una herencia en calidad de heredero; y cuando, por la inactividad del verdadero heredero, o heredero de mejor derecho, otro sucesible, que sería excluido por aquél, toma posesión de la herencia, lo que puede hacer sin estar amparado en una *declaratoria* de heredero, o bien habiendo logrado tal *declaratoria* a su favor, caso en el cual deviene un heredero putativo. En esos supuestos, el poseedor de la herencia puede adquirir su dominio por la prescripción treintenaria, prescripción extraordinaria que exige treinta años de posesión pacífica, notoria e ininterrumpida, excepto en el caso del heredero putativo mencionado, aquel que sin ser el verdadero heredero se le ha declarado como tal por decreto judicial (o resolución notarial tenemos que agregar ahora), pues este decreto le sirve de justo título, y siempre que, por otra parte, la posesión de la herencia la haya adquirido de buena fe, vale decir, que haya obtenido ese decreto judicial -o resolución notarial- en la creencia de ser el verdadero heredero; y para los terceros poseedores que de buena fe han adquirido del falso heredero o del heredero aparente, bienes hereditarios. A todo esto se refiere el artículo 2251 C., en su primera salvedad.

89.- CESION DEL DERECHO DE HERENCIA. Lo tratado en el número anterior está íntimamente relacionado con una cuestión de suma importancia, cual es la de la cesión de los derechos hereditarios, que enseguida se estudiará.

El heredero y el legatario pueden ceder sus derechos a título oneroso o gratuito; los efectos de esta cesión, en lo que concierne a las herencias, son los especificados en el artículo 1199, y consisten en que al adquirente se transmiten todos los derechos que el cedente tenía en la sucesión de que se trate, con sus respectivas cargas, pudiendo el cesionario pedir la declaratoria de heredero, la partición de bienes, y, en general, todo aquello a que tenía derecho su antecesor. Interesa aclarar que aunque la disposición legal citada habla de "los derechos que el cedente tenía en el *testamentaria*", no sólo el heredero testamentario puede ceder sus derechos, sino también el heredero abintestato. La duda a este respecto puede provenir del hecho de haberse usado la palabra "testamentaria", que significa "el conjunto de actuaciones judiciales que se practican para cumplir las disposiciones dejadas por el causante en testamento válido" (J.D. Ramírez Gronda: "Diccionario Jurídico", Ed. CLARIDAD, bs.As. 6a. Edición, 1965), por lo que se hace necesario usar otra.

Se suele decir que la cesión de derechos hereditarios puede hacerse en dos formas: a) en abstracto; y b) en concreto. Pero existe cierta confusión al tratar de conceptuar en qué consiste lo uno y en qué consiste lo otro, porque es usual sostener que una cesión de derechos hereditarios en abstracto es aquella en que no se especifican los efectos de que la herencia se compone, y una cesión de derechos hereditarios en concreto es aquella en que sí se especifican esos efectos. Al respecto, consideramos que este es un criterio simplista de distinción de las dos clases de cesión de derechos hereditarios, que no tiene ninguna base jurídica, y por ello trataremos de establecer cuál es el verdadero criterio que debe servir para distinguir esas dos clases de cesión.

Si el objeto de la cesión es el derecho a la totalidad de la herencia o a una cuota de ella, la cesión de derechos hereditarios es en abstracto; y cuando el objeto de la cesión es el derecho que al heredero le corresponde sobre uno o varios bienes singularmente considerados, la cesión de derechos hereditarios es en concreto. Siendo el derecho a la universalidad jurídica, o a una cuota de ella, lo que se cede cuando se trata de cesión de derechos hereditarios en abstracto, no hay necesidad de especificar los efectos de que se compone, porque ella comprende todo lo que constituía la herencia, todo lo que se encontraba en el patrimonio del causante, o lo que quepa en la cuota cedida, en la respectiva partición, pues no se limita a bienes determinados. Pero sin perjuicio de que lo que se cede es la universalidad o

parte de ella, nada obsta a que se especifiquen los efectos de que tal universalidad se compone; mas, este simple hecho de que al cederse la universalidad o una cuota, se diga cuáles son los efectos (cosas) de que ella se compone, no convierte a ese acto jurídico en una cesión de derechos hereditarios en concreto, como erróneamente han inferido algunos de la redacción del artículo 1699 C.; ello no produce más efecto que el de hacer responsable al cedente no sólo de su calidad de *heredero*, sino de la existencia en la masa hereditaria de los bienes que especificó. En cambio, cuando lo que se cede son los derechos que se tienen sobre *cada uno*, en particular, de los objetos que se especifican, la cesión es en concreto, y entonces se trata, en el fondo de una simple compraventa, permuta, donación, etc., según el título a que se haga la cesión (Manuel Somarriba Undurraga: op.cit.pág.71); para este autor, propiamente la cesión de derechos hereditarios es la que hemos llamado "en abstracto".

No se puede afirmar, entonces, que la diferencia entre una cesión de derechos hereditarios en abstracto y una cesión de derechos hereditarios en concreto, consiste sencillamente en el hecho de que en la primera no se especifican los efectos de que la herencia se compone y en la segunda sí. La diferencia estriba en el objeto sobre el cual recae la cesión: si recae sobre la universalidad o una cuota de ella, la cesión es en abstracto, aun cuando se especifiquen los efectos de que se compone, cuya no existencia en el caudal relicto hace responsable al cedente, si la cesión ha sido a título oneroso; y si recae sobre el derecho que se tiene, como heredero, en uno o varios bienes singularmente considerados, aun cuando se trate de la totalidad de los que están comprendidos en la herencia, la cesión es en concreto.

La cesión de derechos hereditarios en concreto tiene su asidero legal en lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1225 C., que prescribe que si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena, esto es, que aquel a quien se adjudicó tiene derecho de reivindicarla contra el tercero adquirente, de donde se deduce que si la cosa enajenada se adjudica al coasignatario que la enajenó, la venta ha sido de cosa propia. Luego, se admite que un heredero pueda ceder los derechos que le corresponden en una cosa determinada de la herencia, pero esa cesión (venta, como dice Somarriba U.) queda sujeta al resultado de la partición, cuando los herederos son varios, cuando existe proindivisión hereditaria, más propiamente llamada *indivisión hereditaria*, lo que se debe al efecto declarativo de la partición, de que en su oportunidad trataremos, Art. 1225. Esta situación no se presenta cuando el heredero es único, pues en este caso, el acto jurídico de la transmisión se consuma con la

aceptación o adición, con el cual, en este caso, el derecho real de herencia desaparece, dando lugar, para el heredero, al derecho de dominio sobre cada uno de los bienes de la herencia.

El traspaso o cesión de derechos hereditarios, puede hacerse a cualquier título traslativo de dominio, y el modo por el que el cesionario los adquiere es la tradición. Conviene no confundir el título traslativo de dominio que habilita al cesionario para adquirir del heredero el derecho real de herencia, con el título por el que el heredero lo adquiere del causante, porque el título traslativo del dominio de la herencia en cuanto al heredero, es la sucesión por causa de muerte, el cual opera siempre a su favor aun cuando después ceda sus derechos; de modo que cuando esta cesión se verifica ya el título que consiste en la sucesión por causa de muerte ha operado a favor del heredero, y por consiguiente, el cesionario no adquiere por tal título la herencia, sino en virtud del título por el cual se le cedieron los derechos a ella, como el de venta, permuta, donación, etc.

El modo por medio del cual se le traspasa el dominio de la herencia al cesionario es la tradición. En cuánto a quién hace esta tradición se presentan dos casos: 1) si el heredero ya había aceptado herencia cuando cede sus derechos, como la tradición de ella se verificó a su favor por ministerio de ley en el momento en que la aceptó, según está dispuesto por el artículo 669, ya era propietario de la misma, y como tal, él hace a su vez la tradición al cesionario; 2) si no había aceptado herencia cuando cedió sus derechos, la tradición de ella no se le había verificado, y entonces él no podía hacerla a su vez al cesionario, no habría surtido efecto, porque nadie puede transferir más derechos que los que tiene, y entonces la tradición se verificará por ministerio de ley al cesionario directamente, recta vía, en el momento en que la acepte como tal cesionario.

Cuando se trata de la cesión del derecho a un legado, no se comprende muy bien cómo es que se puede ceder sin especificar los efectos de que se compone, porque debido a la naturaleza de los legados, siempre hay que especificar las cosas sobre que recaen, a menos que se trate de una especie indeterminada de cierto género, por lo que se puede afirmar que la cesión del derecho a un legado, siempre es en concreto, porque por lo menos el género hay que indicarlo. Pero puede ocurrir que el cesionario a título oneroso del derecho a un legado, no obtenga ningún beneficio, como en los casos en que se lega una cosa fungible señalando el lugar en que se ha de encontrar y nada se encuentra allí; en el legado de una cosa futura que no llega a existir y otros, en los que el cedente no debe ser responsable más que de su calidad de legatario.

El penúltimo inciso del artículo 1700 dice que, cediéndose una cuota

hereditaria, se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevengan a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa. Al hablar aquí la ley de "cuota", no deja de producir cierta confusión, porque entre los herederos de cuota no hay acrecimiento, como se ha visto. Lo que se quiere significar simplemente es que cuando un coheredero cede "la parte", es decir, el derecho proindiviso que en la herencia le corresponde, o "la parte" que en una cuota de la herencia le corresponde *junto* con otros, se entiende cedido al mismo tiempo lo que por derecho de acrecimiento le sobrevenga. Si alguien cede, por ejemplo, el derecho a un tercio que le dejó el testador, esto no puede acrecer. Pero si son tres herederos universales, y alguno de ellos cede el derecho que le corresponde, que por ser tres equivale a un tercio, porque en la partición eso les va a corresponder, y uno de los otros repudia, el cesionario sí se verá favorecido con el acrecimiento.

90.- COMO SE ADQUIERE EL DOMINIO DE LOS LEGADOS. En cuanto al dominio de los legados, en otras legislaciones se hace un distingo. Si se trata de legados de especie o de cuerpo cierto, el dominio de ellos lo adquiere el legatario *ipso jure*, de pleno derecho, desde la muerte del causante. Por consiguiente, si el o los herederos se niegan a entregárselo (materialmente), puede ejercitar contra ellos la acción reivindicatoria, puesto que es dueño de la cosa legada desde aquel momento; acción que pueden perder por la prescripción extintiva. Cuando se trata de legados de género no ocurre lo mismo; los legatarios no adquieren derechos reales de ninguna especie sobre la cosa genérica legada, sólo tienen un derecho personal para exigir a los herederos o a las personas a quienes se ha impuesto la obligación de pagarlos, la entrega de ellos, su tradición (M.Somarriba Undurraga: op.cit.pág.266).

En nuestro derecho, ningún legatario adquiere el dominio de la cosa legada de pleno derecho; todos, ya se trate de un legado de especie ya de un legado de género, sólo obtienen a la muerte del causante, un derecho de crédito contra los herederos o las personas a quienes se ha impuesto la obligación de pagarlos, para exigir que se les haga la tradición de ellos, la entrega jurídica, no la simple entrega material.

Entonces, el *modo* por medio del cual se adquiere entre nosotros el dominio de los legados, es la tradición, que cuando aquéllos consisten en cosas inmuebles, se efectúa por medio de una escritura pública en la que el tradente, que es el o los asignatarios a quienes el testador les impuso la obligación de verificarla, o todos los herederos si no dijo nada al respecto, expresan que lo entregan, y el legatario que lo recibe, debiendo insertarse en esa escritura la cabeza, cláusula en que se instituye el legado y el pie del

testamento en que consta, todo de acuerdo con el artículo 670.

Respecto a la tradición de los legados que consisten en cosas muebles, la ley no dice nada en especial, por lo que aquélla debe hacerse según está prescrito para los muebles en general en el artículo 665 del Código Civil.

El título traslativo de dominio respecto a la tradición de los legados, también es la sucesión por causa de muerte; esta es la causa que habilita para adquirir el dominio de la cosa legada.

Sobre otros aspectos relacionados con esta cuestión, nos remitimos a lo dicho en la parte final del número 85.

CAPITULO XII Posesión hereditaria

91.- POSESION LEGAL Y POSESION EFECTIVA. Según el Código Civil de 1860, la posesión de la herencia se confería por ministerio de ley al heredero, en el momento de deferirse la herencia, aun cuando ignorara que se le había deferido; se adquiría, pues, de pleno derecho, como la "saisine" francesa, posesión "*ipso jure*" en virtud de la cual no se necesitaba recurrir a los jueces para probar el derecho que sobre la herencia se tenía. A esta posesión se le llamaba posesión legal, y no habilitaba al heredero para disponer en manera alguna de los inmuebles que formaban parte de la herencia; para ello era necesario que el heredero solicitara al Juez que por medio de un decreto ordenara que se le entregaran, y este decreto era el que concedía la posesión efectiva de aquéllos.

La posesión legal, también llamada "civilísima" porque era una mera creación de la ley, ya que no correspondía al concepto de posesión, pues el heredero no tenía el "ánimo" de ser señor y dueño de la herencia ni la tenencia de los bienes, porque sólo se le había deferido, sólo se le había llamado a aceptarla o repudiarla, fue suprimida precisamente por no producir efecto alguno. También fue suprimida la *posesión efectiva*, que consistía en que el Juez tenía que entregar materialmente los inmuebles a los herederos a petición de éstos, poniéndolos en posesión de ellos cuando ni siquiera se sabía fehacientemente que pertenecieran a la herencia, y que talvez estaban siendo realmente poseídos por otras personas, porque ya no tenía razón de ser, ya que el Juez no tenía esa posesión para poder entregarla, como sí ocurría cuando en tiempos de la Colonia existían los Juzgados de bienes de Difuntos, que tenían como función específica proteger los bienes de los

españoles que morían dejando herederos únicamente en España, pues mientras dichos herederos se presentaban, el Juez se posesionaba de esos bienes para evitar que los terceros lo hicieran, y así sí se comprendía que esa posesión la entregara efectivamente a los herederos que se la pedían cuando venían a aceptar la herencia; si nadie se presentaba reclamándolos los vendía y el producto lo remitía a España. (Eduardo Prayones: "Derecho de Sucesiones", Ed. CIENCIAS ECONOMICAS. Bs.As. 1957 pág. 124).

92.- POSESION MATERIAL. Actualmente, debido a las reformas decretadas en 1902, por las que se estableció que la tradición de la herencia se verifica por ministerio de ley en el momento en que es aceptada, la posesión de la herencia se adquiere desde ese mismo momento; así lo dice expresamente el artículo 761 del Código Civil, aún cuando es el decreto del Juez que declara heredero al aceptante, la declaratoria de heredero, la que inviste a ésta de todos los derechos hereditarios. De modo que la posesión de la herencia es una consecuencia de la tradición de la misma, con sujeción a las reglas generales como dijo la Comisión Reformadora, o sea, que por regla general la posesión está unida al dominio, quien es dueño de una cosa es también su poseedor, pero existen casos en que no ocurre así y entonces la posesión habrá que discutirla. Pero para poder disponer de los bienes raíces de la herencia, enajenándolos o gravándolos, tiene que preceder la inscripción del dominio de los mismos a favor de los herederos, quienes deben presentar al Registro respectivo los títulos de su antecesor, para que se haga el traspaso y se le ponga a aquéllos la razón de quedar inscritos en ese concepto, debiéndose acompañar la declaratoria de heredero y la constancia del pago de los impuestos fiscales correspondientes.

Si bien es cierto, como se acaba de ver, que la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es aceptada, sin necesidad de aprehenderla corporalmente porque en aquel mismo momento se verifica la tradición, que da la propiedad de ella, de hecho puede acontecer que la posesión material de un bien hereditario la tenga un tercero, que la esté ejerciendo por haber despojado de ella al causante; de manera que esa posesión que da la aceptación de la herencia puede no coincidir con la posesión material, que es la aprehensión real de la cosa, o, como dice la ley, la tenencia de una cosa determinada con ánimo de ser señor y dueño, concretizada aquella aprehensión en verificar hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio. En este caso lo que el heredero debe hacer es ejercer las acciones posesorias que el causante tenía (Art.920 C.), por lo que si la posesión se le había quitado, debe recuperarla según las reglas generales. Si el despojo de la posesión se ha verificado después del deferimiento, puesto que a éste se retrotraen los efectos de la aceptación, también puede el heredero ejercer la respectiva acción posesoria, pero como

propia, no ya como acción que le pertenecía el causante, aunque no haya verificado hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, por haber adquirido la posesión de los bienes de que el causante era dueño, desde el momento en que aceptó la herencia, en conformidad con el artículo 761 C.

También puede darse el caso de que el causante no haya sido dueño de alguno o algunos de los bienes que están en el caudal relicto, pero lo haya estado poseyendo, independientemente de cualquier derecho real sobre ellos. En este supuesto, como nadie puede transferir o transmitir un derecho mejor que el que tenía, ("Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet") el sucesor tampoco será propietario de ese bien, ni siquiera se le transmite la posesión que el causante estaba ejerciendo, porque jurídicamente esto no es posible por no tratarse de un derecho, y por esto el artículo 756 C. dice que sea que suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él, a menos que quiera añadir la de su antecesor, pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios, de modo que si la del causante era irregular así será la del sucesor, y puede agregarse en los mismos términos a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores. Si la herencia entre cuyos bienes se encuentra alguno que estaba siendo poseído por el causante, es declarada yacente, la posesión no se interrumpe durante el tiempo que en este estado permanezca la herencia, y es abonado al heredero, según el inciso segundo del artículo 2239 C., que establece que la posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero.

CAPITULO XIII Acciones y obligaciones del heredero

93.- ACCIONES POSESORIAS Y PETITORIAS. El artículo 920 C. prescribe que el heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese.

Consecuentemente, si al causante se le estaba perturbando la posesión de algún inmueble, el heredero puede pedir al juez competente que se le ampare en la posesión, y si se le había despojado de ella el heredero igualmente puede pedir que se le restituya. Esto es, puede ejercer las acciones posesorias que competían al *de cujus* -los antiguos interdictos posesorios- pero toda vez que esas acciones no hayan prescrito, siempre que no haya transcurrido un año contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a la posesión, o desde que el causante la perdió, respectivamente. Ello es posible porque la declaratoria de heredero le ha dado la posesión hereditaria, y en consecuencia no necesita haber aprehendido materialmente los inmuebles que forman parte de la herencia; le basta con probar que el causante era el poseedor, aunque él no haya efectuado ningún acto de los que caracterizan la posesión. Así mismo, tiene derecho el heredero, cuando se trata de predios rústicos, a solicitar de los Alcaldes competentes las diligencias administrativas de pronto y eficaz auxilio para el lanzamiento de los intrusos, usurpadores y arrendatarios, que podía haber impetrado su causante.

Recíprocamente, contra el heredero se pueden entablar esas mismas acciones cuando el causante era el perturbador de la posesión que un tercero estaba ejerciendo, o lo había despojado de ella.

