

ARTURO VALENCIA ZEA

CURSO DE DERECHO CIVIL COLOMBIANO

IX

SUCESIONES Y DONACIONES



1949

EDITORIAL A B C

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

BEL M. 22775

INVENTARIO

NUMERO
CLASIFICACION

COMPRA ☐ CANJE ☐ DONACION ☒

FECHA: 16 DIC. 2004

PRECIO:

PROCEDENCIA: Dr. Alejandro

PAIS Martinez Caballero

BIBLIOGRAFIA

OBRAS QUE SE CITAN POR EL SOLO NOMBRE DEL AUTOR

- H. Carrizosa Pardo**, Las Sucesiones, 2ª ed., 1943.
- C. Valverde y Valverde**, Tratado de Derecho Civil Español, t. V, 4ª ed., 1939.
- A. Vodanovic**, De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, t. I.
- M. Somarriva**, De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, completación de la obra anterior, t. II, 1938.
- E. Prayones**, Nociones de Derecho Civil.—Derecho de sucesión, ed. de A. S. Cacici, 1939.
- J. C. Rébora**, Derecho de las sucesiones, 2 t., 1932.
- H. Lafaille**, Curso de Derecho Civil (Sucesiones), 2 t., 1932.
- L. Josserand**, Cours de Droit Civil Positif français, III, 3ª ed., 1940.
- A. Colin y H. Capitant**, Curso Elemental de Derecho Civil, con notas de D. de Buen, t. 7, 1927.
- Planiol, Ripert, Maury, Vialleton**, Tratado Práctico de Derecho Civil, t. IV, Las Sucesiones; t. V. Donaciones y Testamentos, 1933, 1935.
- R. de Ruggiero**, Instituciones de Derecho Civil, t. II, 1931.
- R. Rojina Villegas**, Derecho Civil, I—Bienes, derechos reales y posesión; II—Derecho hereditario o sucesiones.

CURSO DE DERECHO CIVIL COLOMBIANO

- I—Parte general. Introducción al Derecho Civil.**
- II—Personas.**
- III-IV—Derecho de familia. El régimen económico matrimonial.**
- V—Derecho de las cosas (bienes).**
- VI—Obligaciones.**
- VII-VIII—Contratos y Derecho de Crédito.**
- IX—Sucesión por causa de muerte y donaciones.**

EXPOSICION DE MATERIAS

- I—Parte general del Derecho Hereditario o Sucesorio.**
- II—De la sucesión intestada.**
- III—De la sucesión testamentaria.**
- IV—De la partición y adjudicación de la herencia.**
- V—De las donaciones.**

PRIMERA DIVISION

LA HERENCIA

(Parte general del derecho hereditario o sucesorio)

1.—Muerta una persona desaparece su personalidad, cesa de ser sujeto de derechos. Mas sus bienes no pueden desaparecer; deben transmitirse a alguien. La **sucesión por causa de muerte** tiene por objeto regular la transmisión de los bienes de una persona que fallece (causante o de **cujus**) a otra u otras personas vivas.

Hemos tratado de las diferentes formas como los bienes pueden transmitirse de una persona viva a otra (Derechos de las Cosas, Obligaciones, Contratos). Se las denomina transmisiones o sucesiones entre vivos.

Así, la transmisión de la propiedad entre vivos recibe el nombre de “tradición”; la transmisión de los derechos personales u obligaciones se designa con los nombres de “cesión de créditos” o cesión o asunción de deudas; la transmisión del usufructo, hipoteca, prenda, etc., con el nombre de “cesión del usufructo, de la hipoteca, de la prenda, etc.”.

Ahora vamos a estudiar las sucesiones (transmisiones o traslaciones) por causa de muerte. Todos los derechos patrimoniales de que es titular una persona, en principio, se trasladan a favor de otras personas por el hecho de su muerte. La ley quiere evitar que haya bienes en el vacío, sin un titular o sujeto de ellos.

Por tal motivo la **muerte** de una persona es fuente o modo de adquisición de los derechos que se encontraban radicados en su cabeza. Según el 673 entre los modos de adquirir se coloca la “sucesión por causa de muerte”.

Mas la “sucesión por causa de muerte” es fuente no sólo del dominio sino de todos los demás derechos patrimoniales de la persona que muere (abreviadamente se denomina al muerto con los nombres de causante o de **cujus**: elipsis de la fórmula latina: *is de cuius successione agitur*).

Sería muy difícil y antieconómico el organizar la sucesión por causa de muerte de los elementos patrimoniales considerados singularmente, es decir, cosa por cosa; por ese motivo todas las legislaciones reglamentan la sucesión del patrimonio **de cujus**; vale decir, de todos sus elementos considerados como una universalidad de derecho. La universalidad de derecho o patrimonio que se traslada a otras personas por la muerte de su titular, recibe el nombre específico de **herencia**.

2.—Haremos el estudio de la herencia o parte general del derecho hereditario en función de los siguientes puntos: 1. La herencia en sí misma considerada: elementos que la forman; fundamento y sujeto de la herencia (herederos y legatarios). 2. De los requisitos para suceder a una persona por causa de muerte.—3. De la apertura de la sucesión mortis causa y delación de la herencia.—4. De la aceptación o repudiación de la herencia.—5. Conservación y protección judicial de la herencia.—6. De la ley que rige el Derecho hereditario.

Ag. J. S. Ind. Aut.

TITULO PRIMERO

La herencia considerada en sus elementos, en su sujeto y en su fundamento

3.—**Herencia y sucesión.**—En la práctica se identifican los términos de “herencia” y “sucesión”. Mas la herencia es el caudal hereditario, el conjunto de bienes dejados por el *de cujus* o causante; es la masa patrimonial. La sucesión, como el nombre lo indica, es la traslación o transmisión de la herencia a una o varias personas vivas. Pero es imposible luchar contra los usos sociales que identifican en muchos casos los mencionados términos. Así, la misma ley habla de los acreedores de la sucesión, cuando se trata de acreedores de la herencia (acreedores hereditarios); de las cargas de la sucesión, cuando se trata de “cargas de la herencia”. Así, que indistintamente emplearemos el término de “sucesión” por el de “herencia”.

CAPITULO PRIMERO

Naturaleza jurídica de la “herencia”

4.—**La herencia es una universalidad de derecho.**—La ley menciona entre los derechos reales el de herencia (art. 665 del c. c., inc. 2º). En sí misma considerada no es un derecho real. La herencia es pura y simplemente el mismo patrimonio del causante considerado como universalidad de derecho. Ninguna doctrina considera el patrimonio como derecho real; por cuanto el patrimonio es precisamente la suma de todos los derechos reales y personales, de todas las acciones y en general elementos patrimoniales de cualquiera naturaleza, como las cosas incorporeales o derechos de clientela (*good-will*, derechos de autor, derechos de marca, etc.).

Mientras una persona vive la masa de bienes que integra su patrimonio no recibe un nombre especial; a esa masa de bienes se la denomina herencia cuando ha sido transmitida a los

herederos o legatarios a consecuencia de la sucesión por causa de muerte. Y termina la herencia una vez que todos sus elementos se han fundido plenamente en los patrimonios particulares de los herederos o personas que la reciban, es decir, una vez hecha la partición de la masa hereditaria.

Por este motivo no debe hablarse del derecho real de herencia. Debe, además, tenerse en cuenta que la mayor parte de los elementos patrimoniales que en un momento dado integran una herencia pueden consistir en sólo derechos personales (créditos, títulos, valores, etc), de donde resulta aún más impropio calificarla de derecho real.

Finalmente, al mencionar entre los derechos reales la herencia se desvirtúa la noción de derecho subjetivo. "El patrimonio no es objeto de un derecho subjetivo. El individuo sólo tiene derechos sobre los objetos singulares pertenecientes al patrimonio" (Enneccerus, Parte General, I, p. 610).

Lo que ha movido a nuestra legislación a catalogar la herencia entre los derechos reales ha sido la necesidad de proteger la masa de bienes herenciales en su conjunto con una acción real de la misma naturaleza a las acciones que protegen los demás derechos reales, especialmente la propiedad. Sin embargo, como lo veremos, la acción real de petición de herencia tiene como principal finalidad el probar ante la justicia el título de heredero; un título mejor al que pretende el actual poseedor de los bienes hereditarios. Esa acción recae sobre una universalidad y no sobre cosas singulares. Así, que sobre este particular se diferencia fundamentalmente de la acción reivindicatoria.

Convengamos, pues, que tanto el código como la jurisprudencia y la doctrina nacionales, al denominar derecho real a la herencia, no hacen otra cosa sino emplear una ficción desprovista de toda importancia jurídica y práctica.

5.—Los elementos patrimoniales que integran la herencia. Mirando más de cerca las cosas y tratando de precisar más técnicamente la masa de bienes que integra la "herencia", ésta no coincide exactamente con la masa de bienes que se denomina patrimonio mientras la persona vive.

Efectivamente: al morir una persona algunos de los elementos de su patrimonio se extinguen definitivamente, por depender su existencia de la del **de cujus**.

Debemos precisar qué derechos patrimoniales se extinguen a la muerte de una persona y que por tanto no son transmisibles a los herederos, o lo que es lo mismo, que no forman parte de la herencia.

I.—En primer lugar, los derechos reales vitalicios: el usufructo, el uso y la habitación. Por definición estos derechos no se transmiten por causa de muerte; por tal motivo jamás integran relaciones patrimoniales de una herencia.

II.—En segundo lugar, los créditos vitalicios, entre los cuales se encuentra la renta vitalicia. Sin embargo debe tenerse en cuenta el caso especial contemplado por el artículo 2.297 de constitución de una renta vitalicia cuya existencia depende de la vida de un tercero; si el acreedor a la renta muere primero, la renta subsiste a favor de los herederos por el tiempo que sobreviva el tercero.

En el mismo sentido, las pensiones de alimentos, aunque no tengan el carácter de vitalicias, no obstante se otorgan en consideración a la persona del alimentante; en consecuencia, a su muerte se extingue definitivamente.

Con mayor razón las pensiones del Estado o de establecimientos públicos que se otorgan en forma vitalicia: la muerte las extingue.

III.—En tercer lugar, todas aquellas relaciones de crédito que se forman en consideración a la persona. Así, las relaciones del contrato de trabajo, generalmente del contrato de obra o empresa y muchas obligaciones de hacer, se extinguen a la muerte del deudor o acreedor.

IV.—Existen algunas acciones que no tienen ningún carácter vitalicio, ni menos personalísimo, pero que la ley, por motivos desconocidos y que no obedecen a fundamento racional alguno, prescribe se extingan a la muerte del titular, como sucede con la acción del pacto de retroventa que no es cedible por ningún motivo (art. 1492 del c. c.).

6.—Algunas acciones que no tienen carácter patrimonial pero forman parte de la herencia.—Hemos dicho que los derechos subjetivos de que es titular una persona se clasifican en dos grandes categorías: patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros son los avaluables en dinero; los únicos que se tienen en cuenta en la formación de un patrimonio y, en consecuencia, en la formación de la herencia.

Así, las potestades tanto la paterna como la marital, los derechos políticos, las calidades o acciones derivadas del estado civil no forman parte de una herencia: son derechos "intransmisibles".

Sin embargo, existen algunas acciones de neto carácter extrapatrimonial que pasan a los herederos por un tiempo determinado: las acciones de impugnación de la legitimidad de los hijos, la acción de oposición a la reclamación judicial de la paternidad natural, etc.

7.—Utilidad de la construcción jurídica de la herencia como una universalidad de derecho.—La herencia como un conjunto de elementos patrimoniales cohesionados en una unidad de derecho, presenta grandes ventajas prácticas y jurídicas.

I.—Entre las primeras, cabe mencionar que el reparto de los bienes hereditarios es más fácil; en vez de ir adjudicando a cada heredero bien por bien, cuerpo cierto por cuerpo cierto, lo que trae dificultades cuando existen varios herederos, se hace el reparto en forma universal y al mismo tiempo unitaria; si son tres los herederos a cada cual se le adjudicará la tercera parte de la herencia; cada heredero pagará la tercera parte de las deudas; si después del reparto aparecieren nuevos bienes, ya se sabe en qué proporción les han de corresponder sin necesidad de un nuevo reparto general.

Igualmente la cancelación tanto de las cargas como de las deudas de la herencia se facilita: cada acreedor hereditario sabe en qué proporción puede cobrar, por cuanto las deudas se dividen en la proporción en que se divida la herencia.

II.—Entre las segundas mencionaremos: 1º—Según expusimos, todo deudor constituye en prenda general del pago o cumplimiento de sus obligaciones su patrimonio. Y no sería suficiente garantía para un acreedor el que esa prenda general, esa universalidad jurídica, desapareciera a la muerte del deudor y degenerara en toda una serie de elementos patrimoniales singulares; ello en muchos casos traería la dificultad del cobro y hasta produciría la extinción del crédito.

En cambio, al organizar la universalidad jurídica de la herencia los acreedores del difunto no sufren perjuicio alguno; a los herederos pasa el patrimonio en las mismas condiciones jurídicas que era poseído por el **de cujus**. Todos y cada uno de sus elementos patrimoniales que respondían por una deuda, son transmitidos en las mismas condiciones a las personas llamadas a recibirlos.

2º—Se permite la conservación de los derechos patrimoniales del causante, pues, al no alterarse la situación de los bienes, los herederos podrán ejercer todas las acciones que hubiera podido ejercer el **de cujus**.

3º—Los derechos imperfectos, las situaciones jurídicas en suspenso, los derechos en formación, se transmiten en las mismas condiciones. Así, si el **de cujus** era poseedor de mala fe de un cuerpo cierto los herederos adquieren ese bien como poseedores de la misma clase.

CAPITULO SEGUNDO

El sujeto o titular de la herencia

8.—En este capítulo vamos a precisar la naturaleza del sujeto de la herencia, es decir, de la calidad de las personas llamadas a recibirla.

Debemos precisar: quién determina el sujeto de la herencia (problema de las sucesiones abintestato o legales y de las sucesiones testamentarias); las dos clases de sujetos de la herencia: herederos y legatarios.

I

La determinación del sujeto de la herencia

9.—Las personas que hayan de recibir la herencia, una cuota parte de ella o uno o varios cuerpos ciertos de la misma son determinados por la ley o por el *de cuius* en vida.

La ley otorga al titular de un patrimonio facultad para que en vida disponga del destino de sus bienes una vez que muera; esa voluntad de disposición tiene importantes restricciones. En todo caso, los actos jurídicos mediante los cuales dispone de sus bienes a favor de otras personas que tengan efecto una vez que muera reciben el nombre de “testamentos”; y quien recibe bienes de una herencia por “testamento” se dice que recibe por “sucesión testamentaria”.

Mas en el evento de que una persona no hubiere dispuesto en vida de sus bienes, la ley realiza esa disposición, es decir, distribuye los bienes hereditarios instituyendo los sujetos de la herencia.

Así, que el sujeto de la herencia tiene una de estas dos fuentes y no más que esas: el testamento y la ley. La primera fuente da lugar a la sucesión testamentaria, la segunda a la sucesión legal, denominada también intestada o abintestato (art. 1009 del c. c.).

10.—Una misma herencia puede dar lugar a sucesores testamentarios e intestados o legales.—Puede suceder que el difunto haya dispuesto sólo de una parte de sus bienes; o aunque haya dispuesto de todos los que tenía al momento de testar, con posterioridad haya adquirido otros; en estos casos los bienes no enunciados a favor de un titular en el testamento se distribuyen según las normas de la sucesión legal abintestato.

Lo cual indica que en las modernas legislaciones la sucesión *mortis causa* puede ser en parte legal y en parte testamentaria (art. 1009, inc. 2º).

II

Noción del sujeto de la herencia

11.—Los sujetos de la herencia son los herederos y los legatarios. Heredero es la persona que sucede a título universal; legatario quien sucede a título singular. “El título es **universal** cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto”.

“El título es **singular** cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta hectolitros de trigo” (art. 1008 del c. c.). Por otra parte el 1011 establece que “las asignaciones a título universal se llaman **herencias**, y las asignaciones a título singular, **legados**. El asignatario de herencia se llama **heredero**, y el asignatario de legado, **legatario**”.

Estas nociones, especialmente la de **heredero**, son aproximativas; el verdadero carácter del sujeto de la herencia puede precisarse en una forma científica al través de otros textos legales y con base en los antecedentes que se tuvieron en la elaboración del código, como en la doctrina.

Nº 1º—El heredero.

12.—**Dos concepciones sobre la noción de heredero.**—Según la concepción más antigua el heredero es un sucesor o continuador de la **personalidad del de cujus**; según otra concepción, la que tiende a predominar en los derechos modernos, el heredero no es sucesor o continuador de la **personalidad del de cujus**; **el heredero es un sucesor en los bienes del de cujus**.

Las consecuencias de una u otra concepción son fundamentales; y para comprender con precisión la actitud de nuestra legislación sobre el particular debemos explicar los antecedentes históricos sobre la materia a fin de analizar en qué sentido esos antecedentes influyeron en nuestro código.

13.—**El heredero en el derecho romano.**—En este derecho se predicó con energía singular la concepción de que el heredero es un continuador o sucesor de la **personalidad del difunto**.

Efectivamente: en Roma la “sucesión por causa de muerte” tuvo un carácter marcadamente religioso y familiar. Según Ruggiero “**Haeres** (heredero) era el que recogía la soberanía doméstica y sólo por efecto de ésta subentraba como titular de las relaciones patrimoniales del difunto. La adquisición del patrimonio no era, pues, el fin principal y directo de la sucesión

hereditaria, sino la consecuencia y efecto de la transmisión de aquella soberanía; el hecho decisivo consistía en la adquisición de un título personal, el título de heredero del cual derivaba la adquisición universal del patrimonio. De aquí la consecuencia de que heredero era aquel a quien este título correspondía, aunque el conjunto de bienes le fuese sustraído por haber sido agotado en atribuciones particulares; de aquí también las demás reglas del derecho hereditario romano, que suponen siempre la existencia de un investido con aquel título" (ob. cit. II, 976).

La concepción romana del heredero fue una ficción destinada a asegurar la continuación del culto familiar, de los *sacra privata*, fuente de beneficios para los dioses y por consiguiente para los pontífices (Colin, *Capitant*, ob. cit. VII, p. 328).

Josserand precisa esta concepción del heredero y juzga de su valor en estos términos: "El difunto se continúa en la persona del heredero; se opera después de su defunción, como una especie de transfusión de su personalidad; es la adaptación jurídica de la famosa imagen de Lucrecio que se representa a los hombres transmitiéndose, de generación en generación, en un curso ininterrumpido, la llama de la vida. Es una idea esencialmente religiosa y patriarcal; ella pretende explicar la continuidad de la raza y del culto, siendo cada generación apenas un anillo de una cadena sin fin" (ob. cit. III, p. 558-559).

14.—Las principales consecuencias de esta concepción del heredero.—En esta concepción se mira en primer término a la personalidad y sus atributos que se transmiten, y como cosa secundaria al patrimonio o bienes hereditarios. La sucesión por causa de muerte pretende garantizar la sucesión en el culto religioso y familiar: vale decir la continuación de la personalidad del difunto.

Pero como el difunto es titular de un patrimonio, al suceder el heredero en su personalidad recibe el patrimonio; mas no el patrimonio en sí mismo considerado, sino en cuanto es sostenido por la misma personalidad transmitida.

El heredero ocupa el lugar del difunto en todas sus relaciones patrimoniales. De ahí la consecuencia principal de la concepción que se expone: el heredero pasa a ser deudor de las deudas del difunto en la misma condición e intensidad que las había contraído. Si los bienes de la herencia no alcanzan para cancelarlas, el heredero pasa a ser deudor personal del resto; debe afectar los bienes suyos para el pago.

El heredero responde "*ultra vires haereditatis*", es decir, más allá de las fuerzas de la herencia.

Este aspecto práctico del principio de la continuación del heredero en la personalidad del difunto y no en sus bienes, se

pone de presente en la transmisión de un bien inmueble hipotecado. Vimos que en semejante caso el sucesor o adquirente del bien debe tolerar que el acreedor hipotecario se pague de la deuda hipotecaria con el bien; mas si no alcanza la realización de su valor para ese pago, el acreedor hipotecario no puede perseguir al adquirente más allá, es decir, no lo puede ejecutar sobre otros bienes, por cuanto él no es el deudor. Ello porque el adquirente de un bien hipotecado es un sucesor en el bien, y no de la deuda.

Si el adquirente de un bien hipotecado sucediese al tradente en su personalidad, se convertiría automáticamente en deudor personal de la deuda garantizada con la hipoteca, en dicho caso el acreedor hipotecario podría ejecutarlo no sólo sobre el bien adquirido, sino sobre otros bienes hasta obtener el pago total.

Lo que nos pone de presente que en todas las adquisiciones de bienes de otra persona se sucede únicamente en el bien, nunca en su personalidad. Naturalmente que existe la transmisión de deudas y créditos; caso en el cual existe una verdadera sucesión parcial en la misma personalidad: ya que se viene a ser deudor o acreedor en las mismas condiciones que lo era el transmitente.

Bien: el principio clásico de la sucesión del heredero en la personalidad del causante o *de cuius* trae como consecuencia el que viene a ser deudor en las mismas condiciones y con la misma fuerza que el primer deudor o sea el difunto.

Otra de las consecuencias del principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del *de cuius*, y no un sucesor en sus bienes, aunque ésta sí no desarrollada en forma lógica y congruente en el sistema romano, es la de que el heredero recibe automáticamente la personalidad del *de cuius*; y por ende su patrimonio; a la muerte del *de cuius*, el heredero recibe la posesión y dominio aunque lo ignore; no necesita del acto especial de la aceptación. Esto no podía organizarse técnicamente sino instituyendo una categoría especial de herederos: los "necesarios", quienes no podían repudiar una herencia.

15.—La transformación del principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del causante.—De los tiempos romanos a la época en que se redactó el código de Napoleón el principio de la continuación de la personalidad sufrió transformaciones importantes. Ante todo ya el principio en 1804 no podía servir para la transmisión de la potestad doméstica, ni del culto religioso; las relaciones familiares habían adquirido un carácter intransmisible.

Sin embargo, se conservaron algunas consecuencias del principio:

1º—Los herederos adquieren la posesión y dominio de todos y cada uno de los bienes *ipso jure*; es la institución francesa de la *Saisine*. Los herederos, dispone el artículo 724 del código de Napoleón, “se hacen dueños de pleno derecho de bienes, derechos y acciones del difunto, con la obligación de satisfacer todas las cargas de la herencia”.

2º—En principio, se predicó que los herederos investidos de la *Saisine* respondían de las deudas de la sucesión *ultra vires haereditatis*; vale decir, son continuadores de la personalidad del causante.

16.—La segunda concepción del heredero: continuador o sucesor de los bienes del *de cuius*.—La noción del heredero como sucesor o continuador de la personalidad del difunto no se compadece con las necesidades del comercio moderno, ni armoniza con la cultura predominante en nuestro tiempo, ni corresponde a las actuales orientaciones del derecho comparado.

Hoy día se considera al heredero como un sucesor en los bienes; un sucesor en las relaciones patrimoniales del difunto, y no más. El moderno derecho hereditario es una necesidad de la institución de la propiedad; especialmente del atributo que la considera como un derecho perpetuo. A los herederos se transmiten bienes; en ningún caso la personalidad.

Consecuencia principal de este principio es la de que el heredero no se convierte en deudor de las deudas del causante; simplemente recibe bienes afectados al pago de determinadas deudas; es su obligación destinar los bienes recibidos a la cancelación de las deudas y cargas de la sucesión; mas si el pasivo fuere superior, él no tiene por qué responder con sus bienes propios.

El moderno derecho tiende a organizar la transmisión hereditaria con base en el principio de que el heredero es un sucesor de bienes, y no un continuador de la personalidad.

Este principio es el proclamado actualmente en el derecho hereditario alemán —código civil de 1900— y mejicano.

Desde el segundo proyecto de código alemán se abandonó definitivamente el principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del difunto, por considerarse como una pura ficción; y se adoptó en forma congruente el que considera que el heredero es un sucesor en los bienes, en las relaciones patrimoniales. “La herencia está considerada en el derecho alemán como una masa autónoma e inerte, distinta del patrimonio del heredero, el cual aparece como un liquidador, con

derecho al exceso del activo sobre el pasivo, si lo hay" (Colin, *Capitant*, VII, p. 335).

Igualmente en el derecho mejicano, según el moderno código de 1928, se consagró el principio de la sucesión del heredero en los bienes, y no en la personalidad. Según Rojina Villegas, "por virtud de la muerte se extingue la personalidad del *de cujus* y por tanto no puede haber una continuación de su personalidad, ni una representación, ya que para ésta se necesitan dos sujetos: representante y representado; éste, en la herencia, por hipótesis ha dejado de existir.

"El código vigente, lo mismo que el anterior, al definir la sucesión dice que es la transmisión de los derechos y obligaciones del difunto a sus herederos, que no se extinguen con la muerte (art. 1281). De esta manera, el heredero propiamente continúa el patrimonio del autor de la sucesión, las relaciones activas y pasivas; es decir, los derechos reales y personales que no se extinguen con la muerte, así como las obligaciones" (ob. cit., ps. 17-18).

Como consecuencia práctica de esta nueva orientación se predica en este sistema legislativo que toda herencia se entiende recibida con beneficio de inventario, aun cuando no se exprese, y en consecuencia no hay una confusión de patrimonios. "El heredero como adquirente a título universal responde del pasivo hasta donde alcance el activo, es decir, por ministerio de la ley, de pleno derecho, recibe siempre la herencia a beneficio de inventario, aun cuando no se exprese" (art. 1678, *cód. civ. mej.*).

17.—Las críticas del principio de que el heredero es un continuador de la personalidad.—El principio de la continuación de la personalidad del difunto en el heredero se formó en Roma para satisfacer las necesidades de una especial civilización: el individuo era absorbido en la familia; el heredero debía cargar con las potestades familiares y con el culto; la familia debía continuarse.

Mas esta civilización ha desaparecido en nuestros tiempos; hoy día cada individuo tiene su propia personalidad, la que en ningún caso es absorbida ni por los cultos ni por la familia.

Luego no es comprensible este principio, ni ninguna de las consecuencias que sólo con esa concepción pueden explicarse.

Por otra parte el principio aplicado a las deudas resulta inequitativo y antisocial; es necesario, se ha dicho, mirar más al porvenir que al pasado e impedir que se cargue a los jóvenes con el peso de las obligaciones de sus antepasados.

"En resumen, si se quiere poner en armonía las deudas hereditarias con nuestro estado social actual, con nuestro ideal

de justicia individual; si se quiere realizar el principio de la personalidad de las deudas como de la buena o mala fe del poseedor; si se pretende instituir una liquidación colectiva y obligatoria de cada patrimonio después de la muerte; si se quiere dar en forma franca y práctica, derecho de ciudadanía a las fundaciones, es preciso renunciar al concepto romano de la continuación de la personalidad, para aceptar la idea germánica de la sucesión de los bienes" (Josserand, III, p. 561).

18.—La concepción del heredero en la legislación positiva nacional.—El autor de nuestro código no tuvo una conciencia clara de estas dos concepciones que tradicionalmente han peleado su triunfo en el campo legislativo. Así, que encontraremos textos legales que se refieren al principio clásico romano, y otros que lo desvirtúan, y están conformes con el otro de que el heredero es un sucesor en los bienes.

19.—Textos legales que se acomodan con el principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del difunto. El primero de estos textos legales es el 1.155 que prescribe: "Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles". El segundo texto es el 1.411, según el cual "las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Así, el heredero del tercio no es obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias. Pero el heredero beneficiario no es obligado al pago de ninguna cuota de las deudas hereditarias sino hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda". Ya advertiremos dos clases de herederos en nuestra legislación: los herederos puros y simples que quedan gobernados por el principio de la continuación de la personalidad, y los herederos beneficiarios que se rigen por el moderno principio de la continuación o sucesión en los bienes.

Otro texto legal es el 783, según el cual "la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore". ¿Consagra este texto legal la institución francesa de la *Saisine*? Este problema lo aclararemos más adelante.

20.—Textos legales que no se acomodan con el principio de la continuación de la personalidad, sino con el de la sucesión en los bienes.—En primer lugar los que organizan el beneficio de inventario en nuestra legislación, beneficio según el cual los herederos pueden libremente limitar su responsabilidad al aceptar una herencia en el sentido de no responder por las

deudas de la sucesión sino hasta concurrencia del activo. En segundo lugar, la misma institución de la separación de patrimonios organizada a favor de los acreedores de la sucesión (hereditarios y testamentarios); por esta institución se evita que el patrimonio del causante o de *cujus* se confunda con el patrimonio del heredero. Como se observa este beneficio deroga prácticamente el 783 de la adquisición de la posesión legal por el hecho de la muerte, ya que el heredero sólo adquiere el activo que quede una vez que se han cancelado las deudas de la sucesión.

En tercer lugar la organización de la aceptación de la herencia como un acto libre y voluntario del heredero; lo que hace que en verdad la confusión del patrimonio del de *cujus* con el heredero se verifica por un acto de voluntad, más que por el imperio de la ley.

Además, la facultad de testar en el testador instituyendo herederos o legatarios. Si a un testador se le ocurre, como sucede frecuentemente, instituir sólo legatarios, tendremos un caso elocuente de personas que reciben una herencia y que son continuadoras únicamente en sus bienes, en ningún caso representan la personalidad del testador.

21.—Apreciación crítica del sistema legal colombiano.—No podemos dudar que según algunos textos legales en nuestra legislación se inscribió el principio romano de que heredero es el continuador de la personalidad del de *cujus*; mas las observaciones siguientes nos llevan a la conclusión de que ese principio obra en la práctica como una ficción teórica e inútil; que el principio que rige la casi totalidad de las herencias en Colombia es el de que los herederos son continuadores o sucesores en los bienes o relaciones jurídico patrimoniales.

1ª.—Ya veremos que legatario es el asignatario de un cuerpo cierto; que a los legatarios se les mira como sucesores en los bienes que reciben; que en ningún caso suceden, ni menos representan la persona del causante o de *cujus*.

Bien: cuando una herencia se rige por la ley en la determinación del sujeto y en su distribución (sucesión intestada), sólo existen herederos, en ningún caso legatarios; por tanto esas sucesiones se regirían por el principio romano. Pero si la sucesión o herencia se rige por testamento, debe observarse que en dichas sucesiones raras veces se hacen asignaciones a título universal, sino a título singular, es decir, en forma de legados. Caso en el cual en la legislación nacional las sucesiones testamentarias se rigen por el principio de la continuación en los bienes.

En esta forma nuestro sistema es bien desvertebrado; ¿por

qué motivo en unos casos una sucesión se rige por un principio y por qué en otros por uno diferente?

2ª—Mas tanto en las sucesiones legales como en las testamentarias se faculta a los herederos para aceptar con beneficio de inventario; este beneficio descarta la aplicación del principio de la continuación en la personalidad por el de la sucesión en los bienes. La experiencia enseña que en nuestra práctica judicial el beneficio de inventario se ha convertido en cláusula de estilo; difícilmente se citará una sola aceptación de herencia sin la invocación de ese beneficio; lo cual da como resultado el que exista principio o norma básica, pero que es derogado en forma reiterada por los particulares.

Por otra parte, observaremos en su lugar, que la ley más bien tiende a organizar la aceptación de una herencia pura y simple, es decir, regida por el principio de la continuación de la personalidad como una pena o sanción.

3ª—A estas mismas conclusiones han llegado las más modernas legislaciones; y ese el motivo por el cual consultando de cerca la realidad social y económica hayan reemplazado completamente el principio romano por este otro que predica en forma sencilla que el heredero es un sucesor únicamente en los bienes del difunto y no de su personalidad.

Nº 2º—El legatario.

22.—De las observaciones anteriores se deduce claramente la noción del otro sujeto de la herencia: el legatario.

Legatario es el sujeto que sólo recibe uno o más cuerpos de los bienes hereditarios, según la precisa definición del artículo 1008 en su tercer inciso.

El legatario sólo sucede en los bienes que recibe; en forma expresa tanto la legislación como la doctrina en ningún caso responsabilizan a quien recibe a título singular más allá del bien que reciba: *intra vires hereditatis*.

Los legatarios invariablemente son testamentarios, pues en las sucesiones legales o intestadas se instituyen herederos.

23.—**Conclusión sobre el sujeto de la herencia.**—Desde un punto de vista práctico cabe definir así a los herederos y legatarios:

Heredero es la persona que recibe la totalidad de la herencia considerada como una universalidad jurídica o una cuota parte de ella. Legatario es quien recibe uno o más cuerpos ciertos, o una o más especies indeterminadas de cierto género.

El título o causa de la adquisición del heredero es universal por recaer sobre una universalidad jurídica; el del legatario

rio es singular, pues ese título no recae directamente sobre la universalidad sino sobre el bien singular recibido.

Ambos, tanto el heredero como el legatario, son sucesores en los bienes recibidos; sólo en casos excepcionales el heredero es un continuador de la personalidad del causante.

CAPITULO TERCERO

Los fundamentos del derecho hereditario

24.—El derecho hereditario o sucesorio moderno en sí mismo carece de suficiente base o fundamento. Es apenas consecuencia del normal desarrollo de otros principios o instituciones.

El actual derecho hereditario nacional se fundamenta en estas tres bases: la propiedad considerada como derecho perpetuo; la familia (tanto la natural como la legítima) y el principio de la autonomía de la voluntad.

Veamos sintéticamente cómo todas las transmisiones hereditarias en una u otra forma desarrollan estas bases; al mismo tiempo las restricciones a ellas por motivos de interés social.

25.—I.—La propiedad.—El derecho hereditario tiene por fin principal la protección de la propiedad individual. Sin la existencia de la propiedad como derecho subjetivo absoluto y perpetuo no se concibe la “sucesión por causa de muerte”; sin la “sucesión por causa de muerte” no se protege debidamente la propiedad; es más aún: en un tiempo no muy largo desaparecería completamente. Son dos proposiciones que se fundamentan recíprocamente.

Si suponemos un estado social en el cual sólo exista la propiedad colectiva, en donde ningún miembro del grupo social pueda afirmar su dominio exclusivo sobre determinados bienes, pues a su muerte nada puede transmitir.

Efectivamente: todos los autores unánimemente afirman que en los antiguos estados sociales de propiedad colectiva no se conoció la transmisión hereditaria; el derecho al uso y disfrute de los bienes tenía, a lo sumo, carácter vitalicio; por tanto al morir, los derechos transitorios de usufructo pasaban al poder del grupo social del cual hacían parte.

Mas no sólo se requiere el nacimiento en una sociedad de la propiedad individual para que exista la transmisión hereditaria; se requiere, además, que a ese derecho se le dé el carácter de perpetuidad. En principio, no cabe concebirse un auténtico derecho de propiedad que no sea perpetuo. En todo caso es el atributo de la perpetuidad de la propiedad lo que mejor fundamenta la herencia. “Se necesita una evolución en el régimen

de la propiedad individual que llegue a considerar que el dominio no sólo es vitalicio, es decir, temporal y durante la vida del propietario, sino perpetuo. Un progreso en la individualización de la propiedad para establecer el derecho perpetuo, vino a hacer posible la institución de la herencia y dio nacimiento a todo un conjunto de normas que vinieron a regular la transmisión de los bienes, del patrimonio, con su activo y pasivo, para el caso de muerte" (Rojina Villegas, ob. cit., ps. 8 y 9).

26.—II.—La familia.—Si la propiedad considerada como un derecho perpetuo y no vitalicio justifica la transmisión hereditaria, es necesario encontrar una base o fundamento nuevo que nos sirva de pauta o guía en la escogencia del sujeto de la herencia. Efectivamente: la propiedad nos absuelve un primer interrogante, en el sentido de que los bienes de una persona que fallece deben trasladarse a otra u otras personas vivas; mas esta traslación o transmisión no puede ser arbitraria, no puede depender del acaso. Es la familia la que nos da la dirección para encontrar los sujetos de la herencia.

En primer lugar, los sujetos de la herencia en la sucesión legal o intestada son parientes próximos del causante; los miembros de la familia que formó el causante: esposa e hijos.

La ley llama en primer término a recibir una herencia a los miembros de la familia que formó el causante: esposa e hijos. En segundo lugar, cuando no formó una familia, llama a los miembros de la familia de donde proviene: los ascendientes y hermanos.

Además, en las sucesiones testamentarias la libertad del testador sufre importantes restricciones. La ley indica en forma imperativa la forma como se distribuyen los bienes del causante entre los hijos y esposa; a falta de hijos entre los ascendientes; contra esta distribución legal es impotente la voluntad del testador.

Se conjugan así dos importantes principios: uno netamente individualista (la propiedad) y otro supraindividualista (la familia).

La familia se considera en la actual legislación formada hasta el 4º grado de consanguinidad. En consecuencia: si el difunto no tiene parientes en ninguno de esos grados, la herencia pasa al Estado (el Municipio del último domicilio).

27.—III.—El principio de la autonomía de la voluntad.—La voluntad individual tiene autonomía para disponer de sus bienes. Puede disponer de esos bienes por acto entre vivos; también por causa de muerte. En consecuencia una persona en

vida puede señalar el sujeto de la herencia y la distribución de sus elementos cuando acaezca su muerte.

Si ese principio tiene ya algunas limitaciones en los actos de disposición entre vivos, son mayores las limitaciones por causa de muerte.

Podemos suponer una persona egoísta que no quiere a su muerte que sus bienes pasen a su familia: la ley limita su voluntad en este sentido; sus parientes más próximos, especialmente los hijos y el cónyuge sobreviviente, o en su defecto los ascendientes, invariablemente recibirán una parte de la herencia.

Motivo por el cual el imperio de la autonomía de la voluntad sólo se afirma en toda su extensión respecto a las personas que en el momento de morir no sean miembros de ninguna familia, ya sea porque sus ascendientes han muerto, ya porque no fue casado, ni tuvo ninguna clase de hijos.

28.—La propiedad y la familia tienden a predominar como bases fundamentales del derecho hereditario moderno.—Dentro del más crudo individualismo que predominó en una gran etapa del siglo XIX, se pretendió fundamentar todo el derecho sucesorio o hereditario en el principio de la autonomía de la voluntad. El testador debía tener plena libertad de testar. Y cuando no testase, la ley debía indicar el sujeto de la herencia y realizar la distribución de los bienes hereditarios, tratando de suplir en cuanto fuere posible la presunta voluntad del difunto. Estas ideas, pasadas completamente de moda, aún tienen defensores en nuestro tiempo. No faltan quienes aún adviertan que la sucesión intestada o legal se fundamenta en la presunta voluntad del difunto.