El heredero también tiene acciones petitorias, que son ~~las que versan~~ sobre la propiedad de una cosa, para proteger sus derechos como tal: la acción de petición de herencia y la acción reivindicatoria. Esta última podía haberle correspondido al causante, si el despojo se verificó mientras aquel vivía, pero no la ejercitó, y como es una acción patrimonial se transmite el heredero; y también puede haber nacido después que la sucesión se abrió, en cuyo caso es una acción propia del heredero, que no ha recibido por transmisión. Pero sea que el despojo de la posesión se haya verificado cuando el heredero ya había obtenido el dominio de la herencia, o que se haya verificado en vida del causante, si esto no proviene de que se le disputa su calidad de heredero, la acción reivindicatoria no tiene ninguna relación con el derecho real de herencia, pues el heredero la ejerce como la puede ejercer todo dueño de una cosa singular de que no está en posesión. En cambio, cuando al heredero se le disputan sus derechos como tal, la acción reivindicatoria que la ley le concede está íntimamente relacionada con el derecho real de herencia, como oportunamente se verá.

94.- PETICION DE HERENCIA.- La petición de herencia (*petitio hereditatis*) es una acción propia del heredero, que sólo puede nacer después de la apertura de la sucesión, porque es consecuencia de la calidad de heredero, y por consiguiente no puede existir en vida del causante. Es una acción universal, en lo que se diferencia fundamentalmente de la otra acción petitoria que también tiene el heredero, la reivindicatoria, que es singular.

Esta acción se concede al verdadero heredero, contra quien ocupa la herencia en calidad de heredero, para que, probado su derecho en el mismo juicio, se le adjudique aquélla y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, y aún aquellas que no hayan sido de propiedad del causante pero hayan estado en su poder al abrirse la sucesión, es decir, aún aquellas de que sólo era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc. Además de la característica de ser una acción universal, porque lo que se reclama por medio de ella es una universalidad jurídica, el patrimonio transmitido, caudal relicto o herencia, tiene las de ser real, porque no se dirige contra una persona que por un hecho suyo o por disposición de la ley está sujeta a una obligación correlativa a favor del reclamante, sino contra quien sea el que esté ocupando la herencia en calidad de heredero, contra una persona que sólo se determina en el momento de la violación del derecho ajeno y por la violación misma; la de ser patrimonial, porque con ella se persigue obtener un beneficio valuable en dinero; y como consecuencia de ser patrimonial es también renunciable, transmisible y prescriptible en la forma que adelante se dirá; y la de ser divisible, porque cuando son varias las personas que tienen derecho a la herencia que está siendo ocupada por otra en calidad de

heredero, cada una de aquellas la puede ejercitar por la parte que le corresponde, por separado, no siendo necesario que todos de consuno la ejerciten. Algunos pueden haberla renunciado. Y con lo anterior también queda dicho que quien reclama la herencia puede ser un heredero universal o un heredero de cuota. Jamás puede serlo un legatario, porque éste es sucesor a título singular.

Sostienen algunos tratadistas que la acción de petición de herencia no es real propiamente, sino mixta, porque comprende una acción personal, en cuanto es necesario probar el derecho a la herencia, y una acción real, en cuanto a la restitución de las cosas hereditarias. Y como quien reclama la herencia tiene que probar primero su derecho a ella, esto explica por qué la ley, al dar el concepto de esta acción, dice que uno de sus fines es la adjudicación de la herencia, lo que conlleva que hay que obtener primero la posesión hereditaria, aceptando la herencia y pidiendo la declaratoria de heredero.

Dice el artículo 1186 del Código Civil, que el que probare su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales.... Esta disposición es exactamente la misma que contenía el artículo 1237 del Código Civil de 1860; pero en esa época la herencia podía ser poseída *en calidad* de heredero por todo aquel que había tomado este título o había ejecutado un acto que suponía necesariamente su intención de aceptar, lo que podía hacer cualquier persona, tuviera o no algún derecho a ella, porque no tenía que comprobar ante el juez el derecho que alegaba, puesto que la aceptación de la herencia no era judicial. En otras palabras, el contenido conceptual de la frase "ocupada por otra persona en calidad de heredero" era más amplio, comprendía a quienes podían tener algún derecho a la herencia y a quienes no lo tenían en absoluto. De ahí las distinciones de "heredero aparente" para el que podía tener derecho a la herencia si no hubiera otro que lo excluyera, y de "falso heredero" para los extraños a la sucesión que sin embargo habían ocupado la herencia en calidad de herederos. Ahora sólo puede ocurrir que una persona esté ocupando una herencia en calidad de heredero, cuando por decreto judicial se le ha declarado tal, y consecuentemente nadie puede ya poseer una herencia en esa calidad sin basarse en ese decreto, y de esto resulta que la frase que se está analizando ya sólo se refiere al heredero putativo, a quien por decreto judicial se haya declarado como tal, no a un tercero absoluto que se haya posesionado de la herencia, aunque sostenga que lo hace en calidad de heredero. Contra éste, el que no se ampara en ese decreto para poseer la herencia, lo que procede no es la acción de petición de herencia sino la reivindicatoria, por cada uno de los bienes hereditarios, luego de que el heredero haya obtenido su declaratoria como tal, según las reglas generales, si el poseedor no ha adquirido ya su dominio por la

prescripción extraordinaria de treinta años. Por la misma razón de que ahora la aceptación de la herencia es judicial, ya no es necesaria esta acción al coheredero de quien la está ocupando toda, para reclamar la parte que le corresponde, porque su derecho puede probarlo en las mismas diligencias de aceptación de herencia, no como ocurría antes de que la aceptación fuera judicial, pues entonces el único medio en que lo podía hacer era la petición de herencia ("El que probare su derecho a una herencia..."). Ahora lo que sencillamente debe hacer es aceptar también la herencia, luego pedir la partición y enseguida entablar la acción reivindicatoria contra el coheredero que está poseyendo los bienes que en aquella se le han adjudicado, porque ya será dueño de esos bienes que forman su porción o hijuela.

Cuando se ejerce la acción de petición de herencia no es necesario probar el dominio que el causante tenía sobre cada uno de los bienes que forman la masa hereditaria. Ello queda fuera de la controversia, porque el objeto de la acción es, en primer lugar, el reconocimiento del derecho a la herencia y luego la restitución de todas las cosas que el difunto tenía, independientemente de que haya tenido o no un derecho real sobre ellas, ya que todo debe ocurrir como si el peticionario se estuviera sustituyendo directamente al causante, como si el verdadero heredero estuviera tomando recta vía la calidad que el causante tenía respecto a los bienes que estaban en su poder, ya fuera como dueño, como poseedor y como mero tenedor, porque él, el heredero, como continuador de la personalidad de aquél, es el que tiene que responder por ellas frente a sus dueños.

Contra el que no posee la herencia en calidad de heredero, de quien se dice que sólo posee "porque posee" (pro possessore), o sea que no alega que la posee porque es heredero, no procede la petición de herencia sino la reivindicatoria, por cada uno de los bienes de la herencia, singularmente considerados, previa la obtención de la declaratoria de heredero, según nuestro sistema. Y en cuanto a esto, cuando se dice que alguien "posee" una herencia, sólo se quiere significar que está poseyendo *los bienes* que forman parte de ella, porque la herencia, en sí misma considerada, como universalidad jurídica, no es susceptible de ser poseída, desde luego que no tiene existencia corpórea, sólo ideal.

Cuando el poseedor es vencido tienen lugar entre él y el peticionario, las prestaciones mutuas, que también tienen lugar en la reivindicación y en todo caso de restitución; sobre ello expresamente dice la ley en cuanto a la petición de herencia, que a la restitución de los frutos y al abono de mejoras se aplican aquellas reglas. El que de buena fe ocupó la herencia no es responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico, esto es, si con ellas aumentó su propio patrimonio, o evitó que disminuyera, como cuando con el dinero

obtenido por las enajenaciones aumentó su efectivo o compró otro bien (subrogación real), o cuando con ese mismo producto pagó una deuda propia, o mejoró o reparó sus propios bienes; no se hace más rico, por ejemplo, cuando con ese producto mejora los otros bienes de la herencia o paga una deuda hereditaria. Los deterioros también pueden hacer más rico al ocupante, como cuando destruye un bosque para vender la madera, o agota una mina o cantera, y el producto aumenta su propio patrimonio. El que ocupó de mala fe la herencia, esto es, sabiendo que no tenía derecho a ella, es responsable de todo el importe de las enajenaciones y deterioros, sin distinguirse si se hizo o no más rico con esos actos.

La acción de petición de herencia, de la cual se dice que en el fondo no es más que la reivindicación de una universalidad, no prescribe por el simple transcurso del tiempo, como ocurre ordinariamente con la prescripción extintiva, sino por el hecho de que otra persona haya ganado el dominio de la herencia por la prescripción adquisitiva, que de acuerdo con lo anteriormente sostenido, relativo a que ahora un tercero sólo puede alegar que posee una herencia *en calidad* de heredero si es heredero putativo, si por decreto judicial se le ha declarado tal, puede ser la prescripción ordinaria, la de diez años que se cuentan como para la adquisición del dominio de las cosas singulares, de acuerdo con el artículo 1191 C. si la posesión fue adquirida de buena fe. Pero quien no es heredero putativo o siéndolo adquirió la posesión de mala fe, sólo puede adquirir por prescripción una herencia, o mejor dicho, los bienes que la constituyen, por la prescripción extraordinaria de treinta años, artículo 2251, 1a. excepción, del Código Civil, que le puede ser impedida en el primer caso, por la acción reivindicatoria, como antes se ha explicado, no por la petición de herencia, todo de acuerdo con el sistema de la aceptación judicial de la herencia, o por la petición de herencia en el segundo.

95.- ACCION REIVINDICATORIA. Cuando el heredero aparente vencido ha enajenado bienes pertenecientes a la herencia que estaba poseyendo, el verdadero heredero puede también dirigirse contra los terceros adquirentes para recuperarlos, no obstante que tales terceros sean de buena fe, porque en este caso la ley no distinguió, en lo que el legislador ha seguido un criterio diferente, porque ordinariamente protege a los terceros de buena fe, como en el caso del artículo 977, en que la acción de indignidad no pasa contra terceros de buena fe; en el del artículo 1361, cuando el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, en que no hay derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe, y otros. En el caso en estudio, lo único que les concede a los terceros poseedores, al ser privados de la cosa adquirida, es la acción de saneamiento por evicción contra el heredero aparente, puesto que les vendió

cosa ajena, de la que fueron privados por sentencia judicial.

Pero no es por medio de la acción de petición de herencia que el heredero tiene que dirigirse contra los terceros, pues estos no poseen los bienes que han pasado a sus manos a título de herederos, y por consiguiente no disputan el derecho a la herencia, ni en este caso se trata de recuperar la universalidad jurídica que es la herencia, sino bienes singularmente considerados. La acción que contra ellos procede es la reivindicatoria, que concede al verdadero heredero el artículo 1190 del Código Civil, según el cual, el heredero puede *también* hacer uso de tal acción, si lo prefiere, sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos. Esta acción, pues, no funciona independientemente en este caso, sino que está coadyuvando con la de petición de herencia, para que el heredero proteja su derecho real de herencia.

Si bien es cierto que la buena o mala fe de los terceros adquirentes no incide para nada en cuanto a la procedencia de la acción reivindicatoria, sí influye en cuanto a la restitución, como en todo caso en que la hay, porque en las prestaciones mutuas que tengan lugar entre el reivindicante y el tercer poseedor vencido, habrá que considerar si el último estaba o no de buena fe, ya que, según las reglas de aquéllas, el poseedor de mala fe es tratado más severamente que el de buena fe, pues este tiene derecho a contraprestaciones más amplias; también tiene relevancia la buena o mala fe de los terceros adquirentes en cuanto a la excepción de prescripción que pueden oponer al reivindicante, porque los de buena fe gozan de una prescripción adquisitiva de plazo más corto que los de mala fe, según lo indica el artículo 2251, regla 1.ª, por cuanto esta dice que en el caso en que los bienes hereditarios hayan pasado a terceros poseedores de buena fe, bastará a éstos oponer al reivindicante la prescripción ordinaria, que es de diez años para los bienes raíces, y de tres para los muebles.

Cuando el verdadero heredero ejercita la acción reivindicatoria contra los terceros poseedores, y no logra obtener la restitución de los bienes, o sólo la logra parcialmente, conserva su derecho para que, el que ocupó de mala fe la herencia, le complete lo que no pudo obtener; también puede dirigirse en igual caso contra el que la ocupó de buena fe, si las enajenaciones le han hecho más rico, según se ha explicado anteriormente.

Para ejercer la acción reivindicatoria, como principio general, es necesario ser dueño (y probarlo desde luego) de la cosa de que no se está en posesión, del bien que se pretende reivindicar. En razón de esto, hay que dar por supuesto que, cuando el verdadero heredero ejerce esta acción contra terceros adquirentes, tuvo primero que entablar la petición de herencia contra el que la poseía a título de heredero, porque sólo ahí, en ese juicio, es donde

puede probar "su derecho a la herencia" y reconocido que le es este derecho, no exige la restitución al poseedor vencido, sino que prefiere dirigirse contra terceros, incoándoles la acción reivindicatoria.

96.- EJECUTORES TESTAMENTARIOS. Según nuestra ley, los herederos, o sus representantes legales, son los ejecutores de las disposiciones del testamento; no existen, pues, como en otras legislaciones, los albaceas (de: *al vaseya*, de origen árabe, Claro Solar: op.cit. tomo XVI, pág. 287) cabezaleros o mansesores, que son personas a quienes el testador encarga cumplir sus disposiciones testamentarias. Son, entonces, ejecutores testamentarios; "un mandatario elegido por el testador para que ejecute su última voluntad". Tal es el concepto que de albacea dan varios autores citados por Claro Solar.

El albacea, que cuando no lo nombra el testador en su testamento lo nombra el juez en subsidio, es el encargado de cumplir las disposiciones testamentarias. Por consiguiente, está encargado entre otras funciones, de cumplir los legados, pagar las deudas hereditarias, cobrar los créditos y defender la validez del testamento, en caso de impugnación del mismo. Se afirma que esta institución del albaceazgo, tiende a evitar, esencialmente, que los herederos frustren o demoren los derechos de los legatarios. El Código Civil de 1860 tampoco admitía el abaceazgo, y es más, lo prohibía expresamente; pero admitía los ejecutores fiduciarios, personas a quienes el testador les hacía encargos secretos y confidenciales. Podían hacerse estos encargos, que debían tener objeto lícito, a un heredero o a cualquier otra persona, a quienes se les asignaba una cuantía de los bienes para que los ejecutaran. Fueron suprimidos cuando se introdujo en la ley secundaria la libre testamentifacción, ya que con esto se estimó que desaparecía la razón de tal institución.

Como los herederos son los ejecutores de las disposiciones del testador, podría presentarse el problema de que si no hay herederos, como cuando el testador sólo instituye legatarios, o simplemente cuando habiéndolos no aceptan la herencia, no hay tampoco quien cumpla la voluntad del testador, ni pague sus deudas; pero ello se resuelve mediante el expediente de declarar yacente la herencia, y entonces el ejecutor es el curador que se nombra.

Pero cuando se ha constituido un fideicomiso testamentario o mixto (Art. 1234 Com.), el encargado de cumplir la voluntad del testador, relativamente a los bienes fideicomitidos, es el fiduciario nombrado, encargado de entregar el beneficio establecido al fideicomisario, quien no debe ser incapaz para suceder al *de cujus* por cualquiera de las causas ya

estudiadas, según el Código Civil. Al respecto, hay que tomar en cuenta, que según el Código de Comercio, sólo pueden ser fiduciarios los bancos y las instituciones de crédito autorizadas para ello.

Como ya se dijo en otro lugar, ha desaparecido para los herederos la obligación de dar noticia de la apertura de la sucesión, por haber sido esta sustituida por la publicación de edictos que el juez, y ahora el notario, están obligados a verificar.

97.- PAGO DE DEUDAS HEREDITARIAS. Los herederos, así como se benefician con todos los bienes que el causante tenía, son obligados al pago de las deudas hereditarias. Cuando existe un solo heredero la satisfacción de esas deudas no ofrece dificultad alguna; así, pues, las reglas dadas por la ley para verificar ese pago suponen la existencia de varios herederos, y tienden a establecer claramente las relaciones entre los coherederos entre sí y entre éstos y los acreedores, relativamente a esas obligaciones.

Las deudas hereditarias se dividen de pleno derecho entre los herederos, a prorrata de sus cuotas, (o sea, que quien ha recibido la mitad de la herencia debe pagar la mitad de las deudas) contrariamente a lo que ocurre con el haber sucesoral, pues este se mantiene en forma indivisa hasta que se verifica la partición; sin embargo, ello no impide que el testador divida las deudas entre los herederos de diferente modo, ni que por la partición o por convenio de los herederos también se dividan en forma diferente, pero en tales casos queda al arbitrio de los acreedores ejercer sus acciones como la ley lo ordena, o sea, contra cada heredero por la parte que le corresponde pagar a prorrata, o como lo dispuso el testador, la decisión del partidor y el convenio de los herederos, en su caso; sí tienen efecto entre los coherederos, porque los que sufrieren mayor gravamen como resultado de que los acreedores les hayan exigido el pago a prorrata, tienen derecho a ser indemnizados por los otros herederos.

El pago a prorrata que establece la ley es sin detrimento del beneficio de inventario, lo que significa que si a un heredero le corresponde pagar un cuarto de las deudas por haber recibido un cuarto de la herencia, y el cuarto de deudas excede en valor al cuarto del haber sucesoral que recibió, no está obligado a pagar el exceso si aceptó con beneficio de inventario. Mas, dicho pago a prorrata tiene dos excepciones: a) cuando el testador deja el usufructo de todos sus bienes o de una parte de ellos a una persona y la nuda propiedad a otra; como estas dos personas se miran como una sola, por disposición de la ley, para la distribución de las obligaciones hereditarias, está prescrito que es el nudo propietario quien debe pagar las deudas que

recayeren sobre la cosa fructuaria, y será contra él solamente que se dirigirán los acreedores; y cuando existe indivisibilidad de pago, como ocurre cuando se ejercitan las acciones hipotecaria y prendaria, casos en los cuales los acreedores se dirigen sólo contra el coheredero que posee la cosa hipotecada o empeñada, y en todos los demás casos que contempla el artículo 1397 del Código Civil; pero también hay que tomar en cuenta el caso en que la obligación que había contraído el causante es indivisible, ya que entonces, según el artículo 1399 C., cada uno de los herederos es obligado a satisfacerla en el todo.

En el primero de los casos de excepción, el nudo propietario es el obligado al pago de las deudas que recaen sobre la cosa fructuaria, como se ha dicho, pero el usufructuario está obligado a satisfacerle los intereses legales de la cantidad pagada, durante todo el tiempo que coninua el usufructo, porque como la suma pagada no pertenecía a la herencia, era deuda, y en consecuencia ajena, no puede lucrar recibiendo el usufructo de esa suma, que se traduce en los intereses (L. Claro Solar: ob.cit., Tomo XVII pág. 290); si el nudo propietario, que es el obligado, no paga, *puede* hacerlo el usufructuario, y a la expiración del usufructo tiene derecho a que aquél le reintegre el capital, porque la deuda no estaba a su cargo, pero sin intereses, ya que estos siempre los habría tenido que pagar al nudo propietario si éste hubiera hecho el pago, por la razón ya dicha; y si la cosa fructuaria se vende para cubrir una hipoteca o prenda que el difunto había constituido sobre ella, porque ni el nudo propietario ni el usufructuario pagan la deuda, el usufructuario es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos o contra el principal deudor, según los casos, en la misma forma que para los legatarios está establecido en el artículo 1247 C., porque la ley no lo ha gravado a él con ese pago, sino al nudo propietario, y ha resultado que en el fondo sí la ha pagado porque perdió el usufructo.

La obligación que los coherederos tienen de pagar las deudas hereditarias es simplemente conjunta, mancomunada; los acreedores, después de que tenían un solo deudor, el causante, a la muerte de éste tienen tantos deudores como herederos sean, y como las obligaciones conjuntas se consideran separadas, autónomas, si uno de los coherederos no puede pagar su cuota en la deuda, si es insolvente, esta insolvencia no grava a los otros. quienes únicamente pueden ser obligados a pagar sus respectivas cuotas y no a contribuir al pago de la del insolvente, lo cual se considera, y es realmente, injusto. Ocurre en la práctica que todos los herederos son demandados, reclamándoles en el mismo juicio la totalidad de la deuda, pero esto se hace únicamente por economía procesal, para no dividir la continencia de la causa; en la sentencia cada heredero debe ser condenado sólo al pago de su cuota.

Hay un caso especial en que la insolvencia de uno de los coherederos sí grava a los otros, pero no a favor de los acreedores sino a favor del coheredero que ha pagado a aquéllos el total de la deuda. Tiene lugar cuando varios inmuebles de la sucesión están gravados con hipoteca y se adjudican a distintos coherederos; en esta situación el acreedor hipotecario, por efecto de la indivisibilidad de la acción hipotecaria y no por solidaridad como dice la ley, puede dirigirse sólo contra alguno de los coherederos que posee uno de los inmuebles hipotecados exigiéndole el pago total de la deuda. Cuando el demandado paga puede exigir a los otros deudores hipotecarios la cuota que a ellos correspondía en la deuda, no el total, aunque el acreedor hipotecario le haya subrogado en sus acciones contra sus coherederos, porque él también era deudor y debe soportar su cuota, y la porción del insolvente se reparte entre los otros, incluido el que pagó al acreedor, a prorrata; y como esto es uno de los efectos de la solidaridad, resulta que en este caso entre los coherederos hay solidaridad cuando el que se vio obligado a pagar el total de la deuda exige a los otros que le reembolsen lo que por ellos pagó.

También existe responsabilidad solidaria, establecida así mismo por la ley, en una situación particular: cuando en la partición los herederos, o sus representantes legales, y el partidor, no forman el lote o hijuela para cubrir las deudas conocidas. Dichas personas, por esa omisión, responden solidariamente a los acreedores de todo perjuicio, pues según el artículo 1236 C., en tal caso la insolvencia de una de las personas mencionadas sí grava a las otras.

Pero cuando el causante era deudor solidario, no obstante que al pasar la deuda a los herederos éstos no son obligados a pagar sino la cuota que a prorrata les corresponde, en *conjunto* son deudores solidarios, tal como lo era su causante, respecto del total de la deuda, juntamente con los codeudores del difunto. Cuando uno de los deudores solidarios fallece, sus herederos son obligados al total de la deuda, pero cada heredero es solamente responsable de la cuota de esa deuda que corresponde a su porción hereditaria, esto es, de la parte de la deuda que le corresponde pagar a prorrata. Luego, los herederos considerados como una sola persona siguen siendo deudores solidarios junto con los otros deudores, para los efectos de poder ser obligados a satisfacer el total de la deuda, como si el causante no hubiera muerto; pero ese total, entre ellos, se divide, de donde resulta que el acreedor puede exigir el total de la deuda, o a alguno de los deudores solidarios sobrevivientes, o a todos los que han sustituido como herederos al fallecido, considerados como unidad. La solidaridad, pues, subsiste. Pero si el acreedor escoge el último camino, si opta por reclamar toda la deuda a los herederos, estos la pagan a prorrata de sus cuotas, y en esta segunda etapa del proceso de cobro lo que existe es obligación conjunta y no solidaria. No es cierto, entonces, como algunos sostienen, que en caso de fallecimiento de

uno de los deudores solidarios, la obligación deja de ser solidaria y se vuelve mancomunada, porque esto sólo ocurre internamente entre los coherederos del deudor solidario fallecido; el acreedor siempre puede cobrar el total de la deuda a cualquiera de los deudores solidarios sobrevivientes, lo que se comprueba cuando sólo es uno el heredero del deudor solidario fallecido, pues entonces el único heredero puede ser obligado a pagar el total de la deuda que sobre su causante pesaba, sin que pueda sostener que por no haber sido uno de los deudores originales, la deuda respecto a él ya no es solidaria sino conjunta.

Mas, puede ocurrir que el acreedor renuncie tácita o expresamente a la solidaridad, exigiendo a los herederos del deudor solidario fallecido únicamente el pago de la parte o cuota que a ese deudor correspondía en la deuda solidaria, y en este caso esa parte o cuota debe ser pagada por todos los herederos, pero siempre a prorrata de la parte de la herencia que les haya cabido, aplicándose también en este caso el principio que como regla general rige entre ellos de que la cuota del insolvente no grava a los demás; y si el acreedor solo a beneficio de los herederos renunció la solidaridad, puede dirigir su acción contra los otros deudores solidarios por todas las cuotas que por los herederos insolventes no le hayan sido cubiertas, hasta completar la parte que a ellos les está cobrando.

Ya sea, pues, que a los herederos se les reclame el total de la deuda, en virtud de la solidaridad, o la cuota que a su causante correspondía, ese total o esa cuota se divide netre ellos a prorrata.

Cuando uno de los herederos es acreedor o deudor del causante, sólo se confunde con su porción hereditaria la cuota que en el crédito o deuda le corresponde, y tiene acción contra sus coherederos para que le paguen a prorrata el resto de su crédito y les está obligado, también a prorrata, por el resto de la deuda. Si, por ejemplo, existen tres herederos, Juan, Pedro y Diego, y Juan es acreedor del causante por trescientos colones, como heredero es deudor de cien, pero se los debe a sí mismo, como acreedor, operándose entonces la confusión de esos cien; pero Pedro y Diego le son deudores, como herederos que también son del difunto, de cien cada uno, y Juan tiene acción contra ellos para cobrárselos. A la inversa, si Juan debía trescientos colones al causante, como heredero es acreedor de cien, pero es acreedor de sí mismo, porque es el deudor, por lo que también opera la confusión de esos cien; pero los otros dos herederos también son sus acreedores, por cien cada uno, y estos tienen acción para exigírselos.

Los legatarios también son obligados al pago de las deudas hereditarias, cuando al tiempo de abrirse la sucesión no hay en ella lo bastante para pagarias, y lo hacen a prorrata de los valores de sus

respectivos legados, y la porción del legatario insolvente no grava a los otros, lo que quiere decir que su obligación subsidiaria a este respecto hacia los acreedores es simplemente conjunta. Sin embargo, hay algunos legatarios que no contribuyen a ese pago sino según la escala establecida por el artículo 1244., incisos segundo y tercero, y son aquellos a quienes el testador ha exonerado expresamente de hacerlo, que sólo entran a contribución cuando con las contribuciones de los demás legatarios todavía quedare insoluta alguna deuda; los legados para obras de beneficencia pública se *entienden* exonerados por el testador, sin necesidad de disposición expresa, y entran a contribución después de los expresamente exonerados; y los legados con que el testador cumple la obligación alimenticia a que por la ley está obligado respecto de alguna persona, solo entran a contribución después de los dos anteriores. Los legados con causa onerosa, que son los que imponen un gravamen o carga, o sea, que están sujetos a un modo (se contraponen a los legados enteramente gratuitos) que pueda estimarse en dinero, concurren al pago de las deudas pero con deducción del gravamen, siempre que se haya efectuado el objeto y que éste no se haya podido efectuar sino mediante la inversión de una cantidad determinada de dinero, circunstancias que deben ser probadas por el legatario para que se le haga la deducción de lo que invirtió.

Puede darse el caso de que un legatario se haya visto obligado a pagar una deuda hereditaria, porque la especie que le fue legada estaba hipotecada o empeñada, no obstante que el testador no haya querido gravarle expresamente con ella, Art. 1247 C., y en tal caso es subrogado por ministerio de ley en la acción personal del acreedor contra los herederos, porque éstos eran los obligados a su pago si la hipoteca o prenda las había constituido el testador para garantizar una obligación suya, o contra el deudor principal si el testador había dado esas garantías reales para seguridad de una deuda ajena.

A los acreedores hereditarios se les paga a medida que se van presentando, excepto cuando hay juicio de concurso de acreedores contra los herederos, o tercera oposición, pues que en tales casos se pagan previos los trámites y según las reglas del concurso, y conforme al resultado de la tercería, respectivamente. Si los acreedores no obtienen el pago voluntariamente pueden usar de las vías legales correspondientes para el cobro de sus créditos; pero cuando es la acción ejecutiva la que les competía contra el difunto, aunque también procede contra los herederos, no pueden entablarla contra éstos o llevarla adelante si ya lo había sido contra el causante, sin previa notificación judicial de sus créditos a los herederos y después que hayan transcurrido ocho días desde la notificación, plazo que sirve a los herederos para decidir si se avienen al pago o soportan el embargo y todas las consecuencias gravosas de un juicio de tal naturaleza;

cuando la herencia está en curaduría, tal notificación debe hacerse al curador, ya que existen las mismas razones para ello. Cuando la acción es ordinaria puede entablarse sin cumplir ese requisito. Ahora esta notificación puede hacerse por un notario, de conformidad con el Art. 28 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias.

98.- PAGO DE CARGAS TESTAMENTARIAS. Las cargas testamentarias sólo están obligados a pagarlas todos los herederos en común, cuando el testador no hubiere gravado con ellas a alguno o algunos de los herederos (o legatarios también) particularmente; si esto no ha ocurrido las pagan todos como el testador lo hubiere dispuesto, y si nada ha dicho, a prorrata de sus cuotas. Pero en la partición puede imponerse a los herederos la obligación de pagar los legados de diferente modo, lo que también puede ocurrir por convenio de los herederos, y en estos casos los legatarios siempre pueden entablar sus acciones como prescribe la ley, como lo ha ordenado el testador, o en conformidad a la distribución hecha por el partidor o por el convenio de los herederos.

Los legados se pagan después que lo hayan sido las deudas hereditarias, puesto que son asignaciones por causa de muerte, liberalidades, mientras que las deudas son reducciones de la masa hereditaria; pero si se demuestra que la herencia no está excesivamente gravada pueden entregarse los legados inmediatamente, si los legatarios dan caución para el caso de que tengan que contribuir al pago de las deudas en subsidio de los herederos. Mas, esta caución no es necesaria cuando aparece de manifiesto que la herencia no tiene deudas; pero esto sólo puede ser inferido de ciertas circunstancias, como la de que los inmuebles no están gravados con hipoteca, o que existe suficiente efectivo, porque si es así no es muy verosímil que el causante debiera, ya que la prueba por medios directos sería muy difícil, pues tendría que probarse un hecho negativo.

Para el caso de que en el haber sucesoral no exista lo suficiente para pagar los legados está prevista una escala que establece la preferencia con que deben ser pagados, comenzándose por los que el testador haya declarado preferentes, expresando que deben pagarse primero; enseguida se pagan los remuneratorios, que son los que se hacen retribuyendo o remunerando servicios específicos prestados al testador, siempre que sean de los que se prestan mediante pago, como los de los médicos, abogados, etc.; y por último los de cosa cierta y determinada que forma parte del caudal hereditario, o lo que es lo mismo, que no se trate del caso en que el testador ha legado un cuerpo cierto que no es de él sino del obligado a entregarlo, o de un tercero de quien deba adquirirse para el mismo fin; pero si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, este legado prefiere a los

otros de que no se ha dado dicho goce, cuando los bienes que el testador deja no alcanzan a cubrirlos todos, que es precisamente el caso que se examina.

99.- **BENEFICIO DE SEPARACION DE BIENES.** El beneficio de separación es un derecho concedido a los acreedores hereditarios y testamentarios, para pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero, petición que deben hacer ante el juez del lugar donde se haya abierto la sucesión, quien en la resolución que pronuncia especifica los bienes que quedan separados; la demanda, cuando se trata de inmuebles, debe anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad Raíz respectivo, lo mismo debe hacerse con la sentencia en su oportunidad, pues los derechos que por este beneficio adquieren dichos acreedores sobre los inmuebles de la herencia, no perjudican a terceros de buena fe sino desde la referida anotación. Cuando los bienes separados son muebles debe pedirse su secuestro, esto es, su depósito en manos de un tercero, que debe restituirlos al que obtenga una decisión judicial a su favor.

En virtud de este beneficio los acreedores hereditarios y testamentarios, tienen derecho a que con los bienes del difunto se les paguen sus créditos, con preferencia a las deudas propias del heredero. Lo que sobra después de haber sido satisfechas aquellas deudas, se agrega a los bienes propios del heredero, y en este resto ya pueden cobrarse sus propios acreedores, quienes, desde luego, aun estando surtiendo efectos la separación pueden cobrarse sobre el patrimonio propio del heredero.

Los acreedores del heredero no tienen derecho a pedir a su favor este beneficio, dándose como razón para ello, que ningún acreedor tiene facultad para oponerse a que su deudor contraiga más deudas, ya que esto es lo que ocurre al aceptarse una herencia gravada, puesto que el heredero, al hacerlo, está asumiendo las deudas que el causante tenía, con los mismos efectos que si él mismo las hubiera contraído. En cambio, los acreedores del difunto no deben verse perjudicados por la muerte de su deudor, porque es un hecho fuera de toda voluntad, teniendo que soportar la concurrencia de los acreedores del heredero sobre el patrimonio del difunto que originalmente sólo les estaba sirviendo de prenda general a ellos, y fue el que tomaron en cuenta cuando contrataron con su deudor.

Puede afirmarse entonces, que la separación de bienes tiende a proteger los intereses de los acreedores hereditarios y testamentarios cuando el heredero es insolvente, mientras que el beneficio de inventario tiende a impedir que el heredero solvente se vea perjudicado por la aceptación de una herencia insolvente. Existe una corriente doctrinaria que propugna por la

supresión de tales beneficios, sosteniéndose al respecto que los efectos de ambos son los que normalmente debe producir la muerte del causante, sin necesidad de invocarlos a título de beneficios, porque lo más propio es que la situación jurídica de los acreedores no debe cambiar por la muerte del deudor, y que la responsabilidad del heredero por las deudas del causante, se limite al valor de los bienes de la herencia, por mandato expreso de la ley, como esta lo ha dispuesto cuando un legatario es obligado, a su vez, a pagar un legado, Art. 1245.

No es necesario que el beneficio de separación sea pedido por todos los acreedores de consuno, puede pedirlo cualquiera de ellos, pero sus efectos sólo aprovechan al que lo pidió. No obstante, si los bienes ya están separados por la actividad de uno de ellos, basta que los demás lo invoquen para gozar de ese beneficio, lo que es lógico, porque lo que ya ha sido separado no puede volverse a separar; pero sólo pueden invocarlo, o sea, acogerse a él, si están en la situación jurídica en que pueden hacerlo, que es la misma en que pueden pedirlo; y puede pedirse la separación siempre que el crédito que se quiere hacer valer no haya prescrito. Pero es necesario, además, que el acreedor no haya aceptado al heredero por deudor. Esta aceptación se infiere cuando le recibe, por ejemplo, un pagaré, prenda, hipoteca o cualquier otra garantía, o un pago parcial, porque entonces se habrá efectuado una novación subjetiva por cambio de deudor; y que los bienes de la sucesión no hayan salido de manos del heredero, o se hayan confundido con los suyos propios de manera que no puedan separarse, lo que no puede ocurrir sino tratándose de cosas fungibles.

Si agotados los bienes sobre los que tienen preferencia los acreedores hereditarios y testamentarios, en virtud del beneficio de separación, aquéllos no hubieren quedado completamente indemnes, pueden perseguir los bienes propios del heredero, salvo el beneficio de inventario de que éste puede estar gozando, lo que significa: que si dichos acreedores no pudieron cobrar la totalidad de sus créditos con los bienes de la herencia, no pueden después perseguir los bienes propios del heredero si éste aceptó con beneficio de inventario, porque de lo contrario se le haría responder ilimitadamente de las deudas hereditarias y testamentarias, contrariando los efectos del beneficio de inventario. Cuando los acreedores hereditarios y testamentarios sí pueden perseguir, por el resto insoluto de sus créditos, los bienes propios del heredero, concurren entonces con los acreedores personales de dicho heredero; pero éstos pueden oponerse a tal concurrencia, exigiendo que con los bienes del heredero se les paguen primero sus créditos, lo que está dispuesto así por razones de justicia igualitaria.

El beneficio de separación de bienes difiere del de inventario no sólo en cuanto a los efectos que produce, sino en lo que atañe a la forma de

hacerlo efectivo, pues aquél tiene que ser demandado para que el juez lo conceda. El juicio es sumario, y la demanda ha de ser presentada, ante el juez de Primera Instancia competente, según dice la ley, entendiéndose que lo es el del último domicilio que tuvo el causante, contra el heredero o herederos, a quienes se les da traslado por tres días a *cada uno*. Si la sentencia acuerda el beneficio, deben especificarse en el fallo los bienes que quedan separados, e inscribirse, en su caso, como ya quedó dicho

En la última de las reglas procedimentales, el artículo 944 Pr., se dice que si los herederos hubieren hecho inventario, no necesitan los acreedores pedir el beneficio de separación para gozar de sus efectos. Con esta disposición se está indicando que el beneficio de inventario separa los patrimonios; este es el fundamento para decir que si los herederos ya hicieron inventario no necesitan los acreedores pedir el beneficio de separación para gozar de sus efectos. Sobre esta cuestión nos remitimos a lo dicho en el Capítulo correspondiente..

CAPITULO XIV De las donaciones por causa de muerte

100.- BREVE HISTORIA. La donación por causa de muerte (*mortis causa donatio*), o donación revocable, fue admitida por el derecho romano y por el antiguo derecho francés, pero con distintas formalidades de la que ahora tiene en la mayoría de legislaciones que todavía la tienen institucionalizada. El Código francés ya no las contempla; el artículo 893 de dicho Código dice que "no se podrá disponer de los propios bienes, a título gratuito, sino por donación entre vivos o por testamento, en las formas establecidas a continuación", y luego continúa la reglamentación (Inserto en la obra de los hermanos Mazeaud).

Las *Institutas* de Justiniano la definían así: "La donación por causa de muerte es la que se hace con la consideración de la muerte, como cuando alguno da con ánimo de que, si sucumbe en un peligro, corresponda la cosa al que la recibe, y que vuelva a él si sobrevive, o si se arrepiente de la donación, o si el donatario muere antes que él" (Claro Solar: op. cit. Tomo XV, pág. 119).

Según se ve de la anterior definición, en el fondo siempre se trataba de una donación entre vivos, con la particularidad de que el donatario sólo adquiriría sobre la cosa donada, un dominio resoluble, sujeto a una condición resolutoria, pues aquella volvía al donante si éste sobrevivía al peligro o al donatario. De modo que el dominio perpetuo de la cosa donada sólo lo adquiriría el donatario, si se producía la muerte del donante durante el peligro previsto, o antes que la del donatario, esto es, que quedaba sujeto a la muerte del donante en esas condiciones, y como en realidad se estaba

disponiendo para después de la muerte, a esta liberalidad se la llamó "donación por causa de muerte".