Lo que más bien podemos observar consultando el estado de nuestra actual sociedad es que día a día se afirma con más fuerza la necesidad de proteger la familia, limitando la voluntad de testar, como igualmente la propiedad.

Dentro de las orientaciones modernas de la ciencia jurídica sólo estos dos fundamentos sirven para fundamentar suficientemente el derecho hereditario.

29.—Críticas al derecho hereditario.—Muchas críticas se han hecho a la sucesión por causa de muerte o derecho hereditario. Algunas teorías predicán su abolición. Mas quienes son lógicos en estas críticas y piden la total abolición de la sucesión en los bienes por causa de muerte, piden igualmente la abolición de la propiedad privada. Una consideración elemental nos lleva a la conclusión que quienes predicán el cambio de nuestro estado social y económico por otro, ningún camino más expedito y fácil que suprimir el derecho hereditario. Entonces, habría

que establecer a quiénes deben pasar los bienes de las personas que mueren, que sería al Estado. Así, en un plazo no superior a cincuenta años se habría reemplazado el régimen de la propiedad individual por el de la propiedad colectiva, el individualismo por el socialismo de Estado.

Efectivamente: la escuela socialista afirma que la herencia es contraria a la justicia y al interés social, porque crea entre los hombres una desigualdad, y si ésta puede admitirse cuando proviene de las aptitudes, no puede admitirse cuando procede de un hecho ajeno a la voluntad y capacidad del favorecido. Además, hace el que las fuerzas económicas caigan en manos de los más aptos y no sobre los que no lo sean. "Por eso, dice Guesde, que a la muerte de una persona, su trabajo acumulado debe volver a la colectividad, y como consecuencia, la herencia, tal cual está organizada actualmente, es unánime la opinión socialista que debe ser abolida."

Sin embargo, frente al derecho hereditario de los países capitalistas no se ha organizado aún ningún régimen jurídico que haya abolido en forma absoluta la herencia. En Rusia no se ha suprimido la herencia sobre el mobiliario, ni el dinero, sino simplemente limitado; "lo que pertenece a la colectividad son los medios de producción, que representa la cristalización del trabajo pagado, y la herencia no puede admitirse en lo que a los instrumentos de producción se refiere, por lo mismo que éstos pertenecen al Estado, a la colectividad".

En un principio se limitó en Rusia la herencia sobre la propiedad mobiliaria a la suma de 10.000 rublos oro; pero según anotan los expositores recientemente se ha modificado ese criterio restrictivo. "Hasta ahora, como es sabido, el derecho de herencia en Rusia soviética ha estado limitado a la suma de 10.000 rublos, sometida a un impuesto progresivo y quedando intervenido por el Estado en cuanto sobrepasara dicha suma.

"La nueva ley sobre herencias, establece un impuesto definido en forma tal, que reconoce la legitimidad de la herencia, en límites bien amplios y demuestra que, como fruto de la "nueva política económica", existen en Rusia fortunas superiores a 500.000 rublos."

En esta forma se ha llegado por reformas sucesivas a quitar toda limitación a la herencia a fin de permitir "el desenvolvimiento del capital privado", facilitar la posibilidad de continuar la existencia de empresas comerciales e industriales después de la muerte de sus propietarios, así como al efecto de crear condiciones más favorables a la afluencia de riquezas materiales de extranjeros; además, se establece que el Estado no

tome más que los bienes de herederos que hayan renunciado a la sucesión o sean desheredados por el *de cujus*. En todos los demás casos la integridad del patrimonio sucesoral es dado a los herederos legítimos o testamentarios" (Valverde y Valverde, ob. cit., t. V, p. 42, nota 1).

Lo cual nos demuestra que el derecho hereditario no es incompatible dentro de una organización socialista; se limita sí, excluyendo los medios de producción y haciendo imposible la herencia de grandes capitales.

30.—Críticas de otro orden al actual derecho hereditario. Estas críticas se encaminan no a suprimir la propiedad privada y por ende el derecho hereditario, sino a regularlo sobre bases más justas y sociales.

En primer lugar el Estado, mediante impuestos sobre la herencia global y, luego, sobre cada asignación, debe limitar la herencia y hacerse a recursos para poder realizar conveniente y técnicamente los servicios públicos. Sobre el particular nuestra legislación tributaria realizó una importante reforma (ley 63 de 1936).

En segundo lugar, y dentro del mismo orden de ideas, deben limitarse los sujetos de la herencia. La familia moderna se extiende a los padres, hijos y hermanos; rara vez abarca a otros parientes; luego el legislador debe consultar esta realidad y limitar a esas personas los herederos; en forma que quien no deje parientes en uno de esos grados, su herencia pase al Estado.

En tercer lugar, debe derogarse totalmente el principio de la autonomía de la voluntad como reguladora del derecho hereditario. La persona que no tenga parientes forzosos debe distribuir sus bienes en la realización de empresas económicas que obedezcan a fines de manifiesta utilidad social; de lo contrario, debe desconocerse la voluntad individual.

En cuarto lugar, el derecho hereditario debe colocarse al servicio del interés social. No es sólo la propiedad individual la que debe cumplir una función social, sino con mayor fuerza la herencia. A ésta debe considerársela como una "unidad económica", como una empresa que debe existir no sólo en interés del propietario, sino también al servicio del bienestar común.

"Ya vimos que el orden sucesorio tenía el sentido de conservar una determinada unidad económica más allá de la muerte de su fundador." "El precepto fundamental de un orden sucesorio así entendido, rezaría:

"Sólo puede ser heredero aquel que esté llamado a continuar poniendo en obra los fines verdaderos de la propiedad. ¿En

quién mejor puede continuar viviendo la obra —se pregunta— que en manos de aquellos que crecieron en el círculo de acción del causante, lo que éste ha formado como sus continuadores, es decir, sus herederos legales o voluntarios?”

“Que con esta concepción social de la herencia no es compatible el derecho hereditario vigente, el desparrame de las legítimas y el azar de la sucesión abintestato ilimitada, no es cosa que necesite demostración. Mas no sólo desde el punto de vista hereditario, sino también de la masa hereditaria, ha perdido el derecho hereditario aquella función social. La masa hereditaria no se presenta hoy en la mayoría de los casos como un todo material coordinado a un fin económico que no pueda dividirse sin gran perjuicio, sino más bien como un conglomerado, una suma, una masa informe de valores” (G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., ps. 210-211).

TITULO SEGUNDO

DE LOS REQUISITOS PARA SUCEDER

31.—Los dos requisitos fundamentales para que se abra una sucesión por causa de muerte y determinadas personas sean llamadas a recibirla se deducen de la misma naturaleza del derecho hereditario: 1º Que una persona muera; 2º Que las personas llamadas a recibir la herencia vivan en el momento de la muerte del causante. Además, de estas condiciones en ocasiones se requiere uno tercero, aunque no de la misma naturaleza a los dos anteriores: no haberse hecho indigno para recibir la herencia.

CAPITULO PRIMERO

La muerte del causante

32.—Antiguamente la sucesión se abría y se llamaba a los herederos o legatarios a recibirla cuando ocurría la muerte natural o la muerte civil. No habiendo existido en nuestra legislación la muerte civil, sólo la muerte natural produce la sucesión **mortis causa**.

No sin advertir que en nuestra actual legislación es necesario contraponer a la muerte real y efectiva, la muerte por presunción. Ambas clases de muerte tienen la suficiente virtualidad de engendrar la sucesión por causa de muerte.

En cuanto a la muerte real, las personas que pretenden bienes de una sucesión deben acreditar ese hecho ante la justicia; sobre dicha clase de prueba nos bastará recordar lo expuesto al hablar del estado civil de las personas: las respectivas actas del estado civil son la prueba más idónea; a falta de esa prueba principal, deberán acreditarse pruebas supletorias (ley 92 de 1938; decreto ejecutivo 1003 de 1939; Const. II-Personas, Nos. 119 y ss.).

En cuanto al problema de los conmurientes nos bastará recordar las reglas claras de los artículos 95 y 1015 del código;

según estas reglas cuando dos o más personas perecen en un mismo acontecimiento, como un naufragio, incendio, ruina o batalla, u otro acontecimiento cualquiera, y no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se presumirá que todas fallecieron en un mismo momento. Por tal motivo ninguna de estas personas sucederá a las otras en sus bienes (Const. II-Personas, Nos. 24 y ss.).

33.—La sucesión por causa de muerte presuntiva.—Este es un régimen excepcional previsto y regulado por las reglas de los artículos 96 y siguientes del código.

Recordaremos sintéticamente dicho régimen.

1.—La simple ausencia de una persona de su domicilio no da lugar en ningún caso a la sucesión de sus bienes (art. 96 del c. c.).

2.—Si la ausencia dura más de dos años se presumirá haber muerto el ausente; el Juez la declara, previos los requisitos que prescribe el artículo 97 del código.

2.—Si transcurrieren otros dos años desde la declaración judicial de la muerte por presunción, sin aparecer el desaparecido, se produce entonces la sucesión por causa de muerte presunta. Efectivamente: prescribe la ley que transcurridos dos años más desde la fecha en que se declaró al ausente muerto por presunción, el Juez concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido (Regla 6ª del 97). Y según el 99, “en virtud del decreto de posesión provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere, con el desaparecido; se procederá a la apertura y publicación del testamento, si el desaparecido hubiere dejado alguno; y se dará la posesión provisoria a los herederos presuntivos.

“No presentándose herederos se procederá en conformidad a lo prevenido para igual caso en el Libro 3º, Título 7º de la apertura de la sucesión.”

3.—Los sujetos de una herencia proveniente de un muerto por presunción se denominan “herederos presuntivos” o “legatarios presuntivos”.

4.—Finalmente, si pasados cuatro años después de decretada la posesión provisoria, no se hubiere presentado el desaparecido, o no se tuvieran noticias que motivaren la distribución de sus bienes según las reglas generales se decretará la posesión definitiva (art. 105 del c. c.). Este decreto final otorga amplias facultades de disposición a los herederos o legatarios presuntivos (más detalles: II-Personas, Nos. 28 s.).

CAPITULO SEGUNDO

De la capacidad para ser sujeto de la herencia

(Existencia en el momento de la muerte del causante)

34.—Al hablar de la capacidad en general (II-Personas, Nos. 141 s.), dijimos que era necesario distinguir la capacidad de goce de los derechos de la capacidad de ejercicio de los mismos.

Toda persona por el solo hecho de existir, es decir, de ser persona es sujeto de derechos; tiene aptitud para ser titular de ellos. En este sentido la capacidad de goce se tiene por el solo hecho de ser persona.

En la herencia, como una masa de bienes que es, es necesario distinguir, lo mismo que respecto de los demás derechos, la capacidad de goce para ser sujeto de ella, para ser titular de derechos hereditarios (capacidad para heredar), de la capacidad de ejercicio de los derechos hereditarios, o sea la facultad de disponer libremente de ellos o mediante representación legal.

Por el momento no nos ocupamos de la capacidad de ejercicio de los derechos herenciales, sino de la de goce.

Los artículos 1018 a 1024 del código se refieren a la capacidad o incapacidad de goce y no a la capacidad o incapacidad de ejercicio.

El 1018 declara capaz de recibir una herencia (sea a título singular o a título universal) a toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz. Luego las incapacidades de goce en el derecho hereditario son de interpretación restrictiva.

Como condición esencial exigida para ser titular de la capacidad de goce en las sucesiones por causa de muerte se requiere ser persona, es decir, existir al tiempo de abrirse la sucesión art. 1019 del c. c.). En esto en verdad no se hace otra cosa sino repetir el principio general sobre la capacidad de goce. Es necesario advertir que el 1019 establece que es "necesario **existir naturalmente** al tiempo de abrirse la sucesión". Este término de **existir naturalmente** tiene apenas un sentido histórico, pero ninguno práctico.

Estudiaremos: 1.—Regla general y excepciones que comporta; 2.—De las incapacidades de goce.

I

Desarrollo de la regla y excepciones

35.—La regla anterior de la necesidad de existir, es decir, de ser persona en el momento de abrirse la sucesión del *de cujus*, comporta excepciones en dos sentidos: 1º Herencias o legados a personas que aún no existen pero se espera lleguen a existir; 2º Herencia o legados a personas que ya no existen; que no sobrevivieron a la muerte.

Nº 1º Sujetos de la herencia que no existen pero se espera que existan

36.—I.—La herencia o legado de los hijos póstumos.—Dijimos que en el ser humano era necesario distinguir su existencia física de su existencia legal (Con. II-Personas, Nos. 5 s.). Que la primera comienza con la concepción y la segunda desde el nacimiento. Que ha sido el momento del nacimiento el escogido por la ley para otorgar a los seres humanos personalidad y, por tanto, capacidad para ser sujeto de derechos.

Mas esta regla requiere una limitación respecto a los hijos póstumos. La limitación a la regla general se halla inscrita en el artículo 93 del código al decir que “los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúa. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia (legal), entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido en el tiempo que se defirieron”; en el caso de que la criatura no nazca viva se presumirá no haber existido jamás.

Mas en todo caso se requiere que en el momento de la apertura de la sucesión del padre el hijo póstumo tenga existencia física, o lo que es lo mismo, se encuentre concebido. Vimos de cómo sobre este particular, para saber si el póstumo se encontraba concebido a la muerte del causante, la ley se vale de una presunción de derecho consistente en presumir que un ser humano dura concebido un *mínimum* de 180 días y un *máximum* de 300.

Luego aplicando a nuestro caso la presunción, serán hijos póstumos con derechos a la sucesión los que nazcan dentro de los 300 días subsiguientes a la muerte del *de cujus*.

La regla se aplica no sólo a la herencia que un hijo póstumo, legítimo o natural, haya de recibir de su padre; tiene aplicación a la herencia que haya de recibir de una persona extraña; especialmente respecto a los legados que se hagan al hijo que está por nacer.

37.—II.—Herencias o legados a personas que se espera existan.—Establece el inciso 3º del 1019: "Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión."

I.—En primer lugar, todos los términos de treinta años del código han sido reducidos a veinte años por la ley 50 de 1936; luego en ese sentido debe mirarse modificado el 1019.

II.—Las personas futuras deben ser determinadas; en nuestro derecho no valen las asignaciones a personas inciertas. Vale la asignación dejada para el hijo legítimo que tuviere determinada persona. Es una asignación cierta, aunque en el momento de abrirse la sucesión aún no haya contraído matrimonio. Si transcurrieren veinte años sin contraer matrimonio, o aunque lo hubiere contraído, si no hubo hijos, la asignación caducará.

La asignación puede hacerse a personas morales o jurídicas futuras a condición de que sean lo suficientemente determinadas.

38.—III.—Asignaciones en premio de un servicio importante. Según la parte final del 1019: "Valdrán con la misma limitación (plazo de veinte años) las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador."

Tienen por objeto estas asignaciones el favorecer las obras de beneficencia que se realicen en lo futuro o las obras de ciencia o arte. Por "servicio importante" no puede entenderse sino la realización de una obra que preste una utilidad manifiesta a la colectividad.

39.—IV.—Herencias o legados bajo condición suspensiva.—"Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición" (art. 1019, inc. 2º). Lo que equivale a una excepción al principio, por cuanto no se requiere que el asignatario de una asignación sometida a la condición suspensiva, exista al momento de la muerte del causante, sino en el día en que se cumpla la condición.

40.—Crítica de las asignaciones a personas futuras.—Exceptuando la herencia o legado de los hijos póstumos, las demás asignaciones a personas futuras ha sido criticada; se dice que constituyen una especie de inmovilización de la propiedad, lo que es cierto.

A estas asignaciones es necesario nombrar un curador; si se

trata de una herencia, tendremos el caso de una suerte de "herencia yacente".

No obstante la crítica es relativa, pues es encomiable la herencia o legado dejados por "servicios importantes", pues ello constituye un incentivo poderoso a la realización de grandes obras que redundarán en beneficio del interés social.

Nº 2.—Sujetos de la herencia que han muerto

41.—A una persona se defiere una herencia; mas fallece sin haberla aceptado o repudiado. ¿Qué suerte va a tomar esa herencia? En verdad los herederos de la última apenas tienen capacidad para aceptar o repudiar la herencia de su causante inmediato; mas la del causante mediató no la podrían hacer suya, por cuanto no existían, o podrían no existir normalmente cuando falleció. El hijo puede aceptar y hacer suya la herencia de su padre si existe a su muerte; pero si encuentra que su padre a su vez tenía derecho a una herencia de su abuelo, que no aceptó por no saberlo o por alguna otra causa, aplicando rigurosamente el principio de la necesidad de existir al momento de la muerte del causante, tendremos que ese hijo no podrá hacer suya la herencia del abuelo en el evento probable de que no existiese a su muerte.

Los romanos aplicaron rigurosamente el principio de la necesidad de existir al momento de la muerte del *de cuius*. Por ese motivo, en la hipótesis planteada, el nieto no podía recoger la herencia del abuelo en el evento de que no hubiese existido a su muerte.

Mas las legislaciones modernas han hecho una importante excepción a la regla en estudio: el nieto puede recoger la herencia del abuelo, cuando no la alcanzó a hacer suya su padre y en el evento de que aún no hubiese nacido. Se exige sí, para tener ese derecho, que el padre hubiese tenido la capacidad de goce a la muerte del abuelo.

Algunos autores dicen que aquí no nos encontramos ante una excepción a la regla general; que en verdad en el caso planteado se trata pura y simplemente de una transmisión al actual heredero de la facultad de aceptar o repudiar que tuvo el causante inmediato; que el actual heredero encuentra en la herencia esa facultad y puede ejercer en uno u otro sentido.

En todo caso nos basta poner de presente la hipótesis de diaria ocurrencia en la práctica y la forma como la resuelve nuestra legislación. "Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el artículo 1014, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado."

II

Incapacidades para recibir herencias o legados

42.—Las incapacidades de goce para recibir herencias o legados son absolutas o relativas. Las absolutas indican que una persona es incapaz de ser sujeto de derechos hereditarios en cualquiera sucesión; las relativas son las que inhabilitan a una persona para recibir derechos herenciales de determinada sucesión, pero en general los puede recibir de cualquiera otra.

43.—A)—**Incapacidades absolutas.**—Son incapaces de toda herencia o legado, establece el 1020 del código, las cofradías, gremios o establecimientos de cualquier clase que no sean personas jurídicas. Pero si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta, valdrá la asignación.

I.—Las personas jurídicas dentro de la actual legislación pueden ser sujetos de derechos de toda clase (art. 27 de la Ley 57 de 1887): "Las personas jurídicas pueden adquirir bienes de todas clases, por cualquier título, con el carácter de enajenables." No se hacen distinciones: en consecuencia la persona moral laica o religiosa puede ser titular de derechos hereditarios.

II.—Según el 1020 son incapaces de adquirir derechos herenciales las agrupaciones colectivas desprovistas de personalidad jurídica, como una indivisión o comunidad; como la misma herencia que no es una persona jurídica.

El 1020 está conforme con los principios generales y en verdad no enuncia excepción alguna; se trata de la simple aplicación del principio general de que sólo las personas (físicas o morales) pueden ser sujetos de derechos.

III.—El 1021 del código establecía: "Son incapaces de toda herencia o legado las comunidades, corporaciones, asociaciones y entidades religiosas, aunque tengan el carácter de personas jurídicas."

Mas este texto legal fue derogado pore el 27 de la Ley 57 de 1887.

En resumen: en estricta técnica jurídica no existen incapacidades absolutas en nuestra legislación para recibir herencias o legados.

44.—B)—**Incapacidades relativas.**—El primitivo artículo 1022 establecía que los sacerdotes de cualquiera religión o culto no podían recibir por testamento, a título de herencia o legado, ni aun como albaceas fiduciarios, sino lo que, si no hubiese habido testamento, habrían heredado abintestato.

Dicha incapacidad se modificó por el 84 de la ley 153 de 1887 al establecer que "por testamento otorgado en la última enfermedad no puede recibir herencia o legado alguno, ni aun como albacea fiduciario, el eclesiástico que hubiere confesado al testador en la misma enfermedad, o habitualmente en los dos años anteriores al testamento".

La modificación fue sustancial, pues el 1022 hacía incapaces para recibir por testamento a todos los sacerdotes de cualquiera religión o culto; el 84 de la ley 153 los capacitó, estableciéndose una excepción para el sacerdote que hubiese confesado al **de cujus** en la última enfermedad o habitualmente en los dos últimos años.

La ley quiere que el testamento sea un acto libre y voluntario del testador; y ese el motivo de la incapacitación mencionada.

45.—Nulidad de la asignación hecha a una persona incapaz. Se trata de una nulidad absoluta, pues hay objeto ilícito. Justamente todo acto jurídico prohibido expresamente por la ley genera un objeto de esa naturaleza (arts. 1523 y 1741 del c. c.).

I.—Igualmente genera nulidad absoluta la asignación a una congregación o establecimiento cualquiera que careciere de personería jurídica, aunque se disfrace de un acto jurídico a título eneroso (como permuta, sociedad, etc.). En el mismo sentido es nula la asignación disfrazada a título oneroso al sacerdote incapacitado según el artículo 84 de la ley 153.

También es nula la asignación hecha a un tercero con el encargo de que éste la traslade a los incapaces mencionados (simulación por sujeto interpósito: art. 1023 del c. c.).

II.—Si el incapaz absoluto o relativo adquiriese la herencia o legado que está incapacitado para recibir comenzará a prescribir su derecho; y lo ganará por usucapión en el mismo término que es necesario para prescribir una nulidad absoluta, es decir, veinte años (art. 1024 del c. c.).

46.—La incapacidad como excepción.—Si un incapaz recibe una herencia o legado, mientras no sea declarada la nulidad absoluta la incapacidad no puede ser propuesta como excepción ni por el incapaz ni por los deudores hereditarios o testamentarios.

1.—No sería equitativo que el incapaz que no tiene título para recibir legalmente una herencia o legado, pretendiese exonerarse del pago de las deudas hereditarias o testamentarias que reconocen como causa la misma herencia o legado.

2.—En cuanto a los deudores hereditarios o testamentarios tampoco pueden excepcionar a un incapaz su incapacidad para exonerarse de pagar. Ellos tendrán un justo interés en solicitar

la declaración de nulidad de su adquisición; pero mientras no haya sido declarada no la pueden proponer como excepción (art. 1035 del c. c.).

La disposición del 1035 que en forma expresa prohíbe a los deudores hereditarios o testamentarios proponer como excepción la incapacidad del acreedor es criticada por algunos autores. "El incapaz, ya lo hemos visto, nunca adquiere la herencia, luego jamás tiene personería para representarla" (Carriosa, ob. cit., p. 123). Esta idea no es exacta; la ley se ha limitado a prohibir a los declarados incapaces absolutos o relativos, el recibir una herencia o legado en determinadas condiciones; la prueba de ello es que su adquisición sólo queda atacada de una nulidad absoluta y no de inexistencia. Además, ¿cómo podría decidirse mediante una simple excepción en un juicio ejecutivo la nulidad absoluta cuando la asignación se ha hecho por interpuesta persona, o cuando se ha disfrazado mediante un título oneroso, casos que conllevan la simulación y es preciso acreditarla en los carriles del juicio ordinario?

CAPITULO TERCERO

De la indignidad

47.—Suponemos una persona es llamada a recibir una herencia o legado por la ley o el testamento. Suponemos no se encuentra inhabilitada por alguna de las mencionadas causales de incapacidad. Pero esa persona puede hacerse "indigna" por otras circunstancias que no hacen relación ni a la capacidad de goce ni a la de ejercicio.

I.—La indignidad es una pena impuesta por la ley al heredero o legatario en razón de una falta grave cometida contra la persona del *de cuius* o su memoria. La incapacidad se fundamenta en razones generales; la indignidad en razones personales; depende de un acto del heredero.

II.—La indignidad tiene su campo de aplicación tanto respecto a la sucesión abintestato como de la testamentaria. En cuanto a la última se requiere que los actos o hechos del heredero que producen la incapacidad se hayan producido con posterioridad al testamento en donde es instituido como sujeto de la herencia. En esto se diferencia la indignidad en el derecho nacional de la misma en el derecho francés, en donde sólo se aplica en las sucesiones legales o intestadas.

III.—Se ha dicho que la indignidad equivale a una especie de desheredación tácita. En esta forma la desheredación sería en la ley positiva, *expresa* y *tácita*. La expresa sería la que en

forma clara el testador establece en el testamento; la tácita serían las causales de indignidad que vamos a estudiar; en éstas el legislador no haría otra cosa sino dictar la pena que el testador dictaría si hubiese tenido conocimiento de ciertos hechos, o hubiese testado.

Es verdad que en nuestra legislación, a diferencia de la francesa, existen los desheredamientos expresos; desheredamientos que tienen por finalidad privar a una persona que forzosa-mente debe recibir determinada cantidad de bienes, aun contra la voluntad del testador, de ellos, es decir, de su legítima (arts. 1265 a 1269 del c. c.).

Mas el fundamento de la indignidad se encuentra más bien en motivos de pública moralidad; en ese sentimiento general que reprueba que los llamados a recibir una herencia o legado sean precisamente quienes han dado muerte al causante o le han causado alguna injuria grave. Como veremos las causales de indignidad no se fundan en simples motivos de resentimiento o de enemistad personales, sino en causas bien graves, en la comisión de verdaderos hechos ilícitos contra la personalidad del *de cujus*.

Nº 1º—Las causales de indignidad

48.—Fecundo fue nuestro código en causales de indignidad. Al paso que la mayor parte de las legislaciones latinas indican tres o cuatro causales, el nuestro tenía que aventajarlos en este sentido: nueve causales de indignidad.

Además, como si esto fuese poco y según acabamos de advertir, se instituyeron los desheredamientos expresos: cinco clases de desheredamientos (art. 1.266 del c. c.).

Ello trae por consecuencia que en el derecho colombiano se respeta no sólo la personalidad del causante o *de cujus*, sino su memoria y sentimientos; sus bienes, la personalidad de sus parientes más próximos, etc., etc.

49.—Primera causal de indignidad: el homicida del causante. “Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios: 1º El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla” (art. 1025, Nº 1º).

1.—Se requiere que haya sido un homicidio voluntario o una tentativa de homicidio. No importa que haya actuado como autor material o intelectual simplemente; tampoco importa que haya cometido el crimen personalmente o mediante ayuda de otros, es decir, haber obrado como copartícipe.

Unánimemente la doctrina excluye como causal de indigni-

dad la muerte ocasionada al causante en uno de los siguientes extremos: 1. En legítima defensa; 2. En duelo, a no ser que se hubiesen violado las normas caballerescas o no se hubiese preestablecido el duelo a vida o muerte (Ruggiero, II, p. 1.074); 3. El homicidio por piedad; 4. El homicidio simplemente culposo; 5. El ocasionado por orden de la autoridad; 6. El realizado en estado de ira e intenso dolor; 7. El homicidio preterintencional (Carrizosa, ob. cit., p. 129).

2.—Al lado de la causal de homicidio el N° 1º del 1025 hace figurar la de haber dejado perecer al causante habiéndolo podido salvar (cuestión de muy difícil y hasta imposible prueba).

50.—Segunda causal de indignidad: atentados graves.—El N° 2º del 1025 organiza como segunda causal de indignidad la de “haber cometido atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada”.

1.—Esos “atentados graves” invariablemente deben constituir un ilícito penal de los contemplados como tales en el código penal. El atentado grave contra la vida debe traducirse en lesiones; el atentado contra el honor en el delito de calumnia o injuria; el atentado contra los bienes en graves delitos de robo, hurto, abuso de confianza o algún otro delito contra la propiedad.

2.—No sólo los atentados contra la vida, honor y bienes del causante se miran como causales de indignidad, sino también esos mismos atentados realizados en la persona de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes legítimos.

Este si es un caso aberrante; por lo menos en la extensión de la indignidad a los atentados contra los descendientes. Las lesiones causadas por un hermano a otro lo hacen indigno en la sucesión del padre, aunque el heridor profese gran respeto y estimación por su causante.

Naturalmente que los jueces se encargarán de limitar estas causales, sobre todo su extensión injustificada a tantas personas; igualmente tendrán mucha prudencia en la clase de atentado; un delito leve de abuso de confianza en verdad no es causal de indignidad.

51.—Tercera causal de indignidad.—Consanguíneos que no socorren al causante.—Es indigno de suceder al causante el “consanguíneo dentro del sexto grado inclusive que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión

se trata, no lo socorrió pudiendo". Causal de ninguna aplicación práctica.

Además, los órdenes hereditarios se han limitado al cuarto grado de consanguinidad.

52.—Cuarta causal de indignidad.—La fuerza o dolo.—Es también indigno de suceder el que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar (1025, Nº 1º).

La fuerza y el dolo generan la nulidad del testamento; luego ya es suficiente sanción la declaración judicial de la nulidad de la asignación obtenida así; y en cuanto a la fuerza o dolo para impedir a una persona testar, difícilmente se concibe; es más aún: si un heredero de los llamados forzosamente por la ley a recibir bienes de la sucesión (por cuanto no se explica que quien no es legitimario pretenda impedir el que otro haga testamento) le impide testar, su conducta debe ser elogiada, pues quiere atenerse únicamente a la porción de bienes que por la ley le corresponde. Podrá decirse que el heredero tendrá interés en impedir testar al de *cujus* cuando teme ser desheredado o perjudicado en los bienes que le corresponden por la ley, a los que le correspondan por el testamento, como cuando un hijo prevé que su padre quiere mejorar notablemente a uno de sus hermanos. Mas en estos casos no se justifica la sanción de la indignidad.

53.—Quinta causal de indignidad.—Ocultación del testamento.—Es indigno de suceder "el que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto; presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación" (1025, 5º).

La ley se refiere al testamento que haya de regir la distribución de los bienes del causante, por cuanto bien podría suceder que el heredero retenga un testamento revocado.

54.—Sexta causal de indignidad.—Artículo 1026.—"Es indigno de suceder el que siendo varón y mayor de edad, no hubiere acusado a la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, tan presto como le hubiere sido posible.

"Cesará la indignidad, si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso.

"Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse sino cuando constare que el heredero o legatario no es marido de la persona por cuya obra o consejo se ejecutó el homicidio, ni es del número de sus ascendientes o descendientes, ni hay entre ellos deudo de consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive."

1.—¿Por qué motivo la ley limita la indignidad únicamente a los varones mayores de edad, y no la hace extensiva a las mujeres mayores? Y no puede decirse que ello era debido a la antigua incapacidad de las mujeres casadas, por cuanto también las solteras o viudas mayores son incapaces de incurrir en la indignidad del 1026.

Es necesario advertir que en esta parte el 1026 no está conforme con la naturaleza de nuestro actual sistema, que predica que la mujer mayor de edad es capaz de adquirir y ejercer derechos en las mismas condiciones que el varón mayor de edad; no se justifica que no sea capaz de incurrir en las mismas penas y sanciones en que puede incurrir el hombre. Consultando la orientación general del sistema legislativo hoy día tanto el varón mayor como la mujer mayor pueden incurrir en la mencionada causal.

2.—Según el artículo 25 de la actual constitución nacional nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Como se ve no armoniza el 25 de la constitución con el 1026 del código.

Lo que la ley quiere sancionar con la mencionada causal de indignidad es el delito de encubrimiento castigado por la ley penal (arts. 199 s. del Código penal); bien: la ley penal se encuentra en armonía con el texto de la constitución al no sancionar a los encubridores cuando lo hacen para salvar la libertad o el honor de un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Lo cual indica que no son encubridores responsables penalmente los indicados por la constitución y la ley penal; luego a fortiori no deben ser responsables civilmente.

Desde este punto de vista debe mirarse modificado el 1026 del Código civil.

55.—Séptima causal de indignidad.—Artículo 1027.—“Es indigno de suceder al impúber, demente o sordomudo, el ascendiente o descendiente que siendo llamado a sucederle abintestato, no pidió que se le nombrara un curador o tutor, y permaneció en esta omisión un año entero: a menos que aparezca haberle sido imposible hacerlo por sí o por un procurador.

“Si fueren muchos los llamados a la sucesión, la diligencia de uno de ellos aprovechará a los demás.

“Transcurrido el año recaerá la obligación antedicha en los llamados, en segundo grado, a la sucesión intestada.

“La obligación no se extiende a los menores, ni en general

a los que viven bajo tutela o curaduría o bajo potestad marital.

“Esta causa de indignidad desaparece desde que el impúber llegue a la pubertad, o el demente o sordomudo toman la administración de sus bienes.”

Con mucha razón es considerada esta causal como exorbitante y severa, y en muchos casos desproporcionada y sin ninguna conexión con la realidad. “Puede pensarse que la omisión de los llamados en primer lugar no haya producido ningún perjuicio al impúber o demente, y que sean ellos, precisamente, quienes lo socorrieron y cuidaron. Entonces se ven privados de la herencia por haber descuidado el lleno de las formalidades, y no es sensato fulminar tan pesado castigo por sólo esa omisión. Se ha debido, por lo menos, atender a si la negligencia de los parientes irrogó perjuicio al pupilo” (Carrizosa Pardo, ob. cit., p. 136).

Y será en este sentido que los jueces tendrán en cuenta si una persona incurrió o no en la citada causal de indignidad exigiendo: 1º La culpa grave o dolo en el cumplimiento de la obligación objeto de comentario; 2º El grave perjuicio que se siguió la incapaz por el no cumplimiento de la obligación.

56.—Octava causal de indignidad.—Artículo 1028.—“Son indignos de suceder al autor o curador que nombrados por el testador se excusaren sin causa legítima.

“El albacea que nombrado por el testador se excusare sin probar inconveniente grave, se hace igualmente indigno de sucederle.

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

57.—Novena y última causal.—Artículo 1029.—“Finalmente es indigno de suceder el que, a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz.

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

58.—Otras causales de indignidad para recibir bienes hereditarios.—Estas fueron ya expuestas en su lugar oportuno: 1) El hijo menor de edad que se casare sin el consentimiento de un ascendiente estando obligado a obtenerlo sólo tendrá derecho a la mitad de los bienes que le hubieren correspondido en la sucesión del difunto (art. 124: más detalles, Cons. III-IV-Derecho de Familia, etc., N° 84).

2) Según el 172 del código el viudo por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse inventario solemne de los bienes que administra de los hijos del primer matrimonio, "perderá el derecho de suceder como legitimario o como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado".

3) El artículo 338 del código organiza una causal de indignidad para quienes han tenido participación en el fraude de falso parto o de suplantación (de casi ninguna aplicación).

Nº 2º.—La indignidad debe ser declarada mediante sentencia judicial

59.—El número 2º del 1025 exige respecto a la 2ª causal de indignidad que ésta se haya probado por sentencia judicial. Ello indica lo siguiente: que el atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de las personas enumeradas en dicho texto legal debe acreditarse en un juicio diferente al propio juicio de sucesión, es decir, que el juez de la sucesión no es competente para calificar si se ha realizado o no alguno de los hechos que generan esa causal de indignidad; que sólo puede tener en cuenta la declaratoria de indignidad pronunciada en un juicio anterior. Por otra parte, si se acepta la tesis de que sólo los "atentados" que constituyan un ilícito penal pueden tenerse en cuenta, tendremos que será la sentencia ejecutoriada de un juez penal la que podrá presentarse a un juicio de sucesión para que un heredero sea excluido de la sucesión.

Sobre el particular no existe ni puede existir dificultad alguna de interpretación por ser clara la ley. Los autores nacionales en forma unánime advierten que la única prueba que puede presentarse como causal de indignidad respecto al Nº 2º del 1025 es una sentencia ejecutoriada (González-Valencia, Fernando Vélez, Carrizosa Pardo). En el mismo sentido la jurisprudencia nacional (cas. civ. mayo 17 de 1946, LX, p. 456 s.; cas. civ. julio 30 de 1948, p. 676 s.).

Se pregunta: ¿se exige la misma prueba, es decir, una sentencia ejecutoriada anterior, respecto a las demás causales de indignidad? Los autores nacionales parece se inclinan en el sentido de no exigir dicha clase de prueba. González-Valencia dice: "Conviene fijar la atención en los términos de los ordinales 1º y 2º del artículo 1025, con el fin de advertir una diferencia sustancial que hay entre los dos casos a que se refieren los mencionados ordinales;" la diferencia consiste en que el ordinal 2º exige una sentencia ejecutoriada previa. Más explícito es Carrizosa Pardo: "En la causal 1ª del artículo 1025, la ley no ordena que previamente se obtenga sentencia aprobatoria del

homicidio; pero en esta segunda causal es preciso probar el atentado por sentencia."

En el derecho nacional no cabe discusión sobre este problema, pues, el artículo 1031 en forma explícita establece: "La indignidad no produce efecto alguno, si no es declarada en juicio, a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero o legatario indigno."

Nuestro código siguió sobre este particular la doctrina de Pothier que predicaba que toda causal de indignidad debía probarse mediante una sentencia previa al juicio de sucesión. El código de Napoleón, en cambio, guardó silencio sobre el particular, lo que ha originado dificultades de interpretación en la doctrina y jurisprudencia francesas (mientras la mayor parte de autores franceses sostienen la tesis de Pothier, algunos enseñan la doctrina contraria: Planiol, Ripert, Maury, Vialleton, ob. cit., t. IV, p. 76; Josserand, ob. cit., t. III, p. 433-434).

¿Si esto es así qué diferencia, entonces, entre el ordinal 2º y el 1º del 1025? En verdad no existe ninguna en cuanto a la prueba. Simplemente que sobra en el ord. 2º la expresión de que el "atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada", en presencia del 1031 que se aplica a todas las causales. Carrizosa Pardo interpreta correctamente el 1031 al decir que "La indignidad siempre tiene que ser declarada previo juicio; no tiene efectos de pleno derecho como la incapacidad. Este punto definido por el código expresamente (art. 1031), es materia de controversia en derecho francés" (Ob. cit. p. 126; entonces, ¿cuál la diferencia entre el ord. 1º y 2º del 1025 que se indica en la pág 131 de la misma obra?).

En resumen: la indignidad para que produzca efectos requiere dos sentencias: una sentencia previa al juicio de sucesión en que se pruebe el hecho constitutivo (homicidio, atentado grave, etc.) y la sentencia del juez que conoce del juicio de sucesión que con fundamento en la prueba suministrada (sentencia ejecutoriada ya sea de un juez penal o de un juez civil) declara si una persona es o no indigna de recibir una herencia o legado.

Nº 3º.—Los efectos principales de la indignidad y su naturaleza

60.—La indignidad no hace incapaz al indigno; simplemente lo inhabilita para retener los bienes recibidos.

I.—La indignidad actúa como una causa de exclusión de la herencia, "es decir, un impedimento para conservarla impuesto como pena por los hechos cometidos". En otros términos aún hoy puede repetirse lo que dijeron los antiguos: que el indigno *potest capere sed non potest retinere* (Ruggiero, II, p. 1074).