Se podía pactar que el donante se reservaba la facultad de revocar la donación, de modo que si moría sin hacerlo el donatario adquiriría, sin más, el dominio perpetuo sobre lo donado. Esto figura en nuestra legislación, pero ya no es necesario pactarlo; esa facultad la tiene el donante por ley, y es por lo que se le da el nombre de "revocable" a esta donación.

En sus orígenes, pues la donación llamada hoy " por causa de muerte" no se otorgaba por testamento; era un contrato, pero diferente a la propia donación entre vivos, un modo especial de disposición gratuita de bienes, junto con la donación entre vivos irrevocable y el testamento. Otra característica importante que tenía, era la de que, la cosa donada en esta forma siempre se entregaba al donatario, bajo las condiciones resolutorias que se han dicho.

Como por el carácter de revocable, la llamada donación por causa de muerte se asemejaba a una disposición testamentaria, el Parlamento de París decidió terminar con esa confusión, declarando el 3 de Febrero de 1713, que quien dispone de los bienes que deje por su fallecimiento, otorga un acto de última voluntad y que este acto es nulo si no reviste la forma de los testamentos. Por ello fue que el Código de Napoleón no lo admitió, no la comprendió entre los modos de disposición gratuita de bienes (Luis de Gásperi: op.cit. Tomo III, Pág. 207). Las legislaciones que tomaron como modelo la de Francia no procedieron así, sino que mantuvieron la institución, pero influidas por aquella decisión del Parlamento francés, prescribieron que "toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es un testamento, y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento", (Art.997 del Código Civil salvadoreño). Don Luis Claro Solar, en el Tomo Décimo Quinto de su mencionada obra (págs.124 y 126) dice que la revocabilidad hace de la donación por causa de muerte un acto testamentario; que tal donación importa un verdadero testamento, y que deben ser otorgadas, como testamento que son, con las mismas solemnidades de un testamento, y agrega que el donante *mortis causa* puede hacer la donación en un testamento solemne cerrado o abierto, o en uno privilegiado, y puede otorgar tal testamento exclusivamente para hacer la donación o hacerla en una cláusula del testamento que otorga para disponer de sus bienes y otros fines, o sea, que la ley no exige que la donación *mortis causa* sea un acto aislado e independiente de toda otra disposición del donante y que requiera un testamento exclusivamente destinado a contenerla sola y únicamente.

101.- FORMALIDADES DE LA DONACION REVOCABLE. La

donación revocable es un acto jurídico unilateral, verificado teniendo en consideración la muerte del disponente, es decir, supeditado a la muerte de éste para producir sus efectos, que beneficiarán a una persona llamada "danatario". Tal efecto jurídico deviene perfecto e irrevocable por el solo hecho de la muerte del disponente, específicamente llamado "donante". Por tener como característica la revocabilidad, consecuencia de que esta donación es un acto por causa de muerte, y por consiguiente el donante sigue siendo dueño de la cosa donada hasta su muerte, se le denomina donación revocable, contraponiéndola así a la donación entre vivos, que es irrevocable, salvo en un caso excepcional de que se hablará en su debida oportunidad.

Es por todo ello que nuestra ley dice que donación revocable es aquella que el donante puede revocar a su arbitrio, por su sola voluntad; y que donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable, y donación entre vivos lo mismo que donación irrevocable.

No valdrá, dice el artículo 1114, como donación revocable sino aquella que se hubiere otorgado con las solemnidades que la ley prescribe para las de su clase. Estas solemnidades las prescribe la ley en el artículo 997, al decir que toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es un testamento, y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento, que es lo que decidió, como dice De Gásperi, el Parlamento Francés en 1713; y esto lo reitera el artículo 1116: el otorgamiento de las donaciones revocables se sujetará a las reglas del artículo 997.

El inciso segundo del citado artículo 1114 dispone que si el otorgamiento de una donación se hiciere con las solemnidades de las entre vivos, y el donante en el instrumento se reservare la facultad de revocarla (antigua donación por causa de muerte), será *necesario* para que subsista después de la muerte del donante, que éste la haya *confirmado* expresamente en un acto testamentario, con lo que nuestro legislador está diciendo que ya no admite la validez de la donación revocable que no se haga en testamento; en otras palabras, que por el hecho de que en una donación entre vivos el donante se reserve la facultad de revocarla, no se tendrá por donación por causa de muerte, sino que para ello es necesario cumplir siempre con lo prescrito por el artículo 997, que figure en un testamento para tenerla como tal; de ahí la exigencia de que se confirme en un acto testamentario.

La donación otorgada en la forma que se acaba de ver, puede tener validez como un usufructo si no se confirma en un acto testamentario, toda vez que se le haya entregado el objeto donado al donatario; si no se

confirma en el acto testamentario, el donatario tendrá que restituir lo donado. Esto resulta de que una donación hecha en esta forma no vale ni como donación entre vivos, porque del hecho de que el donante se haya reservado la facultad de revocarla a *su arbitrio*, se deduce que no se hizo la tradición, aunque la cosa se hubiera entregado materialmente (recuérdese que así era la antigua donación por causa de muerte), lo que antes sí transfería el dominio, pero podía pactarse la revocación; ni cómo donación por causa de muerte, porque no se otorgó con las solemnidades de un testamento, sino con las solemnidades de las entre vivos.

Como puede ocurrir que de una donación por causa de muerte no se otorgue documento alguno (son las llamadas donaciones "en mano"), la ley prescribe que valdrá como donación entre vivos en lo que fuere de derecho; y lo que es de derecho en tal caso, es que la donación que recae sobre muebles que valen hasta doscientos colones, puede probarse con testigos, no así las que recaen sobre los que valen más de la cantidad indicada, porque la entrega o promesa de ellas debe constar por escrito, exceptuando el caso en que haya un principio de prueba por escrito. Las donaciones sobre inmuebles, cualquiera que fuere su valor, de que no se otorgue el documento que prescribe la ley no tiene validez. Estas, entonces, no pueden valer como donaciones entre vivos, porque de ellas debe otorgarse documento, que tiene que ser una escritura pública, Art. 1279.

102.- CAPACIDAD PARA DONAR POR CAUSA DE MUERTE.

Cuando la donación se otorga con las solemnidades de las entre vivos (infra # 108), reservándose el donante la facultad de revocarla, éste debe tener la capacidad requerida para aquella clase de donaciones, esto es, debe tener la libre administración de sus bienes, o mejor dicho, la libre disposición de ellos, y el donatario debe tener la capacidad que se requiere para recibir donaciones entre vivos. En este sentido debe entenderse el artículo 1115, cuando dice que son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o *donar entre vivos*, esto es, en sus respectivos casos: cuando la donación se otorga con las solemnidades de un testamento, el donante debe tener la capacidad de testar, y cuando se otorga con las solemnidades de las entre vivos, reservándose el donante la facultad de revocarla, éste debe tener la capacidad que se requiere para hacer donaciones entre vivos, que es diferente (M. Somarriba U.: op.cit.284).

El inciso segundo del citado artículo 1115, agrega que también son nulas las donaciones entre personas que no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos "una de otra". Según esto, hay casos en que la imposibilidad de recibir asignaciones testamentarias o donaciones irrevocables, es recíproca entre dos personas, como sería el de dos incapaces, cada uno respecto del otro, tal ocurre con las personas que

han sido condenadas por haber cometido entre ellas el delito de adulterio, y el de los esposos que han celebrado capitulaciones matrimoniales, en cuanto ninguno puede hacer donaciones al otro por causa de matrimonio, cuyo valor exceda a la cuarta parte del de los bienes de su propiedad que hubiere aportado al matrimonio, de lo que más adelante se dirá algo más.

103.- EQUIPARACION DE LAS DONACIONES REVOCABLES.

Hecha la donación revocable, el donante puede entregar materialmente, no hacer la tradición como dice la ley, la cosa donada al donatario, y entonces éste adquiere los derechos y contrae las obligaciones de un usufructuario, mientras la donación no se confirme por la muerte del donante o no sea revocada, sin necesidad de rendir caución, a menos que lo exija el donante. Y como el usufructo es una desmembración de la propiedad, que constituye asimismo un derecho real, para que produzca efectos contra terceros debe inscribirse el título que contiene la donación y entrega material de un inmueble, por lo que atañe únicamente al usufructo que conlleva esa entrega. En sus orígenes, de lo que ya algo se dijo, estas donaciones las hacían las personas que se encontraban en inminente peligro de muerte o porque marchaban a la guerra, y por eso la cosa donada siempre la entregaban a quien con ella querían beneficiar, pero debía ser restituida en los casos ya puntualizados. Por ello, si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable, porque el testador procedió con el legado como si fuera una donación revocable, entregando materialmente la cosa legada al legatario, entrega que, como ya se dijo, es propia de esta clase de donaciones, por lo que en esto es que convierte el testador el legado al verificar tal entrega. La importancia de esta solución de la ley en tal caso, consiste en que, el beneficiado va a adquirir la propiedad de la cosa en la misma forma en que se adquiere la de las cosas donadas por causa de muerte, ya no como se adquiere la de los legados (ya estudiada), y en que, al igual que aquéllas, estos legados de que se ha dado en vida el goce de la cosa legada, prefieren a los legados de que no se ha dado ese goce, cuando los bienes que el testador deja a su muerte, no alcanzan a cubrirlos todos, por lo que hay que incluirlos en la escala de preferencia que para ese caso establece el artículo 1256, junto con los que el testador ha declarado preferentes, que están en primer lugar, porque la entrega lleva implícita una declaración de preferencia por parte del testador.

Estas donaciones se clasifican en: a título singular, y a título universal. Las donaciones revocables a título singular, según el artículo 1118, son legados anticipados, y se sujetan a las mismas reglas que los legados. Esto de que son legados *anticipados* supone que la cosa donada se ha *entregado* en vida del donante; de lo contrario no habría razón para decir que son legados anticipados. Este aserto lo confirma el hecho de que, el inciso

segundo del mismo artículo dice, que *recíprocamente*, si el testador *da* en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable. Las dos equiparaciones, pues, parten de la base de que la cosa, donada o legada, se ha entregado en vida del donante o testador al donatario o legatario; de ahí el empleo de la palabra "recíprocamente".

Las donaciones revocables que recaen sobre bienes singulares, se diferencian de los legados de que no se entrega la cosa legada en vida del testador, en la manera de producir sus efectos, porque aquellas donaciones dan la propiedad del objeto donado por el mero hecho de morir el donante sin haberlas revocado, siempre que no haya sobrevenido en el donatario alguna causa de incapacidad o indignidad como en las herencias o legados, y ese hecho da la propiedad sin relación alguna con la herencia o con los herederos, como sí ocurre con los legatarios, en la hipótesis dicha arriba (cuando se les da en vida del testador el goce de lo legado son donaciones), que sólo son acreedores de los herederos respecto a sus legados, y devienen propietarios de la cosa legada hasta que aquéllos les hacen la tradición. En cambio, repetimos, a los donatarios de cosas singulares y a los legatarios a quienes en vida del testador se les dio el goce de lo legado, se les verifica la tradición por ministerio de ley por el mero hecho de morir el donante sin haberlas revocado.

Más, cuando la donación recae sobre todos los bienes del donante, o sobre una cuota de ellos ("Dono todos mis bienes a fulano" o "Dono la cuarta parte de mis bienes a fulano"), como ello equivale a donar todo el patrimonio o una cuota de él, lo que es jurídico porque se trata de un acto por causa de muerte, el donatario debe aceptarla judicial o notarialmente, con base en el instrumento en que tal donación consta, que como ya se dijo tiene que ser un testamento, ya que tal donación se mira, y realmente lo es, como una institución de heredero. Siendo así, sólo puede tener efecto desde la muerte del donante, lo que parece que huelga que lo diga el artículo 1119, pero se refiere a que no puede entregarse la herencia o una cuota de ella al donatario en vida del donante, puesto que no hay herencia de persona viva (el donante se quedaría sin patrimonio); pero el donatario puede ejercer los derechos de usufructuario sobre las especies que se le hubieren entregado; de otro modo, no se le puede entregar la herencia porque es una universalidad jurídica, el patrimonio, pero sí bienes singulares que están dentro de ese patrimonio.

Cuando lo donado es una o varias cosas singulares inmuebles, la donación debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente, previa comprobación de la muerte del donante y del pago de los impuestos fiscales respectivos, que se pagan de acuerdo con la Ley de Gravamen de las Sucesiones.

Si la donación revocable no se hace perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante, el título traslativo de dominio de las cosas donadas es la sucesión por causa de muerte, como ocurre con las herencias y legados; y el modo por medio del cual se adquiere ese dominio no puede ser otro que la tradición, que se verifica por ministerio de ley en el momento mismo de la muerte del donante.

104.- DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO. Las donaciones revocables son materia propia del derecho hereditario, porque son por causa de muerte, no así las otras donaciones de que trata el Código Civil, pero se estudian aquí por ser liberalidades. Entre estas otras están las donaciones que se denominan "por causa de matrimonio", debido a que se otorgan teniendo en consideración el matrimonio que el donatario va a contraer o ha contraído, lo cual viene a ser el motivo de ellas.

Están reglamentadas en el Libro Cuarto del Código Civil, en el Título que también trata de las capitulaciones matrimoniales; y tienen íntima relación con los esponsales o desposorio, promesa de matrimonio, que consiste en un intercambio de voluntades encaminado a concluir un matrimonio en el futuro. Porque estas donaciones sólo pueden hacérselas los *esposos* antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él; esto es, sólo pueden tener lugar entre personas que han celebrado esponsales entre sí, no los que ya son cónyuges. Mas, nada impide que los esposos o los cónyuges se hagan donaciones el uno al otro sin que tales donaciones sean en consideración al matrimonio, o sea, donaciones que no son por causa de matrimonio; pero un tercero sí puede hacer donaciones en consideración al matrimonio tanto a los esposos como a los cónyuges. Las donaciones por causa de matrimonio son entre vivos: admiten plazos, condiciones y cualesquiera otras estipulaciones lícitas, y están sujetas a las reglas generales de aquéllas, con ciertas particularidades, como la de que en todas ellas se sobreentiende la condición de celebrarse o haberse celebrado el matrimonio; la de que, declarada la nulidad del matrimonio, pueden revocarse las que se hubieren hecho al que lo contrajo de mala fe, pudiéndose demandar la restitución de las cosas donadas si el matrimonio no se celebra.

Se advierte de lo dicho, que estas donaciones tienen como finalidad ayudar económicamente al matrimonio; se otorgan en razón del hogar que han formado los cónyuges o que van a formar cuando sólo son esposos. Por ello se comprende perfectamente que, si el matrimonio no se celebra o es anulado, el donante puede retirar esa ayuda revocando la donación.

Cuando estas donaciones se las hacen los esposos, uno al otro, en las capitulaciones matrimoniales, no requieren otra escritura pública que las

mismas capitulaciones, cualquiera que sea la clase o valor de las cosas donadas, Art. 1282, es decir, que aunque lo donado consista en bienes raíces no se exige otra escritura pública para la donación; lo dicho se entiende toda vez que las capitulaciones se hayan celebrado en escritura pública, pero si se han celebrado en escritura privada, en los casos permitidos por el artículo 1587, sí se necesita escritura pública especial para las donaciones por causa de matrimonio que recaigan sobre bienes raíces, en observancia a lo prescrito por el artículo 1279. En el mismo caso de que los esposos hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, las donaciones por causa de matrimonio que entre ellos se hagan, están sujetas a la restricción contenida en el artículo 1592 del Código Civil, esto es, que el valor de lo donado no debe exceder de la cuarta parte del valor de los bienes que el donante hubiere aportado al matrimonio, Esto, según Somarriba U. (op.cit.pág.689) es un modo indirecto de amparar la porción legítima y la cuarta de mejoras. La porción de mejoras, una de las asignaciones forzosas que el causante estaba obligado a hacer cuando tenía descendientes, era precisamente la cuarta parte de sus bienes de que podía disponer para mejorar a algunos de sus legitimarios o a todos. Si sólo se atiende a esta razón, la restricción ya no sería aplicable entre nosotros, por ser propia de la sucesión legitimaria o testamentaria restringida, sistema que cambiamos por el de la libre testamentación.

Antes de las reformas de 1902, los cónyuges no podían hacerse donaciones entre vivos el uno al otro (el caso quedaba entonces comprendido en el Art. 1115, inc. 2o.), porque no había entre ellos libre contratación; las que el uno otorgaba al otro con las formalidades de las entre vivos, pero reservándose la facultad de revocarla, valían como donaciones revocables; lo mismo ocurría con aquellas de que no se otorgaba documento alguno.

CAPITULO XV De las donaciones entre vivos

105.- CARACTER JURIDICO. La donación entre vivos, o donación irrevocable, es, según nuestro derecho positivo, la tercera forma de disposición gratuita de bienes, completando la trilogía el testamento y la donación por causa de muerte. Dice la ley (Art. 1265) que ella consiste en un acto por el cual una persona (donante) transfiere gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona (donatario) que la acepta. A este *acto* es al que se le llama *donación* por antonomasia; tal es lo que se infiere de varias disposiciones legales, como el artículo 656 C., en el que se dice que la donación es un título traslativo de dominio, el artículo 421 del mismo Código, en donde se prohíbe la donación de los bienes raíces del pupilo, y otros, en todos los cuales se da por sentado que se trata de la donación entre vivos, sin necesidad de expresarlo, lo que no ocurre con la que es por causa de muerte, o revocable, en la que esta característica hay que indicarla expresamente cuando de ellas se trata.

Esta donación es una liberalidad, como queda dicho, un acto jurídico verificado únicamente con la intención de favorecer a otra persona, sin recibir nada de ésta como contraprestación, al igual que ocurre en las herencias, legados y donaciones revocables; pero se diferencia de éstas en que, por requerir el concurso de voluntades del donante y del donatario para su validez, es un acto jurídico bilateral, mientras que aquéllas proceden de un acto jurídico unilateral, y en que, excepto en un caso especial, esta es irrevocable, característica que motiva que también se le llame donación *irrevocable*, lo que es lo mismo que decir donación entre vivos.

Se origina entonces la donación irrevocable de una convención, y como su objeto-fin es crear obligaciones, cae dentro de la especie de convenciones que se llaman específicamente (según la teoría de Roberto José Pothier, a quien sigue nuestro Código) contratos; pero como sólo produce obligaciones para una de las partes, el donante, es un contrato unilateral. De aquí que también suele llamársele *contrato de donación*. Este carácter jurídico de la donación entre vivos no es generalmente aceptado, debido a que la ley, al dar el concepto de ella, dice que es "un *acto* por el cual una persona transfiere... una parte de sus bienes.....", lo que ha dado pie para sostener que sólo se trata de un modo de adquirir, teoría que entre nosotros no ha tenido acogida, como lo comprueba el hecho de que en esta clase de donaciones siempre se hace tradición del objeto donado, lo que sería innecesario si la donación misma fuera un modo de adquirir. En casi todas las legislaciones que han seguido el modelo francés, que es donde tiene su origen tal concepto, se dice que la donación entre vivos es un acto, y la regulan, como en aquél, dentro de la parte que trata del derecho hereditario o de sucesiones. Los doctrinadores franceses, precisamente, dan como razón de ello la muy conocida de que Napoleón Bonaparte sostuvo, ante los juristas que redactaron el Código que lleva su nombre (y éstos, como se ve, lo complacieron) que esta donación no podía ser un contrato porque no crea obligaciones recíprocas, sino sólo para el donante, lo que se debe a que creía que únicamente es contrato el acto jurídico bilateral que genera obligaciones *recíprocas*, olvidando que existen contratos unilaterales, "porque confundía la perfección y el cumplimiento del contrato, el acto unilateral y el contrato unilateral". (Henri, León y Jean Mazeaud: "Lecciones de Derecho Civil", Tomo 15, pág. 277, edición de 1964).

106.- CAPACIDAD PARA HACER Y RECIBIR DONACIONES. En general, todas las personas son hábiles para donar entre vivos, excepto las que no tienen la libre *disposición* de sus bienes, que es a lo que se quiere referir la ley cuando habla de que hay que tener la libre administración de los bienes, pues toda vez que la donación es un acto de disposición, no queda comprendido dentro de los límites ordinarios de la *administración* de bienes. Sin embargo, la misma ley exceptúa algunos casos, en que sí pueden donar entre vivos personas que no tienen la libre disposición de sus bienes, siempre que se llenen los requisitos que ella prescribe, y desde luego por medio, o con la autorización en su caso, de sus respectivos representantes legales: previo decreto de juez pueden hacerse donaciones en dinero y otros bienes muebles del pupilo, las que no autoriza dicho funcionario sino por causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública u otro semejante, y con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo y que por ellas no sufran un menoscabo notable los capitales productivos. Los gastos de poco valor para

objetos de caridad, o de lícita recreación, pueden hacerse sin necesidad de tal decreto; pero la donación de bienes raíces del pupilo es prohibida, aun con previo decreto de juez. Estas reglas, que son aplicables a los tutores y curadores, lo son también al padre de familia.

El donatario debe existir en el momento de la donación, y si está sujeta a una condición suspensiva, también debe existir al momento de cumplirse la condición, y si muere antes de cumplirse no transmite derecho alguno. Pero pueden hacerse donaciones a las personas que no existen pero se espera que existan, y a las que presten su servicio importante, aunque no hayan existido al momento de la donación, siempre que esas personas existan antes de expirar los treinta años subsiguientes a la donación, Art. 1269, en relación con el 963. De las incapacidades para recibir herencias y legados, sólo se aplican dos a las donaciones entre vivos: la que afecta a las cofradías, gremios o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas, que tampoco son capaces para recibir esta clase de donaciones, con la misma salvedad de que, si la donación tiene por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, se puede solicitar la concesión de la personalidad jurídica, y obtenida ésta la donación vale (caso de las fundaciones que se constituyen entre vivos: fundación Bloom); y la de que tampoco es capaz de recibir por donación entre vivos, el que antes de ella hubiere sido condenado por adulterio con el donante, o acusado de dicho delito si se siguiese condenación judicial.

Para el curador del donante está establecido, que es nula la donación que se le haga antes de que haya exhibido las cuentas de la curaduría, y pagado el saldo, si lo hubiere en su contra. Esto se debe a que el curador es obligado a llevar cuenta fiel, exacta y documentada, de todos sus actos administrativos, día por día, y a exhibirla luego que termine su administración, a restituir los bienes a quien por derecho corresponda, y a pagar el saldo que resultare en su contra, y esta obligación, según el artículo 433 inc. 2o., comprende aun al curador testamentario, sin embargo de que el testador le haya exonerado de rendir cuenta alguna o le haya condonado anticipadamente el saldo, y aunque el pupilo (que en nuestro caso es el donante) no tenga otros bienes que los de la sucesión del testador (cuya voluntad, por lo general, es ley) y aunque se le dejen bajo la condición precisa de no exigir la cuenta o el saldo, pues semejante condición se mira como no escrita. Todo esto, que ya se vio en ocasión de estudiar las asignaciones condicionales, indica que las disposiciones legales que establecen tales obligaciones son de orden público, y por consiguiente, dar validez a la donación (y a las asignaciones por causa de muerte) hecha al curador del donante antes de que aquél haya exhibido las cuentas de la curaduría, y pagado el saldo, si lo hubiere en su contra, equivaldría a permitir la burla de aquellas disposiciones legales de orden público que

imponen las antedichas obligaciones al curador, desde luego que, si al exhibir las cuentas después de la donación resulta un saldo en contra del curador, este saldo ciertamente tendría que pagarlo, pero resultaría que anticipadamente se le habría resarcido de ese desembolso mediante la donación. Más claro: el curador pagaría el saldo con lo que el pupilo le donó, resultando que en realidad no pagó nada. La burla a la ley está en que el pupilo (donante) le dio para que pagara el saldo, por medio de la donación que le hizo antes de que rindiera cuentas. El tutor, aunque tiene las mismas obligaciones que el curador, no está comprendido en la disposición legal -artículo 1271- que establece esta nulidad; posiblemente la razón de ello consista en que el caso en que más protección necesita el pupilo, es el del que se encuentra en curaduría, porque mientras esta duró estuvo privado de la administración de sus bienes, por demente o por sordomudo que no podía darse a entender por escrito; el que está bajo tutela simplemente no tiene la *libre* administración de sus bienes por su minoría de edad.

Como todo contrato, la donación entre vivos no produce el efecto de traspasar el dominio del objeto sobre que recae, sino que solamente crea obligaciones. El donatario lo que adquiere es un derecho de crédito contra el donante: el de exigir que le haga la entrega jurídica de lo donado. La donación es entonces un título traslativo de dominio, la causa que habilita para adquirirlo; y el modo, el hecho al que la ley le da en este caso la virtud de traspasar ese dominio, es la tradición.

107.- REQUISITO ESENCIAL PARA QUE EXISTA DONACION

Para que exista donación se requiere, por una parte, que exista empobrecimiento del donante, y por otra, enriquecimiento del donatario; es decir, disminución del patrimonio del donante y aumento del patrimonio del donatario.

En virtud de tal principio no son donaciones aquellos actos por los que resulta disminución del patrimonio del disponente pero no aumento del patrimonio del "favorecido" o supuesto beneficiado con ese acto, como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero; ni aquellos por los cuales no se empobrece el donante, no disminuye su patrimonio, aun cuando favorezcan a otra persona procurándole alguna ventaja, como cuando se repudia una herencia, legado, la misma donación; o se deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, todo ello verificado con la intención de favorecer a un tercero, ni en el comodato de un objeto cualquiera, en el mutuo sin interés y en la prestación de servicios personales gratuitos, casos todos en los que se deja de ganar, el patrimonio no aumenta pero tampoco disminuye. Tampoco la hay cuando una persona se constituye

fiadora de otra o constituye a su favor prenda o hipoteca, porque si se ve obligado a pagar, tiene acción contra el principal deudor para el reembolso de lo pagado y consecuentemente no disminuye su patrimonio; ni cuando se exonera de sus obligaciones al fiador o se remite una prenda o hipoteca *mientras* está solvente el deudor, o se deja de interrumpir una prescripción.

Los dos últimos casos recién mencionados ameritan una explicación especial. Cuando se exonera de sus obligaciones al fiador, o se remite una prenda o hipoteca, se renuncia a una garantía, de modo que sólo se tendrá acción personal contra el deudor, sólo a él podrá cobrarsele. En este caso pueden presentarse dos situaciones: que el deudor esté solvente y que no lo esté. Si está solvente, el acreedor podrá obtener la satisfacción de su crédito, cobrándole a dicho deudor puesto que está solvente, por lo que su patrimonio no disminuirá; pero si el deudor está insolvente cuando el acreedor exonera de sus obligaciones al fiador o remite la prenda o hipoteca, es seguro que tal acreedor no podrá cobrar, porque renunció a las garantías, lo que habrá significado que realmente no quería hacerlo, y entonces sí sufrirá un empobrecimiento, y el deudor se beneficiará con un enriquecimiento, puesto que se quedará con lo que tenía que haber pagado. En cuanto a dejar de interrumpir la prescripción, ello no implica donación, porque aun cumplida aquélla, la acción puede entablarse, y si el deudor no la alega el acreedor puede triunfar en su reclamación.

108.- FORMALIDADES DE LA DONACION ENTRE VIVOS. Para que valga la donación de cualquier especie de bienes raíces debe otorgarse por escritura pública, ante testigos, cuya presencia constituye una formalidad *ad-solemnitatem*, necesaria para su validez. La escritura pública la exige el artículo 1279 del Código Civil, y la presencia de testigos el artículo 34 inciso primero, de la Ley de Notariado. En esta clase de donación basta la concurrencia de dos testigos, de conformidad con el ordinal 3o. del artículo 32 de la misma ley, por tratarse de un acto jurídico entre vivos. Asimismo, por escritura pública, debe efectuarse la tradición del dominio de esa clase de bienes, pudiendo ser uno mismo el instrumento que contenga el contrato y la tradición. Las que recaen sobre muebles pueden hacerse en instrumento privado, o no otorgarse documento alguno, pero en este último caso quedan sujetas a lo prescrito por los artículos 1580 y 1582, en cuanto a su prueba.

Dice la ley -artículo 1287- que mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y *notificada* la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio, de donde resulta que esta notificación, que puede hacerse tanto judicial como extrajudicialmente por un notario puesto que la ley nada dice al respecto, aunque el caso no está contemplado específicamente en la Ley del

Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, es la que perfecciona este contrato. Cuando comparecen en el mismo instrumento el donante y el donatario, y por consiguiente éste ahí mismo acepta la donación y la tradición (si se han hecho juntas), por el mismo hecho queda notificado de ello el donante. La aceptación puede hacerse personalmente, o por medio de apoderado general administrativo, o de un representante legal, en su caso. Pero también puede aceptar cualquier ascendiente o descendiente legítimo del donatario, aunque no tenga poder especial ni general suyo, por el solo hecho de ser ascendiente o descendiente legítimo del donatario, siempre que tales ascendientes o descendientes sean capaces de contratar y de obligarse. Este es un caso especial de representación.

Tanto la aceptación como la repudiación de estas donaciones pueden dejarse sin efecto, cuando en esos actos ha incidido un vicio del consentimiento, exceptuado el error, porque de éste no hay más responsable que el propio donatario; y en general, se les aplican las reglas dadas para la validez de la aceptación y repudiación de herencias y legados.

La donación entre vivos no se presume -artículo 1272- sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes. El artículo 2050 prescribe que, del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho. Entonces, la donación se presume cuando el que da lo que no debe no sufrió error de hecho ni de derecho. Si sufrió error, ya sea de hecho ya de derecho, no se presume la donación y bien puede repetir lo que había dado. Se observa que aquí se puede alegar un error de derecho, para destruir la presunción de que se ha donado, no obstante que el artículo 1323 dice que el error sobre un punto de derecho no vivía el consentimiento. Pero esto se refiere al caso en que el que alega un error de derecho lo hace para obtener un beneficio; cuando se trata de evitar un perjuicio, el error de derecho sí se puede alegar.

109.- CLASIFICACION. Puede donarse entre vivos no sólo alguno o algunos bienes, en forma singularizada, sino todos o una cuota de ellos, abstractamente ("Dono todos mis bienes...", "Dono un tercio de mis bienes..."), lo que origina la clasificación de esta forma gratuita de disposición de bienes en: a) donaciones a título singular; y b) donaciones a título universal". Sin embargo, no es tal; la donación irrevocable a título universal no existe. De la misma disposición legal que usa tal denominación, el artículo 1283, que exige para su validez, además de escritura pública en su caso (cuando entre los bienes hay inmuebles, o son con causa onerosa), un inventario solemne de los bienes, se ve que ellas no recaen sobre todo el patrimonio o una cuota del mismo, que es lo que caracteriza a la sucesión a título universal, sino sólo sobre los bienes

comprendidos en el inventario, el que se exige bajo pena de nulidad, porque su omisión la convertiría en una verdadera donación a título universal, entre vivos, lo que no es jurídicamente posible. De lo anterior no existe ni la más mínima duda: el artículo 1285 se encarga de confirmarlo. Expresamente dice esta disposición que las donaciones a título universal no se extenderán a los bienes futuros del donante, aunque éste disponga lo contrario, y si no se extienden a los bienes futuros jamás pueden ser a título universal. Cabe observar aquí, que al usar la expresión "donaciones a título universal", y luego decir que ellas no se extienden a los bienes futuros, se cae en una gran impropiedad jurídica, porque ello es como decir que estas donaciones son y no son a título universal: no se aviene lo de título universal con la limitación de que no se extienden a los bienes futuros. No existe, aunque la ley le llame así, donación entre vivos a título universal, porque una persona no puede desprenderse en vida de su patrimonio, que a ello equivaldría tal donación.

La ley prescribe que la donación entre vivos del todo o parte de los bienes, no perjudica los derechos de los alimentarios, quienes en caso de insuficiencia de los bienes del donante, pueden exigir al donatario el pago total o el complemento de la porción alimenticia que la ley les concede, puesto que esa donación puede haberse hecho con el fin de burlar esos derechos, excepto cuando la donación ha sido remuneratoria o a título oneroso -de lo que más adelante se hablará- en cuanto a lo que importen en dinero el gravamen o la remuneración. También en este caso de donación de todos los bienes o de una cuota de ellos, la ley protege al propio donante, prescribiendo que si no se reserva lo necesario para su congrua subsistencia, como le ordena que lo haga, podrá en todo tiempo (lo que significa que este derecho no prescribe) obligar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a ese efecto, a título de propiedad o de usufructo, lo que se estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados. En relación con esto hay que recordar, que aunque no se trate de donación de todos los bienes o de una cuota de ellos, si se ha hecho una donación "cuantiosa", el donante tiene derecho de pedir alimentos congruos al donatario, de conformidad con el número 8o. del artículo 338, en relación con el artículo 341, ambos del Código Civil. Además, el donatario a título universal (seguiremos usando esta denominación con la reserva apuntada) tiene, respecto de los acreedores, las mismas obligaciones que los herederos, pero sólo respecto de las deudas anteriores a la donación, o de las futuras que no excedan de una suma específica determinada por el donante en la escritura de donación; y los acreedores del donante también conservan las acciones que contra él tuvieren, a menos que hayan aceptado expresamente como deudor al donatario, o le hayan aceptado un pagaré, prenda, hipoteca o fianza, o un pago parcial de la deuda, porque en estos casos se habrá operado una especie de novación subjetiva por cambio de deudor.

En cuanto al beneficio que reportan al donatario, estas donaciones pueden ser: 1) enteramente gratuitas; 2) con causa onerosa; y 3) remuneratorias.

Las enteramente gratuitas son las que se limitan a procurar un beneficio al donatario; por esta razón, en donaciones de esta clase, el donante goza del beneficio de competencia en las acciones que contra él intente el donatario, sea para obligarle a cumplir la promesa de donarle algo que le ha hecho, o para que entregue las cosas que ha donado de presente, esto es, para que haga la tradición en caso sólo hubiera otorgado el título traslativo de dominio que es la donación. En esta misma clase de donaciones, el donatario no tiene acción de saneamiento, porque si es privado de la cosa donada, no ha sufrido ningún perjuicio en su patrimonio, éste simplemente no aumentó pero tampoco disminuyó, lo cual es así aun cuando la donación haya principiado por una promesa (precontrato de donación), contrato de promesa de donación, caso en el que podría creerse que, al ser privado el donatario de la cosa donada, el contrato de promesa no ha sido cumplido, y el donatario tendría acción para hacerlo cumplir, y esto es lo que la ley no permite, por la misma razón de que se trata de una mera liberalidad, y si el cumplimiento de la promesa no surtió efecto, nada perdió el donatario. Esto en lo que se refiere al saneamiento por evicción; lo mismo ocurre en cuanto al saneamiento por vicios ocultos, o redhibitorios.

Las donaciones con causa onerosa son las que imponen una obligación o carga al donatario, son donaciones modales. El artículo 1289 prescribe que las reglas concernientes a la interpretación de las asignaciones testamentarias, al derecho de acrecer, y a las sustituciones, plazos, condiciones y *modos* relativos a ellas, se extienden a las donaciones entre vivos. Entonces perfectamente se puede hacer una donación entre vivos imponiéndole cualquier modo lícito al donatario. La ley -artículo 1281- da algunos ejemplos de causa onerosa: para que una persona abrace una carrera o estado, a título de dote o por razón de matrimonio. En estos casos ejemplares se trata de modos impuestos en beneficio del propio donatario; pero se le pueden imponer modos que impliquen un beneficio para terceros, en el cumplimiento de los cuales el donatario tenga que invertir dinero. También estas donaciones son con causa onerosa, aunque la ley las coloca en otra categoría, porque a tal clase de obligaciones les llama "gravámenes pecuniarios o apreciables en dinero". También la carga puede imponerse en favor del propio disponente, como cuando en la donación a título singular se impone al donatario el gravamen de pagar las deudas del donante hasta una suma determinada. En este caso, tratado en especial por la ley, los acreedores siempre conservan sus acciones contra el primitivo deudor (donante) a menos que hayan reconocido como nuevo deudor al donatario, expresamente o en los términos que ya se expresaron en relación al caso de

donación de todos los bienes o de una cuota de ellos. Se habla aquí de donación a título singular, porque en las donaciones llamadas a título universal, el donatario tiene respecto de los acreedores del donante, por ley, las mismas obligaciones que los herederos, en los términos indicados por el artículo 1291. La responsabilidad del donatario por esas deudas, y por cualquier otro gravamen, según el artículo 1294, no se extiende sino hasta concurrencia de lo que al tiempo de la donación hayan valido las cosas donadas, siempre que conste tal valor por inventario solemne o por otro instrumento auténtico, no resultando, pues, perjudicado el donatario en su propio patrimonio, porque goza de pleno derecho de una especie de beneficio de inventario, que es por lo que los doctrinadores propugnan para los herederos.

Las donaciones con causa onerosa, incluidos los gravámenes pecuniarios o apreciables en dinero, deben otorgarse por escritura pública en que figure la causa o el gravamen que se impone, aunque no recaigan sobre bienes raíces; de lo contrario se tienen como enteramente gratuitas.

En las donaciones con causa onerosa, por regla general, el donatario tampoco tiene acción de saneamiento por evicción contra el donante, excepto cuando éste ha dado una cosa ajena a sabiendas, porque en tal caso de mala fe ha impuesto una obligación al donatario que puede haberlo hecho incurrir en gastos; pero en todo caso, esto es, sea que haya donado sabiendo o no que la cosa era ajena, si ha impuesto al donatario gravámenes pecuniarios o apreciables en dinero (como pagos, pagar una pensión a un tercero) aquél tiene siempre derecho para que se le reintegre lo que haya invertido en cubrirlos, con los intereses legales que no parecieren compensados con los frutos naturales y civiles de las cosas donadas, porque de lo contrario, o el donante se ha enriquecido ilícitamente o el donatario ha cumplido una obligación que ya no tenía causa, que era la donación que se le había hecho; el donante no goza, en cuanto a este reintegro, del beneficio de competencia.

Las donaciones con causa onerosa tienen también la particularidad de que pueden resolverse, no rescindirse como dice la ley, por acción del donante ventilada en juicio ordinario, en caso de mora del donatario en cumplir lo que en ellas se le ha impuesto. Esta acción termina en cuatro años, desde el día en que el donatario haya sido constituido en mora de cumplir la obligación impuesta, considerándose como poseedor de mala fe para los efectos de la restitución de las cosas donadas y los frutos, siempre que el incumplimiento no se deba a una causa grave. También puede el donante, si lo prefiere, pedir que se obligue al donatario al cumplimiento. Como se ve, esto es algo parecido a lo que ocurre en los contratos bilaterales, para los que está establecida la condición resolutoria tácita de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, pues en tal caso el otro contratante puede pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento de!

contrato. En las donaciones sólo tiene este derecho alternativo el donante, puesto que la obligación que para éste generó la donación, el hacer la tradición, ya lo cumplió.