Este principio lo desenvolvió el código al decir en el inciso 2º del 1031 que "Declarada judicialmente, es obligado el indigno a la restitución de la herencia o legado con sus accesiones o frutos."

De lo cual se deduce que quien ha incurrido en alguna causal de indignidad puede aceptar la herencia en forma expresa alegando su título de heredero, o tácitamente realizando actos de heredero. Que ninguno de los otros coherederos pueden oponerse a que el indigno reciba los bienes que le hayan de corresponder; simplemente pueden alegar ante la justicia la indignidad a fin de que pierda los bienes recibidos.

II.—Producida la sentencia judicial declarando a una persona indigna de retener los bienes herenciales recibidos es necesario distinguir, por una parte, el destino que toman esos bienes, y por otra parte los derechos de terceros.

1.—Los bienes que pierde el indigno regresan a la masa herencial para acrecentarla y distribuirse entre los llamados a recibir la herencia del causante. Si son tres hijos los llamados a recibir la herencia, y uno de ellos se hizo indigno judicialmente, el tercio recibido por el indigno se reparte entre los otros dos hijos.

En una palabra: los bienes que pierde el indigno engendra a favor de los otros herederos el derecho de acrecentamiento. En el evento de que sólo hubiese un heredero y se le declarase indigno, entonces son llamados a recibir esa herencia el grado subsiguiente de herederos.

2.—La indignidad es una pena; y como todas las penas de carácter estrictamente personal. Por tal motivo si el declarado indigno había enajenado parte de los bienes herenciales, o constituido derechos reales en ellos, los terceros conservarán definitivamente esos derechos: sólo habrá acciones personales contra el indigno (art. 1033 del c. c.).

3.—Los deudores hereditarios o testamentarios no podrán oponer al demandante la excepción de indignidad (art. 1035 del c. c.).

4.—Si el indigno incurrió en alguna de las primeras cinco causales que indica el 1025, no sólo pierde los bienes recibidos, sino además el derecho que tuviere para pedir alimentos según la ley; si hubiere incurrido en algunas de las restantes causales, sólo pierde los bienes recibidos, mas no el mencionado derecho de alimentos (art. 1036 del c. c.).

61.—I.—El perdón tácito.—Un padre de familia puede perdonar a sus hijos la causal en que han incurrido de indignidad para sucederle; este perdón puede ser expreso o tácito. Lo mismo cabe aplicarse respecto a las causales de indignidad en que incurran con otras personas.

Como perdón tácito de la indignidad se mira el contemplado por el 1030 del código: "Las causas de indignidad mencionadas en los artículos precedentes no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que la producen, aun cuando se ofreciere probar que el difunto no tuvo conocimiento de esos hechos al tiempo de testar ni después."

El 1030 establece una verdadera presunción de derecho de perdón tácito, por cuanto en ningún caso admite prueba en contrario, respecto al testamento otorgado con posterioridad a los hechos que son fuente de indignidad.

Nos preguntamos: ¿existen otras presunciones de perdón tácito? Indudablemente que sí. El código se limitó a mencionar una presunción a fin de darle una fuerza especial: la de no admitir prueba en contrario.

Pero en manera alguna se pretendieron derogar los principios generales sobre presunciones o casos de perdón tácito. Así, deberá interpretarse como presunción de perdón tácito el caso frecuente en ciertas clases sociales de que cuando un hijo comete una grave falta en la casa paterna, constitutivo a la vez de indignidad, es expulsado de la misma, pero con el correr de los años es recibido nuevamente y durante el resto de años de vida del causante observa buena conducta.

Igualmente debe interpretarse como caso de perdón tácito de una grave falta de hijo, constitutiva desde luego de indignidad, cuando el ofendido desiste del denuncia criminal formulado contra el delincuente.

Conclusión.—El 1030 se limita a presumir con fuerza absoluta un caso de perdón tácito; en manera alguna pretendió excluir otros casos de perdón tácito regidos por las reglas generales, es decir, mediante simples presunciones relativas. Ni menos pretendió excluir los casos expresos de perdón.

62.—II.—Purga de la indignidad.—Diez años de posesión de la respectiva herencia o legado purgan la causal de indignidad (art. 1032 del c. c.). Vencido ese término, el cual se comenzará a contar desde el día de la apertura de la sucesión y delación de la herencia o legado al indigno, nadie puede alegar ante la justicia la indignidad.

"A los herederos se transmite la herencia o legado de que su autor se hizo indigno, pero con el mismo vicio de indignidad de su autor, por todo el tiempo que falte para completar los diez años" (art. 1034 del c. c.). Texto legal éste que desarmaliza con un sistema en el que se predica que las penas son personales; es un rezago del viejo y caduco principio que predica la continuación de la personalidad del causante en la persona del heredero.

TITULO TERCERO

APERTURA DE LA SUCESION Y DELACION DE LA HERENCIA

63.—La “apertura de la sucesión hereditaria” indica que un patrimonio ha quedado sin titular por la muerte; que en ese momento se extinguen todos los derechos patrimoniales que tenían el carácter de personalísimos o “intransmisibles”, como los extrapatrimoniales de todas clases, a excepción de algunas acciones que superviven durante un tiempo corto; que se forma la universalidad jurídica denominada **herencia**.

Efectivamente: a la muerte de una persona sus bienes pasan a formar la comunidad hereditaria; todos los derechos toman el carácter de herenciales.

Sobre la “apertura de la sucesión” interesa precisar: momento y lugar en que se abre.

I.—La sucesión hereditaria se abre en el momento de la muerte del **de cujus**. Sobre el particular es necesario diferenciar el “juicio de sucesión”, es decir, la intervención de la autoridad judicial en la declaración de las personas que deben recibir los bienes hereditarios y la distribución de ellos, de la “apertura de la sucesión”. Esta se verifica en el mismo instante en que fallece el **de cujus**; el juicio de sucesión se inicia posteriormente con base y con la prueba de la muerte del **de cujus**, es decir, de la “apertura de la sucesión”.

II.—La “sucesión” se abre en el último domicilio del **de cujus** (art. 1012 del c. c.). Este domicilio indica qué juez es competente para conocer del juicio de sucesión.

64.—Delación de la herencia es el actual llamamiento a aceptarla o repudiarla (art. 1013 del c. c.).

Analizando detenidamente los textos legales (arts. 1012, 1013, 1014, 1282 s.), observaremos que la ley positiva distingue tres momentos en toda sucesión por causa de muerte: a) La apertura de la sucesión; 2) La delación de la misma; 3) La aceptación o repudiación.

65.—Momento en que se realiza la apertura y la delación.—La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte. La herencia se “defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional” (arts. 1012 y 1013, inc. 2º).

Como se ve los dos primeros momentos —apertura de la sucesión y delación de la herencia— tienden a coincidir cronológicamente. Cabe preguntarse si tiene algún interés el distinguir estos dos momentos en la sucesión por causa de muerte.

Lógicamente esos dos momentos responden a conceptos diferentes. En la apertura se toma en cuenta únicamente el fenómeno de un patrimonio que queda sin titular; en la delación se precisa la vocación hereditaria, es decir, las personas que deben recoger ese patrimonio. La apertura indica la ruptura de las relaciones de un sujeto de derecho con los bienes de que era titular; en la delación se hace un llamamiento al sujeto de la herencia para que la recoja.

Mas la delación de la herencia representa algo más que un simple llamamiento a recibir una herencia. Por la delación: 1º) Se otorga a los herederos la facultad de aceptar o repudiar la herencia; 2º) Se hace una atribución provisional de los efectos hereditarios a los herederos.

La delación es, pues, un conjunto de derechos que se otorgan a los herederos o legatarios.

I.—La facultad de aceptar o repudiar una herencia (o legado) es un derecho o facultad reconocido por el derecho moderno, frente a la concepción romanística, en donde existían herederos necesarios, o sea sujetos de la herencia que no tenían facultad para repudiar una herencia. En nuestra legislación el heredero es libre para aceptar o repudiar; no hay herederos necesarios.

II.—La atribución provisional de la herencia a los herederos es un nuevo derecho que no tuvo plena existencia en el antiguo derecho. Constituye una necesidad urgente: la de que en ningún momento los bienes hereditarios permanezcan sin un sujeto, por cuanto entre el momento de la delación y el de la aceptación o repudiación puede mediar un tiempo más o menos largo. Si pretendiéramos precisar mejor diríamos que la delación es una oferta legal a los herederos de los bienes hereditarios, en la sucesión legal o abintestato; o una oferta testamentaria a los herederos o legatarios instituidos por testamento, en las sucesiones testamentarias.

Desde un punto de vista práctico y comprensivo podemos resumir los derechos de delación (*jus delationis*) diciendo que

es la oferta de los bienes hereditarios a los herederos, unida a una atribución provisional, junto con la facultad de aceptar o repudiar.

III.—Los derechos de delación (*jus delationis*) no son exclusivos de los herederos abintestato; pertenece igualmente a los herederos o legatarios testamentarios.

66.—Otras notas para precisar mejor los conceptos de apertura de la sucesión y delación de la herencia.—Para que haya apertura de la sucesión hereditaria se requiere un muerto. Sin muerto no hay sucesión.

La delación mira a las personas vivas que han de recibir la herencia.

Lo que explica que, en principio, la delación sólo se hace a personas actualmente vivas; en ningún caso a personas que no hayan sobrevivido al *de cujus*, o a las personas que no hayan alcanzado a nacer en el momento de la apertura de la sucesión.

En cuanto a la delación se ha planteado el problema de saber si es única o sucesiva, como cuando varias personas son llamadas sucesivamente a la herencia. “El hecho se produce tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria; porque así como en la primera son llamadas por la ley varias personas por orden sucesivo, de modo que el orden de los primeramente llamados excluya el siguiente, el cual sólo entra en defecto del orden precedente, así también en la sucesión testamentaria el testador puede sustituir al heredero instituido por otro heredero, el segundo por un tercero, etc. Subsistiendo el orden de los primeramente llamados, si luego falta por renuncia o indignidad, o si falta el heredero instituido, la sucesión se atribuye al orden siguiente o al sustituto.” “Pero esta necesidad de atribuir efecto retroactivo a los llamados sucesivos persuade de que la delación es única y no plural o sucesiva. Comprende a todos los llamados a suceder de todos los órdenes y grados en la sucesión *abintestato*, a todos los instituidos y sustitutos en la testamentaria; a todos ellos inviste virtualmente del derecho hereditario” (Ruggiero, II, ps. 988-989).

67.—El contenido del derecho de delación es transmisible a los herederos.—El *jus delationis* constituye una facultad importante para todo heredero o legatario, aunque no tenga conocimiento de los elementos que integran la herencia; es un derecho patrimonial que entra en su patrimonio; por tal motivo si fallece el titular del *jus delationis*, antes de agotarlo, transmite a sus herederos el contenido de ese derecho.

Tal carácter del *jus delationis* ha sido precisado por el art. 1014 del código civil. “Si el heredero o legatario cuyos dere-

chos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado o repudiarlos, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido." "No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite."

En el derecho romano, en cambio, se dio a los derechos de delación un carácter personalísimo; por tal motivo al morir una persona a quien se había deferido una herencia sin haberla aceptado o repudiado no transmitía a los herederos esa facultad. Sin embargo, con el tiempo se admitieron excepciones a la intransmisibilidad del *jus delationis*: las dos más importantes fueron la *transmissio theodosiana* y la *transmissio Justiniana*. Así, poco a poco fue perdiendo el *jus delationis* su carácter de derecho estrictamente personal, hasta llegar a las modernas legislaciones, en las que es tratado como un derecho patrimonial transmisible.

Por integrar un elemento del patrimonio del causante el *jus delationis* no puede transmitirse sin aceptarse la herencia del causante. Ello indica que el heredero acepta en primer término la herencia del *de cujus*, dentro de cuyos elementos encuentra la delación de una herencia que él ni aceptó ni repudió.

Desde un punto de vista objetivo nos encontramos frente a dos herencias: la herencia del causante o *de cujus* (inmediato) y la herencia del causante o *de cujus* mediato en estado de delación.

El heredero no puede aceptar o repudiar la herencia que constituye el *jus delationis* sin aceptar la herencia de su causante inmediato; pues, si tal cosa se autorizase, equivaldría a permitir la aceptación de una herencia anterior sin aceptar la inmediata.

Pero la situación inversa sí es posible: el heredero puede aceptar directamente la herencia de su causante inmediato, rechazando la herencia del causante mediato, es decir, ejerciendo el *jus delationis* que encontró en la herencia en forma de repudiación. "El heredero del transmitente, al aceptar la herencia, halla en ésta también el *jus delationis*, es decir, la facultad de aceptar o repudiar la herencia atribuida al propio transmitente; puede en ejercicio de esta facultad repudiar la primera aceptando la segunda" (Ruggiero, II, p. 991).

En el evento de que el causante o *de cujus* inmediato haya agotado el *jus delationis*, pues sólo transmite una herencia. Si agotó la delación aceptando presenta la herencia del *de cujus* mediato confundida plenamente dentro de su patrimonio; si la agotó, repudiando, en ningún momento fue titular de esa herencia.

TITULO CUARTO

ACEPTACION O REPUDIACION DE LA HERENCIA

CAPITULO PRIMERO

Naturaleza de la aceptación

68.—Hemos precisado: el momento en que se abre una sucesión **mortis causa**; el momento de la delación de la herencia; el sentido exacto de la “apertura” y de la “delación” y de cómo ambas se realizan en un momento único: en el de la muerte del **de cujus**.

Vamos a contemplar el tercer momento que acabamos de enunciar: el de la aceptación o renuncia de la herencia o el legado.

Varios textos legales se refieren al momento de la aceptación o repudiación de la herencia, diferenciándose netamente, en cuanto al tiempo y el contenido, de los otros dos momentos: el de la apertura y el de la delación.

Según el 1013 la delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a **aceptarla o repudiarla**; además, conforme al 1014 el momento de la aceptación o repudiación normalmente se verifica en un tiempo diferente al de la delación. Más adelante por los artículos 1282 y siguientes del código se precisan mejor los hechos que constituyen aceptación o repudiación de una herencia, como momento diferente al de la apertura y la delación. A esto debe agregarse que la “aceptación” en sí implica la adquisición de los derechos hereditarios, como la repudiación, el renunciar a ellos.

Pero por otra parte, según el 783 del código “La posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore.” Según este texto legal la herencia se adquiere desde la delación. Verdad es que el 783 sólo habla de la adquisición de la posesión de la herencia; pero los autores unánimemente advierten que no puede disgregarse la posesión del dominio y demás derechos; motivo por el cual, dando al 783 su interpretación más práctica y racional, se de-

duce que una herencia es adquirida por los herederos desde el momento de la delación.

Y si la herencia es adquirida desde el momento de la delación en verdad no se adquiere su aceptación posterior por parte del heredero. Pero según otros textos del código, la aceptación es momento diferente al de la delación.

En una palabra: ¿en qué momento adquiere el heredero la herencia, en el de la delación (art. 783) o en el de la aceptación? (arts. 1282 s.).

Una respuesta clara a este interrogante no puede darse sino conociendo los antecedentes históricos de nuestro código sobre delación y aceptación o repudiación de la herencia.

69.—El actual sistema de la ley positiva se ha integrado de elementos de diversos sistemas jurídicos antiguos.—Los principales han sido el romano y el germano.

I.—En el sistema de los romanos la herencia no se adquiría por la delación, sino por la aceptación (**aditio**). La **adición romana** era la declaración de voluntad del heredero de hacer propia la herencia, de adquirirla. La **adición** se requería únicamente para los herederos voluntarios; respecto a los “necesarios” la herencia era adquirida **ipso jure** por la delación, en forma que no se requería la aceptación; y como no tenían estos herederos libertad para renunciar la herencia, tampoco cabía, en principio, la repudiación. Por otra parte existió el sistema del derecho pretoriano para la **bonorum possessio**, sistema según el cual la adquisición de los bienes hereditarios sólo podía hacerse mediante sentencia judicial. Así, que era un sistema multiforme: la herencia se adquiría por la ley (adquisición **ipso jure** por la delación), por la declaración de voluntad (adquisición por la **aditio**) y por la sentencia judicial.

II.—Distintos fueron los principios germanos sobre adquisición de la herencia. “Según los Derechos germánico medioeval y consuetudinario francés, que se inspiran directamente en el anterior, sólo hay herederos de sangre, y ello por la idea de que sólo Dios crea herederos (**solus Deus facit haeredem**); todos los demás son legatarios. Sólo a los herederos legítimos, es decir, a los de sangre, se transmite la herencia **ipso jure**, sin necesidad de adición ni de autorización judicial. Pero no solamente se adquiere **ipso jure** la propiedad: la posesión de los bienes hereditarios les es transmitida inmediatamente con la apertura de la sucesión, sin que se requiera aprehensión material de aquéllos. La idea base es la **Saisine**, institución de origen germánico, que reproducía la **Gewere**; **Saisine** representa, en general, una relación posesoria legalizada, a la que no corresponde una relación de hecho con la cosa; es un derecho a

poseer, una facultad de poseer la cosa en quien carece aun de la física disponibilidad de la misma. Aplicada a la herencia, la **Saisine** hereditaria es el derecho correspondiente a los herederos de poseer las cosas hereditarias. El principio que impera en el derecho medioeval es el de que no sólo el dominio, sino también el derecho a la posesión, es adquirido inmediatamente por el heredero, el cual queda investido sin más de la posesión, y reputándose, como se reputa, poseedor, aun no teniendo la posesión de hecho, puede ejercitar para proteger su derecho las acciones posesorias. La máxima que expresa esto, formulada de modo especial en las costumbres de Orleans y de París, es "le mort saisit le vif" (Ruggiero, II, p. 994).

III.—El artículo 724 del código de Napoleón reproduce el sistema de la adquisición **ipso jure** de la herencia del causante o **de cujus** (**le mort saisit le vif**); lo reproduce únicamente para los herederos, siendo de advertir que éstos sólo se dan en la sucesión abintestato, ya que en la sucesión testamentaria sólo hay legatarios.

Los herederos adquieren de pleno derecho no sólo la posesión, sino también la propiedad de los bienes hereditarios. Así, pues, la posesión y propiedad de los bienes se transmiten a los herederos sin necesidad de aceptación.

IV.—En resumen: según el sistema de la **aditio** de los romanos en la adquisición de la herencia todo se subordina a la aceptación; sin aceptación el heredero no es poseedor, ni propietario de los bienes hereditarios; no puede, en consecuencia, defender el acervo hereditario con las acciones posesorias. El heredero tiene que ir a la herencia.

Según el sistema germano, seguido actualmente por el derecho francés, la herencia se transmite a los herederos abintestato **ipso jure** al momento de la muerte.

70.—Las consecuencias de estos principios opuestos.—El principio de la adquisición de la herencia por la aceptación (**aditio** romana) y no por la muerte del **de cujus** daba lugar a la institución de la herencia yacente. Efectivamente: entre el día de la muerte y el de la aceptación media un tiempo en que nadie es titular de la herencia; entonces era necesario declarar yacente la herencia y nombrarle un curador.

El principio de la adquisición de los bienes hereditarios **ipso jure** por la muerte del **de cujus**, no daba lugar a la herencia yacente, ya que en ningún momento permanecían sin titular los derechos del causante.

La otra consecuencia diferente de los dos principios acaba de ser indicada: en el sistema de la **aditio** romana el heredero no podía ejercer ninguna acción real para conservar los bienes

hereditarios mientras no mediase la aceptación; en el sistema germano el heredero puede ejercer todas las acciones reales tendientes a la defensa de esos bienes sin necesidad de aceptación.

En cuanto a los acreedores hereditarios, éstos no podrán ejecutar al heredero mientras no medie su aceptación, en el sistema de la *aditio* romana; mas en el sistema germano y francés de la *Saisine* podrán ejecutar sin que medie la aceptación.

71.—Punta central de investigación: de cuál de estos dos principios opuestos es tributaria la legislación positiva.—Según lo expuesto tenemos que concluir: nuestro actual sistema se encuentra formado por elementos sacados de principios originariamente opuestos; por una parte del que predominó en el derecho romano, principio según el cual la herencia no se adquiría *ipso jure* a la muerte, sino por la aceptación; por otra parte, del antiguo sistema germano y actual sistema francés que predicaban que la herencia se adquiere *ipso jure* al momento de la muerte.

En la legislación italiana y española se dispone exactamente de los mismos textos legales de que dispone nuestra legislación.

1.—En el derecho italiano se predica la adquisición *ipso jure* de la herencia al momento de la delación (art. 925 del cód. it.: “La posesión de los bienes del difunto pasa de derecho a los herederos sin necesidad de material aprehensión”). Además, se reglamenta en ese código la aceptación o repudiación libres de la herencia. Refiriéndose Ruggiero al sentido del artículo 925 que equivale al 783 de nuestro código advierte que a pesar de que el código italiano sólo menciona la adquisición de la posesión *ipso jure*, en cuanto al dominio “es la tradición histórica la que lleva a admitir su adquisición *ipso jure*; no es creíble que el legislador se desviase en esto del modelo francés, admitiendo la adquisición *ipso jure* de la posesión y rechazando la del dominio. No puede, por tanto, aceptarse la teoría que distingue entre propiedad y posesión, estimando sólo ésta adquirida *ipso jure* y exigiendo para aquélla la aceptación” (II, ps. 995-996).

En esta forma advierte este mismo autor que a la delación de la herencia no debe darse más valor que el de “sentar la presunción de la voluntad de adquirir en el heredero”. “Y la aceptación a su vez no es más que la confirmación de tal presunción, es decir, la consolidación de la adquisición que tiene lugar por la ley, y cuyos efectos son por la aceptación definitivos e irrevocables.” “La aceptación es, pues, un acto jurídico que no tiene el carácter propio de la *aditio* romana, porque no depende de ella la cualidad de heredero; no obstante influye en la adquisición de la herencia, imprimiéndole carácter irrevocable” (II, ps. 996-997).

II.—Valverde, refiriéndose a los respectivos textos del código español que equivalen a los del nuestro, dice que la aceptación es la confirmación o perfección de la adquisición verificada por la delación (ob. cit. V., p. 503). El sistema español “Toma del derecho francés y del alemán la regla o principio de que los derechos de propiedad y posesión de una persona se transmiten de pleno derecho por la sola muerte del causante, si bien el heredero no puede serlo contra su voluntad; pero no sigue en toda su pureza el criterio de estos códigos, puesto que la aceptación no se presume en el código español; es decir, que la aceptación debe ser expresa o tácita; pero no se presume que se acepta por el solo hecho de la delación” (V. p. 503).

72.—Sentido propio de la delación y aceptación en el derecho nacional.—De lo anteriormente expuesto podemos deducir el sentido de la delación y aceptación en nuestro código.

I.—La delación no implica adquisición definitiva de los bienes por parte de los herederos; indica una simple atribución provisional de los bienes y no más. Según expusimos constituye una oferta legal a los herederos de la herencia, en las sucesiones abintestato; oferta testamentaria en las sucesiones regidas por testamento.

Esta atribución provisional se verifica *ipso jure* al momento de la muerte del de cujus.

La oferta de los bienes a los herederos y su atribución provisional no tiene el mismo carácter de las adquisiciones *ipso jure* que contemplaron los juristas romanos para los herederos necesarios, por cuanto en nuestra legislación es potestativo del heredero o legatario aceptar o repudiar.

Debe agregarse que la atribución provisional de los bienes hereditarios se ha instituido en la legislación nacional a favor de todos los herederos: abintestato y testamentarios.

II.—La atribución de pleno derecho de la herencia a los herederos desde la delación tiene un sentido diferente en muchos aspectos al principio francés de la *Saisine (le mort saisit le vif)*: 1) No tiene la misma fuerza de la regla francesa; 2) Pero tiene una mayor extensión por cuanto cobija a todos los herederos.

De ahí que se incurre en manifiesto error el pretender aplicar integralmente los principios de la doctrina francesa de la *Saisine* a nuestro derecho con fundamento en el 783.

III.—La aceptación o repudiación son actos jurídicos sustantivos; por ellos se adquiere en forma definitiva la herencia, o se rechaza irrevocablemente.

IV.—**Conclusión.**—El sistema colombiano, a semejanza del español e italiano, no es un sistema uniforme, sino mixto. Nin-

guno de los dos principios que históricamente han gobernado la delación y aceptación de la herencia fueron copiados integralmente; ni el de la *aditio romana*, ni el de la *Saisine*.

CAPITULO SEGUNDO

Caracteres de la aceptación o repudiación

73.—La aceptación o repudiación de una herencia se caracterizan por los siguientes caracteres:

I.—Constituye un acto jurídico. La aceptación es el acto jurídico en virtud del cual el heredero declara hacer suya la herencia que se le ha deferido. La repudiación es el acto jurídico mediante el cual el heredero rechaza la herencia.

1.—Es un acto jurídico voluntario. "Toda asignación puede aceptarse o repudiarse libremente" (art. 1282 del c. c.).

2.—Es un acto jurídico unilateral, pues sólo depende de la voluntad del que acepta o repudia.

Por este mismo motivo es irrevocable. La revocación de los actos jurídicos sólo procede respecto a los bilaterales, en donde ambas voluntades resuelven deshacer el vínculo obligatorio. Mas la sola declaración unilateral de voluntad es impotente para resolver un acto jurídico. Naturalmente que contra una aceptación o repudiación proceden las causales de nulidad previstas para los demás actos jurídicos, las que serán objeto de estudio más adelante.

II.—La aceptación o repudiación es **pura y simple**. No se puede aceptar o repudiar condicionalmente, ni hasta o desde cierto día (art. 1284 del c. c.). Cosa diferente es la aceptación o repudiación **pura y simple** de una asignación condicional o sometida a término. "Después de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, se podrá repudiar toda asignación, aunque sea condicional y esté pendiente la condición" (art. 1283, inc. 2º).

IV.—La aceptación o repudiación de una herencia es un acto **indivisible**. El código prohíbe aceptar una parte o cuota de una asignación y repudiar el resto (art. 1285).

Ya vimos de cómo el **jus delationis** de una persona se transmite a sus herederos, es decir, el derecho que tenía de aceptar o repudiar una herencia. Bien: 1) El heredero en estas condiciones tiene dos clases de **jus delationis**: el de aceptar o repudiar la herencia de su causante inmediato y aceptar o repudiar la herencia del causante mediato.

Desde este punto de vista dijimos que cuando acepta la herencia del causante mediato tiene que aceptar previamente la

herencia del causante inmediato. Así, las dos delaciones son indivisibles.

2) Pero el heredero puede ejercer el **jus delationis** de su causante inmediato en el sentido de repudiar la herencia del causante mediato; caso en el cual las dos herencias no son indivisibles, pues se acepta una herencia y se rechaza otra.

3) Si se repudia la herencia del causante inmediato se entiende repudiada la del causante mediato.

4) Según el 1286 "Se puede aceptar una asignación y repudiar otra; pero no se podrá repudiar la asignación gravada y aceptar las otras, a menos que se defieran separadamente, por derecho de acrecimiento o de transmisión o de sustitución vulgar o fideicomisaria, o a menos que se haya concedido al asignatario la facultad de repudiarla separadamente."

Este texto legal sólo tiene aplicación respecto a las asignaciones consistentes en legados. El legatario, de los varios legados puede aceptar unos y rechazar otros en la forma estatuida por el 1286.

V.—La aceptación o repudiación tienen carácter **retroactivo**. "Los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida.

"Otro tanto se aplica a los legados de especies" (art. 1296). De manera que se supone que el aceptante es titular de los derechos hereditarios desde el día de la delación; y el renunciante, no haber tenido jamás parte en la sucesión.

CAPITULO TERCERO

Formas de aceptación

74.—La aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita.—I. Es expresa cuando se toma el título de heredero (art. 1298 del c. c.). "Se entiende que alguien toma el título de heredero, cuando lo hace en escritura pública o privada, obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación judicial" (art. 1299 del c. c.).

La Jurisprudencia ha indicado los siguientes, como casos de aceptación expresa de una herencia mediante "tramitación judicial":

1) Demandando ante el juez la práctica de los correspondientes inventarios judiciales o extrajudiciales;

2) Confiriendo poder a alguien, ante el juez de la causa, para intervenir en el juicio de sucesión, para pedir la herencia, para pedir la partición de los bienes hereditarios, para reivindicarlos, o para pedir la anulación o reforma del testamento, etc.;

3) Demandando personalmente y a título de heredero del difunto cualquiera de las cosas acabadas de indicar;

Todos los anteriores actos no pueden ejercitarse sino reclamando el título de heredero. Y en general una persona toma el título de heredero en una tramitación judicial ejecutando un acto que no podría ejecutar al no ser heredero (cas. civ. oct. 11 de 1910, XIX, 122).

4) También ha considerado la jurisprudencia como aceptación expresa de la herencia en una tramitación judicial cuando al ser demandado el heredero para el pago de una deuda hereditaria, no opone la excepción de la no aceptación de la herencia, y antes conviene en la demanda y acepta el sobrante del precio de los bienes subastados para el pago de la creencia.

75.—II. Aceptación tácita de la herencia.—La aceptación de la herencia es tácita “cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar sino en su calidad de heredero” (art. 1298 del c. c.).

Parece que el texto exigiera dos condiciones para que haya aceptación tácita: la de ejecutar un acto que suponga necesariamente la intención de aceptar y la de que no hubiera tenido derecho a ejecutar dicho acto sino en su condición de heredero. Empero, sólo existe una condición: la intención de aceptar mediante un acto de heredero. El resto del texto transcrito es un comentario de la condición del “acto de heredero”: que no sea equívoco.

Así, el 1279 del código establece que desde el momento de abrirse una sucesión, todo el que tenga interés en ella, o se presuma que pueda tenerlo, podrá pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios. Bien: el heredero que a la vez era acreedor del de cujus y ejerce la facultad del 1279 no está aceptando tácitamente la herencia, por cuanto dicha facultad la puede ejercitar un acreedor hereditario.

De manera que el “acto de heredero” ha de tener una fuerza tal que sólo un heredero en su calidad de tal pueda ejercer.

76.—Actos relacionados con la herencia que no son “actos de heredero”.—Según el 1300 “Los actos puramente conservatorios, los de inspección y administración provisoria urgente no son actos que suponen por sí solos la aceptación.” Por cuanto dichas actividades las podría ejercer cualquier persona que no fuese heredero.

Se miran como actos de simple conservación o administración que no implican aceptación tácita de la herencia:

a) La interrupción de una prescripción; b) La inscripción en los libros de registro de un contrato hipotecario a favor del **de cujus**; c) La confección de un inventario de los bienes hereditarios; d) El pago de una deuda urgente; e) La oposición a un embargo de bienes con fundamento en que no son de la propiedad de la herencia; f) El pago de los gastos funerarios o de la última enfermedad del difunto; g) Las reparaciones urgentes; h) La venta de una cosecha; i) Conservar las llaves, los títulos y papeles del difunto, como medida de precaución y a fin de evitar pérdidas, a condición de que actúe como guardián y no como propietario; j) Recibir y conservar cantidades que han de pagarse a la herencia, o bien de retirarlas de un depositario; estos actos en ocasiones constituyen "actos de heredero", en otras no, dada la urgencia de recibir o de dar (Planiol, Ripert, Vialleton, IV, p. 345 s.; Jossérand, III, p. 516; debe observarse que el artículo 1298 del código es exactamente igual al artículo 778 del código francés en la definición de la "aceptación tácita", es decir, del acto de heredero).

Sin embargo, en ocasiones la cuestión es bien delicada para calificar determinados actos como de aceptación tácita o no aceptación.

77.—Actuaciones que normalmente constituyen "actos de herederos".—1) Los actos de apropiación. El hecho de apropiarse objetos comprendidos en la herencia, de obrar en cuanto a ellos como propietario, separándolos de la masa hereditaria y afectándolos al uso propio, es un caso típico de aceptación tácita (Planiol, etc. IV, p. 342).

2) Entablar una acción en interés de la sucesión puede constituir un "acto de heredero", como cuando se demanda a un acreedor hereditario, por cuanto ello equivale a entrar en posesión de un elemento patrimonial de la herencia. "El desistimiento posterior es ineficaz, ya que éste podrá suspender el procedimiento, pero no borra las consecuencias de una manifestación cierta de intención" (Planiol, etc., IV, p. 343).

3) En cuanto a los actos de enajenación establece el 1301 que "La enajenación de cualquier efecto hereditario, aun para objeto de administración urgente, es acto de heredero, si no ha sido autorizada por el juez, a petición del heredero, protestando éste que no es su ánimo de obligarse como tal."

Como se ve la ley es celosa en cuanto a los actos de enajenación; implican "aceptación tácita", a menos que se realice con autorización judicial, protestando la no aceptación. Así, el heredero que cede sus derechos hereditarios, a cualquier título que lo haga, se supone aceptante. Puede enajenarse la totalidad de la asignación hereditaria a uno o varios cuerpos cier-

tos; en ambos casos existe "acto de heredero" art. 1287 del c.c.).

Es más: la doctrina predica que hay "acto de heredero" y por tanto aceptación tácita aun en el evento de que la enajenación no sea válida, por cuanto "la manifestación de voluntad contenida en el acto de aceptación tácita es independiente de la validez intrínseca del acto" (Planiol, etc., IV, p. 345).

Igualmente cuando el heredero enajena un bien creyendo que pertenecía a la herencia, hace acto de heredero, como cuando vende un objeto depositado por un tercero en el difunto (Planiol, etc., IV, p. 345).

78.—La aceptación tácita debe hacerse con previo inventario solemne.—Sobre el particular establece el 1302 del código: "El que hace acto de heredero, sin previo inventario solemne, sucede en todas las obligaciones transmisibles del difunto, a prorrata de su cuota hereditaria, aunque le impongan un gravamen que exceda al valor de los bienes que hereda."

1) El inventario solemne faculta al heredero para limitar su responsabilidad en cuanto al pasivo de la herencia en el evento de que éste sea superior al activo; en una palabra: para invocar posteriormente el "beneficio de inventario".

2) El no hacer inventario solemne constituye una sanción enérgica para quien mediante actos de heredero acepta tácitamente la herencia. No podrá invocar dicho beneficio; si el pasivo es superior al activo, debe responder con su patrimonio personal de las deudas que no alcancen a cancelarse con los efectos hereditarios.

CAPITULO CUARTO

Libertad para aceptar o repudiar y restricciones de esta libertad

79.—Nuestra legislación no conoce la aceptación forzosa de una herencia. El heredero es libre de aceptar o repudiar (art. 1282 del c. c.).

I.—Libertad del heredero para aceptar y formas de aceptación.—Ya vimos que el heredero puede aceptar expresa o tácitamente. Además, puede aceptar pura y simplemente o con beneficio de inventario.

1.—La aceptación pura y simple indica que el heredero acepta en su totalidad la herencia con su activo y pasivo sin limitaciones de ninguna clase. Si el activo de la herencia es inferior al pasivo quiere decir que con los bienes de su patrimonio debe cancelar las deudas que no alcancen a cancelarse con los bienes recibidos.

2.—La aceptación con beneficio de inventario indica que el heredero acepta la herencia, pero que en cuanto al pasivo sólo se obliga hasta concurrencia del activo que reciba. Si una herencia tiene un activo de \$ 100.000 y un pasivo de \$ 120.000, y la aceptación ha sido pura y simple, el heredero tendrá que con sus bienes propios igualar las dos partidas, es decir, poniendo de los suyos \$ 20.000; en este evento los acreedores no pierden nada. Pero en el mismo ejemplo, si acepta con beneficio de inventario, son los acreedores hereditarios quienes perderán en sus créditos la suma de \$ 20.000; el heredero no pierde nada.

La aceptación de una herencia con beneficio de inventario es una garantía de gran importancia para el heredero cuando el pasivo de una herencia es superior al activo, y en general en todos los casos en que fuere difícil precisar sumariamente el estado de los bienes hereditarios. Ningún perjuicio sufre un heredero aceptando con beneficio de inventario aun en los casos en que el activo resulte superior al pasivo; de ahí que la casi totalidad de las herencias se aceptan impetrando este beneficio, hasta el extremo de que las aceptaciones puras y simples sólo se dan en casos excepcionales y más bien como sanciones a aquellos actos irregulares de heredero que pretenden defraudar a los demás herederos o a terceros.

80.—**Límites a la libertad de aceptar y a la de aceptar con beneficio de inventario.**—El primer límite se inscribe en el 1288 del código. “El heredero que ha sustraído objetos pertenecientes a una sucesión, pierde la facultad de repudiar la herencia, y no obstante su repudiación permanecerá heredero; pero no tendrá parte alguna en los objetos sustraídos.”

Esta es una aceptación forzosa de la herencia; actúa como una sanción al hecho de la sustracción.

En la práctica se miran como equivalentes los términos de “sustracción” y de “ocultación”. Pero son términos diferentes. La sustracción implica el tomar de la herencia un bien; la ocultación es el no denunciar un bien hereditario que se encontraba en poder del heredero.

Mas estos términos se toman como sinónimos por cuanto en ambos casos se pretende “sustraer” de la partición un bien. En todo caso la sustracción como la ocultación son sancionados con la pena prevista en el 1288.

En nuestro derecho la sustracción de bienes hereditarios sólo se aplica a los muebles, sin tener aplicación respecto a los inmuebles; efectivamente: no se explica cómo un heredero se sustrae un bien raíz o lo oculta, dada la circunstancia de la

publicidad que tienen esos bienes por el sistema de registro (Así, Carrizosa, ob. cit., ps. 58-59).

81.—La sanción impuesta por el 1288 tiene por objeto asegurar a cada heredero la igualdad en sus derechos hereditarios. Igualmente se aplica a los legatarios.

I.—Pueden sustraer efectos hereditarios e incurrir en las penas civiles mencionadas toda clase de herederos. En cuanto a los legatarios, éstos pueden también sustraer efectos de la sucesión. Si sustraen efectos que se les han asignado pierden el derecho sobre ellos. Si sustraen efectos que no se les habían asignado y, además, han cometido dolo, incurren en dos penas: una civil; debe devolver el duplo del objeto sustraído (art. 1288, inc. 2º); y la otra de carácter penal, pues, se ha cometido el delito de apropiación indebida (art. 1288, inc. 3º).

II.—El acto de la sustracción ha de afectar la partición. Si ésta se había verificado, entonces la sustracción de un objeto adjudicado tiene el carácter de delito penal.

Se exige, además, para aplicar tanto las penas civiles, como las penales cuando a ello hubiere lugar que exista “**intención fraudulenta**”, es decir: dolo. “La buena fe excluye la ocultación: el actor tiene que tener conciencia de que su acto genera un desequilibrio en la partición a su favor y en contra de sus copartícipes” (Planiol, etc., IV, p. 352).

III.—Finalmente se exige un **elemento material**, “un hecho que transformando la intención fraudulenta, en realidad sirva de base a la aplicación de las sanciones legales”. La jurisprudencia francesa ha ampliado notablemente este último elemento: es acto material de sustracción todo acto realizado con el fin de romper la igualdad de la partición, sean cuales fueren los medios empleados, la época en que se efectuara y los copartícipes afectados. Son casos de sustracción en esa jurisprudencia:

1) La falsificación, suposición o alteración de escrituras o documentos comerciales, tendientes a disminuir el activo hereditario aparente;

2) El silencio a una donación a fin de sustraerse a la obligación de colacionar; tanto si es donación cierta como simulada, o manual, siempre que se demuestre que esa liberalidad no ha sido hecha como mejora;

3) La ocultación de una deuda del heredero a favor de la herencia a fin de privar el caudal hereditario de un valor activo (Planiol, etc., IV, p. 351; Josserand, III, p. 519).

82.—II.—**Restricciones a la libertad de aceptar con beneficio de inventario.**—El heredero que acepta tácitamente la herencia

sin previo inventario solemne de los bienes de la sucesión, pierde la facultad de la aceptación beneficiaria; sólo puede aceptar pura y simplemente.

CAPITULO QUINTO

Plazo dentro del cual el heredero o legatario deben aceptar o repudiar (Repudiación tácita de la herencia).

83.—En principio no hay plazo alguno dentro del cual el heredero o legatario deban aceptar o repudiar. Claro está que si la herencia es poseída por un extraño éste la adquirirá por prescripción o usucapión, evento en el cual se extingue el derecho de aceptar o repudiar; pero mientras no medie la pérdida por prescripción que otro haya ganado el heredero o legatario conserva intacto su derecho de aceptarla o repudiarla. Tal regla se inscribe en el 1014 del código al decirse que si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado.

Pero la ley tiene en cuenta los intereses que un tercero, especialmente los acreedores hereditarios, pueda tener en que una herencia o legado sean aceptados o repudiados.

Motivo por el cual el heredero o asignatario podrán ser constreñidos a declarar si aceptan o repudian, mediante la demanda judicial introducida por quien acredite un legítimo interés en ello. El heredero demandado debe expresar su voluntad de aceptación dentro de los cuarenta días siguientes al de la demanda. En caso de ausencia el asignatario, o de estar situados los bienes en lugares distantes, o de otro grave motivo, podrá el juez prorrogar este plazo; pero nunca por más de un año (art. 1289 del c. c.).

En caso de que el heredero o asignatario se encontraren ausentes y no se les pudiera notificar la demanda, "se le nombrará curador de bienes que le represente, y acepte por él con beneficio de inventario" (art. 1289, inc. 4º).

84.—Facultades del heredero o legatario durante el plazo que tiene para aceptar o repudiar cuando es demandado judicialmente.—1) Podrá inspeccionar el objeto asignado (herencia o legado);

2) Podrá implorar las providencias conservativas que le conciernan; y no será obligado al pago de ninguna deuda hereditaria o testamentaria; pero podrá serlo el albacea o curador de la herencia yacente en sus casos;

3) Podrá inspeccionar las cuentas y papeles de la sucesión (art. 1289, incs. 2º y 3º).

85.—Sanción de la mora en la aceptación o repudiación.—Venido el plazo dentro del cual el heredero ha debido manifestar si aceptaba o repudiaba, se entenderá que repudia (art. 1290 del c. c.).

Este es, pues, un caso de repudiación tácita de la herencia o legado.

86.—III.—Libertad del heredero o legatario para repudiar y restricciones de esta libertad.—Lo mismo que para aceptar, el heredero tiene plena libertad para repudiar.

La repudiación puede ser expresa o tácita. La expresa consiste en rechazar el título de heredero, lo cual puede hacerse mediante una escritura privada o pública, o protestando en un acto de tramitación judicial la calidad de heredero.

La tácita se verifica cuando el heredero es constituido en mora de declarar si acepta o repudia. Así, como en la aceptación tácita se interpreta un acto de heredero sobre los bienes de la sucesión como aceptación, de la misma manera, el silencio prolongado del heredero cuando ha sido demandado en juicio para que ejerza la facultad de aceptar o repudiar, se mira como repudiación tácita.

87.—Repudiación de una asignación condicional y repudiación intempestiva.—1.—Después de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, se podrá repudiar toda asignación, aunque sea condicional y esté pendiente la condición (art. 1283, inc. 2º).

2.—Se mirará como repudiación intempestiva, y no tendrá valor alguno, el permiso concedido por un legitimario al que le debe la legítima para que pueda testar sin consideración a ella (1283, inc. 3º).

CAPITULO SEXTO

Requisitos especiales de la aceptación o repudiación de los incapaces

88.—Siendo tanto la aceptación como la repudiación un acto jurídico de **disposición**, los incapaces no pueden aceptar o repudiar por sí mismos; además la ley somete a condiciones especiales la validez de estos actos jurídicos cuando se trata de incapaces (menores de edad, enfermos mentales, etc.).

89.—I.—Requisitos para la validez de la aceptación.—1.—Los incapaces no pueden aceptar por sí mismos, ni con el beneficio de inventario, sino representados por sus respectivos padre o madre de familia, o por su tutor o curador (art. 1282, incs. 2º y 3º).

La mujer casada y mayor de edad puede aceptar o repudiar libremente. En este sentido el inc. 4º del 1282 fue derogado por los artículos 1º y 5º de la ley 28 de 1932.

2.—Las personas jurídicas deben aceptar una herencia o legado representadas por sus respectivos representantes.

3.—Todas las herencias o legados de los incapaces y de las personas jurídicas (tanto de derecho privado como de derecho público) deberán aceptarse por los representantes legales o convencionales con beneficio de inventario (arts. 304, 486 y 1307 del c. c.).

4.—Si se dejare al incapaz una donación o legado que le impusieren obligaciones o gravámenes, "no podrán aceptarse sin previa tasación de las cosas donadas o legadas" (art. 487 del c. c.).

89 bis.—Sanción para el no cumplimiento de los requisitos mencionados.—Son dos los requisitos cuya inobservancia se sancionan de manera diferente: la aceptación sin la asistencia del representante; o la aceptación con asistencia del representante, sin invocar el beneficio de inventario.

1.—Si el incapaz acepta personalmente, o la persona jurídica acepta por quien no tenía la representación, el acto es nulo. Si se trata de incapaces absolutos la nulidad será absoluta; si de relativos, se tratará de una nulidad relativa.

2.—Si se acepta por el representante la herencia o legado sin invocar el beneficio de inventario, no se prescribe sanción alguna: se entiende de derecho invocado el beneficio de inventario; los incapaces o personas jurídicas representadas, "no serán obligadas por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda, o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas" (art. 1307, inc. 3º).

90.—II.—Requisitos para la validez de la repudiación.—El camino indicado al representante de un incapaz o de una persona jurídica es el de aceptar con beneficio de inventario. Invocar este beneficio para el evento de que el pasivo de la herencia sea superior al activo equivale a repudiar.

Sin embargo, la ley otorga libertad a los incapaces para repudiar, pero a condición de que se cumplan importantes condiciones.

1.—Repudiación de herencias de los incapaces.—Requiere

previo decreto judicial, el cual dictará el juez con conocimiento de causa (arts. 304, 486 y 1293 del c. c.).

Basta y es suficiente que se trate de una herencia, sin distinguir su valor o la clase de bienes que la forman.

El juez en todo caso no puede otorgar la licencia judicial para repudiar sin conocimiento de causa, es decir, sin la prueba idónea de los motivos que acredite el representante legal del hijo o pupilo de la mejor conveniencia de repudiar que aceptar con beneficio de inventario.

Como hemos dicho que en el evento de que el pasivo sea superior al activo da lo mismo aceptar con beneficio de inventario que repudiar, se deduce que en ningún caso podrá acreditarse ante un juez la mejor conveniencia de repudiar que de aceptar, motivo por el cual la licencia no podrá expedirse por la ausencia del "conocimiento de causa".

Sin embargo, pueden existir motivos de orden moral de importancia que fundamenten la mejor conveniencia de repudiar, como cuando se trata de un causante, por ejemplo la madre, que abandonó al hijo, siendo éste adoptado, en el caso de que los padres adoptivos no quieran que el adoptivo tome el "título de heredero" de ese causante.

2.—Repudiación de lo legados de los incapaces.—Según el 304 y 487 el representante legal no puede repudiar una donación o legado deferido al hijo de familia o al pupilo sin decreto judicial. No se distingue el valor del legado ni su naturaleza. Pero según el 1293 el representante legal no puede repudiar un legado de bien raíz o de un bien mueble que valga más de mil pesos, "sin autorización judicial, con conocimiento de causa".

La contradicción entre los dos primeros textos legales y el último es manifiesta, pues en el primer caso cualquier legado de cualquier valor requiere para la validez de la repudiación la autorización judicial; en el segundo caso los legados de bienes muebles cuyo valor sea inferior a mil pesos, pueden repudiarse sin autorización judicial.

Teniendo en cuenta que el 1293 es una disposición posterior y especial se ha pretendido hacerlo primar sobre el contenido de los 304 y 487 (Carrizosa, ob. cit., p. 60). Sin embargo, el punto es oscuro.

Observación complementaria.—La mujer casada y mayor de edad puede repudiar libremente (arts. 1º y 5º de la Ley 28 de 1932: derogados los incs. 2º y 3º del 1293).

91.—Sanción para la inobservancia de los requisitos sobre repudiación.—La repudiación sin decreto judicial, o la repudiación con decreto judicial pero dictado sin "conocimiento de

causa", constituyen invariablemente un caso de nulidad absoluta (art. 1741 del c. c.).

CAPITULO SEPTIMO

Nulidad y revocación de la aceptación o repudiación

92.—El carácter de irrevocable que hemos indicado de la aceptación o repudiación sólo indica que no es posible la retractación unilateral. Mas como actos jurídicos, la aceptación o la repudiación son susceptibles de la nulidad y la revocación, aunque no en las mismas condiciones que los demás actos jurídicos.

Tres eventos pueden ocasionar la rescisión de una aceptación o repudiación: 1) La incapacidad; 2) Los vicios del consentimiento; 3) El ejercicio de la acción pauliana por los acreedores personales del heredero.

Ya tuvimos ocasión de indicar el género de nulidad que se sigue para la aceptación cuando el incapaz no es asistido por su respectivo representante legal; o cuando la persona jurídica no es representada debidamente; e igualmente de cómo son diferentes las sanciones según se trate de una aceptación o de una repudiación.

93.—**I.—Vicios del consentimiento.**—Según las reglas generales los vicios del consentimiento son el error, el dolo, la fuerza y la lesión. Mas en materia de aceptación o repudiación de una herencia la ley elimina el error como vicio del consentimiento.

En la aceptación de la herencia es posible explicarse el motivo por el cual no es necesario considerar el error. En primer lugar a todo heredero se da facultad para aceptar con beneficio de inventario; si no le es posible darse cuenta del estado de la sucesión, de conocer correctamente las cargas y deudas de la herencia, la ley le brinda un beneficio importante; si se ha invocado no le causará perjuicio alguno el descubrimiento de otros gravámenes y cargas no visibles en un principio. En segundo lugar, la aceptación de una herencia puede ser rescindida por lesión; luego cuando efectivamente se comete un error, si éste no lesiona al aceptante no se justifica anular la aceptación.

En la repudiación no sólo no se enuncia el error, sino tampoco la lesión; en esta forma una repudiación sólo es anulable por fuerza y dolo (art. 1294 del c. c.).

El dolo y la violencia actúan como causales de anulación

tanto en la aceptación como en la repudiación conforme a las reglas generales.

Nos resta contemplar la lesión en la aceptación.

94.—Rescisión de la aceptación por lesión.—Dos condiciones ha de reunir la lesión para que sirva de fundamento a la rescisión de una aceptación:

1º Tener su origen en disposiciones testamentarias que no fueron conocidas por el aceptante en el momento de aceptar; y

2º Que en virtud de esas disposiciones testamentarias “se disminuya el valor total de la asignación en más de la mitad”, es decir, que la lesión sea grave (art. 1291 del c. c.).

No debe confundirse el caso legislado por el artículo 1291 del código con aquel otro en que una persona acepte una herencia en la consideración de que es legal, pero posteriormente se descubre un testamento en que es mejorado notablemente el aceptante. Este es un caso en donde el testamento elude de plano la aplicación de las reglas de la sucesión legal o abintestato; la primera aceptación es totalmente inexistente.

En resumen: la aceptación puede ser anulada por dolo, fuerza y lesión grave; la repudiación solamente por dolo y fuerza.

95.—II.—Revocación tanto de la aceptación como de la repudiación mediante el ejercicio de la acción pauliana.—Según el 1295 “Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste.”

La ley no menciona si la aceptación de una herencia es susceptible del fraude pauliano. Debemos precisar si la acción pauliana ha sido excluida en la aceptación de una herencia, o si se rige por las reglas generales.

1.—¿Es posible hacer fraude a los acreedores personales del aceptante con una aceptación? Es posible a condición de que se realicen estas dos condiciones: 1ª Que el pasivo sea superior al activo; 2ª Que la aceptación se haga sin invocar el beneficio de inventario.

En estas condiciones los acreedores hereditarios o testamentarios tendrán el patrimonio del aceptante en prenda del pago de las deudas que no se alcancen a pagar con el haber hereditario; el perjuicio que entonces pueden sufrir los acreedores personales del aceptante es claro: tendrán que tolerar que sus créditos concurren a prorrata con los créditos de los acreedores hereditarios o testamentarios.

2.—La acción pauliana es viable en las aceptaciones de las herencias a favor de los acreedores personales del que acepta.

Por varios motivos: 1º El fraude pauliano se sanciona en todos los actos jurídicos en donde se cause un perjuicio a los acreedores del que ejecuta el acto; la aceptación de la herencia es un acto jurídico del cual no ha sido excluido en forma expresa por la ley esta acción; 2º Todos los demás acreedores están debidamente protegidos por acciones enérgicas y efectivas. En primer lugar los acreedores hereditarios o testamentarios pueden invocar el beneficio de separación de patrimonios, cuando el patrimonio del heredero está cargado de deudas; dicho beneficio podría evitar la confusión de los dos patrimonios y el perjuicio que se les causa cuando se verifica una aceptación sin beneficio de inventario. En segundo lugar, los acreedores personales del heredero gozan de la acción pauliana cuando se repudia en perjuicio de ellos. Luego no existe razón alguna para negar la acción pauliana sólo a una clase determinada de acreedores del aceptante.

Finalmente la doctrina es unánime sobre este particular. La doctrina francesa predica que a pesar del silencio del legislador en otorgar la acción pauliana a los acreedores personales de quien acepta sin beneficio de inventario, no obstante gozan de esa acción según las reglas generales (Josserand, III, ps. 525-526; Planiol, etc., IV, p. 317 s.). En el mismo sentido se orienta la doctrina nacional (Carrizosa, p. 64).

96.—Dos requisitos de la acción pauliana en las sucesiones. 1º Sólo son titulares de la acción pauliana en la aceptación o repudiación de una herencia los acreedores personales del que acepta o repudia. No tienen la acción los acreedores hereditarios o testamentarios, por cuanto a ellos se otorga el beneficio de "separación de patrimonios", con el cual quedan suficientemente salvaguardados contra cualquier posible fraude del heredero, al aceptar sin beneficio de inventario.

2º Sólo se requiere acreditar el fraude del heredero, según la regla general estudiada al hablar de la acción pauliana. En los actos a título oneroso es preciso acreditar tanto el fraude del enajenante como el del adquirente (*consilium fraudis*); mas en los actos a título gratuito sólo se requiere el fraude del donante; y como las asignaciones hereditarias o testamentarias, por esencia constituyen actos a título gratuito, dedúcese que sólo se requiere el fraude en el heredero. Por otra parte, vimos que tanto la aceptación como la repudiación son actos unilaterales en los que sólo interviene una voluntad.

3º La revocación de la aceptación o repudiación de la herencia mediante la acción pauliana no anula el acto jurídico: simplemente produce la inoponibilidad; la aceptación o repudiación son inoponibles a los acreedores demandantes; para

ellos la declaración de voluntad del heredero no los perjudica hasta el límite del perjuicio que podrían sufrir; cancelados sus créditos el acto subsiste.

Así, en cuanto a la aceptación sin beneficio de inventario el triunfo de la acción indica que el acreedor demandante se pagará con preferencia de los bienes del heredero que los acreedores hereditarios o testamentarios; verificado el pago, alcanza toda su validez la aceptación. En cuanto a la repudiación, ésta se rescinde hasta concurrencia de los créditos de los acreedores demandantes; en el resto subsiste.

CAPITULO OCTAVO

Efectos de la aceptación de la herencia

97.—El principal efecto práctico de la aceptación expresa o tácita de una herencia es la de que los herederos tienen la representación de ella. Es necesario tener en cuenta que en el evento de que sean varios los herederos llamados por la ley o el testamento a recibir una herencia, a la muerte de *cujus* se forma la comunidad hereditaria o indivisión de todos los bienes.

Al hablar de la copropiedad o comunidad dijimos que ésta podía ejercerse sobre una cosa singular o sobre una universalidad. En nuestro derecho prácticamente sólo existen dos comunidades sobre universalidades: la comunidad hereditaria, es decir, la de los herederos sobre los bienes que integran la herencia; y la comunidad de la sociedad de gananciales.

En la herencia los comuneros (o coherederos) pueden ser varios; en la sociedad de gananciales sólo existen dos sujetos: el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge muerto.

Igualmente al tratar de la propiedad plural o copropiedad expusimos ampliamente el régimen de los comuneros en relación con la cosa común, como de sus derechos sobre sus cuotas partes. Ese régimen no puede llevarse a cabo sino suponiendo una cierta representación de la cosa común por cada uno de los comuneros. Ese principio es aplicable igualmente a la comunidad hereditaria. En consecuencia el heredero puede representar la herencia tanto en lo relativo a ciertos actos de administración como de disposición, especialmente en todos aquellos que tienen por fin el conservar y proteger judicialmente los bienes hereditarios.

Un heredero puede proceder en nombre de sus coherederos a ejecutar determinados actos de administración urgente; puede implorar en nombre de la herencia y para la herencia ciertas

acciones de protección judicial, que en el próximo título expondremos.

Lo que nos interesa poner de presente en este capítulo es que el efecto principal de la aceptación de una herencia consiste en otorgar al aceptante la representación de la herencia.

En la sentencia de casación civil de la Corte, de mayo 27 de 1920, se dijo: "Mientras los herederos no hayan aceptado la herencia, no tienen la representación de ella. Por tanto, bien sean cuerpos ciertos y conocidos tales herederos, o bien sean inciertos o desconocidos, no pueden representar a la sucesión en juicio por medio de un defensor que se le nombre" (g. j. t. XXVIII, 44).

Doctrina semejante se afirma en otras sentencias (cas. civ., jul. 28 de 1923, XXX, 111; cas. civ., ago. 31 de 1927; XXX, 278).

TITULO QUINTO

CONSERVACION Y PROTECCION JUDICIAL DE LA HERENCIA

98.—En este título vamos a estudiar una serie de medidas encaminadas, ya a la conservación de la herencia por actos de simple administración o por acciones más enérgicas cuyo resultado será el de impedir la confusión del haber herencial con los bienes particulares de los herederos (beneficios de separación de patrimonios), y a la protección judicial de la herencia sea en sus elementos considerados singularmente, sea en su conjunto mirado como una universalidad.

CAPITULO PRIMERO

Conservación de los bienes herenciales

(Medidas de simple administración)

99.—Todas estas medidas tienen por finalidad el conservar la integridad de los elementos que forman una herencia. Sin embargo, algunas de ellas sobrepasan el objetivo indicado. Estas medidas se clasifican así: 1º Guarda de los bienes y fijación de sellos; 2º Secuestro de los bienes; 3º Nombramiento de un curador a la herencia yacente; 4º Inventario y avalúo de los bienes herenciales.

Son tratadas estas medidas por el código civil (arts. 1279, 1280, 1281 y 1297) y por el código judicial (Ley 105 de 1931: arts. 894, 899, 900-906, 910-912).

Nº 1º.—Guarda y fijación de sellos

100.—Según el 1279, desde el momento de abrirse una sucesión, todo el que tenga interés en ella, o se presuma que pueda tenerlo, podrá pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios.

1.—Entre las personas que pueden acreditar un interés legítimo o se presume que pueden tenerlo, se encuentran no sólo los herederos o legatarios, sino, además, los acreedores hereditarios o testamentarios, inclusive quien afirme existir un testamento en el cual se reconozca a su favor una deuda o se le haga un legado.

2.—El Juez del Circuito o Municipal del lugar en que se hallen situados los bienes y una vez que se haya acreditado la muerte del causante y el interés en la solicitud de estas medidas, se trasladará al sitio o residencia indicada y procederá a asegurar con cerradura los almacenes, habitaciones u otros lugares en que se encuentren los papeles y muebles de la sucesión; recogerá el testamento o testamentos que encontrare y los guardará en su Despacho hasta que se pida su apertura y publicación; no guardará bajo llave y sello los muebles domésticos de uso cotidiano, pero formará una lista de ellos, y los dejará en secuestro a quien los tenga si lo pide (art. 1279 del c. c. y 894 y 895 del c. j.).

3.—La guarda y aposición de sellos es una medida que pueden practicar las autoridades de policía; mas serán provisionales; en todo caso el juez competente debe proceder a practicar nuevamente las medidas, previo aviso a la primer autoridad que las practicó (art. 897 del c. j.).

4.—Si los bienes de la sucesión estuvieren en diversos lugares, el juez por ante quien se hubiere abierto la sucesión dirigirá, a instancia de cualquiera de los hedereros o acreedores, órdenes y exhortos a los jueces de los lugares en que se encontraren los bienes, para que por su parte procedan a la guarda y selladura, hasta el correspondiente inventario, en su caso (art. 1280 del c. c.).

5.—Estas medidas sólo hacen relación a los muebles de una sucesión; y termina cuando se proceda al inventario solemne de todos los bienes.

Nº 2º—El secuestro de los bienes

101.—Las anteriores medidas tienen por fin impedir el fraude, ocultación o sustracción de papeles o muebles de una sucesión. Son medidas destinadas a durar muy poco tiempo. Las del secuestro son medidas más enérgicas y que se aplican a todos los objetos de una sucesión, tanto sobre muebles como sobre inmuebles.

1.—Las personas que las pueden solicitar son las mismas que tienen personería para pedir las de guarda y fijación de sellos; los mismos jueces competentes para practicar aquéllas pueden practicar éstas.

2.—El juez en estas medidas procederá a nombrar uno o varios secuestradores, según lo exijan las circunstancias; dejará en poder del tenedor, en secuestro simbólico, los bienes de la sucesión que estén en su poder, si alega algún derecho para retenerlos; deberá prevenir a los deudores del difunto que no pueden hacer pagos sino al secuestro; si se trata de un establecimiento comercial el secuestro tendrá la categoría de interventor (arts. 900 s. del c. j.).

3.—El secuestro deberá levantarse por la práctica de la diligencia de inventarios y avalúos; cuando por algún interesado se otorgue caución de asegurar el pago de los perjuicios que se sigan por el levantamiento del secuestro; y por el transcurso de diez días sin que el que pidió el secuestro preste caución de pagar los perjuicios que por éste se causen.

A esta clase de secuestradores son aplicables las reglas generales sobre secuestro preventivo (arts. 902 y 903 del c. j. y 273 ibídem).

Nº 3º—El inventario de los bienes de la sucesión

102.—Esta medida preventiva no es incompatible con la anterior; bien pueden solicitarse ambas conjuntamente, aunque normalmente la de inventarios extingue la de secuestro.

1.—Los herederos presuntos testamentarios o abintestato, los legatarios, el curador de la herencia yacente, el cónyuge sobreviviente, los socios de comercio del causante, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito puede solicitar del juez la práctica del inventario y avalúo de los bienes pertenecientes a una sucesión (art. 1312 del c. c. y 935 del c. j.). El inventario puede pedirlo también el Síndico recaudador del impuesto de sucesiones.

2.—A la solicitud debe acompañarse la prueba de la defunción del causante y la del título que tengan para intervenir en esta diligencia.

3.—El inventario consiste en una acta judicial en donde se mencionan todos los bienes de la sucesión, previa la diligencia de juramento del denunciante, de enunciar todos los elementos tanto activos como pasivos de la herencia. Cualquier interesado de los que tienen personería para pedir la práctica de la diligencia de inventario, puede denunciar bienes. En cuanto a deudas de la sucesión sólo se inventariarán las que consten en un título ejecutivo, y aquellas que, no teniendo esa calidad, sean aceptadas o reconocidas expresa o tácitamente, por los herederos, dentro de los tres días del traslado que se les dé de la petición del acreedor (arts. 937 s. del c. j.).

4.—Cuando por cualquier causa haya dejado de relacionarse en el inventario algún elemento del patrimonio, puede pedirse

la práctica de uno adicional, antes o después de hecha la partición de los bienes primitivamente inventariados (arts. 949 del c. j.).

5.—Según se expuso el heredero antes de la diligencia de inventario no puede realizar “actos de heredero”; si los hace pierde el derecho a aceptar la herencia con beneficio de inventario.

Nº 4º—Nombramiento de curador a ciertas herencias

103.—La conservación de una herencia puede presentarse en todos aquellos casos en que el sujeto no puede entrar a aceptarla personalmente, ni mediante su respectivo representante legal o testamentario. Mejor: no es objeto de estudio ahora el problema de la administración de las herencias por los representantes legales cuando el sujeto es un incapaz.

Entre las herencias que vamos a estudiar se encuentran: I.—La herencia yacente propiamente tal; la herencia deferida al que está por nacer; y en general las herencias o legados deferidos a personas futuras.

104.—I.—**Herencia yacente.**—Ya hemos dicho que la “herencia yacente” en el derecho romano era una institución que tenía por finalidad el proveer de un curador a la herencia, en el tiempo que mediaba entre la muerte del **de cujus** y la aceptación por parte de los herederos.

La aceptación era el acto jurídico mediante el cual se adquirían los bienes hereditarios.

En nuestro sistema mixto, formado de principios de sistemas opuestos, también es necesaria la institución de la herencia yacente; ya que si bien es verdad que la delación se verifica a la muerte del **de cujus** y constituye una atribución provisional de los bienes, una especie de oferta legal, no obstante los herederos pueden encontrarse ausentes del domicilio del causante, o no tener un oportuno conocimiento de su muerte.

La herencia yacente tiene por objeto, pues, el proveer de un administrador a la sucesión, mientras se presenta alguien a reclamarla, previa la aceptación.

No es lo mismo “herencia yacente” que “herencia vacante”.

Un bien es vacante o mostrenco, dijimos, cuando habiendo tenido un dueño éste no se conoce actualmente y el bien se encuentra completamente abandonado. El término de vacante se aplica a los bienes inmuebles y el de mostrenco a las cosas muebles. Luego, si los bienes herenciales consisten en inmuebles, o por lo menos hay uno entre los de la sucesión, cabe hablarse de herencia vacante; si consisten sólo en muebles sólo

cabe hablarse de herencia mostrenca. Ya que es necesario, en nombre del buen sentido, prescindir de aquellas discusiones bizantinas de discriminar si el patrimonio que forma la herencia es bien mueble o inmueble. El origen de esta estéril discusión se fundamenta en considerar la herencia como un derecho real; y el que un texto del código civil estatuye que los derechos reales tendrán la denominación de muebles o inmuebles según recaigan en unos u otros de esos bienes (art. 667 del c. c.).

Ya veremos de cómo cuando el causante o de cujus no ha dejado herederos que reciban sus bienes dentro del cuarto grado de consanguinidad, ni dejó testamento disponiendo de ellos, entonces, es llamado a recibir la herencia el Municipio del último domicilio. Luego toda herencia tiene un sujeto que puede precisarse desde la muerte del causante. Motivo por el cual no cabe hablarse de herencias vacantes o mostrencas.

Con estas notas precisamos que herencia yacente es aquella en donde hay herederos, pero éstos no se encuentran presentes o discuten sobre su aceptación o repudiación.

105.—Requisitos para declarar una herencia yacente.—1º Que haya transcurrido el término de quince días sin haber sido aceptada en su totalidad o por lo menos una cuota de ella;

2º Que tampoco haya albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de bienes, y que haya aceptado su cargo (art. 1297 del c. c.).

3º Verificadas las dos condiciones anteriores, es decir, comprobado que la herencia se encuentra abandonada, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en el periódico oficial, si lo hubiere; y en carteles que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del distrito en que se hallen la mayor parte de los bienes hereditarios, y en el del último domicilio del difunto; y se procederá al nombramiento de curador de la herencia yacente (art. 1297 del c. c.).

106.—Las obligaciones del curador de la herencia declarada yacente.—El curador de la herencia yacente está sujeto en su administración a todas las trabas de los tutores y curadores (art 575 del c. c.). En consecuencia debe discernírsele el cargo, previo el otorgamiento de una fianza que el juez indicará.

No se dará la administración de la herencia sin que preceda inventario solemne.

El administrador de la herencia yacente es un "curador de bienes ajenos"; por tanto al terminar su administración debe rendir cuenta pormenorizada de su administración.

107.—Cuándo termina la herencia yacente.—Cuando se presentan los herederos y toman la administración de la herencia.

1.—Si hubiere dos o más herederos, y aceptare uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios pro indiviso, previo inventario solemne; y aceptando sucesivamente sus coherederos, y suscribiendo el inventario tomarán parte en la administración (art. 1297, inc. 2º).

2.—Mientras no hayan aceptado todos los herederos, las facultades del heredero o herederos que administran, serán las mismas de los curadores de la herencia yacente; pero no serán obligados a prestar caución, salvo que haya motivo de temer que bajo su administración peligraren los bienes (art. 1297, inc. 2º, frase final).

108.—II.—Curador a la herencia del que está por nacer.—1. Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo, y en el tiempo debido, estarán a cargo del curador que haya sido designado a este efecto por el testamento del padre, o de un curador nombrado por el juez, a petición de la madre, o a petición de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo. Podrán nombrarse dos o más curadores si así conviniere (art. 573 del c. c.).

2.—La persona designada por el testamento del padre para la tutela, se presumirá designada asimismo para la curaduría de los derechos eventuales de este hijo, si mientras él está en el vientre materno fallece el padre (art. 574 del c. c.).

3.—El curador de los derechos eventuales del que está por nacer, está sujeto en su administración a todas las trabas de los tutores o curadores; por tanto, la curaduría deberá ser discernida, prestarán caución y no entrarán en la administración sin la confección de un previo inventario; y en cuanto a las medidas de administración sólo podrán tomar las de simple custodia y conservación, y las necesarias para el cobro de los créditos y pago de las deudas hereditarias (art. 575 del c. c.). Más detalles sobre administración y responsabilidad de los curadores tanto de la herencia yacente como de los derechos eventuales del póstumo: II-De las Personas, Nos. 305 s.

109.—III.—Otras curadurías de herencias.—A las herencias o legados deferidos a personas futuras que se espera lleguen a existir se les nombrará un curador de bienes; su administración y responsabilidad se regirá por las mismas reglas de los curadores de bienes, especialmente de la herencia yacente y del póstumo.

CAPITULO SEGUNDO

Medidas que impiden la confusión de la herencia con los bienes del heredero**(Conservación de la identidad de la herencia)**

110.—Predicaron los juristas clásicos que toda persona tenía necesariamente un patrimonio y sólo podía tener uno. En la ciencia jurídica moderna se predica la conveniencia de aglutinar todos los bienes de una persona en una unidad jurídica denominada patrimonio. Ciertamente todos los bienes que adquiere una persona entran a esa universalidad de derecho, sin distinguir el título de adquisición, ni la clase de derecho adquirido.

Empero el principio no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias. Si es verdad que una herencia debe entrar al patrimonio del heredero y fatalmente habrá de confundirse con el resto de sus elementos patrimoniales, no obstante, ciertos intereses superiores, ante todo de utilidad social, se oponen a que esa confusión se verifique desde la muerte del *de cujus*; y predicán, en cambio, la utilidad de establecer una barrera entre dos patrimonios: el del causante o *de cujus* y el de los herederos. En primer lugar, el propio interés del heredero, quien necesita protegerse contra las herencias ruinosas e insolventes; no sería equitativo que el patrimonio personal del heredero, libre de gravámenes, cuyos elementos se encuentran saneados, se mezclase con el del *de cujus* y su responsabilidad se comprometiese en el mismo grado que la de su causante. En segundo lugar y mirando las cosas desde el punto de vista opuesto, los acreedores hereditarios y testamentarios, frente al patrimonio insolvente de un heredero, pueden tener un legítimo interés en impedir la confusión de los patrimonios, con el fin de sostener la identidad e integridad del causante, que puede ser suficiente para el pago de sus acreencias.

Estas medidas van encaminadas a mantener la identidad del patrimonio herencial; así, como las anteriores pretenden conservar su integridad, éstas se encaminan a impedir su confusión y mezcla con elementos patrimoniales ajenos.

Tradicionalmente se ha denominado a estas medidas con los nombres de "beneficios", y son dos: el beneficio de inventario y el de separación de patrimonios.

111.—**Derogación del principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del causante.**—Este es el carácter más relievante de la naturaleza tanto del beneficio de in-

ventario como del de separación de patrimonios. En el primero, es el propio heredero quien rechaza la situación personal del causante en sus relaciones con terceros y con sus bienes; se niega a ser un representante del difunto, un continuador de su personalidad. En este sentido no se convierte en deudor de los acreedores del causante; ni se realiza ninguna suerte de compensación entre los créditos que existieran entre el causante y el heredero. Que se realicen los bienes de la herencia, que se paguen los créditos del difunto hasta concurrencia del valor producido, y si algún activo sobrare una vez cancelado el pasivo, sólo ese activo-remanente entrará en su patrimonio; en una palabra: el beneficio de inventario hace que el heredero sea un continuador de los bienes del difunto, de la misma manera que lo es el adquirente de un bien hipotecado. El heredero responde con los bienes recibidos y no más que con ellos; los suyos propios quedan salvaguardados de las acciones de los acreedores de la herencia, pues se ha rechazado el convertirse en deudor.

En el de separación de patrimonios son los acreedores hereditarios o testamentarios quienes impiden que el heredero sea un continuador de la personalidad del causante; ellos piden que la herencia se afecte en forma preferencial al pago de sus créditos. Sin embargo, desde ahora se hace necesario advertir que nuestra legislación, profundamente influenciada por el clásico principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del causante, y no un simple sucesor en sus bienes, no ha sabido organizar convenientemente los dos principios en estudio. Ya el de inventario presenta graves deficiencias en su reglamentación legal, muchas de ellas corregidas en la práctica judicial y extrajudicial; y en cuanto al de separación de patrimonios son mayores aún las deficiencias, pues, como veremos, sólo se pretende realizar una separación de patrimonios, sin las consecuencias que normalmente deberían seguirse, es decir, de convertir al heredero en simple sucesor de bienes.

112.—El beneficio de inventario ha sido instituido en interés del heredero; pero realiza igualmente los intereses de los acreedores hereditarios y testamentarios. Estos al otorgar crédito al causante sólo tuvieron en cuenta su patrimonio personal; en manera alguna contaron con un patrimonio ajeno, salvo que hubiere exigido un deudor solidario o un fiador, hipótesis diferente. Luego nada justifica que por el azar de las circunstancias, de un momento a otro, se una otro patrimonio al que se les había constituido en prenda de sus créditos.

De manera que cuando el heredero invoca el beneficio de inventario queda por definición excluido el de separación de

patrimonios; ninguna utilidad tiene entonces. Es, pues, un recurso subsidiario; puede ejercerse cuando el heredero aceptó pura y simplemente la herencia.

113.—Críticas generales a la reglamentación actual tanto del beneficio de inventario como al de separación de patrimonios. Esos defectos dependen sobretudo de que el legislador no conoció el principio moderno de que el heredero puede ser pura y simplemente un continuador de los bienes del difunto; por tanto los mencionados beneficios actúan dentro del actual sistema como dos correctivos al clásico principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del causante; lo que da como resultado que su reglamentación es defectuosa, incoherente e ilógica (Josserand, III, p. 751; Carrizosa, ob. cit., ps. 70-71).

Desde el momento que estos beneficios pretenden realizar una separación de patrimonios a fin de evitar su confusión, se ha debido establecer entre ellos una barrera infranqueable, y considerar la sucesión o herencia como una masa autónoma para liquidar; mas este objetivo no fue realizado así por el código, por cuanto el heredero beneficiario permanece como heredero, propietario de los bienes de la sucesión; lo único que se ha hecho ha sido el de someter esos bienes a un estatuto particular. De ahí las incoherencias del sistema; un compromiso entre la confusión y la separación de patrimonios es una realización difícil, sino imposible.

Estos beneficios no pueden prestar servicio eficiente sino mediante un procedimiento colectivo de liquidación de la herencia; por cuanto, por hipótesis, la liquidación es indispensable, porque la herencia no debe confundirse con el patrimonio del heredero; no puede permanecer indefinidamente en el vacío. Este procedimiento de liquidación ha sido mal organizado por el beneficio de inventario, al paso que por el de separación de patrimonios casi no existe. El derecho alemán presenta sobre los sistemas latinos una superioridad desconcertante: en ese sistema se organiza un procedimiento colectivo de liquidación cuyos efectos prácticos concuerdan con las necesidades del comercio social (Josserand, III, ps. 573 y 574; Carrizosa, ob. cit., 70-71).

I

BENEFICIO DE INVENTARIO

Nº 1º.—Noción y utilidad del beneficio de inventario

114.—Hemos dicho que al heredero se presentan tres partidos frente a una herencia que se le defiere: 1º Aceptar pura y

simplemente; 2º Aceptar con beneficio de inventario; 3º Repudiar la herencia.

Estos tres partidos se presentan únicamente al heredero. Al legatario, sólo se presentan dos partidos: aceptar o repudiar. El legatario no tiene el partido de la aceptación beneficiaria, por cuanto él es un sucesor en los bienes del *de cujus* y en ningún caso un continuador de su personalidad. Al heredero se ofrecen los tres partidos por las notas acabadas de exponer: él, en principio, es un continuador de la personalidad del difunto. El beneficio de inventario o aceptación beneficiaria tiene por principal objeto derogar el principio mencionado y reemplazarlo por otro que considera al heredero como un sucesor en los bienes, un liquidador de la herencia (si bien esta última consecuencia no es desarrollada por la ley, mas sí en la práctica judicial).