La tercera clase de donaciones entre vivos, las donaciones remuneratorias, son las que se hacen expresamente para retribuir o remunerar (de ahí su nombre) a alguien por los servicios específicos prestados al donante que no se quisieron cobrar, lo cual viene a ser el móvil de la donación, siempre que esos servicios sean de los que suelen pagarse; si este móvil no consta por escritura pública o privada, según que el objeto que se dona sea raíz o mueble, o si en ella no se especifican los servicios que se quieren retribuir, como "una operación quirúrgica" o "la construcción de una casa", la donación se entiende gratuita, lo que tiene gran importancia, porque, considerándose gratuita la donación por esa omisión el donatario no tendrá acción de saneamiento, y aquélla será *totalmente* resoluble o revocable, lo que sólo ocurre en las remuneratorias en cuanto a lo que exceden al valor de los servicios que se remuneran, pues realmente sólo en ese exceso son donaciones (en lo que valen los servicios es pago); debido a esto, el donatario que sufre evicción de la cosa donada, tiene derecho a exigir el pago de los servicios que el donante se propuso remunerarle, si no apareciere haberse compensado por los frutos, desde luego que, si mientras la cosa donada estuvo en poder del donatario produciendo frutos y de éstos se aprovechó el donatario, resulta que se pagó con tales frutos, no tiene entonces por qué cobrarle al donante los servicios que con la donación se propuso remunerarle.

110.- CASO DE REVOCACION DE LA DONACION ENTRE VIVOS. Cuando se dice que la donación entre vivos es irrevocable, hay que asumir que esto se refiere a que el donante no la puede revocar *a su arbitrio*, en lo cual se diferencia de la donación por causa de muerte, que sí puede ser revocada al antojo del donante. Porque excepcionalmente la donación entre vivos puede ser revocada. Pero esta revocación no es al arbitrio del donante; tiene que existir una causa para ello, un motivo. La ley establece solamente un motivo por el cual la donación entre vivos puede revocarse: la ingratitud del donatario, cuando éste ha cometido un acto de ingratitud contra el donante. Se tiene por tal, según la ley, cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hicere indigno de heredar al donante. Pero este concepto de ingratitud es necesario expurgarlo. Si aprehendemos literalmente la frase "que le hicere indigno de heredar al donante" significaría que todo donatario tiene vocación sucesoria respecto del donante; es decir, que la donación se le ha hecho a una persona que puede llegar, en un momento a heredar al donante, y que habiendo cometido un hecho de los que producen indignidad, por eso *también* se le puede revocar

la donación. Esto indudablemente no es así: el donatario puede no tener nada que ver con la herencia del donante y sin embargo cometer un acto de ingratitud contra éste. La recta inteligencia de esto es, que el donatario ha cometido un hecho de los que según la ley produce indignidad para suceder por causa de muerte, o sea, que los mismos hechos que son causa para declarar indigno a un heredero (o legatario, agregamos) son también causa para revocar una donación. Sin embargo, está admitido que no sólo las ofensas que producen indignidad pueden ser constitutivas de ingratitud, sino otras ofensas que no son indignidades, como denigrar al donante, irrespetar su memoria, etc., y el del Art. 114 C.

Se diferencia también esta revocación de la de las donaciones por causa de muerte, y como consecuencia de que exige la causa de ingratitud, en que debe ser declarada judicialmente; y como la finalidad de esta acción es obtener la restitución de lo donado, tiene que ventilarse en juicio ordinario, en el que habrá que probar el hecho o hechos ofensivos que se han invocado para pedirla, puesto que no tiene trámites especiales señalados por la ley, ni esta contención es de las que se pueden decidir sumariamente.

Esta acción, como la de resolución (que la ley llama *rescisoria*), termina en cuatro años, contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo, y se extingue por su muerte, a menos que haya sido intentada judicialmente durante su vida, lo que significa que el donante murió mientras se estaba tramitando; pero si el hecho ofensivo ha producido la muerte del donante o se ha ejecutado después de ella, la acción revocatoria se transmite a los herederos de aquél. Y si el donante se halla impedido de intentar esta acción, por haber perdido el juicio o por otro impedimento, como el de encontrarse en coma o totalmente paralítico, puede ejercerla a su nombre mientras viva, y dentro del mismo plazo de cuatro años, su guardador, cualquiera de sus descendientes o ascendientes legítimos o su cónyuge, lo que constituye una segunda representación especial que el legislador ha establecido en la reglamentación de estas donaciones; la primera que encontramos es la del caso de la aceptación.

El artículo 1303 dice que "la resolución, rescisión y revocación" de que hablan los artículos anteriores, no dará acción contra terceros poseedores, ni para la extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, sino en los casos que enseguida enumera. Pero los artículos anteriores a éste que nos ocupa no hablan de la *resolución* propiamente dicha de estas donaciones, sólo hablan de rescisión, que debe *tomarse* por resolución, puesto que la rescisión es la acción a que da lugar la nulidad relativa, que no es el caso, y de revocación. Esto se debe a que antes de las reformas decretadas por la ley de 4 de agosto de 1902, había, en el Código llamado "de 1860", una disposición que sí

hablaba de "resolución", correctamente usada esta palabra o término jurídico. Decía así: "Art. 1358.- La donación entre vivos de todos o de la mayor parte de los bienes, queda resuelta por el hecho de nacer al donante uno o más hijos legítimos después de hecha, o de legitimar éste a uno o más hijos naturales habidos antes o después de ella, aunque no se haya expresado esta condición resolutoria al hacerse la donación." Tal disposición fue suprimida por la mencionada ley, pero olvidándose modificar el número 3o. del actual artículo 1303, suprimiéndole, como caso en que sí hay acción contra terceros poseedores, el de haberse procedido a enajenar los bienes donados, o a constituir sobre ellos hipotecas, servidumbres u otros derechos, después de tener hijos el donante, porque esto ya no es causa de *resolución* de la donación. La derogación de ese artículo se debió a nuestro juicio, porque esto no lo dijo la Comisión Reformadora pero es muy verosímil, al hecho de haberse instituido la libre testamentifacción, porque guardaba relación con la sucesión legitimaria o testamentaria restringida, que antes teníamos, puesto que las donaciones entre vivos disminuían lo que correspondía a los asignatarios forzosos, como eran los hijos legítimos que después de hecha la donación le habían nacido al donante, o que había legitimado.

CAPITULO XVI Pluralidad de herederos

111.- INDIVISION HEREDITARIA. Cuando la ley defiere la herencia a más de un heredero, el acto jurídico que tiene lugar en la sucesión por causa de muerte, que consiste en la transmisión del patrimonio, no termina con la aceptación o adición y consiguiente declaración de heredero, según nuestro derecho positivo, porque en este caso lo anterior no confiere dominio exclusivo, sino que se produce entre los coherederos un estado especial que se llama "indivisión hereditaria", en que no es posible señalar una parte material del caudal relicto sobre la cual tenga un derecho exclusivo cada uno de los herederos, en que ninguno de ellos puede ser considerado dueño de una porción determinada de los bienes hereditarios, sino que toda la masa hereditaria pertenece a los herederos en conjunto, y respecto a la cual no puede darse cualquier acción individual de ninguno de ellos. Los herederos no pueden arrogarse la facultad de administrar y disponer por sí solos, individualmente, ni siquiera en nombre y representación de los otros, contrariamente a lo que ocurre en las sociedades colectivas y comanditarias simples, pues la indivisión hereditaria no se constituye por medio de una convención, sino que es una de las consecuencias de la muerte del titular de un patrimonio, producida al margen de la voluntad de los sucesores, sino que deben hacerlo de consuno, como lo dispone el artículo 1193.

La indivisión hereditaria se rige por las reglas del cuasicontrato de comunidad, está comprendida en el artículo 2055, aun cuando técnicamente comunidad e indivisión hereditaria no son lo mismo. El término *comunidad*, que significa un conjunto de relaciones jurídicas en las que aparecen como sujetos varias personas conjuntamente, pero sin estar ligadas por una

convención, es más aplicable a la copropiedad de un bien singular. Pero también suele designarse con él a la indivisión hereditaria, que es la copropiedad sobre una universalidad jurídica, porque en ninguna de las dos se ha contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la cosa común.

No obstante lo anterior, la indivisión hereditaria tiene reglas que le son propias, porque los copartícipes, con el acto jurídico que realizan -aceptar una herencia- no tienen la intención ni de poner algo en común con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que de ello pudieran provenir, ni de dar nacimiento a un cuasicontrato.

La comunidad hereditaria no es una persona jurídica, y por consiguiente no tiene representante legal, siendo impropio sostener que los herederos son representantes legales de la sucesión, sino que son los continuadores, como una sola persona cuando son varios, de la personalidad del causante, como se explicó en otro lugar, y los ejecutores testamentarios, en su caso.

112.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS INDIVISARIOS.

Mientras la herencia permanece en el estado de indivisión, lo único que se considera dividido es el *derecho* de propiedad sobre la universalidad, no las cosas de que ésta se compone. De aquí viene que ninguno de los indivisarios puede disponer de parte alguna de los bienes de la herencia como dueño exclusivo, pero sí de la parte ideal que en la universalidad le corresponde, del medio, tercio, etc., cediéndola a cualquier título, sin que para esto sea necesario el consentimiento de los demás. El cesionario entrará a formar parte de la comunidad, en sustitución del heredero cedente.

También pueden hipotecar la parte ideal que les corresponde -Art. 2166- pero como la determinación de los bienes que corresponden a cada una de las cuotas ideales en que la herencia se ha dividido se verifica hasta que el estado de indivisión termina, con la partición de la masa hereditaria, y es en ese momento que se radica el dominio de los herederos en bienes singularmente considerados, la hipoteca afecta solamente los bienes que en razón de su cuota se le adjudiquen al que la hipotecó, si fueren hipotecables, esto es, de los mencionados por el inciso primero del artículo 2167; si no lo son caduca la hipoteca. En este caso la hipoteca puede considerarse condicional; la condición consiste precisamente en que al que la constituyó se le adjudiquen bienes hipotecables, aplicándose lo dispuesto en el artículo 2162, en lo que respecta a que, cumplida la condición, será su fecha la misma de la inscripción.

Consecuencia de que cada indivisario tiene la propiedad exclusiva de su cuota en la herencia es también que la misma puede serle embargada, caso en el cual el rematario, o el acreedor a quien se le adjudica en pago, le sustituyen como indivisario, con los mismos derechos que él tenía.

Cada comunero -indivisario- tiene las obligaciones que se señalan en el Capítulo que trata "Del cuasicontrato de comunidad", del Libro Cuarto del Código Civil. Por consiguiente, a las deudas contraídas en pro de la comunidad durante ella, sólo es obligado el comunero que las contrajo (porque no la representa, ya que aquélla no es persona jurídica), pero teniendo acción contra la comunidad para el reembolso de lo que hubiere pagado por ella. Si la deuda ha sido contraída por todos los comuneros colectivamente, sin expresión de cuotas, pero sin haber estipulado solidaridad, todos ellos son obligados al acreedor por partes iguales, pero cada uno tiene derecho contra los otros para que se le abone lo que en virtud de esta regla haya pagado de más sobre la cuota que le corresponda en la comunidad, como cuando correspondiéndole un cuarto en la comunidad, se vio obligado a pagar un tercio de la deuda porque eran tres comuneros, y según la regla que estamos viendo tuvieron que pagar la deuda por partes iguales.

También se aplica a la indivisión hereditaria la regla que establece que cada comunero debe a la comunidad lo que saca de ella, incluso los intereses legales de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios particulares, y es responsable hasta de la culpa leve por los daños que haya causado en las cosas y negocios comunes; asimismo, la que dispone que cada comunero debe contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad proporcionalmente a su cuota.

Los frutos de la cosa común -de los bienes de la herencia en nuestro caso- les corresponden a todos los indivisarios, y deben dividirse entre ellos a prorrata de sus cuotas al terminar la indivisión, en la forma que se verá al estudiar la partición.

113.- FIN DE LA INDIVISION HEREDITARIA. El estado de indivisión de la herencia es transitorio, está supuesto a durar poco tiempo, porque la propiedad plural o colectiva, es excepcional; lo natural es la propiedad individual, aunque en función social, al menos en los países en que, como el nuestro, les conviene el fraccionamiento de la propiedad inmueble. Por eso la ley establece que ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular (heredero o legatario) será obligado a permanecer en la indivisión, y siempre podrá pedir la partición del objeto asignado, aunque el testador haya ordenado lo contrario, con lo cual se está diciendo o indicando que la acción de partición es imprescriptible. La indivisión

hereditaria termina, pues, con la partición, acto con el cual se consuma la transmisión cuando existen varios herederos, desapareciendo hasta entonces el derecho real de herencia, dando lugar al derecho de dominio sobre cada uno de los bienes de la herencia, tal como lo tenía el causante.

La ley no dice expresamente quiénes pueden solicitar la partición, porque es obvio que a quienes interesa pedirla es a los coasignatarios (o condóminos en general, porque las mismas reglas se aplican a toda partición), por el hecho de ser ellos los indivisarios. Desde luego, también puede pedirla cualquiera otra persona que se coloque en esa situación de indivisario, por haber asumido los derechos que en la comunidad tenía alguno de los coasignatarios. Tal es lo que ocurre con el cesionario de los derechos hereditarios de alguno de los herederos; con el rematario o el adjudicatario de la cuota hereditaria embargada a alguno de los herederos; y con los herederos de cualquiera de los coasignatarios que no ejerció su derecho de opción, cuando han hecho uso del derecho de transmisión, o cuando, ya habiéndose producido la indivisión fallece uno de los indivisarios, que es a lo que se refiere la ley, no con la claridad deseada, al decir que si falleciere uno de varios coasignatarios, después de habersele deferido la asignación, cualquiera de los herederos de éste podrá pedir la partición, pero formarán en ella una sola persona, y no podrán obrar sino todos juntos o por medio de un procurador común, lo que no es aplicable al caso inmediatamente anterior. El caso último está considerado por el artículo 1200, que cuando habla de que los herederos del coasignatario fallecido formarán en la partición una sola persona, significa que la herencia se va a dividir en las partes originales, no en las que resultarían si esos herederos no formaran una sola persona. Ejemplo: si eran tres indivisarios y muere uno de ellos dejando cuatro herederos, la herencia no se va a dividir en seis porciones, sino en las tres originales, una para cada uno de los coherederos sobrevivientes y la otra para los cuatro herederos del que murió, porque forman una sola persona, quienes en lo que les toque quedarán en proindivisión, para salir de la cual tendrán posteriormente que hacer la partición de esa cuota entre ellos.

Pero la partición puede siempre pedirse si los coasignatarios no han estipulado permanecer en la indivisión, pacto cuyo plazo no puede exceder de cinco años; sin embargo, al cumplirse este término puede renovarse el pacto, lo que puede ocurrir varias veces, siempre de cinco en cinco años. Esto se ha dispuesto así para que cualquiera de los indivisarios que ya no desee seguir en indivisión, no tenga que esperar demasiado tiempo para pedir la partición.

Con todo, no puede pedirse la partición de las cosas que no son

divisibles, como los lagos de dominio privado y derechos de servidumbre, ni de las cosas que la ley manda tener indivisas, como los sepulcros, la propiedad horizontal, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley respectiva, y el Bien de Familia.

CAPITULO XVII Partición

114.- EFECTOS DE LA PARTICION. La partición tiene efecto declarativo, no hace más que reconocer un derecho de dominio ya existente, no lo constituye, porque según la ley, cada asignatario se reputa haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. Esto significa, que para la ley, cada asignatario es dueño de los efectos que en la partición se le adjudican, desde el momento de la muerte del causante, con dominio exclusivo, cuando realmente no es así, según la teoría de la copropiedad que se ha aceptado, porque antes de la partición ninguno de los herederos tiene derecho exclusivo sobre ningún bien de la herencia, sino que sólo son dueños exclusivos de su parte ideal, según ya de dejó dicho. Por ello, lo prescrito por la ley sobre los efectos de la partición es una ficción, y esto se confirma con la expresión "se reputará", que se usa en el artículo 1225, y porque tal efecto viene a desconocer un hecho real, cual es el de la existencia de la indivisión; pero se ha creído más conveniente darle tal efecto que el atributivo de propiedad, según el cual, en síntesis, los herederos se ceden entre sí los derechos que como copropietarios les corresponden en los bienes que se adjudican a los otros, porque en tal caso no se sigue la doctrina de la cuota ideal en la universalidad, sino la de la cuota en cada uno de los bienes, que es la teoría romana de la copropiedad, no aceptada por nuestro legislador.

Como consecuencia del efecto declarativo de la partición, cuando alguno de los coasignatarios enajena una cosa que en la misma se adjudica a otro de ellos, lo que resulta es una venta de cosa ajena, porque en ella el

que la enajenó jamás ha tenido derecho alguno (por ficción). Pero esta venta, como en todo caso igual a este, produce entre las partes las obligaciones propias de la compraventa, por lo que puede pedirse la tradición de lo vendido y el comprador debe pagar el precio; si alguna de las partes no cumple la otra puede pedir a la resolución o el cumplimiento, con indemnización de perjuicios en ambos casos y el demandado puede oponer la excepción del contrato no cumplido; mas, no le es oponible al verdadero dueño, o sea, al coasignatario a quien se le adjudicó. Este tiene derecho de reivindicarla de manos del coasignatario vendedor si éste todavía no ha hecho al entrega, o de manos del comprador si ya se le había entregado. En el primer caso el comprador tendrá derecho a la resolución del contrato, y si creía que la cosa pertenecía al vendedor, también lo tiene a la indemnización de daños y perjuicios. En el segundo habrá sufrido evicción, y tendrá derecho al saneamiento correspondiente. Si en la partición la cosa se le adjudica al que la enajenó, la venta habrá sido de cosa propia, una cesión de derechos hereditarios en concreto a título de venta, porque se reputa que el asignatario vendedor tenía su dominio exclusivo desde el momento de la muerte del causante (siempre por ficción).

115.- QUIENES PUEDEN HACER LA PARTICION. La partición puede hacerla el causante, o pueden hacerla los herederos si aquél no la hizo. Tanto el causante como los herederos disponen de dos formas para hacer la partición. Aquel la puede hacer por acto entre vivos o por testamento; éstos, judicial y extrajudicialmente.

Las particiones hechas por el causante, ya las haga por acto entre vivos ya por testamento, tienen el inconveniente de que si después de verificadas aquél adquiere nuevos bienes, y no hace la partición de ellos por otro acto entre vivos, o no modifica el testamento incluyendo en la partición que él contiene los nuevos bienes, la partición de estos tienen que hacerla los herederos, que es lo que posiblemente quería evitar al hacerla él mismo, por las controversias que entre coasignatarios se suelen suscitar cuando ellos hacen la partición.