La aceptación beneficiaria sólo se ofrece en las legislaciones en donde se predique el principio de la continuación de la persona en la de sus herederos. En la legislación alemana (en gran parte también en la mejicana), en donde el heredero es un sucesor en los bienes hereditarios y no de la persona del *de cujus*, sobra reglamentar este beneficio.

Efectivamente: quien acepta lisa y llanamente la herencia representa la persona del difunto en todos sus créditos y obligaciones (art. 1302 del c. c.). "El que acepta una herencia sin previo inventario solemne o sin el correspondiente beneficio, asume las consecuencias señaladas en el artículo 1302 del código civil, respecto de las obligaciones transmisibles del difunto, y éstas se confunden con las suyas propias (art. 1316), como consecuencia de la confusión de patrimonios" (cas. civ., sept. 28 de 1934, XLI-bis, 158).

El origen del beneficio de inventario se encuentra precisamente en el derecho romano, en donde con tanta fuerza se predicó el principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del difunto. Lo introdujo Justiniano (Novela 117) y se otorgaba al heredero a condición de que discriminase el estado de la herencia y precisase con exactitud los bienes hereditarios; en esta forma se le permitía una limitación a su responsabilidad, es decir, sólo se obligaba *intra vires haereditatis* y no *ultra vires*.

115.—**Noción y utilidad.**—Según el 1304 del código "El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsables de las obligaciones hereditarias o testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado."

I.—Todos los herederos sin excepción gozan del beneficio

de inventario. Pero como la aceptación de la herencia es irrevocable, quiere decir que sólo podrá aceptar beneficiariamente quien no haya agotado uno de los tres partidos que la ley pone a su disposición. Quien aceptó pura y simplemente, no puede cambiar su aceptación por la beneficiaria.

Y como la aceptación es expresa o tácita, el heredero que toma el título de heredero (aceptación expresa) o ejecuta "acto de heredero" (aceptación tácita) pura y simplemente, ha quedado sin facultad de invocar el beneficio (art. 1309 del c. c.: se refiere a la aceptación tácita).

II.—En cuanto a su utilidad:

1.—Evita la confusión de dos patrimonios: el del causante o de **cujus** y el del heredero o herederos que aceptan. Separados los dos patrimonios, el del causante queda afectado en forma especial al pago de las deudas hereditarias y testamentarias, como a la cancelación de las demás cargas de la sucesión.

2.—El patrimonio del heredero no queda afectado al pago de las deudas de la sucesión, ni a ninguna de sus cargas. "Las deudas y créditos del heredero beneficiario, no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión", reza el artículo 1316 del código.

Si el activo de la sucesión no es suficiente para la cancelación del pasivo, los acreedores de la sucesión tendrán que resignarse a no obtener el pago total, con extinción definitiva de la parte de los créditos insolutos.

3.—También los acreedores del heredero, que con desprecio desconcertante son tratados en nuestra legislación, obtienen un beneficio: el patrimonio de su deudor no es tocado, ni disminuido para el pago de deudas extrañas a las suyas.

En resumen: los acreedores de la sucesión saben que los del heredero no tocarán, ni tendrán acciones sobre la herencia para el pago de sus deudas; los personales del heredero tienen a su vez la seguridad de que los bienes de su deudor no se disminuirán en cancelar deudas extrañas.

III.—El beneficio de inventario es una facultad de **orden público**. "El testador no podrá prohibir a un heredero el aceptar con beneficio de inventario" (art. 1306 del c. c.). Se innovó sobre el antiguo derecho español en donde el testador podía prohibir al heredero invocar el mencionado beneficio.

Nº 2º.—Herencias que deben aceptarse con beneficio de inventario

116.—Los artículos 1307 y 1308 enumeran las herencias que deben aceptarse con beneficio de inventario. Su aceptación

implica el beneficio de inventario aunque no se invoque; es decir, herencias en donde no se aplica por ningún motivo el principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del causante, sino un simple sucesor de sus bienes. Lo que prueba una vez más lo bien fundadas las críticas que en el derecho moderno se hacen al principio romano de la continuación de la personalidad del causante en la de sus herederos.

I.—“Las herencias del fisco y de todas las corporaciones y establecimientos públicos, se aceptarán precisamente con beneficio de inventario.”

Esta primera parte del 1307 se refiere a todas las personas jurídicas de cualquiera naturaleza que ellas sean; tanto las del derecho público como las del derecho privado. Tanto la herencia dejada al Estado (Nación, Departamentos, Municipios y demás establecimientos públicos), como las dejadas a la Beneficencia, a un Banco, Hospital, fundación o asociación que goce de personería jurídica.

El término de “corporaciones” es excesivamente amplio, dijimos, y cobija todas las fundaciones, como las sociedades y asociaciones; el término “fisco” abarca todas las personas de derecho público.

II.—Todas las herencias dejadas a los incapaces se aceptarán invariablemente con beneficio de inventario (hijos de familia, pupilos, enfermos mentales, etc.).

III.—“Los herederos fiduciarios son obligados a aceptar con beneficio de inventario” (art. 1308 del c. c.).

117.—El beneficio de inventario obra de plano a favor de las personas mencionadas.—Establece el 1307 respecto de las personas jurídicas y de los incapaces que “No cumpliéndose con lo dispuesto en este artículo, las personas naturales o jurídicas representadas, no serán obligadas por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda, o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas.”

Se observa de cómo el legislador trata de asimilar la aceptación pura y simple de la herencia por los incapaces y por las personas jurídicas a los efectos que produce la nulidad de actos jurídicos celebrados por esas mismas personas.

Se explica perfectamente el que se organice legalmente, **ipso jure** el beneficio en estudio a favor de las personas mencionadas; mas no se explica y contraría los más elementales postulados de justicia la última solución, es decir, que las personas cuestionadas sólo respondan “hasta concurrencia de la herencia al tiempo de la demanda, o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas”.

Esta última parte del 1307 no tiene por qué aplicarse respecto a las personas jurídicas: en tratándose del Estado no tiene por qué haber dilapidación alguna de los bienes que reciban; luego los bienes que hayan recibido deben ser exactamente los mismos que existan al momento de la demanda, aunque convertidos en otros. Igual solución para las personas jurídicas de derecho privado.

En cuanto a los incapaces tampoco se justifica la solución. En primer lugar, la herencia del incapaz debe ser administrada por su respectivo tutor, curador o padre o madre de familia; por tanto si hubiere dilapidación y por dicho motivo los bienes al momento de la demanda no fuesen los mismos recibidos, no se explica por qué limitar la responsabilidad por los créditos de la sucesión; debe entonces comprometerse la responsabilidad del respectivo representante legal.

En consecuencia: y tratando de resolver los problemas desde el ángulo de la utilidad social, y no desde puntos de vista teóricos o abstractos, debemos concluir que la aceptación beneficiaria legal o *ipso jure* de las personas enunciadas por los artículos 1307 y 1308 se rige por las reglas comunes de las demás aceptaciones de esa clase.

Nº 3º—Aceptación beneficiaria cuando hay varios herederos.

118.—Sobre el particular deben distinguirse varias hipótesis:

1º—Si todos los herederos invocan el beneficio de inventario existe aceptación beneficiaria, como en el caso de un heredero único que lo invoca.

2º—Existe igualmente aceptación beneficiaria cuando unos coherederos invocan el beneficio y otros no. Se realiza una suerte de representación en lo relativo al ejercicio del beneficio: un heredero representa a los demás.

3º—Finalmente si unos coherederos quieren aceptar pura y simplemente y otros con el beneficio, los primeros serán obligados a aceptar beneficiariamente (art. 1305 del c. c.).

Como se ve, en el último caso la ley troncha a favor de los herederos beneficiarios el conflicto que puede presentarse cuando unos quieren esa clase de aceptación y otros quieren una diferente.

Lo cual conduce a la conclusión de que una herencia se acepta en su totalidad con el mencionado beneficio, o sin el beneficio; que no existen en nuestra legislación, salvo la hipótesis que se contemplará en seguida, herencias aceptadas en parte con el beneficio y en parte sin el beneficio. En este sentido el beneficio de inventario es indivisible en cuanto a la herencia.

119.—Conflicto cuando un heredero ejecuta “actos de heredero” y otros no.—Cuando hay varios herederos se puede presentar el problema que uno o varios ejecuten “actos de heredero”, es decir, que acepten tácitamente la herencia y no tengan derecho al beneficio por no haber hecho inventario solemne (art. 1302 del c. c.); y otro u otros acepten invocando el beneficio en forma expresa, o hayan aceptado tácitamente, previo el inventario solemne.

El artículo 1302 al prescribir la aceptación pura y simple cuando se realiza un acto de heredero sin previo inventario solemne, no hace otra cosa sino imponer una pena o sanción al aceptante; sanción que tiene por fin proteger eficazmente a los acreedores hereditarios o testamentarios.

Por otra parte, tampoco puede en ese caso imponerse a los demás herederos la aceptación pura y simple por cuanto no tienen por qué sufrir las consecuencias de una pena ajena, y porque a ello se opone el artículo 1305.

Este problema debe resolverse aceptando la posibilidad excepcional de una herencia en donde unos herederos aceptan en el beneficio y otros con el beneficio.

Creemos positivamente que el 1305 del código sólo debe aplicarse a los casos normales en que haya discrepancias entre los herederos acerca de si es conveniente la aceptación pura o la beneficiaria, o cuando unos de ellos aceptaron invocando el beneficio y otros aceptaron guardando silencio sobre el particular. Sólo en estos casos los aceptantes beneficiarios pueden representar a los demás. Mas respecto a la pena del 1302 no cabe predicarse la representación por cuanto ella no cabe cuando se trata de sanciones o penas. En esta forma tendremos que no siempre el beneficio de inventario es **indivisible**.

Nº 4º.—De la confección del inventario

120.—La confección de un inventario es condición esencial para gozar del beneficio.

Este inventario es solemne. Podrá constar en escritura pública si se trata de un inventario extra-judicial, o en un acta levantada por el juez en la práctica judicial de esa clase de diligencias. Normalmente la solemnidad del inventario consistirá en el acta levantada por el juez del último domicilio del causante.

I.—El inventario deberá hacer relación de todos los bienes raíces y muebles del difunto, particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consistan en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y calidad. Comprenderá, además, los títulos de propiedad, las escrituras públicas y pri-

vadas, los créditos y deudas del difunto de que hubiere comprobante o noticia, los libros de comercio o de cuentas, y en general, todos los objetos presentes, exceptuados los que fueren de poca o ninguna utilidad (arts. 1310 y 472 del c. c.).

II.—Si después de hecho el inventario se encontraren bienes de que al hacerlo no se tuvo noticia, o por cualquier título acrecieren nuevos bienes a la hacienda inventariada, se hará un inventario solemne de ellos, y se agregará al anterior (arts. 1310 y 473 del c. c.).

III.—“Si el difunto ha tenido parte en una sociedad, y por una cláusula del contrato ha estipulado que la sociedad continúe con sus herederos después de su muerte, no por eso en el inventario que haya de hacerse dejarán de ser comprendidos los bienes sociales, sin perjuicio de que los asociados sigan administrándolos hasta la expiración de la sociedad, y sin que por ello se les exija caución alguna” (art. 1311 del c. c.).

121.—Sólo un inventario es suficiente.—En el caso de que existieren varios herederos y uno de ellos hubiere hecho el inventario los demás no tendrán por qué hacerlo, por cuanto es necesario y porque a ello se opone la práctica procesal. Según expusimos el inventario solemne puede ser solicitado, además, como medida precautelativa no sólo por los herederos sino por otras personas que acrediten un interés legítimo en su confección, por ejemplo, por los acreedores de la sucesión; en este caso, cabe preguntarse si ese inventario levantado ante un juez por extraños, puede ser aprovechado por los herederos o si necesitan confeccionar otro.

Si los herederos han participado en la confección de esa suerte de inventarios o aunque no hayan participado, si le dan su aprobación, parece no tengan necesidad de hacer otro. La jurisprudencia nada ha dicho sobre este particular.

Puede suceder que el inventario confeccionado por un tercero o por un heredero sea verdadero en todas sus partes, pero incompleto; en este caso los demás herederos tendrán derecho a confeccionar uno adicional.

122.—Sanción para los inventarios confeccionados de mala fe.—“El heredero que en la confección del inventario omitiere, de mala fe, hacer mención de cualquiera parte de los bienes, por pequeña que sea, o supusiese deudas que no existen, no gozará del beneficio de inventario” (art. 1313 del c. c.).

1.—En todo caso se requiere la prueba del dolo en la confección del inventario. La omisión involuntaria o la culposa, que no implica dolo, no acarrea la pérdida del beneficio. Así, el heredero que tenía conocimiento de una deuda de la sucesión, pero no de que había sido cancelada por el *de cuius*, y como

tal la denuncia en el inventario, por culposa que sea su conducta, no pierde el beneficio.

Mas el heredero que tuviere bienes de la sucesión a título de mera tenencia y no los denunciare perderá el mencionado beneficio.

Así, que dos clases de hechos ilícitos acarrear la pérdida de la aceptación beneficiaria: la omisión en el denuncia de bienes con el fin de apropiación ilícita; y la suposición de deudas a sabiendas de que no existen, para obtener para sí ese crédito.

2.—Nuevamente se presenta el problema atrás enunciado de unos herederos que gozan del beneficio y otros que lo pierden. Y será necesario predicar que en este nuevo caso la aceptación beneficiaria no será indivisible, por cuanto los herederos beneficiarios en materia de penas no representan a los demás herederos. Así, que habrá una herencia en parte aceptada con beneficio de inventario y en parte aceptada pura y simplemente.

123.—Personas que pueden asistir a la confección del inventario.—Estas personas son enunciadas por el artículo 1312 del código:

1) Los herederos presuntos testamentarios o abintestato; igualmente los legatarios;

2) Los acreedores hereditarios que presenten el título de su crédito;

3) El albacea, el curador de la herencia yacente, el cónyuge sobreviviente;

4) Los socios del comercio y los fideicomisarios.

Las anteriores personas pueden asistir representadas por un apoderado. Tendrán igualmente derecho a reclamar contra el inventario en lo que les pareciere inexacto.

Nº 4º—Efectos de la aceptación beneficiaria

124.—Los principales efectos de la aceptación de una herencia con beneficio de inventario ya han sido indicados: el heredero no responde de las deudas de la sucesión sino hasta concurrencia del activo; es un simple sucesor en los bienes, y no un continuador de la personalidad del causante. Las deudas y créditos del heredero no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión (art. 1316 del c. c.).

En una palabra: el aceptante con beneficio de inventario es un tercero frente al causante y frente a terceros.

125.—I.—El beneficio de inventario convierte al heredero en un tercero frente al difunto.—Es indudablemente uno de los principales efectos de la aceptación beneficiaria indicado con

claridad por el 1316: las deudas y créditos del heredero no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión.

En primer lugar, los derechos personales que el heredero tenga contra la sucesión no se extinguen por confusión; por tal motivo podrá ejecutar a la sucesión en los mismos términos que los que no son herederos.

En segundo lugar, tampoco se confunden los créditos de la sucesión contra el heredero; éste permanece obligado como cualquier tercero; puede ser ejecutado y constreñido a pagar a la sucesión.

Además, en cuanto a los créditos que el heredero tenga contra la sucesión garantizados con una seguridad real, permanecen intactos; si se trata de un crédito hipotecario el acreedor, es decir, el heredero podrá perseguir el bien hasta pagarse con lo que produzca en subastación pública.

Tampoco se realiza compensación alguna; la que normalmente acaece cuando la aceptación es pura y simple.

Todo es consecuencia de la idea de separación de patrimonios que realiza el beneficio de inventario; las relaciones que existían entre el heredero y el difunto permanecen inmodificables, no sufren alteración alguna.

El hecho de que se considere al heredero beneficiario como un tercero frente al causante produce el fenómeno importante de que no le son oponibles las excepciones que normalmente al haber aceptado pura y simplemente le serían oponibles.

La garantía debida por el causante no la debe el heredero. Si el difunto había vendido un bien que no le pertenecía por ser propiedad del heredero, éste puede reivindicarlo, sin exponerse a la excepción de garantía; en vano el demandado le objetará que quien debe una garantía no puede vencer; el heredero responderá que él jamás ha sido continuador de la persona del causante y que por tanto no es deudor de las garantías de su causante; que la obligación de garantía corresponde a la sucesión. y que en el caso concreto obra no como representante de la sucesión sino en su nombre personal (Josserand, III, p. 577).

En materia de compensación, advierte el mismo autor precitado, y suponiendo que el heredero sea acreedor de un acreedor del difunto, puede reclamar el pago de su crédito sin que el acreedor hereditario pueda oponerle la excepción de compensación. Inversamente, el heredero beneficiario perseguido por su acreedor, no puede oponerle en excepción las deudas del mismo a favor de la sucesión.

126.—II.—Adquisición de nuevos derechos.—Los herederos beneficiarios conservan intactos sus derechos contra la sucesión;

no solamente los existentes al momento de la muerte del **de cujus**, sino todos aquellos que adquieran después.

El heredero beneficiario puede convertirse en cesionario de créditos contra la sucesión y en tal virtud ejercer contra ella las mismas acciones del cedente o acreedor hereditario. Puede cancelar deudas de la sucesión y subrogarse en los derechos del acreedor. Es una subrogación legal contemplada expresamente en el N° 4º del artículo 1668 del código.

Puede hacerse adjudicar bienes de la sucesión que se realicen en subastación pública en la misma forma que cualquier tercero.

127.—III.—Finalmente, el efecto más interesante, ya indicado repetidamente, es el de que el heredero permanece un extraño a las deudas de la sucesión. Dichas deudas deben cancelarse con los mismos bienes que le han de corresponder; en ningún caso los acreedores hereditarios o testamentarios podrán dirigir sus acciones contra el heredero beneficiario.

Nº 5º.—Administración y liquidación de las herencias aceptadas con beneficio de inventario

128.—El inventario solemne de los bienes herenciales es el punto de partida necesario para avaluar el **quantum** de la responsabilidad del heredero beneficiario frente a terceros.

Dada la naturaleza especial de la organización del beneficio de inventario en la legislación nacional y consultando la práctica judicial, es necesario distinguir la realización de la responsabilidad del heredero beneficiario, según se verifique antes de la adjudicación de los bienes o después de la adjudicación.

Esta distinción es urgente por cuanto la separación de patrimonios no es absoluta, ni se puede sostener indefinidamente; la adjudicación judicial de bienes, y en ocasiones la sola práctica del inventario solemne, extingue la separación de patrimonios. Todo obedece a la idea cardinal de que el heredero, no obstante el beneficio invocado a su favor, permanece siempre heredero, es decir, en todo caso adquiere la propiedad de los bienes herenciales. Estudiados estos dos puntos contemplaremos una tercera posibilidad que la ley pone al alcance del heredero beneficiario: separación absoluta de patrimonios o facultad de abandono.

129.—I.—Realización de la responsabilidad del heredero antes de la adjudicación de los bienes herenciales.—Normalmente se efectúa dentro del juicio de sucesión cuando todos los acreedores hereditarios o testamentarios hacen efectivos sus créditos.

Avaluados los bienes herenciales y avaluados los créditos, el juez, a solicitud de los acreedores, procede a realizar en subastación pública los bienes y con su producido se cancelan los créditos.

Si el producido alcanza para cancelar el total de créditos, el remanente entrará definitivamente al patrimonio del heredero o herederos beneficiarios. Si posteriormente se presentase un nuevo acreedor cuyo crédito era desconocido, habrá necesidad de distinguir su cuantía y relacionarla con el remanente recibido por el heredero beneficiario; si éste es superior al crédito se ordenará su cancelación por el heredero; si fuere inferior sólo se pagará hasta su concurrencia. En lo demás se extingue definitivamente. Situación ésta un poco anormal, pero que es la que con frecuencia suele presentarse en la práctica judicial. En verdad el heredero beneficiario no será obligado a más del remanente que recibió; otra cosa serán las acciones que tenga el último acreedor contra los primeros herederos que alcanzaron a recibir el total; porque si todos los créditos eran simplemente quirografarios, ninguno de ellos tiene prelación o privilegio; entonces todos los créditos deberán ser rebajados proporcionalmente conforme a la regla del prorrateo.

130.—II.—Realización de la responsabilidad del heredero beneficiario después de la adjudicación.—Varias hipótesis es necesario distinguir.

I.—El heredero invoca el beneficio de inventario dentro del respectivo juicio de sucesión; pero los herederos de la sucesión no hacen efectivos sus créditos. Al heredero beneficiario se adjudican los bienes herenciales en plena propiedad y posesión; y en cuanto a los mencionados créditos responde exclusivamente con los bienes que reciba o con su equivalente en dinero conforme al avalúo del inventario solemne.

1.—Esos bienes recibidos en la adjudicación debe afectarlos exclusivamente al pago de los acreedores de la sucesión; y no sólo los bienes presentes, sino los que posteriormente sobrevengan a la herencia sobre que recaiga el inventario (art. 1314 del c. c.).

2.—Deberá cobrar los créditos existentes a favor de la sucesión para cancelar sus deudas; y el heredero beneficiario se hará responsable de esos créditos como si los hubiere efectivamente cobrado, “sin perjuicio de que para su descargo, en el tiempo debido justifique lo que, sin culpa suya, haya dejado de cobrar, poniendo a disposición de los interesados las acciones y títulos insolutos” (art. 1315 del c. c.).

3.—El heredero beneficiario será responsable, hasta por culpa leve, de la conservación de las especies o cuerpos ciertos

que se deban. Es de su cargo el peligro de los otros bienes de la sucesión, y sólo será responsable de los valores en que hubieren sido tasados (art. 1317 del c. c.).

Lo cual indica que al responsabilizarse el heredero beneficiario únicamente del valor en que hubieren sido tasados los bienes recibidos, se debe a que ha adquirido el dominio y posesión de ellos. Por tanto serán plenamente válidas las enajenaciones hechas a terceros.

II.—El heredero antes de realizar “actos de heredero” confecciona un inventario solemne de los bienes herenciales. Dicha confección del inventario implica una presunción de su voluntad de limitar su responsabilidad hasta concurrencia de los bienes inventariados; y precisamente en esto estriba la sanción del artículo 1302 del código, para el heredero que sin el inventario solemne realiza actos de herederos, caso en el cual responde por el total de las deudas de la sucesión, sin distinguir si la herencia es suficiente o no para esos pagos: responde *ultra vires haereditatis*.

131.—Extinción de la responsabilidad del heredero beneficiario.—Se extingue definitivamente cuando el heredero ha gastado los bienes recibidos en cancelar deudas de la sucesión. Los artículos 1319 y 1320 contemplan la forma como el heredero debe acreditar esa circunstancia. Según el primero “Consumidos los bienes de la sucesión o la parte que de ellos hubiere cabido al heredero beneficiario, en el pago de las deudas y cargas, deberá el juez, a petición del heredero beneficiario, citar por edictos a los acreedores hereditarios y testamentarios, que no hayan sido cubiertos, para que reciban de dicho heredero la cuenta exacta, y en lo posible documentada, de todas las inversiones que haya hecho; y aprobada la cuenta por ellos, o en caso de discordia por el juez, el heredero beneficiario será declarado libre de toda responsabilidad ulterior.”

El 1320 establece: “El heredero beneficiario que opusiere a una demanda la excepción de estar ya consumidos en el pago de deudas y cargas los bienes hereditarios o la porción de ellos que le hubiere cabido, deberá probarlo presentando al demandante una cuenta exacta y en lo posible documentada de todas las inversiones que haya hecho.”

132.—III.—La facultad de abandono de los bienes.—En los anteriores casos hemos contemplado al propio heredero beneficiario como administrador y liquidador de los bienes de la sucesión o de la parte que le cupo. Mas la ley brinda otro partido a esta clase de herederos: abandono de los bienes. En este caso se realiza una suerte de administración judicial o extrajudicial de los bienes herenciales por los mismos acreedores de la suce-

sión. Sobre el particular prescribe el 1318 del código: "El heredero beneficiario podrá en todo tiempo exonerarse de sus obligaciones, abandonando a los acreedores los bienes de la sucesión que debe entregar en especie y el saldo que reste a los otros, y obteniendo de ellos o del juez la aprobación de la cuenta que de su administración deberá presentarles."

II

BENEFICIO DE SEPARACION DE PATRIMONIOS

Nº 1º—Noción, origen y fines de este beneficio

133.—Al hablar de las obligaciones y del derecho de crédito vimos de cómo todo deudor al obligarse comprometía en prenda general del cumplimiento de su obligación todos sus bienes presentes y futuros. Es decir, afectaba para el pago no sólo los elementos patrimoniales actualmente radicados en su cabeza, sino aquellos que por cualquiera causa adquiriera en lo futuro. Es un derecho de prenda general y universal, como que recae más sobre una universalidad, que sobre determinados bienes considerados singularmente.

Al morir el titular de un patrimonio afectado al pago de determinadas acreencias, parece lo más lógico, en interés del comercio y de los acreedores, que ese patrimonio pase a los herederos afectados en la misma forma. Esta idea fundamental, sencilla y pedida por motivos elementales de justicia, se realiza imperfectamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Recibe plena y oportuna aplicación en lo que respecta a los créditos garantizados con una seguridad real, como la hipoteca y la prenda; pero en cuanto a los créditos simplemente quirografarios es desvirtuada notablemente por la necesidad lógica de dar aplicación a otros principios más abstractos y teóricos que reales y positivos, es a saber: 1) El que predica que los herederos adquieren el patrimonio del causante en el momento de la delación en forma provisional y definitivamente por la aceptación; en forma que si la aceptación ha sido pura y simple se realiza automáticamente la confusión del haber hereditario con los demás bienes del aceptante; a su vez esta idea se desprende de otro principio clásico: necesidad de que toda persona sólo tenga un patrimonio, una sola universalidad de derecho; 2) El ya mencionado y comentado principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del causante.

Mas ya la misma aceptación beneficiaria, si bien imperfectamente, constituye una importante excepción a esas reglas generales; por ella, hemos visto, ni hay confusión automática del

patrimonio herencial con el del heredero; la confusión se verifica más tarde: cuando canceladas las cargas y deudas de la sucesión, sobra un activo.

El beneficio de separación de patrimonios que otorga la ley a los acreedores de la sucesión constituye la segunda excepción importante: se evita la confusión de patrimonios; el herencial queda afectado al pago de las deudas y cargas de la sucesión en la misma forma que en vida del causante.

Ya indicamos la diferencia esencial entre este beneficio y el de inventario y el radio de acción de uno y otro. En el de inventario es el heredero quien pretende precaverse contra una herencia insolvente o ruinosa; en el que ahora contemplamos, son los acreedores hereditarios y testamentarios quienes se ponen a salvo de la confusión del patrimonio de su deudor muerto con el patrimonio insolvente del heredero o herederos llamados a recibirlo.

Si se realiza la confusión de patrimonios, los acreedores de la sucesión tendrán que resignarse a tolerar acreedores personales del heredero en concurrencia con sus propios créditos. Si el patrimonio del causante tiene un activo de \$ 200.000,00 y pasivo de \$ 100.000,00, los créditos hereditarios, y testamentarios alcanzan a satisfacerse holgadamente. Mas si el patrimonio del heredero tiene un activo de \$ 100.000,00 y un pasivo de \$ 300.000,00, tenemos que si se realiza la confusión de patrimonios, resulta un solo patrimonio con activo total de \$ 300.000,00 y un pasivo total de \$ 400.000,00. En este evento sufren un serio perjuicio los acreedores del causante; y reciben en forma sorpresiva e inesperada un beneficio los acreedores del heredero. El beneficio de separación evita estas anormalidades; el patrimonio herencial (\$ 200.000,00) se dedica exclusivamente a cancelar las deudas de la sucesión (\$ 100.000,00); el heredero recibe el remanente (\$ 100.000,00).

Verdad que en la práctica los patrimonios no suelen enfrentarse en esta forma; pero sí sucede o que los herederos no gozan en el comercio de la suficiente honorabilidad y pulcritud en sus transacciones, lo que da como resultado que simulan nuevas deudas personales o enajenan sus propios bienes; o que el estado de los bienes del heredero no se encuentra suficientemente saneado.

Frente a un heredero inescrupuloso es aconsejable el mencionado beneficio a fin de evitar sorpresas desagradables.

134.—El beneficio de separación crea a favor de quienes lo invocan un privilegio.—Es definido este beneficio por el artículo 1435 así: "Los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios podrán pedir que no se confundan los bienes del

difunto con los bienes del heredero; y en virtud de este beneficio de separación tendrán derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias, con preferencia a las deudas propias del heredero."

Que se trata de un privilegio se acredita con estas observaciones:

1º Una vez satisfechos preferencialmente los créditos privilegiados, el remanente entra al patrimonio del heredero a confundirse con sus bienes propios y a formar la prenda general de sus propios acreedores;

2º Mas si los bienes herenciales no fueren suficientes para la cancelación de los créditos de la sucesión no por ello se extinguen en la parte no satisfecha; simplemente se extingue el privilegio; en el resto pueden satisfacerse sobre los bienes del heredero, evento en el cual concurren a prorrata con los acreedores del último. Aunque en esta hipótesis los acreedores del heredero pueden solicitar a su favor una nueva preferencia para sus créditos;

3º En todo caso, lo que queremos poner de relieve es que sólo el beneficio de inventario limita la responsabilidad del heredero hasta concurrencia de los bienes herenciales: *intra vires haereditatis*. El de separación de bienes realiza una separación de patrimonios, pero no limita la responsabilidad del heredero.

Nº 2º—Quiénes son titulares del beneficio de separación

135.—Los acreedores hereditarios y testamentarios, lo establece el 1435 del código. No son titulares del beneficio de separación de patrimonios los acreedores del heredero (art. 1438 del c. c.). Prácticamente estos acreedores son titulares sólo de la acción pauliana. Ellos resultarán beneficiados por contra golpe: ya cuando el mismo heredero invoca el beneficio de inventario o cuando los acreedores del causante piden el beneficio en estudio. Mas la ley no les otorga en forma directa un beneficio de separación de patrimonios. En lo cual nuestro plan legislativo es criticable. La aceptación pura y simple de una herencia ruinosa puede serles perjudicial; luego debiera concedérseles la facultad de separación de patrimonios a fin de que gorazan automáticamente de una prelación para hacerse pagar con los bienes constituidos directamente en prenda. Se dirá que la acción pauliana es suficiente; mas no, si tenemos en cuenta que ellos están obligados a acreditar una aceptación simple dolosa; y todas las pruebas de intenciones son difíciles, si no imposibles, en la mayor parte de casos. Nos basta concluir que los acreedores del heredero han permanecido en un olvido

completo por el legislador; ninguna medida de protección seria y efectiva se les otorga.

Basta y es suficiente tener la calidad de acreedor hereditario o testamentario para tener personería para invocar el beneficio; sin calificar la clase del crédito, ni el interés, el cual se presume.

Los acreedores quirografarios serán los más interesados en el beneficio. Mas también los acreedores cuyo crédito está asegurado con una hipoteca o prenda gozan del beneficio. La razón es sencilla: porque sin necesidad del beneficio el bien hipotecado o dado en prenda sigue afectado a la cancelación de esa clase de créditos; no obstante, puede suceder que la realización en subasta pública de esos bienes no alcance para el pago total de sus acreencias; además, y suponiendo que el valor sea suficiente para el pago, esos acreedores pueden preferir se les cancele sus créditos con el ejercicio de la sola acción personal, en todos aquellos casos en que el bien hipotecado se adjudique proindivisamente a muchos herederos; habrá cierta dificultad para el ejercicio de la acción de venta; porque no es lo mismo notificar a sólo una persona que a varias.

No se requiere que el crédito del acreedor sea exigible; también los créditos sometidos a condición o a plazo sirven para pedir el beneficio (art. 1436 del c. c.).

136.—Qué acreedores hereditarios o testamentarios no son titulares del beneficio de separación.—En tres casos estos acreedores no pueden invocar el beneficio de la separación de patrimonios:

1º Los acreedores cuyos créditos han prescrito (art. 1437, inc. 1º). Si bien es verdad que la prescripción de un crédito debe ser alegada, en lo cual no se pretende derogar la regla general, no obstante, en lo relativo a otorgar a esos créditos una prelación o privilegio, la ley sin más ni menos les niega el beneficio; así que un juez rechazará de oficio una solicitud de beneficio cuando observe la prescripción extintiva del crédito.

2º “Cuando el acreedor ha reconocido al heredero por deudor, aceptando un pagaré, prenda o hipoteca o fianza del dicho heredero, o un pago parcial de la deuda” (art. 1437, inc. 2º).

3º “Cuando los bienes de la sucesión han salido ya de manos del heredero, o se han confundido con los bienes de éste, de manera que no sea posible reconocerlos” (art. 1437, inc. 3º).

Nº 3º.—Naturaleza del beneficio de separación de patrimonios

137.—Se pregunta la doctrina si, habiendo varios acreedores de la sucesión, uno o varios de ellos invocan el beneficio, éste sólo aprovecha a ellos, o si aprovecha a quienes no lo invoquen,

a semejanza de lo que sucede con el de inventario. Algunos autores predicán que el beneficio de separación plantea una distinción de dos patrimonios frente a todos; por tanto es indivisible. No puede concebirse, se dice, la distinción o separación de dos patrimonios frente a unos acreedores y la confusión o no separación frente a otros.

Según otra tesis la separación sólo efectos relativos produce, pues se trata de un beneficio de carácter personal.

Esta última tesis, cuyos inconvenientes son notorios, es la expuesta en nuestra legislación. El artículo 1439 la consagra en estos términos: "Obtenida la separación de patrimonios por alguno de los acreedores de la sucesión, aprovechará a los demás acreedores de la misma que la invoquen, y cuyos créditos no hayan prescrito, o que no se hallen en el caso del N^o 1^o del artículo 1437.

"El sobrante, si lo hubiere, se agregará a los bienes del heredero, para satisfacer a sus acreedores propios, con los cuales concurrirán los acreedores de la sucesión, que no gocen de beneficio."

138.—El beneficio de separación constituye un privilegio sobre todos los bienes herenciales.—Formalidad cuando hay inmuebles.—Si nuestra institución tiene carácter personal, en cuanto a los bienes sobre que se ejerce abarca todos los bienes herenciales, tanto los muebles como los inmuebles, es decir, tiene carácter general.

Si hubiere bienes raíces en la sucesión, establece el 1442, el decreto en que concede el beneficio de separación se inscribirá en el registro o registros que por la situación de dichos bienes corresponda, con expresión de las fincas a que el beneficio se extienda.

N^o 4^o—Los efectos del beneficio de separación

139.—Como su nombre lo indica y de conformidad con lo anteriormente expuesto el beneficio de separación impide la confusión de patrimonios, pero no deroga el principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del causante.

I.—Los acreedores separatistas que hayan obtenido la separación o aprovechádose de ella, tienen prelación para el pago de sus créditos sobre los bienes de la herencia: prelación que hacen valer: 1^o Frente a los acreedores del heredero, y 2^o Frente a los mismos acreedores de la sucesión que no gocen del mencionado beneficio.

II.—Mas si los bienes de la herencia no fueren suficientes para la cancelación total de esos créditos, podrán entonces dirigir sus acciones por el remanente sobre los bienes del heredero; mas en esta ocasión sin prelación de ninguna clase.

Mas en este caso organiza la ley en forma de excepción un beneficio de separación a favor de los acreedores del heredero, quienes podrán exigir que los bienes del heredero se afecten preferencialmente al pago de sus créditos. Caso en el cual podrán ejecutar sobre los bienes restantes del heredero, previa la cancelación de las deudas personales del heredero (art. 1440 del c. c.).

140.—Efectos del beneficio de separación respecto de terceros.—Según el 1441 del código “Las enajenaciones de bienes del difunto, hechas por el heredero, dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios, podrán rescindirse a instancia de cualquiera de los acreedores hereditarios o testamentarios que gocen del beneficio de separación. Lo mismo se extiende a la constitución de hipotecas especiales.”

I.—El artículo 1441 contiene un caso de aplicación de la acción pauliana a las enajenaciones hechas por los herederos dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión. Por tal motivo se requiere la prueba de los elementos que, conforme a las reglas generales, se exigen para demandar la revocación de un acto con fundamento en dicha acción.

I.—En primer lugar es necesario acreditar el **consilium fraudis**, es decir, la intención dolosa de causar un perjuicio a los acreedores de la sucesión. Como se trata de un elemento de orden psicológico cuya prueba directa es difícil, es necesario recurrir a ciertas presunciones a fin de que los jueces puedan declararlo. La presunción de donde se deducirá el fraude del heredero es de la misma naturaleza a la presunción general que gobierna este elemento en los demás casos de fraude paulianos el conocimiento que haya tenido el heredero de que con su acto causa la insolvencia de la herencia o agrava esa insolvencia. Vale decir, el conocimiento del mal estado de los negocios del causante.

No tendrán personería los acreedores separatistas de la sucesión para demandar la acción del 1441 cuando a pesar de las enajenaciones del heredero, no obstante la herencia no es insolvente, ni se ha insolventado con las enajenaciones hechas. Su caudal, una vez efectuados los actos de enajenación, es suficiente para la cancelación de las acreencias.

En cuanto a las personas en quienes debe acreditarse el fraude es necesario distinguir la clase de acto celebrado por el heredero: si se trata de una enajenación a título oneroso precisa acreditar el fraude tanto en el heredero como en el adquirente; si se trata de una enajenación a título gratuito sólo se requiere

acreditar el fraude en el heredero; aunque el adquirente no haya incurrido en el fraude, el acto no obstante se revoca, ello conforme a las razones expuestas al tratar de esta acción (VI-Obligaciones, Nos. 581 s.).

2.—En segundo lugar, se requiere el perjuicio cierto y actual que se cause a los acreedores del causante. Este no puede ser otro sino la insolvencia de la herencia o la agravación de esa insolvencia a consecuencia de la enajenación. Los acreedores separatistas deben probar no en cualquier forma sino rigurosamente: que los bienes herenciales en el estado actual no es suficiente para el pago de sus acreencias; que por tal motivo la enajenación les causó un evidente perjuicio. No tendrán personería para incoar la acción cuando el haber hereditario en el estado actual es suficiente para la total cancelación de sus créditos; ¿por cuanto en esta hipótesis en dónde encontrar el perjuicio, en dónde el interés serio y legítimo requerido en el ejercicio de toda acción?

II.—Aunque la ley en el 1441 del código no haya mencionado estos dos elementos —fraude y perjuicio— débese a la especial circunstancia de que no pretendió en ese texto legal indicar la naturaleza y elementos del fraude pauliano, sino simplemente hacer una aplicación de él.

Una aplicación para decir que sólo los actos ejecutados por el heredero dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión pueden ser revocados por la acción pauliana.

La prueba más elocuente de que el 1441 hace una aplicación del fraude pauliano respecto a las enajenaciones hechas por el heredero dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión, y de que se exigen los dos elementos indicados del fraude y el perjuicio según las reglas generales que gobiernan el ejercicio de la acción pauliana, encuéntrase en el hecho de que las enajenaciones de buena fe realizadas por un heredero aparente de inmuebles de la sucesión, habiendo obtenido el decreto judicial de posesión efectiva, son válidas, no pueden rescindirse.

141.—Efectos y prescripción de la acción pauliana del 1441. Gobiérnanse por las reglas generales.

I.—Habla la ley de la rescisión de las enajenaciones hechas por el heredero; debe decirse: revocación, ya que conforme hemos dicho la acción pauliana no es una acción de nulidad.

Por tal motivo el ejercicio de la acción del 1441 sólo produce la inoponibilidad de la enajenación respecto a los acreedores separatistas; mas una vez reparado el perjuicio, es decir, una vez que sean cubiertos en sus créditos, la enajenación subsiste en el resto.

II.—La acción concedida a los acreedores separatistas por el 1441 del código expira en un año, contado desde la fecha del acto o contrato (art. 2491, regla 3ª).

En manera alguna puede predicarse que dicha acción prescriba en cuatro años (Carrizosa, ob. cit., p. 522, frase final); pues, ya hemos dicho y en esto está conforme la doctrina y la jurisprudencia nacional que la acción pauliana es una acción diferente a la de nulidad. La de nulidad relativa prescribe en cuatro años (art. 1750 del c. c.); la pauliana en un año contado de la fecha del acto o contrato (art. 2491 del c. c.). Bien: el 1441 hace una aplicación de la acción pauliana y no de la nulidad relativa.

III.—Finalmente: para evitar confusiones es necesario poner de presente dos plazos en la aplicación recta del 1441. El primero de seis meses se refiere a las enajenaciones del heredero susceptibles de caer bajo el filo de la acción pauliana: únicamente las realizadas dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión; el segundo, de un año, se refiere al tiempo que tienen los acreedores para demandar ante los jueces la acción. Los acreedores separatistas no pueden demandar las enajenaciones verificadas después de los seis meses siguiente a la apertura de la sucesión, ni aquellas que tienen más de un año de realizadas.

CAPITULO TERCERO

Acciones del heredero y del legatario

(Efectos de la sucesión hereditaria)

142.—Una persona para proteger y conservar eficazmente sus bienes dispone de toda una serie de acciones que sancionan todos los atentados o lesiones inferidos por terceros a los elementos patrimoniales. Así, los derechos reales están protegidos por acciones reales, especialmente la de reivindicación; además, las acciones posesorias cuando a alguien se arrebatara la posesión o se la perturba en su ejercicio. En el mismo sentido los derechos personales o derechos de crédito están protegidos por las acciones personales, y en algunas ocasiones con verdaderas acciones reales, como sucede respecto de los créditos hipotecarios y prendarios.

Bien: al morir el titular de un patrimonio todas las acciones que tenía el causante pasan a sus herederos o legatarios, en forma que éstos pueden entrar a proteger y salvaguardar los bienes herenciales en la misma condición que su causante.

Pero, además, contra el heredero, en principio, pueden ejercerse todas las acciones que podían ejercerse contra el causante; tanto las acciones posesorias y reales, como las simplemente personales. Desde este punto de vista suele afirmarse que los herederos, como continuadores de la personalidad del difunto, son sus legítimos representantes, ya como sujetos activos de las relaciones jurídicas, ya como sujetos pasivos de las mismas.

De todo lo cual podemos enunciar estas reglas generales como efecto principal de la sucesión hereditaria: 1ª El heredero es sujeto activo de las mismas acciones patrimoniales que se encontraban radicadas en la cabeza del causante; de todos los recursos, excepciones y defensas que éste podía ejercer para conservar y defender sus bienes; 2ª El heredero es sujeto pasivo de todas las acciones, excepciones y defensas que los terceros podían ejercer contra el causante.

En cuanto al legatario se aplican las mismas reglas pero teniendo en cuenta que como sucesor a título singular sólo es sujeto activo de las acciones singulares que tengan por fin defender ese bien; o sujeto pasivo de las acciones de terceros sobre el mismo bien.

Este efecto importante de la sucesión hereditaria que nos sirve para darnos una idea de las acciones de que es titular el heredero y de la naturaleza y alcance de esas acciones, no pueden explicarse conveniente y plenamente sin la ayuda de este otro principio clásico: una persona no puede ser titular de dos patrimonios o universalidades jurídicas a la vez. Por tanto el patrimonio del causante se confunde con el del heredero una vez realizada la aceptación de la herencia. Sólo hay un patrimonio frente a terceros.

Si existe una confusión de los dos patrimonios por el hecho de la aceptación se siguen consecuencias importantes: todos los créditos entre el heredero y el causante se extinguen automáticamente por confusión. Si el causante era fiador de quien resulta ahora como heredero, la fianza se extingue de plano; si el causante y heredero eran codeudores solidarios, se extingue la solidaridad resultando una deuda simple.

Las acciones patrimoniales del causante en vida contra el heredero igualmente se extinguen. Si el causante ejercía o tenía derecho a ejercer una acción posesoria o reivindicatoria contra quien ahora es su heredero, dichas acciones se extinguen por la confusión de patrimonios; los créditos del causante contra quien resulta heredero se extinguen igualmente por confusión.

En el mismo sentido todas las acciones personales y reales del heredero contra el causante en vida se extinguen por confusión. Por cuanto al realizarse la confusión de patrimonios ha

desaparecido el sujeto de uno de ellos; e igualmente el sujeto de esas relaciones jurídicas; y nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo; nadie puede ser sujeto activo y pasivo a la vez de una acción personal, posesoria o reivindicatoria.

143.—Todos estos efectos se realizan en el caso de un heredero único. Si hay varios herederos la confusión de acciones y excepciones sólo se realiza en parte: proporcionalmente a la cuota del haber de la herencia recibido. Si son tres los herederos quienes reciben por partes iguales la herencia y uno de ellos debía \$ 3.000,00 al causante, la confusión sólo se efectúa en la tercera parte de la deuda, es decir, en \$ 1.000,00. Si dicho crédito estaba garantizado con una hipoteca, ésta no se extingue automáticamente como en el caso de un heredero, pero se reduce de \$ 3.000,00 a \$ 2.000,00.

El causante era titular de una acción de reivindicación contra la persona que resulta su heredero. Razonando con el ejemplo acabado de proponer dicha acción se extingue en la tercera parte; sólo subsiste en las dos terceras partes a favor de los otros dos herederos: cada uno por la tercera parte.

La regla que expusimos al hablar de la hipoteca de que ésta es **indivisible** respecto de los herederos no es contrariada en este caso, por cuanto sólo se trata de una reducción de la misma, no de su división entre los herederos.

144.—**Excepciones a las reglas expuestas.**—Haciendo mella a las ideas cardinales expuestas de que el heredero es sujeto activo y pasivo de las mismas acciones de que era titular el causante o que contra él podían ejercerse, y que la confusión de patrimonios produce la confusión de todos los derechos y acciones existentes entre el causante y el heredero, existen dos instituciones importantes conocidas con el nombre de “beneficios”: el beneficio de inventario y el de separación de patrimonios, cuyo estudio se acaba de hacer. Por el primero se evita que el heredero sea un continuador de la personalidad del causante; que se realice una confusión de patrimonios y por tanto de deudas y acciones; se limita, además, según se ha dicho, la responsabilidad del heredero en cuanto a las deudas de la sucesión: se responde hasta concurrencia de los bienes que efectivamente sean recibidos. Por el beneficio de separación de patrimonios se evita igualmente la confusión de patrimonios, produciéndose aproximadamente las mismas consecuencias acabadas de indicar para el beneficio de inventario, excepción hecha de la responsabilidad del heredero que no se limita por este último beneficio.

145.—**La acción de petición de herencia, nueva excepción.** Las acciones del causante son suficientes al heredero para de-

fender y proteger los elementos de la herencia considerados singularmente; puede reivindicar tal cuerpo cierto con fundamento en la propiedad transmitida; puede cobrar los créditos de que el causante era acreedor. Pero todas estas acciones y recursos no sirven para defender la universalidad jurídica de la herencia.

Ha habido necesidad de instituir a favor del heredero una acción autónoma e independiente: la de petición de herencia. Esta acción sirve para decidir las controversias que se presentan cuando varios pretenden unos mismos derechos herenciales. En otras palabras: varias personas pretenden con exclusión de las otras el título de heredero para recoger una misma herencia.

Sucesivamente expondremos: 1º Las actuaciones del heredero que obedecen a la idea de la sucesión hereditaria, valer decir, que pertenecían al causante; 2º La acción de petición de herencia que no se transmite, sino que nace en el heredero y trata de sancionar su misma vocación hereditaria.

LA PRIMERA CLASE DE ACCIONES

Nº 1º—Acciones personales

146.—I.—Créditos a favor de la herencia.—Los herederos son titulares de las mismas acciones que correspondían al causante. En consecuencia pueden cobrar en su nombre personal o en el de la sucesión o herencia todo lo que los terceros debían al causante en vida.

I.—Si la herencia ha sido aceptada simplemente sin que aún se hayan adjudicado en forma definitiva los bienes herenciales, el heredero debe cobrar los créditos en nombre de la sucesión y para la sucesión. Acabamos de ver de cómo uno de los principales efectos de la aceptación de la herencia es la facultad de representarla frente a terceros. No puede el heredero cobrar en su nombre personal el crédito que se debía al causante por cuanto por la aceptación sólo es titular de la universalidad jurídica de la herencia, de todos sus elementos patrimoniales en forma abstracta, y no de estos o aquellos bienes considerados singularmente. Además, por simples motivos de orden práctico: si hay varios herederos la deuda del tercero se divide entre los herederos en proporción a la cuota que le corresponda en el haber herencial; y el deudor no está obligado a conocer el número de herederos ni la forma de división del crédito entre ellos. Por otra parte, no está obligado a pagar a los herederos sino hasta la adjudicación de los bienes del causante. En resumen: el heredero antes de la adjudicación de los

bienes hereditarios no tiene personería para cobrar en su nombre personal los créditos del causante.

2.—Si la herencia fue adjudicada a los herederos, entonces éstos adquieren plena personería para cobrar los créditos del causante en su nombre personal.

Si el crédito fue adjudicado en su integridad a un heredero para completarle su cuota hereditaria en la participación de los bienes herenciales, éste puede cobrarlo en su totalidad; si sólo se le adjudicó una parte sólo tiene personería para cobrar esa parte.

Si el crédito no fue adjudicado a los herederos por no tener conocimiento de su existencia en el momento de verificar el inventario solemne de la herencia, ni antes de la partición y adjudicación, entonces cada heredero tiene personería para cobrar una parte del crédito que corresponda a la cuota recibida; el heredero del tercio tiene personería para cobrar la tercera parte de los nuevos créditos que resulten a favor de la herencia; si la herencia se adjudicó en su totalidad a un heredero éste tiene personería para cobrarlos en forma integral.

3.—El principio de que todos los créditos del causante se dividen entre los herederos en proporción a la cuota que reciban de la herencia no comporta excepciones. Se aplica preferencialmente a los créditos que aparezcan después de la adjudicación de los bienes de la sucesión.

Sin embargo, existen acciones indivisibles como la hipotecaria y la prendaria. Cada heredero es titular de la acción hipotecaria; pero únicamente por la parte del crédito que le fue adjudicado o que le corresponda en proporción a la cuota recibida. Pero la acción hipotecaria no se divide; motivo por el cual cada heredero es titular de esa acción y la puede ejercer sobre la totalidad del inmueble hipotecado. Supongamos que el inmueble es subastado en virtud de la acción de venta impetrada por un heredero, cuando había varios. El producido, previa citación de los acreedores hipotecarios, se distribuye en proporción a los diversos créditos. Se cancela cada crédito si el valor del inmueble es suficiente; si no lo fuere, se aplica la regla del prorrateo: al heredero del tercio se paga con la tercera parte del valor y así sucesivamente.

147.—II.—Créditos en contra de la sucesión.—Los acreedores del causante pueden ejercer sus acciones contra la herencia representada por los herederos que hayan aceptado. Tiene facultad para compeler a los herederos a que manifiesten si aceptan o repudian (art. 1289).

Si la herencia desapareció por la partición y adjudicación de sus bienes a los herederos, entonces tendrán que discriminar en

qué proporción se hizo la adjudicación; y ejecutarán a cada deudor por la parte proporcional que haya recibido; así, al heredero de la cuarta parte podrán ejecutarlo por la cuarta parte del crédito; todo conforme a la regla de que las deudas se dividen entre los herederos en proporción a sus cuotas hereditarias.

En cuanto a los acreedores hipotecarios o prendarios, ellos pueden ejercer la respectiva acción real sobre el bien afectado, demandando a la sucesión como actual poseedora, si no se ha verificado la adjudicación; si ésta se verificó, deben demandar al adjudicatario o adjudicatarios.

148.—Regla especial en cuanto a los créditos que constan en un título que presta mérito ejecutivo.—Según el 1434 del código “Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos.”

Nº 2º—Acciones reales

149.—A.—Acciones posesorias.—Los herederos pueden ejercer las mismas acciones posesorias que podría ejercer el causante si viviese; a su vez, están sometidos a las mismas que podrían ejercerse contra el difunto si viviese.

Los herederos deben ejercerlas cuando un extraño pretende usurpar un inmueble o causar algún embarazo al ejercicio de su posesión; deben ejercerlas en nombre de la sucesión.

Sobre el particular es explícita la ley. “El heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría, y a que estaría sujeto su autor si viviese” (art. 975 del c. c.).

Como apenas es natural el legatario de un inmueble tiene las mismas acciones que su causante y está sujeto a las mismas que estaría sometido éste.

150.—B.—Acciones reales.—Las cosas singulares de la herencia, es decir, los bienes hereditarios en sí mismos considerados pueden ser reivindicados por los herederos.

1.—Si la herencia no ha sido adjudicada los herederos deberán reivindicarse para la herencia o sucesión. El demandado deberá serlo el actual poseedor; éste, conforme a las reglas generales, podrá alegar la usucapión o prescripción adquisitiva del dominio o derecho real que se reivindicare (art. 1325 del c. c.).

El heredero antes de la adjudicación no puede ejercer la acción de reivindicación de una cosa singular sino en nombre de la sucesión o herencia y para esta misma herencia o suce-

sión; no puede ejercer la acción en su nombre personal (cas. civ. agos. 27 de 1897, XIII, 60; cas. civ. set. 16 de 1943, LVI, 129).

Los motivos son los acabados de exponer respecto al cobro de créditos antes de la adjudicación. Porque el heredero no es dueño de los bienes considerados singularmente, sino de la universalidad jurídica denominada herencia; y porque si hay varios herederos, al demandante no corresponde todo el bien, sino una parte proindiviso de él. La Corte ha dicho: el heredero no tiene derecho de reivindicar para sí individualmente un bien perteneciente a una sucesión no liquidada. Una sucesión ilíquida da al heredero el dominio sobre una masa indivisa, sobre bienes adquiridos *per universitatem*; mas no la propiedad singular sobre cosas determinadas, la cual se obtiene mediante adjudicación, título declarativo de esa propiedad, que es esencial para el ejercicio de la reivindicación (cas. civ. nov. 6 de 1923, XXX, 246).

Si los bienes hereditarios hubieren sido ocupados de mala fe y el poseedor hubiere hecho enajenaciones a terceros, el heredero podrá exigir el valor correspondiente de los objetos enajenados, si le fuere difícil o imposible ejercer la acción contra los actuales poseedores y, además, para que le resarza todos los perjuicios sufridos (art. 1325 del c. c., inc 2º).

En el mismo evento, pero si el ocupante fuere de buena fe, la acción del heredero sólo podrá dirigirse por el valor efectivamente recibido, es decir, por aquello en que se hubiese hecho efectivamente más rico; no será condenado a otra indemnización diferente (art. 1325, inc. 2º, parte final).

2.—Pero si la herencia hubiere desaparecido por adjudicación y apareciere un nuevo bien que pertenecía al causante en poder de un tercero, entonces, los herederos podrán reivindicarlo en su nombre personal, mas sólo aquella parte que les hubiere cabido en la partición. Así, el heredero del tercio podrá reivindicar un derecho proindiviso que equivalga a la tercera parte.

3.—En cuanto a la prueba de la propiedad para ejercer la acción reivindicatoria por los herederos sólo se requiere acreditar los títulos de propiedad a favor del difunto (cas. civ. feb. 26 de 1913, XXII, 284).

4.—Finalmente: a) La acción reivindicatoria del 1325 está al alcance del legatario si el objeto legado se encuentra en poder de terceros; b) La acción del 1325 sólo es viable cuando los objetos hereditarios se encuentran en poder de terceros, es decir, de extraños a la sucesión. Si el objeto se encuentra en poder de uno de los coherederos la acción que debe ejer-

cerse es la de partición de la herencia (cas. civ. set. 30 de 1893, IX, 59),

151.—Relaciones entre el heredero que reivindica y el demandado poseedor.—Suponemos el heredero ha triunfado. El juez decreta de plano la entrega de los objetos causa de la controversia al vencedor. Mas esta entrega puede dar origen a ciertas relaciones entre vencedor y vencido: 1) En cuanto a los frutos; 2) En cuanto a los daños o deterioros que la cosa haya sufrido en poder del poseedor; 3) En cuanto a los aumentos de la cosa o las mejoras puestas en ella.

Sobre el particular se aplican las reglas generales:

I.—Se distingue entre poseedores de buena y de mala fe. El poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de los deterioros, sino en cuando se hubiere aprovechado de ellos; por ejemplo destruyendo un bosque o arbolado y vendiendo la madera o leña, empleándola en beneficio suyo (art. 963, inc. 2º).

El poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa (963, inc. 1º). No responde a pesar de su mala fe de los deterioros debidos a fuerza mayor.

II.—El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la demanda; en cuando a los percibidos después de la constación deberá restituírselos o pagar su valor (art. 964, inc. 3º).

El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, teniendo la cosa en su poder (art. 964).

III.—Finalmente en cuanto a las mejoras: el reivindicante debe abonar en todos los casos las que tenga el carácter de "necesarias"; en cuanto a las útiles deben abonarse al poseedor de buena fe, pero no al de mala fe, conservando éste la facultad de separar y llevarse los materiales en que consisten esas mejoras; y en cuanto a las "voluptuarias" no se debe indemnización a ningún poseedor. (Más detalles: V. Derecho de las Cosas. Nos. 655 ss.).

152.—Acciones reales contra la herencia.—Se aplican las mismas reglas expuestas para el ejercicio de las acciones personales de los acreedores del difunto. Antes de la adjudicación debe demandarse la herencia o sucesión representada por los herederos; adjudicados los bienes, debe dirigirse la acción contra el adjudicatario del bien. Los efectos son los mismos acabados de indicar.

II

La acción de petición de herencia

153.—Con razón advierten los autores que las acciones que pertenecen al difunto no son suficientes al heredero para hacer frente a todas las situaciones, a todas las necesidades de conservación de los bienes. Supongamos, por ejemplo, que un inmueble de la herencia es poseído por un tercero; si el debate versa sobre la propiedad, la reivindicación es suficiente en los términos acabados de mencionar. Pero puede suceder que ambos adversarios estén conformes en que el crédito cobrado, el inmueble cuestionado pertenecen a la sucesión; que el legítimo titular de él era el causante. No se discute sobre la propiedad, sino sobre el "título de heredero"; cada cual afirma ser el heredero exclusivo. Entonces, como se observa, la discusión no versa sobre estos o aquellos otros bienes de la herencia; versa sobre el título de heredero, sobre quién es llamado a recibir legítimamente la herencia (Josserand, III, p. 609).

La acción de petición de herencia, es, pues, la que tiene por finalidad proteger la herencia, la sucesión o patrimonio del *de cuius*; es la acción que puede resolver convenientemente la controversia acabada de exponer.

El debate judicial en la acción de petición de herencia versa sobre una universalidad jurídica y no sobre determinados bienes hereditarios. La decisión judicial pondrá fin al litigio declarando a una de las partes con mejor derecho a poseer y retener definitivamente la herencia.

"Constituye la sanción de toda vocación hereditaria, de la misma manera que la reivindicación representa la sanción de la propiedad o la acción confesoria la del usufructo" (Josserand, III, p. 610).

Nº 1º.—Naturaleza jurídica de la acción de petición de herencia

154.—Los siguientes son los rasgos fundamentales de la acción en estudio.

I. Es una acción universal.—No va encaminada a proteger éste o aquél otro bien hereditario, sino la universalidad jurídica de la herencia. El demandante se pretende sucesor a título universal o heredero y en tal virtud reclama los bienes herenciales; el demandado igualmente se pretende sucesor a título universal. Es una controversia sobre un título universal: el de heredero.

Es suficiente que el demandado no se pretenda sucesor a

título universal, sino sucesor a título singular del causante, como comprador, donatario, etc., para que la instancia se reduzca a las modestas proporciones de un juicio reivindicatorio.

II. Es una acción real.—El título de heredero es absoluto; es una facultad que se ejerce contra todo el mundo. En las sucesiones intestadas el título de heredero se vincula al estado civil de la familia; al hecho concreto de si es hijo o no de tal persona, o si se es hermano o padre, etc. Bien: todo estado civil es absoluto y no relativo.

Pero, además, y esto nos servirá para explicar el carácter de heredero en las sucesiones testamentarias cuando el instituido es un extraño a la familia, la universalidad de la herencia en sí misma tiene carácter absoluto. Por tanto, la acción que sanciona el título de heredero debe ser real, es decir, absoluta.

Este carácter real de la acción llevó a muchos a creer que la herencia en sí misma considerada es un derecho real. Pero ya tuvimos ocasión de demostrar de cómo no es un derecho real: es una universalidad jurídica.

El carácter real de la acción de petición de herencia hace el que pueda ejercitarse contra todo el mundo. Por la acción se reivindica el título de heredero, así como por la reivindicatoria se reivindica el título de propietario. "Su objeto es hacer reconocer que el actor es el heredero, de modo que tiende no solamente a obtener las cosas singulares que a la herencia pertenecían (derechos de propiedad *iura in re aliena* o créditos), si que también toda ventaja que por causa o con ocasión del patrimonio hereditario corresponda al heredero, y no siendo posible éste, el total rezarcimiento del daño" (Ruggiero, II, p. 1.020).

Normalmente la acción de petición de herencia se ejerce por quien se pretende heredero contra el actual poseedor de los bienes hereditarios, a condición de que su posesión la haga consistir en el título de heredero. Mas no se requiere siempre que así sucedan las cosas; puede suceder que ninguno de los contrincantes se encuentren en posesión de la herencia; lo cual puede acaecer cuando desde un principio se controvierte entre varios sobre el título de heredero, caso en el cual se nombrará un curador a la herencia.

Nº 2º.—El sujeto de la acción (legitimación activa: prueba de la calidad de heredero)

155.—El sujeto activo de la acción de petición de herencia es el heredero (normalmente cuando no se encuentra en posesión de la herencia).

Tanto el heredero abintestato como el heredero testamenta-

rio. Los legatarios no son titulares de la acción, pues, por definición, sólo pueden reclamar cosas singulares y nunca una universalidad o cuota parte de ella..

Puede ejercerla el heredero único por la totalidad de la herencia; si hubiere varios herederos, cada cual por su respectiva cuota de la universalidad..

Puede ejercerla el heredero que estima que en la partición se le hizo una mala adjudicación, por ejemplo, se le adjudicó la cuarta parte de la herencia, cuando pretende la mitad. Este también es un conflicto sobre la herencia y se tratará de una acción de petición de la herencia.

156.—El demandante debe legitimar su título. Prueba de la calidad de heredero.—En primer término, cosa obvia, debe acreditarse la defunción del causante. En seguida, si se trata de heredero testamentario, debe presentarse a juicio el respectivo testamento; y si se trata de heredero abintestato las respectivas actas del estado civil para acreditar el lazo de parentesco con el difunto.

1.—El carácter de heredero de una persona no se adquiere por la declaración judicial que se haga de ese carácter, sino por el hecho de la defunción del **de cujus**, que lo haya instituido tal (testamento), sin condición, o que por los lazos de la sangre se halle en el caso de ser considerado heredero (cas. civ., ago. 25 de 1931, XXXIX, 253).

2.—Si se pretende en una sucesión intestada reclamar el título de heredero en la condición de hijo legítimo debe acreditarse mediante las respectivas actas civiles los supuestos del estado civil alegado: a) Prueba del matrimonio de los padres; b) Prueba de la defunción de uno de ellos: el causante; c) Prueba de que se es hijo de ese matrimonio.

3.—La prueba del título de heredero se reduce a acreditar un orden hereditario preferencial frente al orden en que se funda el adversario; quien acredite un orden preferente y que por tal motivo excluya al otro, vence.

Supongamos por caso que los padres legítimos aceptaron y se hicieron adjudicar una herencia alegando ser el único orden hereditario superviviente. Bien: si el causante dejó hijos legítimos, éstos podrán ejercer la acción de petición de herencia; necesariamente vencerán por cuanto el orden de los hijos legítimos es preferencial frente al de los padres.

Mas la controversia puede ser más complicada. En el mismo caso planteado los padres podrán negar al demandante su calidad de hijo legítimo, ya porque afirman que el causante no fue casado, o porque le niegan al que se pretende hijo ese carácter, o porque niegan su identidad.

Se presentará igualmente un conflicto que da origen a la acción en estudio cuando el causante hizo testamento instituyendo herederos, pero los llamados por la ley, por ejemplo, los padres o los hermanos, sin tener noticia del testamento se hicieron adjudicar la herencia. En semejante caso los demandados controvertirán la validez del testamento.

Nº 3º.—El demandado en la acción de petición de herencia (legitimación pasiva)

157.—El demandado en la acción de petición de herencia será, en la casi totalidad de casos, el poseedor de ella o de una cuota en su condición de heredero. Esto cuando la herencia ha sido adjudicada. Mas cuando no lo hubiere sido, entonces, la acción podrá no dirigirse contra el poseedor si aún no ha obtenido esa posesión, pero controvierte el título de heredero y reclama la posesión.

Es bueno advertir que no se requiere necesariamente que el demandado sea poseedor. No lo podrá ser cuando a raíz de la apertura de la sucesión varios pretenden la herencia en su condición de herederos excluyentes.

Desde luego que el caso normal es aquél en que el demandado es el poseedor actual. En este sentido no importa la clase de bienes hereditarios que posea o reclame; tampoco importa si los posee todos o sólo una parte de ellos.

Basta y es suficiente que exista una persona que niegue al demandante su condición de heredero, para que sea viable la acción.

Nº 4º.—Efectos de la acción de petición de herencia

158.—Suponemos el demandante triunfa en su acción por haber acreditado un mejor derecho a heredar que el adversario que le disputa el título de heredero. Debemos, conforme a la pauta que nos hemos trazado, distinguir si el vencido era poseedor actual o no lo era.

Colocándonos en el primer evento, la sentencia judicial debe ordenar la entrega al vencedor de todos los efectos hereditarios. En esta devolución pueden surgir importantes relaciones entre el vencido y el vencedor, a semejanza de las relaciones que surgen entre vencedor y vencido en la acción de reivindicación: 1º) En cuanto a los dajos o deterioros que hayan sufrido los bienes en poder del poseedor vencido; 2º) En cuanto a los frutos y provechos producidos por los efectos hereditarios en el tiempo que permanecieron en poder del here-

dero aparente; 3º) En cuanto a los aumentos y mejoras introducidos por el poseedor o heredero aparente.

Finalmente conviene contemplar estos efectos en sus relaciones con terceros.

159.—I.—Devolución de los bienes con indemnizaciones al heredero vencedor.—El demandado en la acción de petición de herencia que obtuviere sentencia desfavorable es obligado a devolver todas y cada una de las cosas de la herencia “cum omnis causa”. Es el fin principal de la acción en estudio. El 1321 dice expresamente: “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 incorpóreas; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubiere vuelto legítimamente a sus dueños.” El 1323 prescribe que en lo relativo a la restitución de los frutos y al abono de mejoras en la petición de herencia se aplicarán las mismas reglas que en la acción reivindicatoria.

I.—En consecuencia el demandado deberá devolver todos los elementos patrimoniales que recibió directamente en la adjudicación judicial si la hubo, o los elementos patrimoniales que tomó en consideración a que pertenecían al causante. Todos los créditos cobrados en su calidad de heredero; todas las ventajas que obtuvo en esa misma calidad y que de otro modo no hubiera obtenido. En cuanto a la confusión de derechos y acciones entre el causante y el heredero aparente, cesará de existir y supervivirán nuevamente en la cabeza del heredero vencedor y el demandado.

II.—En cuanto al problema de los frutos se hace necesario distinguir si el demandado era poseedor de buena fe de la herencia o era poseedor de mala fe.

La buena fe consiste en la conciencia de adquirirse los bienes hereditarios por no existir otro heredero con mejor título a la herencia. Si el vencedor es un hijo y la herencia era ocupada por los padres del causante, éstos serán poseedores de buena fe si no tuvieron conocimiento del matrimonio del difunto, ni menos de la existencia de hijos en ese matrimonio. Mas si el matrimonio como la existencia del hijo eran cosas notorias en el vecindario del domicilio de los herederos aparentes, y la ocupación o adjudicación de la herencia se hizo aprovechando la circunstancia de la ausencia del hijo o su menor edad o cualquier otra eventualidad, los demandados serán calificados de herederos de mala fe.

1.—El heredero aparente de buena fe, no es obligado a la

restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después de la contestación deberá restituirlos o pagar su valor (ar. 964, inc. 3º).

2.—El heredero aparente de mala fe es obligado a restituir los frutos de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieren tenido al tiempo de la percepción; se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder (art. 964, incs. 1º y 2º).

III.—En cuanto a los deterioros establece el 1324: "El que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico; pero habiéndolas ocupado de mala fe, lo será de todo el importe de las enajenaciones o deterioros."

IV.—Finalmente, según el 1322, se extiende la acción de petición de herencia no sólo a las cosas que al tiempo de la muerte pertenecían al difunto, sino a los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia.

Como lo relativo a mejoras, es decir, a los aumentos provenientes del trabajo e industria del heredero aparente son regulados separadamente, se deduce que los aumentos a que se refiere el 1322 se refiere únicamente a los que provienen de la naturaleza o de la obra del tiempo, por ejemplo, a la valorización de las cosas, a los aumentos por accesión, etc.

160.—II.—Indemnizaciones a favor del heredero aparente.
El principio de que el heredero vencido debe devolver las cosas hereditarias "*cum omnis causa*", sufre dos limitaciones: la acabada de indicar pedida por el principio de la buena fe a favor de los herederos de buena fe; y otra: la del principio que prohíbe enriquecerse injustamente a expensas de otro.

El heredero aparente introdujo mejoras en los bienes hereditarios debidas a su industria y trabajo; invirtió parte de su capital personal en valorizar los bienes de la sucesión. Dentro de ciertos límites el heredero vencedor debe indemnizar estos valores al heredero vencido. Por mandato de la ley se aplican las mismas reglas estudiadas con ocasión de la acción reivindicatoria (art. 1323).

Las mejoras son de tres clases: necesarias, útiles y voluptuarias.

I.—El heredero vencido, tanto el de buena como el de mala fe, tienen derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de los bienes hereditarios. Estas

expensas son las invertidas para impedir la destrucción o pérdida de una cosa.

1.—Si las expensas se invirtieron en obras permanentes, como una cerca, para impedir las depredaciones, o un dique, para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio deteriorado por un terremoto, se abonarán al poseedor de dichas mejoras, en cuanto hubiesen sido realmente necesarias, pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución.

2.—Si las expensas se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan resultado material permanente, como la defensa de una finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovechen al heredero vencedor y se hubieren ejecutado con mediana inteligencia y economía (art. 965 del c. c.).

II.—En cuanto a las mejoras útiles o sea las que aumentan el valor venal de los efectos hereditarios, se aplican estas reglas:

1.—El poseedor de buena fe tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda.

El heredero vencedor elegirá entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo. En cuanto a las obras hechas después de contestada la demanda, el poseedor de buena fe tendrá solamente derecho a llevarse los materiales de esas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separarlos (art. 966 del Código Civil).

2.—El poseedor de mala fe no tendrá derecho a que le abonen las mejoras útiles; pero podrá separar y llevarse los materiales de esas mejoras, a condición de que no sufra detrimento la cosa con su separación, y que el heredero vencedor rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de su separación (art. 966 del c. c.).

III.—El heredero vencedor no será obligado a pagar las mejoras voluptuarias ni al poseedor de buena fe ni al de mala fe; éstos podrán separar los materiales y llevárselos a condición de que la cosa no sufra detrimento (art. 967).

161.—Derecho de retención de las cosas hereditarias a favor del heredero aparente en razón de mejoras.—A semejanza de lo que sucede con el poseedor vencido, el heredero aparente tendrá derecho a retener los efectos hereditarios que debe devolver hasta que se le cancelen todos los saldos a que tenga derecho en razón de mejoras, o hasta que se le asegure a su

satisfacción. Dicho derecho de retención se otorga tanto al heredero vencido de buena fe como al de mala fe.

162.—III.—Efectos de la acción de petición de herencia en sus relaciones con terceros.—Siendo una acción real, el heredero vencedor esgrime la sentencia obtenida —su título de heredero— contra todo el mundo. Perseguirá los bienes hereditarios de manos del heredero aparente si en su poder se encontraren; mas si hubieren pasado a terceros podrá hacérselos entregar. Estos terceros si poseen legítimamente, lo será en virtud de enajenaciones del heredero aparente; habiéndose resuelto o extinguido el título originario, se extinguirá el título de traslación o de posesión de los terceros.

Mas el carácter real de la acción de petición de herencia se mellará en ocasiones frente a la buena fe de los terceros poseedores, especialmente de la buena fe exenta de culpa; de aquella buena fe que tiene en su origen un error invencible, común a muchos. Esa buena fe exenta de culpa tiene la virtualidad de convertir la simple apariencia en realidad; de transformar los simples poderes de hecho en poderes jurídicos (*Error communis facit jus*).

Veremos los efectos de la buena fe exenta de culpa en sus relaciones con terceros en dos momentos importantes: 1º Enajenaciones de inmuebles realizadas después de obtenerse el decreto de posesión efectiva; 2º Enajenaciones y actos de heredero en general después de la adjudicación definitiva; 3º Enajenaciones del heredero aparente sin el decreto de posesión efectiva o sin el de adjudicación.

163.—A.—Enajenaciones de inmuebles con fundamento en el decreto de posesión efectiva.—Dijimos que el decreto de posesión efectiva sólo se aplica respecto a los inmuebles de una herencia; y que consiste en el decreto judicial en virtud del cual se ordena al registrador de instrumentos públicos y privados inscribir a los herederos como nuevos titulares de la propiedad en los respectivos libros de registro (*V-Derecho de las Cosas*, Nos. 474 y 475).

Bien: si el heredero aparente obtuvo a su favor el decreto y fue inscrito debidamente en el registro público, el mencionado título de propiedad goza de la presunción de publicidad frente a terceros, pues, la finalidad esencial de esa inscripción consiste precisamente en anunciar al público a los presuntos nuevos dueños de los inmuebles.

Los terceros que se atengan al registro obran con una fe exenta de culpa; es ni más ni menos que un organismo oficial el que pretende en este sentido precaverlos acerca de sus ne-

gociaciones indicándoles el titular legítimo de la propiedad en un inmueble.

Por lo demás, todos los miembros de un grupo social incurrirían en el mismo estado psicológico de considerar al inscrito en los libros de registro como verdadero dueño. Por otra parte, una de las finalidades del mencionaddo decreto de posesión efectiva en inmuebles es precisamente la de dar facultades de disposición a los herederos sobre los inmuebles objeto de la posesión efectiva (art. 757 del c. c.).

Por estas razones que se desprenden del principio de la buena fe exenta de culpa, la ley valida en forma definitiva las enajenaciones hechas por el heredero aparente a favor de terceros. Por tal circunstancia el heredero vencedor no podrá reivindicar inmuebles que se encuentren en poder de terceros a condición de que éstos hayan adquirido con base en el mencionado decreto, es decir, ateniéndose al registro. La hipoteca constituida a favor de un tercero sobre un inmueble de la herencia por el heredero aparente subsistirá a pesar del triunfo de la acción de petición de herencia; las ventas, donaciones, permutas, aportes a una sociedad, etc., no se invalidarán por el triunfo de la acción de petición de herencia.

Tal regla enuncia con suficiente precisión el N° 4º del 766 del código: "No es justo título: 4º El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero." "Sin embargo, el heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto."

164.—Aplicación de la regla anterior a las enajenaciones de los legatarios aparentes.—Ninguna razón habría para aplicar la regla anterior a las enajenaciones provenientes de herederos, excluyendo las provenientes de legados de inmuebles. El legatario aparente que con base en el decreto de la posesión efectiva del inmueble, lo enajena a un tercero, éste ha obrado con una buena fe exenta de culpa; luego debe protegerse en la misma forma que a los adquirentes de inmuebles de herederos.

Por tal razón establece el 766 del código que es igualmente justo título de enajenación el del legatario aparente o putativo obtenido con fundamento en un "acto testamentario, que haya sido judicialmente reconocido". Será un título aparente o putativo cuando dicho legado fue revocado posteriormente por el testador; o cuando el testamento es anulado.

165.—B.—Enajenaciones de efectos hereditarios una vez realizada la adjudicación judicial.—Con mayor razón actúa en

semejante caso el imperio del principio de la buena fe exenta de culpa; sólo que su influencia es de carácter general.

I.—Todas las enajenaciones de inmuebles o gravámenes en los mismos realizados por quien resulta heredero aparente, no se invalidarán por el advenimiento de otro heredero con mejor título a la herencia.

II.—Todas las cancelaciones de deudas de la herencia, como todos los cobros de créditos de la misma efectuados por el heredero aparente no pierden su validez por el triunfo de la acción de petición de herencia de otro con mejor derecho a su posesión.

III.—Todos los demás actos del heredero, desde actos de simple administración hasta los de disposición conservan su validez cuando por ellos se hace necesario proteger la buena fe exenta de culpa de un tercero.

166.—C.—Enajenaciones del heredero aparente sin el decreto de posesión efectiva o sin la sentencia de adjudicación.—En principio estas enajenaciones no están protegidas por el principio de la buena fe exenta de culpa. Por tal motivo el heredero vencedor podrá perseguir los objetos hereditarios que se encuentren en poder de terceros.