Lo dicho se entiende, desde luego, cuando la copropiedad ha sido originada por la muerte del titular del patrimonio; más concretamente, cuando se trata de la proindivisión de una herencia o de un legado. Si el caso es de copropiedad de una cosa singular que no provenga de la sucesión por causa de muerte, como cuando dos o más personas han comprado conjuntamente una cosa, los proindivisarios son los únicos que pueden hacer la partición, ya judicial ya extrajudicialmente. Si deciden hacer partición judicial, tendrán que aplicarse las mismas reglas, en lo pertinente,

de la partición judicial de la herencia, según lo dispone el artículo 2064 C.

116.- PARTICION VERIFICADA POR EL CAUSANTE. El artículo 1197 del Código Civil dispone, que si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella (hay que acatarla) en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno. Se infiere de ello que el causante *puede* hacer la partición de sus bienes, que está facultado para ello, ya sea por acto entre vivos o por testamento. Pero no se dan los principios que deben regir la partición hecha por el propio causante. La ley, después de sentar la hipótesis, sin conferir siquiera el derecho en forma expresa, se limita a decir que hay que pasar por esa partición, si no es contraria a derecho ajeno, como si se tratara de una cosa que ya está reglamentada en otra parte del Código o del mismo Título, y ello suscita graves problemas de hermenéutica, como por ejemplo, el de cómo explicar que el causante pueda hacer una partición de sus bienes por acto entre vivos, sin estar relacionada con un acto jurídico atributivo de la propiedad de los bienes partidos, porque no puede hacerse una partición entre vivos, para los efectos de que aquí se trata, sin atribuirle el dominio de ellos a nadie; o cómo determinar en qué clase de instrumento se hará; y tratándose de una partición hecha en testamento, cómo diferenciar de los legados y prelegados las adjudicaciones de bienes singulares que el causante hace, como partición, a cada uno de los herederos.

Hay que concluir que la partición que entre vivos puede hacer el causante, tiene necesariamente que apoyarse en la forma ya establecida de disposición gratuita de bienes entre vivos, que es la donación irrevocable. Este es el único "acto entre vivos" en que el causante puede hacer la partición, porque según el artículo 1283 del Código Civil, pueden hacerse donaciones a título universal, ya sea de la totalidad o de una cuota de los bienes, siempre que además de hacerse por escritura pública cuando recaen sobre bienes raíces, se confeccione un inventario solemne de los bienes, cuya omisión produce nulidad, y es en esa ocasión que una persona puede hacer la partición de todos los bienes comprendidos en el inventario, que son los que se entienden comprendidos en la totalidad o en la cuota que dona, y por consiguiente, a esta "donación-partición" -como la llaman los franceses- es a la que se refiere la ley cuando dice que "si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos...se pasará por ella..." Las reglas de esta partición son entonces las de la donación entre vivos, pero deben cumplirse también los requisitos propios de una partición. Desde luego, cuando el causante después de hacer la donación-partición adquiere más bienes y muere sin ser partidos por los herederos, pues que de ellos serán, en cualquiera de las formas en que la ley se los permite. Lo mismo ocurrirá si el difunto no donó todos sus bienes sino una cuota. De esta donación la ley

dice que es a título universal, pero lo que con ello está significando es únicamente que se puede donar la totalidad de los bienes *presentes* que se tengan, a una cuota de ella, como ya se dejó explicado. Si no fuera así resultaría que se podría donar entre vivos el patrimonio, lo que jamás ha pretendido decirse, porque ello equivaldría, en el fondo, a aceptar la sucesión contractual. Esto, porque en una verdadera donación a título universal quedarían comprendidos los bienes futuros, y "la donación de bienes futuros constituye lo que se llama una institución contractual" (Mazeaud: *op.cit.* Tomo 15, pág. 468).

Claro Solar (*op. cit.* Tomo XVII, pág. 99) dice a propósito de la partición practicada por el difunto por acto entre vivos: "Si la partición se practica por acto entre vivos, es indispensable que exista testamento anterior a dicho acto puesto que este se otorgó para dar cumplimiento a las disposiciones de última voluntad del difunto; y no se trata de la simple donación entre vivos de sus bienes que no entiende hacer, desde que está disponiendo de sus bienes para después de la muerte, y no puede haber herencia de una persona viva". Esto significa que el difunto ha hecho testamento, pero no hizo la partición en ese testamento, sino que la hace "en concreto determinando los bienes que se dejan...en acto entre vivos o por testamento posterior a aquél en que el difunto transmite su herencia en abstracto por la simple institución de heredero o por la asignación de una cuota intelectual del patrimonio" (*Ibidem*), o sea, que en el testamento se concretó a instituir los herederos, no hizo la partición, y por eso, como ya hay testamento, la hace después "entre vivos" en un instrumento que no es testamento. Creemos que tal partición siempre será por causa de muerte, puesto que descansa en un testamento, que sólo tiene efecto después de la muerte; al hablar de partición "entre vivos" debe entenderse por tal un acto jurídico que va a producir efectos precisamente entre vivos; nuestra ley dice que "si el difunto ha hecho la partición *por* acto entre vivos...", esto es, sustentándose o basándose en un acto entre vivos, y este no puede ser más que la donación entre vivos.

La partición hecha por el testador en su testamento es revocable, contrariamente a la donación-partición, porque no es atributiva de propiedad, y como los del testamento en que está contenida, sus efectos se van a producir hasta que el testador muera, siempre que las asignaciones a que está ligada no sean revocadas, porque tal partición está supeditada a la institución de herederos que el testamento contiene; siguen la misma suerte. Consiste en que el testador, además de instituir a sus herederos, designa los bienes que a cada uno de ellos le caben por su cuota en la universalidad, lo que debe distinguirse del caso del prelegado, pues que en este, lo legado a un heredero está fuera de la masa partible, no entra en la cuota que en la universalidad le corresponde a título de heredero, sino que lo recibe como legatario, y es, pues, una mejora, tratándose de dos asignaciones diferentes e independientes.

Pero como un testamento puede contener sólo asignaciones a título singular, el testador puede haber distribuido todos sus bienes en legados, lo que tendría la apariencia de una partición, pero técnicamente no lo sería, aun cuando lo legado fuera igual en valor para todos los legatarios, porque la partición por testamento es entre herederos, entre quie es serían coparticipes en la indivisión que se formaría a la muerte del testador, y entre los legatarios no se forma la indivisión de que aquí se trata.

En las particiones rigen dos principios fundamentales: el principio de igualdad y el principio de garantía. Según el primero, en la partición hecha por el causante, tanto por acto entre vivos como por testamento, lo adjudicado a cada uno de los beneficiados debe ser igual en valor a lo adjudicado a los otros, por manera que si a alguien se le adjudica en la partición una porción de bienes mayor que la de los otros, ya no se está en presencia de una verdadera partición Pero, por otra parte, esa sería la voluntad del donante o testador y habría que respetarla, aunque no constituya una verdadera partición por no haberse respetado el principio de igualdad. Mas, esto sólo puede ocurrir en las legislaciones que, como la nuestra, han acogido el principio de la libre testamentación; en las que rige la sucesión legitimaria, o testamentaria restringida, el causante debe hacer una verdadera partición de sus bienes, debe respetar el principio de igualdad, de lo contrario, quien resulta perjudicado tiene acción sobre ella. Esto se debe a que el causante no puede perjudicar las "legítimas" ("Legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios", Código Civil de 1860) por medio de una partición-donación o una partición hecha en testamento. De aquí viene que la partición entre vivos y la partición por testamento, sean más conformes con la sucesión legitimaria que con el sistema de la libre testamentación. Y esto explica por qué nuestra ley, después de decir que si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, agrega que se pasará por ella "en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno", porque tal disposición estaba en armonía con las asignaciones forzosas, significando esa frase que si con la partición se perjudicaban "las legítimas" no se pasaba por ella, era impugnable, porque no se habían respetado los derechos de los legitimarios. Pero no existiendo ya derechos ajenos que respetar en tal sentido, siendo el causante libre para disponer de sus bienes ya sea en favor de sus parientes o de personas extrañas, la salvedad que encierra esa expresión de la ley, ya no tiene razón de ser, y por ello la distribución que de sus bienes haga en vida o por testamento el causante, aunque técnicamente no sea una partición, tiene validez.

117.- PARTICION VERIFICADA POR LOS HEREDEROS. Cuando el causante no ha hecho la partición, son los herederos los que tienen que

proceder a ella, si todos o algunos, no quieren permanecer en la indivisión, y pueden hacer partición judicial o partición extrajudicial; a esta última forma también se le llama partición "amigable". Aquí se tratará de la primera, más adelante de la segunda.

Si no todos los herederos están de acuerdo en poner fin a la indivisión hereditaria, cualquiera de los que sí quieren salir de ella, puede ocurrir al juez del lugar donde se haya abierto la sucesión, o del lugar donde se halla la mayor parte de los bienes divisibles, pidiéndole que, con presencia del inventario y tasación, cuya facción en este caso es necesaria, la mande practicar; pero no puede promoverla el asignatario que está sujeto a una condición suspensiva, porque todavía no ha asumido la calidad de heredero, desde luego que el deferimiento se le hará hasta que la condición se cumpla, excepto cuando esta sea potestativa negativa y haya rendido la caución muciana, pues en este caso el deferimiento se le hace al momento de la muerte del causante, y puede enseguida aceptar la asignación; pero si mientras pende la condición se verifica la partición a instancia de cualquiera de los indivisarios, estos deben asegurarle al que está bajo condición suspensiva lo que cumplida la condición le corresponderá.

Esta partición que se promueve recurriendo a los jueces, y que ha de practicarse con sujeción a las reglas legales, se llama por lo mismo "partición judicial", forma que forzosamente debe emplearse siempre que en ella tengan interés (como indivisarios) personas ausentes que no hayan nombrado apoderado, o personas bajo tutela o curaduría, o personas jurídicas, y en general, personas que no tengan la libre administración de sus bienes. El encargado de practicar las operaciones propias del acto material de la partición, es una persona que por desempeñar esas funciones recibe el nombre de "partidor". Este puede ser nombrado por el testador en instrumento público por acto entre vivos, y por testamento. Creemos que al decir la ley que el nombramiento de partidor que el difunto haya hecho por instrumento público entre vivos tiene validez, no debe entenderse que el causante, en una escritura pública se ha concretado a hacer ese nombramiento, desligado de la disposición de bienes; la ley, a nuestro juicio, se está refiriendo al caso de la llamada donación entre vivos a título universal, cuando en ella no se hace la partición, pero se nombra a una persona para que la efectúe.

Cuando el causante no hubiere nombrado partidor corresponde hacerlo, en primer lugar, a los herederos, quienes deben designarlo de común acuerdo; pero si entre los coasignatarios hubiere alguno que no tuviere la libre administración de sus bienes (desde luego interviene por medio de su representante legal), el nombramiento debe ser aprobado por el juez, cuando el valor de la herencia exceda de quinientos colones; y si no lo

nombraren o no se pusieren de acuerdo en el nombramiento, lo nombra el juez a su arbitrio, pero con las siguientes limitaciones: no puede nombrar a alguno de los propuestos por los interesados ni a un coasignatario. La primera limitación se debe a que algunos de los coasignatarios pueden haber propuesto a una persona como partidador, y otros a una persona diferente: como no hay acuerdo lo nombra el juez, pero no puede nombrar a alguno que haya sido propuesto por cualquiera de los interesados.

Está generalmente aceptado que el partidador es un delegado del juez, quien no puede nombrar, como se acaba de decir, a un coasignatario, ni a una persona que no sea abogado. Pero el causante sí puede nombrar a un coasignatario, y no está, por consiguiente, limitado a nombrar un abogado; puede nombrar a cualquier persona entendida. Tampoco los coasignatarios deben nombrar necesariamente a un abogado; y también pueden nombrar a uno de ellos.

No puede nombrarse más que un partidador, pero esto no obsta a que se nombre un agrimensor, para que haga la división y amojonamiento de un terreno en partes materiales, cuando ello sea necesario para la formación de los lotes que a cada copartícipe deben corresponder, porque, como dice la disposición legal pertinente, el agrimensor sólo verifica una división puramente material; la partición jurídica de las porciones del terreno hechas por aquél, o sea, la adjudicación a los copartícipes, siempre corresponde al partidador. El nombramiento del agrimensor lo hace el juez, a petición del partidador. Este, al aceptar su encargo, debe prestar juramento de desempeñarlo fielmente, y tiene, para cumplir su cometido, el plazo legal de seis meses, contado a partir de la fecha en que acepta el cargo, plazo que no puede ampliar el testador (porque indirectamente estaría obligando a sus herederos a permanecer en la indivisión un tiempo relativamente largo); pero los copartícipes no sólo pueden restringirlo sino también ampliarlo, dependiendo todo ello de la complejidad o sencillez del caso ocurente.

Si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otras personas (Art. 1221), constituyendo un acervo bruto o común, debe procederse, como primera providencia, a la separación de los patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas generales de toda partición, o sea, que habrá que practicar otra u otras particiones, según el caso (sucesiones anteriores indivisas), pero no puede verificarlas el mismo partidador que está verificando la del acervo líquido, porque en ellas tienen interés otras personas que no han intervenido en su nombramiento, a menos que en las otras también se le nombre como tal.

No puede procederse a la partición si estuviere pendiente alguna demanda sobre derechos a la sucesión, como un juicio de indignidad, o

los coasignatarios de una especie son colegatarios. Hay que tener presente que en el Título "De la partición de bienes", no sólo se regula la partición de la herencia, sino también la de especies que han sido legadas a varias personas, y en general, la de cosas singulares; pero la situación también se puede presentar en la partición de una herencia, cuando la especie que no admite división o cuya división la haga desmerecer, pertenece a la masa herencial. Sigue diciendo la mencionada regla que "tendrá mejor derecho a la especie el que más ofrezca por ella". En esta parte la ley se está refiriendo a lo que en derecho sucesorio se llama "licitación", que consiste en el derecho que tienen los copartícipes a quedarse con la especie *imputándola* a la porción que en la herencia les corresponde, por un precio superior al que en la tasación se le ha dado, o al convencional en que los interesados han convenido. Luis de Gásperi (op.cit.Tomo II, págs. 237 y 238) dice al respecto: "En el derecho moderno la licitación es un remate de la cosa indivisa y difícil de partir, a que los condóminos o comuneros en una sucesión recurren para adjudicarla en exclusividad al que en el limitado círculo de dichos copartícipes sea el mejor postor, con imputación de su precio a su cuota indivisa en la herencia... De esta suerte, exacta es la expresión francesa según la cual la licitación importa partición, en cuanto es una manera de lograrla sin detrimento de las partes, porque no es exacto que la exclusión de los extraños en el acto de la subasta sólo beneficie a los herederos ricos, desde que ninguno de los licitadores puede poner postura más allá de su cuota hereditaria sin exponerse a desembolsar en efectivo el excedente de su cuota. El adjudicatario paga con su porción, sin necesidad de doblar el precio, salvo, como lo hemos dicho, de exceder su postura el valor de ella".

La licitación está reglamentada en los artículos 931, 932 y 933 del Código de Procedimientos Civiles. Según esas disposiciones, el partidor debe poner en conocimiento de las partes que una especie no tiene cómoda división o cuya división la haga desmerecer, para que todos o cualquiera de ellos, ocurran al juez pidiendo la venta por licitación. Si la solicitud no es uniforme, el juez debe dar audiencia general a las demás partes, por tercero día, sin entregar los autos puesto que la audiencia es común. Y con lo que contesten o en su rebeldía, recibe la causa a prueba si fuere necesario, por ocho días con todos cargos, y concluidos ordena o no la venta, según el mérito de la prueba. Al declararse ejecutoriada la sentencia que ordena la venta, el juez, a solicitud de cualquiera de los interesados procede a efectuarla, observando los trámites del remate judicial prescritos para el juicio ejecutivo. Aquí es donde "cualquiera de los coasignatarios tendrá derecho a pedir la admisión de licitadores extraños", según dice el artículo 1217 C. El precio, lo que produjo la venta, se divide entre todos los coasignatarios a prorrata. Al tener presente lo que dice De Gásperi y compararlo con lo anterior, se ve claramente que lo que nuestra ley

reglamenta no es la verdadera "licitación", sino simplemente una venta en pública subasta; reafirma esto la prescripción de que el precio se divide entre todos los coasignatarios a prorrata, sin hacer el distingo de si el que adquirió la especie es un copartícipe o comunero o un extraño. En la verdadera licitación el precio se divide entre todos los coasignatarios a prorrata, cuando quien compra la especie es un extraño, puesto que él ha hecho una compra y no una licitación, y por consiguiente tiene que pagar el precio en efectivo; pero cuando el que más ofrece por la especie es un coasignatario, el precio que debía haber pagado se le abona o imputa a su cuota en la herencia, como por ejemplo, si en la herencia le corresponden cien y por la especie ofreció noventa y cinco, sólo resta por adjudicarle bienes por valor de cinco. Podría ser que lo que ofrezca por la especie sea igual a lo que en valor le corresponde en la herencia: le corresponden cien y ofrece cien. En este caso ya no se le debe nada por su cuota en la herencia y no ha tenido que desembolsar nada, como en el caso anterior. Pero si ofreció por la especie más de lo que en valor le corresponde en la comunidad, como cuando correspondiéndole cien ofrece ciento veinticinco, resulta que además de que su cuota ya está pagada debe veinticinco a la comunidad, los cuales tiene que pagar en efectivo, y ese excedente entra en la masa partible.

Puede ocurrir que en el remate nadie ofrezca más por la especie que el valor de tasación que se le dio en el inventario, o que el valor en que han convenido los coasignatarios, caso en el cual, según la regla 2a., si están compitiendo para quedarse con ella dos o más coasignatarios, los descendientes del causante serán preferidos a sus ascendientes y al cónyuge, pero si todos fueren descendientes o ninguno lo fuere, la especie se sortea, adjudicándose al que haya cabido en suerte. Este sorteo se hace por el juez previa citación de los interesados, con señalamiento de día y hora, y el resultado se comunica al partidor, Art. 934 Pr. Conviene traer a colación aquí, a propósito de este sorteo y para que se tome en cuenta en los demás que se practican en una partición, que según el artículo 1300 del mismo Código de Procedimientos Civiles, todo sorteo judicial se practica por insaculación de boletas que contengan, unas la numeración de los lotes u objetos, y otras los nombres de los interesados; la insaculación se hace por la persona que en el acto elijen aquéllos o el juez de oficio en caso de discordia o rebeldía. Del sorteo se asienta una acta en que conste su resultado, que firman el juez, las partes presentes que supieren hacerlo y el secretario, todo pena de nulidad.

Quando uno o más fundos se han dividido en partes materiales (Art. 1202, inc. 2o.) y de estas se adjudican varias a un solo individuo, el partidor debe procurar que sean continuas, a fin de que al asignatario le resulte más fácil su explotación, e inclusive, para que pueda después reunir--

las en un solo cuerpo si le conviniere, a menos que consienta en recibir porciones separadas o que de la continuidad resulte mayor perjuicio a los demás interesados que de la separación al adjudicatario (regla 3a.), como cuando las porciones contiguas son las de mejor tierra, y las demás son pedregales y barrancos, pues la continuidad daría por resultado que a un solo asignatario le quedaría la mejor parte del fundo en perjuicio de los otros. La misma continuidad se ha de procurar cuando un asignatario es dueño de un fundo colindante con el de la herencia que ha sido dividido en varias porciones para adjudicarlas a los coasignatarios (regla 4a.); y siempre que las circunstancias lo requieran, en la división de fundos, el partidor debe establecer las servidumbres necesarias para la cómoda administración y goce de las parcelas (regla 5a.).

Otra regla que parece ser exclusiva para la partición de un predio que ha sido legado a dos o más personas, es la 6a., pues establece que si dos o más personas fueren coasignatarias "de un predio", podrá el partidor, con el legítimo consentimiento de los interesados (los coasignatarios) separar de la propiedad el usufructo, habitación o uso para darlos por cuenta de la asignación. Pero también puede constituirse un usufructo, uso o habitación en la partición de una herencia, adjudicando a uno de los coasignatarios la nuda propiedad, y a otro, cualquiera de esos derechos reales, toda vez, asimismo, que medie el legítimo consentimiento de los interesados, porque no dejan de ser mal vistas por los coasignatarios estas desmembraciones del dominio. El artículo 1252 hace referencia al caso en que en la partición de una herencia se ha constituido un usufructo.

Según las reglas 7a., 8a. y 9a., en la partición de una herencia o de lo que de ella restare, después de las adjudicaciones de especies de que se ha tratado (que no admitían división o cuya división las hacía desmerecer), si el caso se dio, el partidor tiene la obligación de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad, como cuando hay ganado debe distribuirlo entre todos los coparticipes, y cuando ello no es posible (si el ganado no alcanza para todos), la de hacer lotes o hijuelas de la masa partible que se sortearán, de la manera ya dicha. En la formación de esos lotes el partidor debe procurar no sólo la equivalencia (del mismo valor en dinero todos) sino la semejanza de todos ellos, es decir, que contengan la misma clase de cosas si es posible, cuidando de no dividir o separar los objetos que no admitan cómoda división o de cuya separación resulte perjuicio, como la de cosas que se complementan y sólo juntas pueden prestar servicio, salvo que convengan en ello unánime y legítimamente los interesados. Cada uno de los interesados puede reclamar contra el modo de composición de los lotes, antes de efectuarse el sorteo, como alegar que las mejores cosas se han colocado en un mismo lote.

Los coasignatarios pueden nombrar al partidor, de común acuerdo, como ya se vio; pero si entre ellos hubiere alguno que no tuviere la libre disposición de sus bienes, ese nombramiento debe ser aprobado por el juez. Esta aprobación puede haberse omitido (ello no produciría más que la nulidad relativa de la partición), caso en el cual el partidor, para llevar a efecto lo dispuesto en cualquiera de las reglas que se han estudiado necesita la aprobación judicial; pero si su nombramiento fue aprobado por el juez tal requisito no es necesario, aun cuando algunos o todos los coasignatarios sean menores u otras personas que no tengan la libre administración de sus bienes. Esto es lo que dispone la 10a. y última regla del artículo 1217.

El partidor no sólo debe evitar en lo posible el fraccionamiento de especies, sino las adjudicaciones que se llaman "con alcances", que son aquéllas en que un partícipe queda obligado a pagar el exceso que resulta en su contra por haberse adjudicado bienes que tienen un valor superior al de su cuota en la herencia, y las adjudicaciones en proindivisión, puesto que con estas obligará a los indivisarios a practicar una nueva partición.

La relación que de todo ello presenta el partidor al juez, para que éste aplique el procedimiento que le señala el Código respectivo previo a su aprobación, es la llamada por algunos autores "cuenta particionaria", que según José Arias ("Derecho Sucesorio", Ed. Guillermo Kraft Limitada, 2a. Edición, Bs.As.1950) es un documento que tiene una naturaleza triple: es un acto jurídico, una operación de contabilidad y un instrumento notarial.

En cuanto a la aprobación de la partición judicial, en nuestra ley existen dos disposiciones relativas a ello. La primera, el artículo 1222, expresa que "siempre que en la partición de la masa de bienes o de una *porción* de la masa (casos de los artículos 1211 y 1230 y cuando el causante no partió todos sus bienes por acto entre vivos o por testamento) tengan interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curaduría, o personas jurídicas, será necesario someterla terminada que sea, a la aprobación judicial"; y la segunda, artículo 1223 inc. 1o., dice que "toda partición judicial se presentará al juez de Primera Instancia para su aprobación e incorporación en el protocolo que designen las partes, o el juez en subsidio". Al parecer, la primera sobra, porque si según la segunda "toda" partición judicial debe presentarse al juez para su aprobación, aquí quedan comprendidos ambos casos, esto es, el de que en la partición tengan interés las personas enumeradas en la primera, y el de que en la partición sólo tengan interés personas capaces, personas que tengan todas la libre disposición de sus bienes, caso este último, que quedaba excluido de la aprobación judicial en el artículo 1222, pues a contrario sentido indica que cuando no tienen interés en la partición ninguna de esas personas, no hay necesidad de aprobación judicial; mas sin embargo, cae

bajo el imperio del artículo 1223, según el que, repetimos, *toda* partición judicial debe ser aprobada judicialmente, y ésta indudablemente fue la intención que se tuvo al introducir el artículo que ahora lleva el número 1223 en nuestro Código, pues no existe en el de Chile que fue su modelo, pero a nuestro juicio debió desecharse la disposición contenida en el 1222.

Según el Código Civil chileno sólo se aprueba judicialmente la partición, cuando en ella tienen interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curaduría (suprimen las personas jurídicas que tiene el nuestro), ya la verifique un partidor o los herederos por sí mismos; esto último porque contrariamente a lo que dispone nuestro artículo 1204, los coasignatarios pueden hacer la partición por sí mismos aunque entre ellos haya personas que no tengan la libre disposición de sus bienes. Las disposiciones pertinentes son las siguientes:

"Art. 1325.- Los coasignatarios podrán hacer la partición por sí mismos si todos concurren al acto, aunque entre ellos haya personas que no tengan la libre disposición de sus bienes, siempre que no se presenten cuestiones que resolver y todos estén de acuerdo sobre la manera de hacer la división.

Serán, sin embargo, necesarias en este caso la tasación de los bienes por peritos y la aprobación de la partición por la justicia ordinaria del mismo modo que lo serían si se procediere ante un partidor..." (Esta relación es al artículo siguiente, el 1342).

"Art. 1342.- Siempre que en la partición de la masa de bienes, o de una porción de la masa, tengan interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curaduría, será necesario someterla, terminada que sea, a la aprobación judicial". (8a. Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981).

Entregada la partición al juez por el partidor y aprobada por aquél, se le entrega certificación de ella al notario designado, para que la protocolice, notario que designan los interesados de común acuerdo o el juez en subsidio, quien expide testimonio en el papel sellado correspondiente al valor de la respectiva hijuela a cada uno de los copartícipes, hijuela que debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad Raíz correspondiente si contiene adjudicación de inmuebles (Art. 685). En la expedición de los testimonios a cada uno de los interesados, basta insertar la cabeza, la descripción de su respectiva hijuela o adjudicación y el pie del instrumento; pero si algún interesado lo pidiere, debe dársele testimonio completo (Art. 44, infine, de la Ley de Notariado).

118.- DIVISION DE LOS FRUTOS. Durante la indivisión, los bienes dejados por el causante pueden haber producido frutos, y si esto ha ocurrido dichos frutos deben dividirse entre los asignatarios según las reglas especiales que para ello establece el artículo 1218, de las cuales unas se refieren a los legatarios y otras a los herederos.

Los asignatarios de especies, o sea, los legatarios de especies o cuerpos ciertos, tienen derecho a los frutos y accesiones de ellas desde el momento de abrirse la sucesión. Esto por la razón de que, según el artículo 1161, los efectos de la aceptación de los legados de especie se retrotraen al momento del deferimiento. El numeral 1o. del artículo arriba citado fija el momento desde el cual tienen derecho a los frutos, diciendo que es al abrirse la sucesión, pero esto en el entendido de que la asignación es pura y simple, porque entonces con ese momento coincide la delación; por eso hace la salvedad de que la asignación haya sido desde día cierto, o bajo condición suspensiva, pues en estos casos -dice- 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.

Los asignatarios de cantidades o géneros tienen derecho a los frutos desde el momento en que se les entregan, porque es hasta ese momento que se determina cuál es la especie del género indicado por el testador que les pertenece. La persona obligada a "prestar" dichas cantidades o géneros es aquella a quien el testador le ha impuesto la obligación de darlas o entregarlas, que puede ser un heredero o un legatario (sublegado); si a ningún asignatario en particular se le ha impuesto esa obligación, quienes deben cumplirla son todos los herederos a prorrata de sus cuotas en la herencia.

Pero hay un caso en que los legatarios de cantidades o géneros tienen derecho a ciertos frutos producidos antes de la entrega, y es al que la ley se refiere en el ordinal 2o. del mismo artículo 1218, que dice: "Los legatarios de cantidades o géneros no tienen derecho a ningunos frutos, sino desde el momento en que la persona obligada a prestar dichas cantidades o géneros se hubiere constituido en mora; y este abono de frutos se hará a costa del heredero o legatario moroso." En este caso, el heredero o legatario no sólo debe entregar lo legado, sino también los frutos que produjo entre el momento en que *debía* haberlo entregado y el de la entrega. La razón de esto la da Claro Solar (op. cit. Tomo XVII, pág. 163) quien dice: "La mora en el pago hace responsable al obligado a pagar el legado con los frutos que este habría producido en poder del asignatario si se le hubiera hecho puntualmente el pago..." Si todos los herederos son los obligados a pagar estos legados, y se da el caso de mora de que se habla, el abono de frutos deben hacerlo entre todos, a prorrata de sus cuotas en la herencia.

En cambio, los herederos tienen derecho a todos los frutos y acciones de la masa hereditaria indivisa, a prorrata de sus cuotas (ordinales 3o. y 4o.) pero deducidos los frutos y acciones pertenecientes a los asignatarios de especie, porque estas no son de ellos sino de dichos asignatarios, según lo dicho en el ordinal 1o., y producen para sus dueños. Tal deducción recae sobre toda la masa, siempre que no haya una persona directamente gravada para la prestación del legado, pues si este gravamen ha sido impuesto por el testador a alguno de sus asignatarios, éste sólo sufrirá la deducción, esto es, que de la parte que a él le corresponde en la herencia tiene que pagar esos frutos.

De lo impuesto en el artículo 1219, según el mismo autor que se acaba de citar (Ibidem, pág. 165) quedan excluidos los asignatarios de especie o cuerpo cierto, porque éstos reciben los frutos pendientes como parte integrante de la asignación y sin influencia sobre el valor de ésta, pues todos los frutos que la cosa asignada produce les pertenecen desde la delación de ella. Se aplica, pues, esta disposición, a los legados que no son de especie o cuerpo cierto, y en consecuencia está en relación con la regla 2a. del artículo anterior. Dice así el mencionado artículo: "Los frutos pendientes al tiempo de la adjudicación a los asignatarios de cuotas, cantidades o géneros, se mirarán como partes de las respectivas especies, y se tomarán en cuenta para la estimación del valor de ellas". Lo que en otras palabras significa, que el valor de los frutos pendientes aumenta el de la cosa de la que penden: si una especie, cuyo valor es de cien, tiene frutos pendientes al tiempo de la adjudicación por valor de veinticinco, su valor ascenderá a ciento veinticinco.

119.- OBLIGACION DE GARANTIA EN LAS PARTICIONES. El principio de igualdad en las particiones está complementado por la obligación de garantía, que consiste en que, si alguno de los partícipes es molestado en la posesión del objeto que le cupo en la partición, o que haya sido privado del todo o parte de él por sentencia judicial (evicción), puede denunciar la molestia a los otros partícipes para que concurran a hacerla cesar, y tiene acción contra ellos para que le saneen la evicción. Esto tiene por objeto precisamente restablecer la igualdad, porque si no fuera así, el partícipe que sufrió la evicción estaría recibiendo menos que los otros. El pago del saneamiento se divide entre todos los partícipes a prorrata de sus cuotas, incluido el que ha de ser indemnizado. Esto último sólo lo prescribe la ley a propósito del caso en que uno de los coasignatarios que tiene que contribuir al pago del saneamiento sea insolvente, pues la porción de éste se divide entre los otros también a prorrata de sus cuotas, debiendo soportar el indemnizado la pérdida de una parte proporcional a su cuota, al igual que los otros, y esto también debe entenderse respecto del caso en que todos los otros copartícipes son solventes; de lo contrario resultaría que al

indemnizado se le repondría toda la pérdida a costa de los demás, quienes así estarían recibiendo menos que el dicho indemnizado.

La acción de saneamiento prescribe en cuatro años, contados desde el día de la evicción; no tiene lugar en los siguientes casos: a) si la evicción o la molestia proceden de una causa sobreviniente a la participación, como la expropiación posterior a la partición; b) si la acción de saneamiento se hubiere expresamente renunciado, pues es renunciable por ser patrimonial; y c) si el partícipe ha sufrido la molestia o la evicción por su culpa, como cuando no alega una prescripción ni la pudieron alegar sus coherederos porque no los citó de evicción.

Estas particiones, precisamente por ser judiciales, sólo pueden ser impugnadas dentro del procedimiento especial prescrito por el Código de Procedimientos Civiles para efectuarlas, mediante los recursos procesales que ahí se conceden contra las resoluciones que se pronuncian.

120.- PARTICION EXTRAJUDICIAL. Cuando todos los copartícipes tienen la libre disposición de sus bienes, pueden acordar verificar la partición en forma amigable, extrajudicialmente, en escritura pública o privada. Si la partición se hiciera en instrumento privado, hay necesidad de presentarla al juez para su aprobación, quien la manda protocolizar en la forma ya dicha. Cuando se verifica en instrumento público dicha presentación se omite, pues que entonces no es necesario aprobarla. En ambos casos el notario debe extender testimonio a cada uno de los copartícipes, en la misma forma que para las particiones judiciales está prescrito por la Ley de Notariado. En esta clase de particiones los coasignatarios pueden acordar reglas diferentes a las reglas para la adjudicación de los bienes

Las particiones extrajudiciales, por ser convenciones, sólo pueden anularse o rescindirse en los mismos casos en que pueden serlo los contratos: cuando hay un objeto o causa ilícitos, cuando se haya omitido alguno de los requisitos o formalidades que la ley prescribe para el valor del mismo acto, ya sea en consideración a su naturaleza o de la calidad o estado de los copartícipes, y por error, fuerza o dolo, en lo que les fueren aplicables.

Si involuntariamente se omitieron algunos objetos de la partición, esto, dice la ley, no es motivo para rescindirla; lo que debe hacerse es continuarla después, dividiendo esos bienes omitidos entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos, es decir, siempre en la misma proporción que en la herencia les corresponde.

Cuando uno de los partícipes entabla la acción rescisoria porque ha resultado perjudicado en la partición recibiendo menos de lo que le correspondía, los otros partícipes pueden atajar la acción ofreciéndole y asegurándole el suplemento de su porción en numerario, o sea, en efectivo. Esto, en la legislación chilena, tiene relación con la *lesión enorme*.

Las acciones de nulidad y rescisión de las particiones extrajudiciales prescriben según ls reglas generales, y no pueden intentarlas el partícipe que hubiere enajenado su porción (lo que se le adjudicó), en todo o parte, porque ello indica que ya estaba conforme con la partición, salvo que esta haya adolecido de error, fuerza o dolo. El partícipe que no quisiere o no pudiere (porque ya enajenó todo o parte de su porción, por ejemplo) intentar la acción de nulidad o rescisión, conserva sin embargo el derecho a ser indemnizado de los perjuicios que hubiere sufrido.

121.- PARTICION MIXTA. Puede ocurrir que alguno de los copartícipes, cuando todos tienen la libre disposición de sus bienes, pida al juez que se proceda a la partición judicial. Cuando previos los trámites legales el juez ordena que se proceda a la partición, previene a los interesados que expresen por escrito el partidador en que hubieren convenido, si el testador no lo hubiere nombrado, según el Código de Procedimientos Civiles. Pero según el Código Civil, lo que se celebra para tal efecto es una *audiencia*, porque el artículo 1204 habla de *acto*, y al respecto dice que si todos los coasignatarios tuvieren la libre administración de sus bienes y "concurrieren al acto", pueden hacer la partición por sí mismos. En tal caso la hacen por instrumento público o privado, como una partición extrajudicial, de modo que una partición que se inició como judicial termina siendo extrajudicial, y cuando esto ocurre a esa partición se le dice doctrinariamente "mixta". Hay que suponer para que esto se de, que el coasignatario que ocurrió al juez, no consultó con los demás sobre si estaban o no de acuerdo en hacerla; si lo hubiera hecho, se habría cerciorado de que ninguno se oponía, y entonces directamente la habrían practicado en forma amigable.

Se advierte que hay una contradicción entre la ley sustantiva y la procesal en cuanto a que, según la primera, los coasignatarios deben concurrir ante el juez para ponerse de acuerdo en el nombramiento del partidador, y conforme a la segunda, deben manifestar por escrito el partidador en que hubieren convenido; y debiendo prevalecer la segunda, hay que entender que la decisión de verificar por sí mismos la partición, se la manifiestan al juez por escrito, unánimemente, y no al concurrir al "acto", que según el Código de Procedimientos Civiles ya no se celebra.

Si en este caso la partición se hace en instrumento privado, debe

presentarse al juez para su aprobación, como ocurre siempre que la partición extrajudicial se hace en esa clase de instrumento, presentación que se omite si se verifica en instrumento público.

Con la partición termina el proceso de la transmisión de la herencia, cuando existe pluralidad de herederos. Por ello, Julien Bonnetcase ("Elementos de Derecho Civil", Tomo III "Regímenes Matrimoniales y derecho de las sucesiones", Tr. de José M. Cajica Jr. Ed. José M. Cajica Jr., México 1946) define la partición así: "La partición es un acto jurídico por virtud del cual los copropietarios de una sucesión sustituyen las partes abstractas e indistintas que tenían sobre la masa indivisa, por partes materiales y distintas. A estas porciones distintas y materiales se les llama partes divisas, en oposición a las inmateriales e indistintas, llamadas indivisas o porciones alícuotas".

BIBLIOGRAFIA

- Arias, José. "Derecho Sucesorio", 2a Edición. Bs.As. 1950.
- Alhaladejo, Manuel. "Sustituciones Hereditarias", Oviedo 1956.
- Bínder, Julius "Derecho de Sucesiones", Tr. de José Luis Lacruz Berdejo, Barcelona 1955.
- Bonnecase, Julien "Elementos de Derecho Civil" Tomo III. "Regímenes Matrimoniales y Derecho de las Sucesiones", Tr. José M. Cajica. Jr., México 1946.
- Belluscio, Augusto César "Vocación Sucesoria", Sus fuentes en la reforma del Código Civil. Bs.As. 1975.
- Claro Solar, Luis "Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado", Tomos XIV, XV, XVI y XVII. Edición facsimilar, Santiago 1979.
- Fornielles, Salvador "Tratado de las Sucesiones", 2ts., 4a. Edición, Bs. As. 1958.
- Fassi, Santiago C. "Tratado de los Testamentos" Vol. I, Bs.As. 1970.
- Gásperi, Luis de "Tratado de Derecho Hereditario", 4 ts. Bs.As. 1953.
- Goyena Copello, Héctor R. "Tratado del Derecho de Sucesiones, Bs.As. 1972.
- Guastavino, Elías P. "Pactos sobre Herencias Futuras", Bs.As. 1968.
- Martínez Paz, Enrique "Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria", Bs.As. 1953.