Sin embargo, en todos los casos en que se presente el caso de una enajenación en donde el adquirente ha obrado con una buena fe exenta de culpa, será necesario y urgente proteger esa buena fe, para dar satisfacción a los altos intereses del comercio y de la utilidad social tan necesitados de la legítima confianza y la seguridad de las transacciones.

Se trata, por ejemplo, de un subadquirente, quien adquirió en virtud del título correcto de su antecesor; si no tuvo medios de informarse de que su título fuente provenía de un heredero aparente y, en general, todas las gentes reconocían al tradente como legítimo titular del derecho que se le transmitió, indudablemente nos encontramos ante la necesidad de dar aplicación al principio de la buena fe exenta de culpa.

En semejantes casos, como en los anteriores, el heredero vencedor tendrá que resignarse a exigir el valor recibido por el heredero aparente; con indemnización de perjuicios si se trata de un heredero de mala fe; sin esa indemnización si es heredero de buena fe (art. 1324 del c. c.).

Nº 5º.—Prescripción de la acción de petición de herencia

167.—Prescripción extraordinaria y prescripción ordinaria. Haya o no haya inmuebles en la herencia, ésta prescribe en los mismos términos que la propiedad en inmuebles.

En primer lugar por la prescripción extraordinaria de veinte años; y en segundo lugar por la prescripción ordinaria de diez años.

Los herederos aparentes de mala fe ganan por la prescripción extraordinaria de veinte años; lo que indica que simultáneamente prescribe para el legítimo heredero la acción de petición de herencia. Los herederos aparentes de buena fe (putativos) ganan por la prescripción ordinaria de diez años (art. 1326 del c. c.).

Existen autores que afirman que el título de heredero en sí mismo considerado es imprescriptible; que por tanto la mencionada acción no prescribe nunca. Que lo que puede suceder es que otros ganen los bienes de la herencia considerados singularmente por usucapión o prescripción adquisitiva.

Ello equivale a admitir que puede existir el título de heredero sin contenido alguno; porque tal acaecería a un título cuando ya no existen bienes sobre los cuales pueda ejercerse. El Derecho moderno rechaza todo derecho, facultad simplemente abstractos o ideales. Por tanto el título de heredero no es sino la vocación hereditaria; el derecho a reclamar con preferencia a otros una universalidad jurídica o herencia; y esta herencia, no obstante su carácter de noción, tiene un contenido bien concreto: bienes herenciales. Sin bienes herenciales no hay herencia; sin herencia no hay título de heredero.

TITULO SEXTO

DE LA LEY QUE RIGE LA SUCESION

168.—El libro tercero del código civil regula las sucesiones de colombianos que fallecen en el territorio de la República y dejan sus bienes en la misma. Mas se presentan problemas interesantes de si es la ley colombiana la que se aplica: 1º Respecto a extranjeros que se domicilian y fallecen en Colombia dejando bienes tanto en el territorio nacional como en el país de origen; 2º Respecto de colombianos que se domicilian en el exterior dejando bienes en el territorio nacional; 3º Respecto de extranjeros nacionalizados en Colombia que dejan hijos nacidos en el país y que son nacionales y a la vez hijos no colombianos, cuando los bienes se encuentran en el territorio nacional y en el país de origen.

Estos son apenas los casos principales que pueden presentarse, no siendo los únicos. Se pregunta: ¿qué ley debe regir la sucesión del causante, la colombiana o la ley extranjera?

Este es un problema de derecho internacional privado y en principio ajeno a nuestra materia; de difícil resolución, pero que tradicionalmente se trata al exponerse las reglas del derecho hereditario. Nuestro código ha pretendido regularlo con mala fortuna; por esa circunstancia nos limitaremos a exponer sucintamente las diferentes soluciones corrientemente predichas por la doctrina con el fin de plantearlo, sin agotarlo en todos sus aspectos.

169.—Dos soluciones extremas sobre la materia.—Se han predicado estas dos soluciones opuestas para resolver los conflictos de leyes de diversos Estados que pretenden regular una misma sucesión: principio de la territorialidad de la ley y principio de la personalidad de la misma.

170.—El principio de la territorialidad de la ley.—Según este principio cada legislación se aplica invariablemente dentro de los límites de su territorio; sólo dentro de esos límites pero en forma absoluta. En ningún caso la ley nacional de un Estado puede aplicarse fuera de dichos límites, pero tampoco

la ley extranjera puede aplicarse dentro de los límites del territorio nacional.

En esta forma no se tiene en cuenta la ley nacional del causante ni la de su último domicilio: sólo se tiene en cuenta la ley de la situación de los bienes (*lex rei sitae*). Habrá tantos juicios de sucesión como sean necesarios según los diversos Estados donde se encuentren los bienes hereditarios. Si un colombiano fallece en Venezuela dejando bienes en los dos países se abrirán dos juicios de sucesión: uno para los bienes que dejó en Colombia y otro para los bienes dejados en Venezuela.

"Adoptando una expresión gráfica, podría decirse que todos los países vendrían a estar representados por círculos que no se tocan; dentro de cada círculo están las cosas y las personas, y la ley que debe regir esas cosas y esas personas es la que corresponde al respectivo círculo. La ley no va más allá de las fronteras del Estado, muere cuando toca su circunferencia" (Prayones, ob. cit., p. 25).

Este principio de la territorialidad tiene inconvenientes; choca contra aquel otro principio de la unidad del patrimonio hereditario, el cual es adoptado en forma más o menos unánime por los diversos Estados. Su aplicación daría por resultado que a la muerte de una persona se fraccionaría de plano y una parte de ese patrimonio se regularía por la ley de un Estado y otra fracción por la de otro Estado.

Además, se predica que existen leyes que hacen relación a la nacionalidad y siguen al nacional dondequiera que se encuentre, como las cuestiones relativas a la mayor o menor edad, la capacidad, el estado civil, etc. Aplicado en forma absoluta el principio de la territorialidad tendríamos que la mujer casada y mayor de edad colombiana pasaría a ser incapaz por el hecho de pasar a un Estado donde exista tal incapacidad.

Por tal motivo se introdujo una primera limitación al principio de la territorialidad (o de los estatutos, nombre con que también se le conoce) y es la relativa a la capacidad de las personas. Esta constituye un estatuto personal. En consecuencia: la territorialidad absoluta (estatutos reales) se aplican exclusivamente a los bienes; la ley nacional se aplicaba a la capacidad. Esta es desde luego una importante excepción al principio de la territorialidad absoluta; se permite respecto a los estatutos personales la aplicación de una ley extranjera dentro de los límites del territorio nacional.

Se preguntaron los autores en virtud de qué fundamento o principio podría permitirse la aplicación de una ley extranjera dentro del país; algunos respondieron que en virtud de la "cortesía internacional" (*comitas gentium*). Pero con razón se ha dicho que un orden jurídico no puede fundarse en la simple

cortesía. Por tal motivo otros autores predicaron "que el principio para la aplicación de la ley extranjera en el país debía ser el de la **reciprocidad**; es decir, que un Estado admitirá la vigencia de leyes extranjeras siempre que los otros Estados admitan por su parte la de aquél" (Prayones, ob. cit., p. 27).

Se ha llegado a la conclusión de que el derecho hereditario no debe gobernarse por el sistema de la territorialidad; que es necesario haya una sola ley que gobierne toda la sucesión. De ahí que se le han introducido otras limitaciones. Se pretendió distinguir entre bienes inmuebles y muebles; sólo los primeros se regirían por el principio que se expone; los segundos por la ley nacional del causante. Este sistema se aplicó en el antiguo derecho francés y es el predominante dentro de la actual jurisprudencia, aunque generalmente es criticado por los autores.

171.—El sistema de la personalidad de la ley.—Este sistema es debido a Savigny y se fundamenta en estas tres reglas: 1) Es preciso que la sucesión se rija por una sola ley y no por varias; 2) Es preciso tolerar la aplicación de leyes extranjeras dentro del propio país; 3) La ley que debe regir la sucesión es la personal del causante.

I.—Debe procurarse que una sola ley rija la sucesión; por cuanto ésta se fundamenta precisamente en la unidad del patrimonio; en una unidad jurídica independientemente de la situación de los bienes. El principio de la territorialidad desvirtúa la unidad jurídica de la herencia.

II.—La aplicación de una ley extranjera en el país no afecta la soberanía nacional; esa aplicación "debe admitirse en virtud de la idea inmutable de la existencia de una comunidad de derecho entre las naciones. De ahí que todo consista en determinar para cada relación jurídica el derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esa relación".

"Se aplicará entonces la ley personal, porque el objeto del derecho no es la cosa, sino la persona. Las cosas son accesorios de las personas. La ley que corresponda a la persona es la que debe regir, con ciertas limitaciones, todo lo que a ella se refiere" (Prayones, ob. cit., p. 28).

III.—En cuanto a la ley personal del causante que debe aplicarse, la doctrina savigniana se subdivide en dos tendencias: según una, debe aplicarse la ley nacional del causante; según otra, debe aplicarse la ley del último domicilio.

La ley nacional del causante tuvo un gran auge; y en el sentido de indicarle sus inconvenientes se formó la teoría del domicilio. Se dijo que debía primar esencialmente la última voluntad del causante; y que debía tenerse por cierto que ésta se

involucraba o manifestaba por el sitio donde hubiese establecido su domicilio. "La ley debe presumir la intención del causante; por el hecho de trasladarse éste a otro territorio, debe admitirse que su voluntad es que todas sus relaciones jurídicas se rijan por las leyes de ese lugar. Y este criterio se aplica especialmente a la sucesión porque el patrimonio no está fijo en un lugar y no se le podría asignar el *locus regit actum*."

172.—La solución del código civil colombiano.—Cuando se redactó estaban en boga las teorías expuestas; por tal motivo, como lo observaremos en seguida, fueron consagradas todas. En primer lugar, el artículo 1012, en su inciso 2º, predica que la sucesión debe gobernarse por la ley personal del domicilio: "La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales."

Los artículos 19, 20 y 1054 indican las principales excepciones; mejor: casos en que la ley personal del domicilio debe ceder ante la ley nacional y ante el principio de la territorialidad absoluta.

173.—La primera excepción: aplicación de la ley nacional del causante.—Según el artículo 19 los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero estarán sometidos a las leyes nacionales: 1º En lo relativo al estado civil de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en la República; 2º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos acabados de indicar.

Según el 1012, inc. 2º, la sucesión del colombiano domiciliado en país extranjero se rige por la ley extranjera y no por la ley nacional; se rige por dicha ley aunque parte de dichos bienes los haya dejado en el país o la casi totalidad de ellos. El 1012 se inspira directamente en la tesis de Savigny que tan ardientemente predicó la unidad del patrimonio y la necesidad de que una sola ley lo regule a la muerte de su titular.

Desde luego no hay problema cuando el colombiano domiciliado en el exterior no dejó bienes en el territorio nacional; dicho caso se resuelve sin texto legal alguno.

Bien: si algunos de dichos bienes se encuentran en Colombia tenemos que la capacidad para disponer de ellos se rige por la ley colombiana; por ejemplo, la capacidad para disponer por testamento. En lo que tenemos dos legislaciones regulando la sucesión en vez de una. En cuanto al Nº 2º del artículo 19 es necesario precisar que entre las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia entre cónyuges y parientes en la sucesión por causa de muerte encuéntrase las asignaciones forzosas: la porción conyugal, las asignaciones ali-

menticias, las legítimas, etc. Estas asignaciones forzosas se rigen por la ley colombiana y por por la ley extranjera. A lo cual es necesario añadir que según el N° 19 lo relativo al estado civil de las personas se gobierna por la ley colombiana. Este artículo 19 del código, más que una excepción al 1012, inciso 2°, constituye un sistema diferente para regular la sucesión por causa de muerte.

174.—La segunda excepción: aplicación del principio de la territorialidad.—Según el artículo 20 del código los bienes situados en Colombia se rigen por la ley nacional. No se distingue si dichos bienes pertenecen a extranjeros domiciliados en el país o a colombianos domiciliados en el exterior. Se aplica invariablemente el principio de la territorialidad (*lex rei sitae*).

“La ley colombiana reglará, inclusive, respecto de sucesiones abiertas fuera de Colombia, toda relación jurídica referida a bienes situados dentro del territorio nacional; ella definirá la naturaleza y extensión de los derechos reales, los modos de adquirir y transmitir, lo relativo a su posesión, tenencia y goce. La misma ley impondrá imperativos tales como la libre enajenación de bienes raíces, la prohibición de que éstos pertenezcan a gobiernos extranjeros; la limitación de los usufructos y fideicomisos sucesivos; la intransmisibilidad de los derechos de uso y habitación; el régimen de servidumbres legales, las solemnidades para la transmisión entre vivos de bienes raíces; la expropiación por causa de utilidad pública, y muchos otros” (Carrizosa, ob. cit., ps. 43-44).

Corroborar esta doctrina una interesante sentencia de la Corte Suprema, del 3 de diciembre de 1941 (LII, 812): “Nuestro código civil acepta lo que los comentadores de derecho internacional privado denominan *estatuto real*, conforme al cual tanto los bienes muebles como los inmuebles del territorio nacional se rigen por la ley local, y sea cual fuere la nacionalidad del propietario de bienes situados en Colombia, las leyes de este país serán las que se apliquen para determinar las diferentes clases de aquéllos; los medios de adquirirlos, su posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y, en general, todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles. Estas disposiciones referentes al régimen de la propiedad raíz se consideran en cada nación como de orden público por hallarse establecidas en favor del interés general del Estado, y de ahí se concluye que los propietarios de bienes situados en Colombia no podrán alegar respecto de estas leyes de su país en contra de la ley local, pues si ésta limita el ejercicio del derecho de propiedad, no lo hace consultando el interés particular del dueño

sino el interés general del Estado, por razones de orden económico, ni le sería lícito al extranjero, cualquiera que fuese la legislación de su patria, invocarla para pedir que sobre sus bienes no pesen los gravámenes que, por motivos de utilidad social, se han establecido o se establezcan sobre la propiedad inmueble. Por tanto, cualquiera sentencia extranjera que afecte el estatuto real se considera que afecta la jurisdicción nacional" (cita tomada de J. Ortega Torres, Código de Procedimiento Civil, ed. Temis, 1948, p. 449).

175.—La tercera excepción: aplicación de la ley nacional. El artículo 1054 se ha indicado con razón como nueva excepción al principio general que enuncia el inc. 2º del 1012. En la sucesión abintestato, prescribe el citado texto legal, de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio, tendrán los miembros de él, a título de herencia, de porción conyugal o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes vigentes en el país les correspondería sobre la sucesión intestada de un colombiano. Los miembros o parientes del extranjero podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en el país todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero. Esto mismo se aplicará, en caso necesario, a la sucesión de un colombiano que deje bienes en un país extranjero.

El texto legal habla de la sucesión de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio; cuando fallece fuera, el artículo 1054 constituye la aplicación de un sistema diferente al predicado en el inc. 2º del 1012, y no una excepción como acostumbra a decirse.

Efectivamente: supongamos que un extranjero que deja parientes forzosos (padres, hijos, esposa) fallece en el exterior, inclusive en su propio país de donde es nacional; allí se abre su sucesión conforme a elementales principios de la legislación extranjera y conforme, además, a la regla del 1012, inc. 2º; lo más natural es que sea la ley extranjera la que diga qué derechos les corresponde a sus parientes, encuéntrense donde se encuentren. Pero el artículo 1054 viene a establecer en resumen: en cuanto a los bienes dejados en Colombia la sucesión se rige por la ley colombiana. Tal es lo que dice en síntesis la malhadada disposición del 1054. Ello equivale a predicar en toda su fuerza el sistema de la territorialidad absoluta de la ley; a confirmar el principio del artículo 20 del código.

176.—Resumen.—Lo expuesto sintéticamente nos demuestra claramente que don Andrés Bello no tuvo conciencia clara de los sistemas existentes para regular los conflictos de leyes de diversos Estados que pretenden regular una misma sucesión. En unos textos legales se inclina por el sistema de la territoriali-

dad (arts. 20 y 1054 del c. c.); en otros se inclina por el sistema de la personalidad de la ley, para decir, que en ocasiones, la sucesión se rige por la ley nacional del causante (art. 19 del c. c.), y en otras, que debe regirse por la ley del último domicilio (art. 1012, inc. 2º).

En la doctrina tampoco existe acuerdo sobre este problema. En todo caso existe una tendencia bastante acentuada en el sentido de que una sola ley debe gobernar una sucesión y no varias, como en el sistema de la territorialidad absoluta.

SEGUNDA DIVISION

DE LA SUCESION INTESTADA

177.—Estudiados los fundamentos generales que dominan el derecho hereditario, debemos contemplar ahora las reglas que dominan la sucesión intestada o legal. Dichas reglas se refieren a las personas llamadas por la ley a recibir la herencia cuando el causante no ha instituído legatarios o herederos mediante testamento y la proporción en que la deben recibir.

178.—**Importancia de la sucesión intestada.**—El estatuto actual de las sucesiones intestadas o legales en sus grandes rasgos se conforma con las costumbres y usos sociales. La reglamentación legal está acorde con el obrar corriente de las gentes. De ahí la poca precaución que toman los ciudadanos de elaborar un testamento instituyendo las personas que reciban sus bienes y la proporción en que deben distribuirse entre ellas. Lo que explica el que la mayor parte de las sucesiones del país se rigen por la ley y sólo en casos excepcionales por el testamento.

Pero la importancia capital de la sucesión intestada o legal radica especialmente en la circunstancia de que la ley ha organizado determinados órdenes hereditarios, obedeciendo a causas o fundamentos de orden público. Por tanto, si al testador se otorga una determinada dosis de libertad para disponer en vida de sus bienes, no obstante en ningún caso puede contrariar aquellos ordenamientos imperativos. Su libertad es más o menos plena en tratándose de otros órdenes de sucesión.

179.—**El fundamento de la sucesión intestada o legal.**—Dos doctrinas se enfrentan sobre este particular: la clásica, según la cual el fundamento que debe seguir el legislador en la distribución de los bienes hereditarios y en el llamamiento de los herederos a recibirlos, es el de la presunta voluntad del causante; la moderna, según la cual el fundamento de las sucesiones legales se integra por la familia y los lazos de la nacionalidad del causante.

Ambas doctrinas han tenido sostenedores de gran autoridad; la primera imperó en forma casi absoluta durante el siglo pasado; la segunda, es la recogida por los autores modernos y por la jurisprudencia de la mayor parte de los países.

180.—Exposición de la doctrina clásica.—El principio de la autonomía de la voluntad aplicado al derecho hereditario.—Según las doctrinas del individualismo jurídico todo en la sociedad está organizado por la voluntad individual. Todo traspaso de bienes por cualquiera causa debe obedecer al querer de los individuos y no de la ley. La intervención del legislador debe evitarse hasta donde sea posible.

De la misma manera que las voluntades individuales son autónomas para celebrar toda clase de actos jurídicos, para disponer libremente de sus bienes por actos entre vivos, asimismo el derecho hereditario debe reconocer como fundamento único esa misma voluntad.

En principio, sólo hay una clase de sucesión por causa de muerte: la del dueño o causante; esta voluntad debe manifestarse mediante testamento. El testador debe gozar de plena y absoluta libertad para escoger sus herederos o legatarios y entre ellos distribuir sus bienes.

En los casos en que el difunto no hubiera hecho testamento la labor de la ley no debe ser otra sino la de interpretar esa voluntad. Por tal motivo la sucesión intestada o legal no otra cosa representa sino un testamento tácito. En esta forma existirían dos clases de testamentos: el expreso, o sea el elaborado personalmente por el causante; el tácito, o sea la búsqueda de la voluntad del causante por la ley.

El concepto expresado tomó cuerpo como un corolario del principio de la autonomía de la voluntad; principio que fue exagerado hasta sus últimas consecuencias. El legislador debía intervenir sólo para precisar los efectos normales de la voluntad del causante, para depurarla y hacer que tuviera todo su efecto y alcance.

Las consecuencias más importantes del principio de la autonomía de la voluntad fueron éstas:

1ª El testador tiene plena autonomía de voluntad para disponer de sus bienes; instituir los herederos que quiera; y si con dicha institución se favorece a extraños a la familia, perjudicando los legítimos intereses de ésta, no importa: todo acto jurídico desde que es la expresión de una voluntad libre y autónoma es justo.

2ª La labor del legislador, cuando el testador no expresa su última voluntad en un testamento, no puede ser otra sino la de presumir esa voluntad: buscarla por todos los medios posibles y una vez encontrada estarse a ella, sin desvirtuarla en su

valor y alcance. "Si toda transmisión hereditaria no puede hacerse sin la voluntad del propietario, la sucesión abintestato, dicen, no puede depender más que de la voluntad tácita del difunto y que la ley presume" (Valverde y Valverde, V, p. 381).

181.—Crítica de la doctrina clásica y exposición de la doctrina moderna.—Esta doctrina clásica del fundamento de la sucesión abintestato legal estuvo precedida de algunas otras doctrinas, como de aquella que consideraba el orden de la sucesión legal como de origen divino. "Al hombre le dan la vida. Dios le hace nacer en una familia. El nos da derechos y nos impone deberes, y uno de estos derechos y deberes es la herencia" (cita de Valverde).

Con razón advierte Ripert que el individualismo jurídico destruyó a Dios del derecho; pero dirigió sus esfuerzos para reemplazarlo por otro, siendo así que llegó a divinizarse la voluntad: la voluntad del legislador al través de las leyes; la voluntad individual al través de todos los actos jurídicos. Doctrinas esencialmente místicas; abandonadas por nuestros tiempos y por los hombres modernos.

Efectivamente: la clásica doctrina de la voluntad presunta del testador o del testamento tácito para explicar la sucesión legal no puede defenderse ante los datos más elementales de la conciencia colectiva; ni está conforme con los postulados esenciales de la legislación nacional.

Tanto la sucesión abintestato como la testamentaria en la legislación positiva obedecen a estos fundamentos ya recordados: la institución de la propiedad como derecho perpetuo; la institución de la familia tanto legítima como natural. La primera explica la necesidad del derecho hereditario; la segunda indica los sujetos de ese derecho. Cuando una persona no tuviere familia, entonces el fundamento de la sucesión intestada se encuentra en los vínculos de la nacionalidad.

Decimos que el verdadero fundamento tanto de la sucesión testada como de la intestada se encuentra en la familia. Porque si bien es verdad que al testador se otorga alguna libertad para indicar los sujetos que hayan de recoger sus bienes a su muerte, dicha libertad en ningún caso debe herir los legítimos intereses de su familia. Puede testar a favor de los miembros de su familia; modificar un poco la distribución de los bienes hecha por la ley; pero no más. Su libertad es plena cuando no tuviere familia, casos más bien escasos.

Es, pues, la comunidad familiar el fundamento de la sucesión intestada. El derecho hereditario "es independiente de la voluntad del *de cujus*, puesto que es prolongación de la comunidad familiar. El heredero lo es, no por la presunta afec-

ción del causante, ni por sus condiciones individuales, sino por la familia" (Valverde y Valverde, V, p. 381).

"La ley, que interviene para regular la sucesión solamente cuando falte total o parcialmente la disposición testamentaria, se inspira, para los llamamientos y atribuciones que hace, en las relaciones que ligan al difunto con los miembros de su familia y el Estado. El vínculo familiar y el nacional son las causas y el título del llamamiento hereditario legal" (Ruggiero, II, p. 1083).

Nuestra legislación se funda directamente en la comunidad familiar para regular directamente todo lo relativo a la sucesión intestada; llama en primer término a los hijos y al cónyuge a recibir la herencia; a falta de hijos llama a los padres, y así sucesivamente hasta el cuarto grado; en defecto de parientes que hayan formado comunidad familiar con el *de cujus*, llama a recibir la herencia al Estado (respectivo Municipio donde tuvo su último domicilio el causante).

La ley presume con bastante latitud que sólo los parientes consanguíneos de cualquier grado por la línea recta (descendientes y ascendientes) y los colaterales hasta el cuarto grado (hermanos, sobrinos, primos hermanos), junto con el cónyuge, forman comunidad familiar con el *de cujus*.

Mas la ley se refiere a la comunidad familiar actual del causante. Por tal motivo llama primero a la comunidad formada por los hijos y el cónyuge; si no hubiere hijos, llama a la comunidad que normalmente, en esos casos, se tiene formada con los padres, y así sucesivamente.

Lo que prueba hasta la saciedad que el fundamento de la sucesión intestada se encuentra en la comunidad familiar.

182.—Plan de exposición—1) Casos en que tiene lugar la sucesión intestada y criterios para la distribución de los bienes; 2) De la representación de los descendientes; 3) Distintos órdenes hereditarios.

TITULO PRIMERO

REGLAS GENERALES DE LA SUCESION INTESTADA

I

Casos en que tiene lugar la sucesión intestada

183.—El artículo 1037 del código indica los tres casos en que tiene lugar la sucesión intestada: 1º Cuando el difunto no dispuso de sus bienes o de una parte de ellos; 2º Cuando dispuso de ellos, pero no lo hizo conforme a derecho; 3º Cuando no han tenido efecto sus disposiciones testamentarias.

183 bis.—El primer caso de sucesión intestada.—Este caso comprende todas las hipótesis en que existan bienes del difunto no atribuidos a una persona determinada por testamento.

I.—Comprende la hipótesis en que el difunto no dejó testamento alguno; caso en el cual todo lo relativo al sujeto o sujetos de la herencia, a la forma de distribución de los bienes, se regula íntegramente por las reglas de la sucesión intestada.

II.—El difunto dispuso de una parte de sus bienes; en este evento esos bienes se distribuyen de acuerdo con el testamento; los otros no mencionados por el causante se distribuyen por las normas de la sucesión intestada.

En el derecho romano, según ya advertimos, no se concebía la distribución de los bienes herenciales por las reglas combinadas de una y otra sucesión. O la sucesión era totalmente testamentaria o totalmente intestada.

Una sucesión parte testada y parte intestada puede verificarse cuando el causante no instituye herederos sino legatarios. Como los legados son cuerpos ciertos, puede suceder que posteriormente el causante haya adquirido otros bienes o que no haya dispuesto de todos los que tenía al momento de testar. Bien: dichos bienes se reparten según las reglas de la sucesión intestada.

Mas si el difunto instituyó sólo herederos, normalmente, aunque no necesariamente, la sucesión se regirá por el testamento; porque, entonces, la herencia no se distribuye por cuer-

pos ciertos, sino en su totalidad o por cuotas partes. Sin embargo podría darse el caso de la aplicación de las reglas de la sucesión intestada o legal como cuando el difunto a pesar de instituir herederos, deja una cuota sin atribuírle a persona alguna; dispone, por ejemplo, de las dos terceras partes de sus bienes y se le olvida decir a quién corresponde la otra tercera parte. Esta última parte se distribuiría por las reglas de la sucesión legal.

No habrá lugar a aplicar las reglas de la sucesión legal cuando instituye un heredero universal quien recogerá todos sus bienes, después de la cancelación de las asignaciones hechas.

184.—Distribución de los bienes en las sucesiones parte intestadas, parte testamentarias.—Establece el 1052 una norma importante y clara relativa a estas sucesiones.

“Cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, se cumplirán las disposiciones testamentarias, y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato según las reglas generales.

“Pero los que suceden a la vez por testamento y abintestato imputarán a la porción que les corresponda abintestato lo que recibieren por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria, si excediere a la otra.

“Prevalecerá sobre todo ello la voluntad expresa del testador en lo que de derecho coresponda.”

1.—El 1052 sólo tiene aplicación en los casos en que el testador sólo haya dispuesto de una parte de sus bienes y haya dejado otra parte sin distribuir.

2.—Si uno de los asignatarios testamentarios fuere también llamado a recibir la herencia abintestato deberá imputar a la porción recibida por testamento la que reciba por la ley.

Si el causante hizo un legado de diez mil pesos a uno de sus hijos legítimos; y la herencia fuere de ochenta mil pesos y hubiere dejado tres hijos legítimos, se imputarán los diez mil pesos a los ochenta mil pesos por distribuir según la ley; a cada hijo corresponden treinta mil pesos; el asignatario de diez mil pesos sólo recibirá otros veinte mil pesos.

Razonando con el mismo ejemplo, si la asignación hecha a uno de los hijos legítimos fue de treinta y cinco mil pesos, motivo por el cual el caudal hereditario para distribuir según las reglas de la sucesión intestada sólo es de cincuenta y cinco mil pesos, al imputar la asignación recibida tendría que devolver cinco mil pesos; bien en este caso autoriza la ley que el asignatario de los treinta y cinco mil pesos retenga definitivamente dicho legado; el resto se reparte entre los otros dos hijos legítimos a razón de veintisiete mil quinientos pesos a cada uno.

3.—Claro está que la reserva definitiva de la asignación testamentaria, cuando al imputarla al caudal hereditario sobrepasare a la que le corresponda al asignatario en la sucesión abintestato, tiene carácter relativo: en ningún caso puede afectar las legítimas rigurosas que correspondan a los otros hijos.

4.—Finalmente, dice el comentado artículo que no tendrá obligación el asignatario testamentario a imputar el legado o herencia a la que le corresponda por la ley cuando pareciere de manifiesto la intención del testador en el sentido de que sea recogida la asignación independientemente de la que le corresponda por la ley. Naturalmente que ello podrá aplicarse cuando la asignación testamentaria no afecte las legítimas rigurosas de los demás legitimarios.

185.—**Segundo caso de la sucesión intestada.**—El difunto ha dispuesto de sus bienes, pero no conforme a derecho. Se contemplan los testamentos irregulares. El testamento es un acto jurídico: por este motivo se puede haber incurrido en algún vicio que afecte su misma existencia o simplemente su validez. Si afecta su existencia se tratará de un testamento inexistente que no produce efecto alguno; la distribución de los bienes rígrese entonces por la ley. Si afecta su validez, se trata de un testamento anulable. Puede anularse un testamento cuando el testador incurrió en algún vicio de voluntad, o cuando se encontraba afectado de una anormalidad psíquica; también cuando instituyó como heredero a un incapaz para recibir la herencia.

La nulidad de los testamentos obra en la misma forma que respecto de los demás actos jurídicos. Anulado un testamento cesa de producir efectos: su supone no haber existido jamás. La distribución de los bienes se rige, entonces, por la ley.

Mas la nulidad puede afectar sólo una parte del testamento, es decir, una o varias asignaciones testamentarias; éstas, entonces, se regirán por la ley; las asignaciones válidas por el testamento, siendo el caso de aplicar las reglas del caso anterior

186.—**Tercer caso de sucesión intestada.**—El testador dispone de sus bienes, pero no tienen efecto sus disposiciones. Se trata de un testamento plenamente válido, pero que no puede producir todos sus efectos o ninguno por algunas de las causas siguientes:

1ª Por la repudiación que de la asignación testamentaria haga el heredero o el legatario. Si la repudiación equivale a rechazo y no existe persona que pretenda recoger esa asignación por representación, según analizaremos después, queda sin efecto; la ley se encarga, entonces, de instituir el sujeto o sujetos y la forma de distribución entre ellos,

Si la repudiación sólo afecta una parte de los bienes, tenemos que nuevamente la distribución se realizará en parte por el testamento y en parte por la ley.

2ª Uno de los herederos o varios, o uno o varios de los legatarios no superviven a la muerte del testador. Condición esencial para suceder por causa de muerte es la de existir al momento de la delación de la herencia o asignación testamentaria; si falla esta condición respecto a un heredero o legatario de los instituidos por testamento, la herencia o legado que les correspondía se rige por la ley.

Puede dar origen este caso a una sucesión parte testada, parte intestada.

II

Bases seguidas por el legislador en la distribución de los bienes

187.—El legislador patrio sigue estas bases generales en la distribución de los bienes herenciales: 1ª La total unidad del patrimonio herencial; 2ª Los sujetos de la herencia tienen la calidad de herederos; en ningún caso la de legatarios; 3ª Los sujetos de la herencia se buscan entre los miembros que formaban comunidad familiar con el causante; en su defecto se llama al Estado; 4ª La distribución se hace por partes iguales entre las personas de un mismo grado y parentesco con el causante; y tiene como causa los “órdenes hereditarios” y la proximidad de grado de parentesco con el causante dentro de cada orden.

188.—La primera base de la sucesión intestada o legal. **Total unidad del patrimonio herencial.**—Según el 1038 del código: “La ley no atiende al origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas.” Además, conforme al 1039: “En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura.”

Hoy nos parece lo más natural el que no se hagan clasificaciones de ninguna naturaleza teniendo en cuenta el origen de los bienes; ni que ciertos bienes se vinculen a un orden hereditario o a una familia.

Sin embargo, esta ha sido una conquista del derecho moderno en franca rebeldía con antiguas instituciones, especialmente las “vinculaciones”.

En Roma, mediante el sistema de peculios se formaban categorías dentro de cada herencia. Pero la principal institución que impedía la unidad total del patrimonio del causante eran las vinculaciones, según las cuales los bienes se sujetaban a un orden determinado e irreformable; por otra parte, esos bienes perdían su condición de enajenables y transmisibles por acto

entre vivos o *mortis causa*. "Los dos caracteres esenciales de toda vinculación, eran la inalienabilidad y el orden de suceder inalterable, previamente fijado por el que establece la vinculación, o por ministerio de la ley." "Tres formas existían de vinculaciones: los mayorazgos, las capellanías y los patronatos; los primeros eran una vinculación civil, los dos últimos eran vinculaciones eclesiásticas" (Valverde, V, p. 601).

I.—El mayorazgo consiste en el llamamiento de una familia al goce perpetuo de bienes determinados, debiendo suceder en ellos por el orden señalado en la fundación, o bien por el de la ley. Generalmente se llama a recibir la vinculación al varón mayor de la familia; a su muerte se transmitía a su respectivo hijo varón mayor y así sucesivamente. De ahí el nombre de "mayorazgo", el cual se informaba en la progenitura y en la masculinidad.

Su origen parece ser exclusivamente español, pues, según anotan los autores, nacieron de las influencias del régimen nobiliario, y a imitación de las concesiones de señoríos inalienables hereditarios hechos por Alfonso X, sin que surgieran los mayorazgos de texto legal alguno, sino de las costumbres sociales y prácticas de aquella época de vincular los bienes por título hereditario.

Esta institución en el mismo país de origen ha sido objeto de ardientes críticas. Así, Valverde, de quien son las notas anteriores, advierte que desde el punto de vista moral y económico no es defendible el mayorazgo, pues origina la desigualdad entre los hijos, al ser uno de ellos el llamado a suceder en la vinculación, quedando los demás poco menos que sumidos en la miseria, siendo esta desigualdad causa de antagonismos muy perturbadores en la vida social.

II.—Tanto la institución de los mayorazgos como las eclesiásticas de los patronatos y capellanías fueron abolidas en España por la ley del 11 de octubre de 1820, subsistiendo las vinculaciones de los títulos nobiliarios.

III.—El 1038 del código civil prohíbe toda vinculación de los bienes hereditarios. Además de que se trata de una disposición de orden público contra la cual es impotente el testador, las antiguas vinculaciones, especialmente la de los mayorazgos, están terminantemente prohibidas por la misma constitución al establecer la libre circulación de los bienes.

189.—La segunda base de la sucesión intestada o legal: los sujetos de la herencia son herederos.—El que los sujetos de la herencia en la sucesión intestada sean herederos tiene grandes ventajas. Sólo hay una distribución de los bienes hereditarios: a cada heredero se atribuye la herencia mediante cuotas o asig-

naciones a título universal. La herencia queda repartida en forma definitiva sin necesidad de nuevos repartos en el caso de que aparecieren nuevos bienes o se hayan repartido bienes que no pertenecían al causante.

1.—Si aparecieren más bienes éstos ya se encuentran distribuidos. Al heredero del tercio corresponde la tercera parte de ese nuevo bien, y así sucesivamente. Si se descubriese un nuevo crédito cada heredero tiene personería para cobrar en su nombre personal una cuota del crédito que equivalga a la cuota que le cupo en la herencia; el heredero del tercio puede cobrar la tercera parte de los nuevos créditos de que se tuviere noticia después de la partición.

2.—Si en la adjudicación se distribuyeron bienes que no pertenecían al haber herencial, por ejemplo, cosas que el difunto tenía a título de depósito, mandato, etc., al deducir esos bienes de la herencia no se altera la adjudicación hecha: cada heredero debe responder por una cuota del bien que equivalga a la cuota hereditaria. En una palabra: las discusiones pueden versar sobre el dominio o posesión de los bienes considerados singularmente, pero no sobre la cuota a título universal atribuida a cada heredero.

Si aparecieren nuevas deudas de la sucesión se puede demandar a cada heredero por una parte proporcional a la cuota recibida.

3.—En ningún caso la ley instituye legatarios, es decir, no se hacen atribuciones de cuerpos ciertos. Claro está que todos los bienes de la herencia en sí mismos considerados son cuerpos ciertos: pero éstos en sí mismo no son objeto de reparto; simplemente sirven para integrar la cuota de cada heredero.

190.—Tercera base de la sucesión intestada: los sujetos de la herencia son las personas que formaban comunidad familiar con el de cujus; en última instancia el Municipio.—El causante puede haber hecho parte de la comunidad familiar de sus padres y hermanos; puede haber formado una, caso en el cual pertenece a la de sus hijos y el cónyuge.

La ley llama en primer lugar a los miembros de la comunidad familiar que formó el causante, es decir, a sus hijos y al cónyuge supérstite. Si no la hubiere formado o en ella no hubiere tenido hijos, son llamados los miembros de la comunidad familiar de donde proviene; los padres, hijos naturales, hermanos y parientes consaguíneos hasta el cuarto grado; si no hubiere miembros ni de una ni de otra familia, es llamado a recibir la herencia el Municipio de la vecindad del causante.

Efectivamente: los primeros llamados a recoger la herencia son los descendientes legítimos y el cónyuge; si no hubiere

hijos, son llamados los ascendientes legítimos y el cónyuge; si no hubiere hijos legítimos ni descendientes son llamados los hijos naturales en concurrencia con el cónyuge; a falta de los anteriores grupos se llama a los hermanos legítimos y al cónyuge; finalmente los consanguíneos en el tercero y cuarto grados de consanguinidad; si el difunto no tuviere parientes de ninguna clase hasta el cuarto grado se llama a recibir la herencia al Municipio de la vecindad del causante.

La familia tiene como fundamento principal los lazos de la sangre. De ahí que sean los parientes consanguíneos más inmediatos los llamados a recibir la herencia. Debe observarse que el cónyuge supérstite concurre con los hijos legítimos, con los ascendientes legítimos y los hijos naturales del causante: a falta de esos parientes, es llamado directamente a recibir la herencia junto con los hermanos legítimos.

En cuanto a los hijos naturales, éstos concurren con los hijos legítimos, los padres legítimos; y sólo a falta de esos parientes son llamados a recibir la herencia.

Los anteriores herederos son contemplados en la familia legítima. En cuanto a la familia natural, es decir, la sucesión del hijo natural, son llamados a recibir la herencia sus hijos, sus padres naturales, hermanos naturales y demás parientes naturales hasta el cuarto grado. Lo que equivale a decir que se aplican las mismas reglas de la familia legítima.

191.—Cuarta base de la sucesión intestada: partes iguales para parientes de un mismo grado; órdenes hereditarios.—Abolidas las preferencias de sexo y primogenitura (art. 1039 del c. c.), como las vinculaciones de determinados bienes a una familia determinada (art. 1038 del c. c.), la ley atribuye partes iguales a los parientes de un mismo grado con el causante. Así, cada hijo legítimo recibe una porción igual a la de sus hermanos legítimos. Cada hijo natural una porción igual a la de sus hermanos naturales. El padre igual porción a la de la madre, y así sucesivamente.

Esta base de distribución de los bienes hereditarios se complementa con la de los órdenes hereditarios. Estos órdenes son verdaderas jerarquías o causas de preferencia. El primer orden hereditario es superior a cualquiera de los otros órdenes; el segundo superior al tercero; éste superior al cuarto, y así sucesivamente.

Bien: en orden de jerarquía los seis órdenes hereditarios organizados en la actual ley positiva son éstos:

Primer orden hereditario: los descendientes legítimos del causante (hijos, nietos, etc.). En este orden concurre el cónyuge supérstite si lo hubiere y recibe una porción igual a la de un

hijo legítimo. Concurren también los hijos naturales. La porción de un hijo natural es equivalente a la mitad de la que corresponde a un hijo legítimo.

Segundo orden hereditario: los ascendientes legítimos del causante (padres, abuelos, etc.). En este orden concurre el cónyuge recibiendo la cuarta parte de los bienes; y concurren igualmente los hijos naturales correspondiéndoles una porción igual a la de cada ascendiente.

Este orden es llamado a recibir la herencia a falta del primero.

Tercer orden hereditario: los hijos naturales. Concurre el cónyuge supérstite para recibir una parte de la herencia. Para organizarse el tercer orden hereditario se requiere que el causante no haya dejado ni descendientes legítimos ni ascendientes de la misma clase.

Cuarto orden hereditario: hermanos legítimos y el cónyuge. Obsérvese que en los anteriores órdenes ha concurrido el cónyuge, pero no formando un orden o jerarquía; su presencia no es excluyente. En el cuarto, en cambio, el cónyuge concurre como orden junto con los hermanos legítimos; la herencia se divide en dos partes: una para los hermanos y la otra para el cónyuge. Si no hubiere cónyuge la herencia es recogida en su totalidad por los hermanos; si éstos faltaren, la herencia es recogida por el cónyuge.

Quinto orden hereditario: faltando los cuatro órdenes hereditarios se organiza el quinto para los sobrinos y primos hermanos del causante (colaterales en tercero y cuarto grados).

Sexto orden hereditario: el Municipio respectivo de la vecindad del causante.

Presume la ley que sólo los cinco órdenes hereditarios enunciados son hábiles para constituir comunidad familiar con el causante. En cuanto al quinto orden hereditario en verdad se trata de una excesiva protección a la familia, por cuanto en raras ocasiones una persona integra comunidad familiar con esta clase de parientes. Tarde o temprano debe eliminarse ese orden hereditario.

Presume la ley, además, qué clase de parientes formaban comunidad familiar con el causante en el momento de su muerte; y son los miembros de dicha comunidad los llamados a recibir los bienes hereditarios. Es una presunción conforme con la realidad social. Porque cuando una persona contrae matrimonio forma hogar separado del que tenía formado con sus padres. Luego está bien llamar en primer término a los descendientes legítimos.

Si dicha persona no contrajo matrimonio o en el contraído

no hubo hijos y, por tanto verdadera comunidad familiar, se llama a los miembros de la comunidad familiar de donde provino el difunto: los padres, hermanos, etc. Siendo de advertir que se da preferencia a los padres, lo cual es equitativo y justo.

Ambas presunciones son de derecho. Pueden en casos excepcionales no corresponder a la realidad de las cosas; pero no se admite prueba en contrario.

En cuanto a la sucesión del hijo natural se organizan los órdenes o jerarquías siguiendo el mismo criterio indicado para la formación de los órdenes en la familia legítima.

192.—Dentro de cada orden hereditario los parientes más próximos al causante excluyen a los parientes más alejados. Así, en el primer orden hereditario, son llamados en primer lugar los descendientes en el primer grado, es decir, los hijos; a falta de hijos, los parientes en el segundo grado, o sea los nietos, y así sucesivamente. Dentro del segundo orden, son llamados en primer término los padres legítimos; en segundo término los abuelos y así respecto a los demás ascendientes, si los hubiere. En el quinto orden, son llamados en primer lugar los del tercer grado, o sea los sobrinos; en segundo lugar, los parientes del cuarto grado o sea los primeros hermanos.

En resumen: los herederos que han de recibir los bienes hereditarios se seleccionan con estos dos conceptos: el de "orden hereditario" y dentro de cada orden con el de "grado" o proximidad con el causante.

TITULO SEGUNDO

DE LA REPRESENTACION

193.—I.—Representación hereditaria y convencional— El denominado derecho de representación en las sucesiones por causa de muerte tiene un sentido diferente a la representación en los actos jurídicos.

En éstos se trata de la expresión de una voluntad en nombre de otra; de la conclusión de un acto jurídico en nombre de otro y por su cuenta y riesgo. En consecuencia debe existir un representante (apoderado o mandatario) y un representante (poderdante o mandante).

En la representación del derecho hereditario —especialmente en las sucesiones intestadas y excepcionalmente en la testamentaria— existe también un representante y un representado. El representante expresa la voluntad que ha debido expresar el representado pero que no expresó o por no existir en el momento de la apertura de la sucesión o por alguna otra de las causas que en seguida se expondrán.

La expresión de voluntad consiste en aceptar una herencia y recibirla en consecuencia.

Mas las diferencias entre la representación corriente de los actos jurídicos y la del derecho hereditario son fundamentales.

1º En la representación de los negocios jurídicos se exige la conclusión de un acto jurídico de apoderamiento; en la que vamos a estudiar no existe ese acto jurídico; su fuente es directamente la ley. Es la facultad que se otorga a ciertas personas de representar a otras.

2º En la representación de los negocios jurídicos el apoderado o representante concluye un acto jurídico en nombre del representado o mandante y por su cuenta y riesgo; en la del derecho hereditario se concluye también un acto jurídico, pero no en nombre de otro ni por su cuenta y riesgo; es en nombre personal y por cuenta y riesgo del representante. Es decir: el acto jurídico no va a producir consecuencias en el patrimonio

del representado sino en el del representante. Es algo así como la usurpación de los derechos que normalmente correspondían a otro.

3º La representación en sucesiones por causa de muerte refleja más bien un caso de subrogación real. Justamente el representante ocupa el lugar que a otro correspondía; a él pasan de plano los derechos que hubieran correspondido al representado. Mas la subrogación real contemplada en materia de derechos reales y de contratos sólo se realiza respecto a determinados bienes considerados singularmente; la que se contempla en derecho hereditario versa sobre toda la herencia o una cuota parte de ella o un legado. Normalmente se puede representar al heredero. En consecuencia se trata de una especie de subrogación a título universal.

Queremos poner de presente que más analogías existen entre la denominada impropriamente representación en derecho hereditario, y la subrogación en los bienes, que entre la representación de los negocios jurídicos y la que es objeto de comentario.

Si pretendemos resumir lo dicho advertiremos que la representación hereditaria es una suerte de subrogación real universal.

4º Finalmente, precisa no confundir la aplicación de las reglas de la representación corriente de los negocios jurídicos en derecho hereditario con la representación hereditaria propiamente tal. Una persona puede apoderar a otra para que en su nombre y por su cuenta y riesgo acepte o rechace una sucesión; para que participe como su apoderado en todos los actos jurídicos necesarios para adjudicar la herencia, como en la confección de inventarios, pago o cobro de deudas y créditos de la sucesión, etc.

194.—II.—Noción y origen de la representación hereditaria. Según el 1041 se puede suceder a una persona abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. "La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si ésta o aquél no quisiese o no pudiese suceder."

I.—Una primera nota de la representación hereditaria es la de que sólo pueden ser representantes los hijos; y representados los padres. En ningún caso un hermano puede representar a otro hermano. Sólo los hijos en determinadas circunstancias pueden ocupar el lugar de sus padres.

II.—Precisamente el origen de la representación hereditaria se encuentra en la necesidad de proteger a determinados hijos.

Dijimos que llamado un orden hereditario a recibir los bienes herenciales, si en él hubiere varios grados preferirán los más próximos al causante. Dentro del orden de los descendientes legítimos son llamados en primer término los parientes del primer grado, es decir, los hijos legítimos; si no hubiere hijos legítimos son llamados los del segundo grado, o sea los nietos.

Por otra parte para recibir una herencia se requiere existir en el momento de la apertura de la sucesión. Bien: si un padre tuvo dos hijos legítimos, cada uno de los cuales a su vez ha tenido hijos (nietos del causante), pero uno de los hijos falleció antes de la muerte del *de cujus*, y aplicásemos rigurosamente los principios expuestos, tendríamos que la herencia sería recibida en su totalidad por el hijo sobreviviente. Los nietos no serán llamados a la herencia, pues existen personas en el primer grado que los excluyen.

Para un caso de estos el derecho desde tiempos inmemoriales se ingenió la institución de la representación en las sucesiones: se supone al hijo muerto como vivo; lo representan sus hijos, vale decir, los nietos del causante. En esta forma el hijo legítimo sobreviviente recibe la mitad de la herencia en su nombre personal; y los nietos reciben en representación de su padre muerto la parte que le hubiera correspondido al vivir, es decir, la otra mitad.

Bien claro se comprende que son motivos de elemental justicia y equidad los que crearon la representación de la herencia.

III.—Dice la ley que la representación es una ficción legal. En verdad no se trata de una ficción; todo se reduce a una autorización legal otorgada por motivos prácticos y de interés social: consistente en que una o varias personas (hijos) se subroguen en los derechos hereditarios que correspondían o hubieran correspondido a otro (padre o madre).

La representación fue una ficción en el derecho romano, quienes la legaron a los modernos sistemas jurídicos con un nombre impropio que la dogmática de veinte siglos no ha sido capaz de corregir. Efectivamente: según el derecho estricto una herencia era recogida por los parientes más próximos que existieran en el momento de la apertura de la sucesión. Bien: cuando un pariente del grado próximo fallece antes que el causante, sus hijos que quedaban un grado más alejado, no participaban en el reparto del caudal hereditario. La ficción consistió en suponer vivo al muerto; vivo en sus respectivos herederos.

Pero la ley positiva y demás sistemas jurídicos han contemplado el fenómeno y le han dado su aprobación al sistema romano; luego ya no es una ficción sino una reglamentación

directa de la ley. Con razón advierte Lafaille: "Nosotros no tenemos necesidad de-utilizar la ficción. La ley llama a ciertas personas para colocarlas en el lugar y grado del padre."

195.—III.—A quiénes se puede representar.—Con gran amplitud nuestro derecho ha otorgado la representación no sólo respecto de los padres muertos, sino también de los vivos, innovando en este particular sobre el derecho napoleónico que sólo la otorga para los primeros.

196-A)—Representación de los padres vivos.—A tres clases de padres vivos se puede representar: a los indignos, a los desheredados y a los que repudian la herencia. El 1044 menciona a los incapaces; mas no habiendo insistido jamás en nuestra legislación la muerte civil, institución que incapacitaba al muerto civil para recibir derechos hereditarios, se deduce claramente que no hay representación de incapaces.

197-a.—Representación de los padres indignos.—Dijimos que la indignidad era una pena impuesta a ciertas personas en virtud de la cual se las privaba de recibir la cuota hereditaria que les cupiere en la herencia del causante.

Bien: si el indigno tuviere hijos, éstos podrán atajar el derecho de acrecer que corresponde a los otros coherederos o que se llame a los herederos del orden siguiente a la herencia; representarán a su padre o madre indignos ocupando su mismo lugar.

La razón que dan los autores de esta clase de representación son justos; no es bien que las pesas que tienen un carácter estrictamente personal, pasen a los hijos; lo que sucedería, si la herencia de un indigno pasase a los coherederos, pues entonces los hijos del indigno tarde o temprano sufrirían las consecuencias de esa situación al ver excluido del patrimonio de su padre la herencia del abuelo.

198-b)—Representación del desheredado.—La desheredación se verifica únicamente en la sucesión testamentaria. Tiene aplicación respecto a los legitimarios forzosos, por cuanto a los que no tengan esa calidad le bastará al testador no instituirlos como herederos.

Los legitimarios pueden ser desheredados por el testador reunidas determinadas condiciones; el desheredamiento produce como efecto principal que el legitimario no recibe su legítima que le corresponde conforme a la ley y aun contra el querer expreso del testador.

Mas si el desheredado tuviere hijos, éstos, lo mismo que en el caso anterior, podrán atajar el derecho de acrecer que correspondería a los otros coherederos o evitar se llame al orden

siguiente a la herencia. Las razones para justificar la representación del hesheredado por sus hijos son del mismo tenor a las acabadas de indicar para la representación del indigno.

199-c).—Representación del que repudia la herencia.—Igualmente: si el que repudia la herencia tuviere hijos, éstos podrán ocupar el lugar y grado del repudiante evitando se llame un orden inferior a recibirla o el derecho de acrecer de los coherederos.

Dicen los autores, y en ello tienen razón, que no debe aceptarse que por un simple capricho de una persona se repudie una herencia perjudicando en lo futuro a sus propios hijos. Un capricho sería cuando la herencia es solvente, por cuanto, entonces, el repudiante renuncia a la posibilidad de hacerse más rico, lo que perjudicará a su propia familia. Cuando la herencia no es solvente o sus efectos son de poca monta, la ley brinda al derecho la aceptación beneficiaria, con lo cual se pondrá a salvo de los acreedores hereditarios en sus bienes propios.

Ahora comprenderemos mejor de cómo mediante una repudiación de una herencia solvente se puede hacer fraude a los acreedores personales del que repudia. Efectivamente: éste conbase en la representación o subrogación de sus derechos repudiados a favor de sus hijos, puede hacer ilusos los créditos contraídos por él mismo. Mas esta combinación fraudulenta puede ser impedida por el otorgamiento de la acción pauliana a los mencionados acreedores, según expusimos. Pero una vez que los acreedores personales del que repudia hayan sido satisfechos en sus créditos, la repudiación subsiste en el resto.

200.—En Conclusión: cabe observar que la representación del indigno, del desheredado y del que repudia por sus hijos, pretende realizar cierta protección de la misma familia. Es uno de los más fuertes argumentos que encontramos para deducir que uno de los mejores fundamentos de los órdenes hereditarios es la familia. Está bien infligir penas en ciertos casos a los individuos, mas a condición de que esas penas no afecten a su familia, especialmente la de sus descendientes.

201.—B.—Representación de los padres muertos.—Es el principal caso de representación; la única conocida en el derecho francés y en los primeros tiempos. No era justo que al morir una persona, sus hijos no tuviesen parte alguna en la sucesión que más tarde fuera abierta a su favor, como sucede cuando de los varios hijos uno muere prematuramente.

Mas el fundamento estricto de esta representación no se encuentra en la ficción de considerar al padre muerto como vivo;

simplemente se trata de una autorización concedida a los descendientes de una persona para que recojan las herencias que se abren más tarde y que hubieran sido herederos sus ascendientes.

202.—IV.—Quiénes pueden ser representados.—Hay lugar a la representación: en la descendencia legítima del difunto; en la descendencia legítima de sus hermanos legítimos; y en la descendencia legítima de sus hijos o hermanos naturales (art. 1043 del c. c.). “Fuera de esas descendencias no hay lugar a la representación.”

I.—Los padres legítimos pueden ser representados indefinidamente por sus descendientes legítimos. El hijo legítimo puede representar a su padre o madre legítimos en la herencia que a éstos cabe por su abuelo en la herencia del bisabuelo.

Si una persona deja una herencia en la que uno de sus hijos ha fallecido dejando un hijo indigno (nieto del causante), puede el hijo del indigno (biznieto del causante) entrar a ocupar el lugar de su padre que se encuentra vacante por la citada causal de indignidad; mas como el puesto inmediatamente superior también se encuentra vacante (muerte del abuelo antes de la apertura de la sucesión), puede seguir avanzando y ocupar su puesto.

II.—La descendencia legítima de los hermanos legítimos. Vale decir, los sobrinos del causante. Se aplica como se comprende dentro del orden de los hermanos legítimos; y en el caso de varios hermanos legítimos en que uno de ellos se haya hecho indigno, haya repudiado o haya muerto antes de la apertura de la sucesión. Es de advertir que la desheredación no tiene aplicación respecto a los hermanos legítimos, por cuanto no son legitimarios forzosos.

III.—La descendencia legítima de los hijos o hermanos naturales. Lo que equivale a decir que si bien los hijos legítimos pueden representar a sus ascendientes legítimos en forma indefinida, en cuanto a los hijos o hermanos naturales, éstos sólo pueden ser representados por su descendencia legítima, no por su descendencia natural.

En resumen: la representación sólo tiene lugar en los órdenes de los hijos legítimos, de los hermanos legítimos y de los hijos naturales. Sólo pueden ser representantes los hijos legítimos; en ningún caso puede ser representante un hijo natural.

IV.—Un hijo natural no puede representar a su padre. En este sentido es criticable nuestro actual sistema de representación hereditaria. Efectivamente: hoy día el hijo natural concurre con los hijos legítimos a recibir la herencia; bien: si uno de los hijos legítimos ha muerto, su herencia será recogida por los

hijos legítimos que haya dejado; pero si sólo dejó hijos naturales éstos no tendrán derecho alguno, y la respectiva cuota hereditaria acrecentará la porción de los otros hijos legítimos. Es más: si el hijo muerto dejó hijos legítimos y naturales, sólo los primeros recogerán por representación la herencia del abuelo, sin derecho alguno para los naturales.

Todo lo cual nos demuestra que la reforma realizada por la Ley 45 de 1936 no fue armónica; se modificaron, es verdad, los diferentes órdenes hereditarios, mas no se tuvo cuidado en modificar el sistema de representación hereditaria del código el cual se organizó en forma exclusiva a favor de la descendencia legítima del causante.

203.—V.—La cuota hereditaria de los herederos que concurren en representación de su padre (hijo o hermano del causante).—La representación no tiene porqué perjudicar a los demás herederos del causante. Por tanto, al representante corresponde en todos los casos la misma cuota hereditaria de los coherederos. Pero si los representantes fueren varios (el hijo muerto dejó varios hijos, es decir, existen varios nietos), la cuota hereditaria que correspondería a su padre se reparte entre ellos por partes iguales. "Los que suceden por representación, expresa el 1042, heredan en todos los casos **por estirpes**, es decir, por cualquiera que sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por iguales partes la porción que hubiere cabido al padre o madre representado.

"Los que no suceden por representación suceden **por cabezas**, esto es, toman entre todos y por iguales partes la porción a que la ley los llama, a menos que la misma ley establezca otra división diferente."

204.—VI.—Condición esencial para que haya representación: que el grado donde se realiza la representación no se encuentre vacante.—Según las nociones dadas al tratar del parentesco éste se mide por grados. Así, los hijos forman el primer grado de consanguinidad por la línea directa; los nietos el segundo grado, etc. Los hermanos el segundo grado de consanguinidad por la línea colateral.

En derecho hereditario todas las personas que guardan un mismo parentesco con el causante forman un "grado"; así, entre todos los hijos se forma el primer grado por la línea directa. Pero cada hijo sólo ocupa un "puesto" del grado.

Por otra parte la ley tomó como base para distribuir los bienes del causante la noción de "orden hereditario", y no la de "grado". Así, el primer orden hereditario se integra por los "descendientes legítimos" y no por los parientes en el primer grado o sea los hijos; el segundo orden hereditario se forma

por los ascendientes legítimos y no por los parientes en primer grado o sea los padres.

Precisado el orden hereditario que haya de recibir los bienes, se procede en seguida a una clasificación para preferir dentro del orden a los grados más próximos; así, dentro del primer orden hereditario se llama en primer término a los hijos, en segundo lugar a los nietos, etc.

Este es un principio o base del derecho hereditario nacional, que importa tener presente en todo momento y no permitir sea desvirtuado por exóticas interpretaciones.

Bien: razonando con el primer orden hereditario, tenemos en conclusión: se llama a los hijos; si todos los hijos del causante hubieren muerto, ello indica muy a las claras, que ese grado se encuentra vacante, caso en el cual se procede a llamar a los parientes del mismo orden del grado siguiente, es decir, a los nietos.

205.—La representación se aplica cuando un grado determinado no se encuentra vacante, pero sí uno o varios de los puestos.—Lo cual se comprueba ampliamente al precisar la ley los diferentes órdenes hereditarios, pues, el art. 1040 del código civil y el 85 de la Ley 153 de 1887 llama a la sucesión a los “descendientes legítimos”, a los “ascendientes legítimos”, etc.

Además, como lo veremos más a espacio al hablar del primer orden hereditario, la representación en sus orígenes tuvo por finalidad única evitar las injusticias que se seguirían de aplicar rigurosamente los principios generales sobre la existencia de todos los hijos al momento de la apertura de la sucesión; los muertos eran representados por sus hijos.

TITULO TERCERO

DE LOS ORDENES HEREDITARIOS

I

La sucesión del hijo legítimo

206.—Debe distinguirse la sucesión del hijo legítimo de la del hijo natural.—Estudiamos en seguida los órdenes hereditarios del primero, para hacer después las observaciones del caso a la sucesión del segundo.

Dijimos que seis eran los órdenes hereditarios: descendientes legítimos, ascendientes legítimos, hijos naturales, hermanos legítimos, sobrinos y primos hermanos, y el Municipio.

PRIMER ORDEN HEREDITARIO

Descendientes legítimos

207.—Tradicionalmente los descendientes legítimos han constituido el primer orden hereditario. Sin embargo, partiendo del código se han introducido modificaciones a ese orden hasta llegar al sistema vigente de la Ley 45 de 1936. Cuatro etapas es necesario distinguir sobre el particular: el sistema del código, el de la Ley 57 de 1887; el de la Ley 153 de 1887 y el de la Ley 45.

208.—I.—Sistema del código.—Según el 1045 del código el primer orden se integraba por los hijos legítimos, quienes excluían a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales; la herencia se dividía en cinco partes, cuatro para los hijos legítimos y una para los hijos naturales. Además, concurría el cónyuge supérstite a quien correspondía la cuota de un hijo legítimo.

Este sistema tenía varios inconvenientes graves. En caso de un solo hijo legítimo y varios naturales la cuota de los últimos era insignificante: el legítimo llevaba las cuatro quintas par-

tes y la restante quinta parte se repartía entre los naturales. El caso contrario podía dar lugar a injusticias. Si el causante dejaba ocho hijos legítimos y uno natural, éste recibía la quinta parte y cada uno de los legítimos la mitad de una quinta parte. En una herencia de \$1.000.00, el hijo natural recibe \$200.00 y cada uno de los legítimos \$100.00.

209.—II.—Sistema efímero de la Ley 57 de 1887.—Para corregir las anteriores injusticias se dictó la ley cuestionada según la cual la herencia se dividía en dos partes; una para repartir entre los hijos legítimos en forma exclusiva y la otra para repartir por partes iguales entre hijos legítimos y naturales.

210.—III.—Sistema del artículo 88 de la Ley 153 de 1887. “Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al marido o mujer sobreviviente.”

Los hijos naturales no recibían herencia en concurrencia con los legítimos. Sistema aberrante e injusto éste de la Ley 153, cuya orientación general tuvimos ocasión de exponer (Cons. III-IV-Derecho de familia, etc., Nos. 231 ss). Lo más fatal es que dicho sistema haya tenido vigencia en nuestro país hasta el año de 1936, en que afortunadamente fue corregido por la Ley 45.

211.—IV.—El sistema actual de la Ley 45 de 1936.—Según el art. 18 de la citada ley “Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales. Cada uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de éstos, y sin perjuicio de la porción conyugal.”

1.—Se volvió al primitivo sistema del código en el sentido de llamar a los hijos naturales a recibir una porción de la herencia en concurrencia con los hijos legítimos. Mas la cuota hereditaria de un hijo natural se determina con criterio individual y no colectivo según el 1045 del código o la Ley 57 de 1887.

No importa el número de hijos naturales o de legítimos del causante: cada hijo natural lleva la mitad de la cuota que corresponda a un hijo legítimo, o como gráficamente se suele afirmar en la práctica extrajudicial: para efectos de la sucesión dos hijos naturales valen por uno legítimo. Si el difunto deja dos hijos naturales y tres legítimos, la herencia se parte en cuatro partes; cada uno de los legítimos toma una parte y la otra se reparte entre los naturales.

2.—Tanto en el sistema del código como en el de la Ley 45

de 1936 concurre igualmente con los hijos legítimos el cónyuge supérstite si lo hubiere, recibiendo como cuota la "legítima rigurosa" de un hijo legítimo.

212.—El primer orden hereditario está integrado por los descendientes legítimos.—Acabamos de indicar que el primer orden hereditario lo integran los "descendientes legítimos" del causante y no simplemente los hijos legítimos. El 1040 del código y el 85 de la Ley 153 de 1887 llama a recibir la herencia en forma preferencial a los descendientes legítimos.

El 18 de la Ley 45 de 1936 sólo menciona a los hijos legítimos; mas debe tenerse en cuenta que en ese texto legal no se pretenden enumerar los órdenes hereditarios, sino simplemente hacer una aplicación: se refiere la ley al caso concreto de los hijos legítimos, es decir, al grado primero. Mas es obvio que si los hijos legítimos hubieren fallecido antes de la apertura de la sucesión serán llamados a recibir la herencia los parientes en el segundo grado.

Sin embargo, sobre el particular se presenta una tesis diversa que desvirtúa el primer orden hereditario conduciendo a consecuencias injustas y antisociales. Dícese que el primer orden hereditario se integra únicamente con los "hijos legítimos"; que en cuanto a los parientes del segundo grado o sea los nietos, éstos no pueden concurrir personalmente a recibir la herencia, sino en representación de sus padres.

Los resultados prácticos de una y otra tesis son de una gravedad extraordinaria. Quienes sostienen la tesis de que el primer orden hereditario se circunscribe únicamente a los hijos legítimos, se ven obligados a dar una aplicación exorbitante al derecho de representación, y decir, que en ningún caso los nietos o biznietos heredan por cabezas sino por estirpes. En cambio según la primera tesis, tenemos que en el caso de que el primer grado de los descendientes se encuentre totalmente vacante, se llama a los nietos quienes recibirán la herencia en su nombre personal, por cabezas y no por representación.

Un ejemplo precisará las consecuencias prácticas de una y otra tesis. El difunto tuvo dos hijos legítimos que fallecieron antes de la apertura de la sucesión. Uno de esos hijos dejó un hijo (nieto del causante) y el otro dejó seis (nietos del causante). Según la primera tesis el primer orden se integra por los descendientes; como prima el grado, se llama a los parientes del primer grado o sea los hijos; como en el ejemplo propuesto se encuentra vacante, se llama a los parientes del segundo grado o sea los nietos; hay siete y entre éstos se reparte la herencia por partes iguales.

Pero según la otra tesis el primer orden se agota con los hi-

jos; hay nietos, pero éstos sólo pueden concurrir en representación de su padre, caso en el cual la herencia se divide en dos partes; un nieto recoge la mitad en representación de su padre y los otros seis recogen la otra mitad para distribuirla entre sí. Suponiendo una herencia de \$ 84.000.00, por la primera tesis cada uno de los siete nietos recibe \$ 12.000.00; por la segunda un nieto recoge \$ 42.000.00, y cada uno de los otros seis \$ 7.000.00.

213.—Tiene máxima importancia precisar cuál de estas dos tesis debe primar en nuestra legislación.

I.—El problema se reduce a averiguar quiénes integran el primer orden hereditario. Si los “descendientes legítimos” tendremos, entonces, que dentro de dicho orden se llamará en primer término a los descendientes en el primer grado; si éste se encuentra totalmente vacante se llamará a los descendientes en el segundo grado y así sucesivamente. Pero si se establece que el primer orden hereditario se integra por los “hijos legítimos”, entonces, los nietos serán llamados a recibir la herencia no por derecho propio sino por representación.

II.—Tradicionalmente se ha discutido sobre este problema y en algunas legislaciones como la española y la argentina se ha resuelto en el sentido de que los nietos nunca heredan por cabezas sino por representación. Al respecto dice Lafaille: “Nuestro legislador ha resuelto con criterio liberal un problema sumamente controvertido en la historia del derecho. La tradición jurídica se inclina mayormente a reconocer este beneficio (el de la representación) tan sólo cuando los herederos de un grado inferior ascendían a un grado superior junto con algunos que pertenecían a él por derecho propio: es el ejemplo típico de los nietos que reemplazan al padre y dividen la herencia con los demás hijos del causante o sea con los propios tíos. Cuando habían desaparecido todos los del grado y tan sólo concurrían los del más remoto, ya no había representación, según los unos, sino división por cabeza y, en todo caso, una figura jurídica diferente” (ob. cit. II, p. 30).

El mismo autor precitado explica la solución diciendo que ella encuentra su fundamento en el afecto presunto del causante; “se da por establecido que el autor transfiere a los nietos el cariño que tuvo por los hijos”.

Algunos autores nacionales predicán que esta es la tesis del derecho nacional (Carrizosa, p. 164). Se dice que conforme al artículo 1043 del código, la representación siempre tiene lugar en la descendencia legítima del causante.

III.—Creemos que en nuestra legislación no se borró la tradición. Que en consecuencia la representación tiene aún el papel

que se le asignó entre los romanos, es decir, que se aplica únicamente cuando un grado (el 1º por ejemplo), no se encuentra totalmente vacante, pero sí uno o varios de sus puestos; que si el grado se encuentra vacante, entonces son llamados a recibir la herencia por derecho propio los parientes del grado siguiente. El argumento que pretende extraerse del 1043 nada prueba. Dicho texto legal sólo indica que la representación es admitida sin término en la línea recta descendiente, sea que los hijos del difunto, aunque de diferente matrimonio, concurren con los hijos de un hijo premuerto, sea que todos los hijos del difunto habiendo muerto antes que éste, se encuentren en grados desiguales o iguales (Lafaille, ob. cit. p. 30). Así, un biznieto puede representar a su padre y seguir avanzando para representar a su abuelo en la herencia del bisabuelo. Por otra parte, el 1043 se refiere a "puestos" vacantes y no a "grados".

IV.—El argumento principal para defender esta tesis debe extraerse de la misma legislación. El primer orden hereditario se integra por los "descendientes legítimos" y no por los "hijos legítimos". Al mencionar el artículo 18 de la Ley 45 de 1936 a los hijos legítimos en manera alguna se pretendió modificar el sistema del código que llama dentro del primer orden hereditario a los "descendientes legítimos" (art. 1040). Además, el art. 85 de la Ley 153 de 1887 enuncia los órdenes hereditarios diciendo: "Son llamados a la sucesión intestada los descendientes legítimos del difunto, sus legítimos ascendientes... etc." Se observa, pues, que el legislador toma como base para formar los órdenes hereditarios el concepto de "línea" y no el concepto de "grado". En primer término la línea descendente, en segundo término la ascendente, y así sucesivamente.

V.—Finalmente, la tesis expuesta de que el primer orden hereditario se integra por los descendientes legítimos, y no simplemente por los hijos legítimos, encuentra su respaldo en la tradición y en la doctrina del derecho comparado. Ruggiero advierte: "Dentro de cada orden, es el grado lo que determina la preferencia, ya que el grado más próximo excluye al más remoto; habiendo hijos y descendientes de ellos, estos últimos son excluidos por los primeros; en el orden de los ascendientes el padre excluye al abuelo, y en el de los colaterales el tío al primo" (ob. cit. II, p. 1086).

En resumen: la tesis expuesta realiza armónicamente una de las bases de nuestro actual derecho hereditario: es necesario que los parientes de un mismo grado y calidad reciban partes iguales de la herencia. Si sólo hay nietos llamados a recibir la herencia deben heredar por derecho propio y recibir partes iguales en la herencia del abuelo. Los sistemas modernos re-

chazan el principio en que pretende apoyarse la tesis criticada de que el difunto traslada sus afectos a sus hijos; y que dichos afectos quedan representados en los hijos de éstos, es decir, en los nietos del causante.

214.—Aplicaciones de las ideas expuestas.—Teniendo en cuenta que la herencia se reparte en cuotas iguales entre los hijos legítimos; que el hijo natural recibe la mitad de esa cuota; y dándole a la representación su alcance natural, veamos algunos casos de reparto de bienes hereditarios dentro de este primer orden.

1º—Si son tres los hijos legítimos y tres los naturales, la herencia se divide en nueve partes. Cada uno de los hijos legítimos recibe dos partes y cada uno de los naturales una.

2º—¿Mas cómo hacer la distribución si el primer grado se encuentra totalmente vacante, habiendo sólo nietos legítimos e hijos naturales? Es necesario tener en cuenta que el hijo natural dentro del primer orden recibe siempre la mitad de la cuota de un hijo legítimo. Por este motivo precisa distinguir los hijos legítimos del causante, fallecidos antes de la apertura de la sucesión; así, se determina previamente la cuota de cada hijo natural; el resto se distribuye por cabezas entre los nietos. Ejemplo: el causante tuvo dos hijos legítimos fallecidos antes de la apertura de la sucesión; dichos hijos dejaron siete hijos (nietos del causante). También dejó tres hijos naturales. Se hace una primera distribución de los bienes hereditarios suponiendo imaginariamente que los dos hijos legítimos del causante viven. Así, la herencia se divide en siete partes: tres que recogen definitivamente los tres hijos naturales; y las restantes cuatro partes se distribuyen por cuotas iguales entre los siete nietos legítimos.

3º—En el anterior caso no hubo necesidad de aplicar los principios de la representación. Veamos uno en donde es necesario aplicar dichos principio. El causante tuvo tres hijos legítimos, de los cuales uno falleció dejando dos hijos legítimos. Aquí los dos nietos legítimos del causante ocupan el lugar de su padres y herendan por estirpes, es decir, recogiendo la cuota hereditaria que hubiera correspondido a su padre.

El causante deja dos hijos legítimos; tuvo dos naturales, de los cuales uno falleció antes de la apertura de la sucesión, dejando tres hijos legítimos. Estos tres hijos legítimos del hijo natural del causante recogen la misma cuota del otro hijo natural mediante representación. Y ya dijimos que los naturales toman la mitad de la cuota de uno legítimo.

Si el hijo natural de este último caso sólo hubiese dejado hijos naturales éstos no podrían ocupar su lugar. La parte fi-

nal del artículo 18 de la Ley 45 de 1936 prescribe que el reparto contemplado no debe perjudicar la "porción conyugal" que corresponda al cónyuge sobreviviente. Más adelante veremos que dentro del primer orden hereditario le corresponde la "legítima rigurosa" de un hijo legítimo.

SEGUNDO ORDEN HEREDITARIO

Los ascendientes legítimos

215.—Este orden es regulado actualmente por el artículo 19 de la Ley 45 de 1936.

Si el difunto no hubiere dejado posteridad legítima son llamados a recibir la herencia los ascendientes legítimos en concurrencia con el cónyuge supérstite y los hijos naturales.

En primer lugar se llama a los ascendientes en el primer grado —los padres legítimos—; si éstos hubieren fallecido, son llamados los ascendientes en el segundo grado o sea los abuelos legítimos.

I.—Habiendo ascendientes legítimos, hijos naturales y cónyuge supérstite, se divide la herencia en cuatro partes; una que recoge el cónyuge y las restantes tres que se dividen por partes iguales entre los ascendientes y los hijos naturales.

En este orden resultan notablemente favorecidos los hijos naturales; su cuota es igual a la de un ascendiente; éstos nunca serán más de dos.

Si la herencia es de ochenta mil pesos, y el difunto dejó sus padres vivos, cónyuge y cuatro hijos naturales la distribución será esta: \$ 20.000 para el cónyuge sobreviviente; \$ 10.000 para el padre; \$ 10.000 para la madre; y \$ 10.000 para cada uno de los hijos naturales.

II.—Si sólo hubiere ascendientes e hijos naturales, la herencia se reparte entre los padres y los hijos por cuotas iguales. En el mismo ejemplo anterior cada ascendiente recibe \$ 13.333.33 y cada hijo natural esa misma suma.

III.—Si no hubiere hijos naturales, sino cónyuge y ascendientes, la herencia se divide en dos partes: una para el cónyuge y una para los ascendientes. En el mismo ejemplo anterior cada ascendiente recibe \$ 20.000 y el cónyuge \$ 40.000.

IV.—No habiendo ni cónyuge ni hijos naturales la herencia es recogida por los ascendientes en su totalidad.

V.—Habiendo un solo ascendiente legítimo en el grado más próximo, sucede éste en todos los bienes o en toda la porción hereditaria de los ascendientes.

216.—Observaciones generales sobre el segundo orden hereditario.—En este orden hereditario se presenta la representa-

ción únicamente para los hijos legítimos del hijo natural. No hay representación para los padres legítimos. Así, si el causante sólo deja un ascendiente en el primer grado, éste recoge toda la porción de los ascendientes, aunque ambos parientes del segundo grado vivan.

Fueron mejorados notablemente los hijos naturales frente al sistema del código, pues, en éste (art. 1046), cuando habían ascendientes y cónyuge, sólo les correspondía la quinta parte; y no habiendo cónyuge, les correspondía la cuarta parte.

Se observa que en el moderno sistema de la Ley 45 de 1936 se sigue el criterio, aunque no en forma absoluta, de hacer asignaciones individuales y no colectivas. Por lo menos a los hijos naturales se les llama individualmente. Sólo cuando el orden se concreta al cónyuge y los ascendientes, se divide previamente la herencia en dos partes; y colectivamente se asigna la mitad a unos y la otra mitad al cónyuge.

En resumen: dentro del primer orden hereditario cada hijo natural tiene la mitad de la cuota de un hijo legítimo, previa la deducción de la porción conyugal; en el segundo orden cada hijo natural tiene la misma cuota de un ascendiente, salvo la porción conyugal cuando hay lugar a ella y que equivale a la cuarta parte.

TERCER ORDEN HEREDITARIO

Los hijos naturales

217.—En el tercer orden hereditario son llamados los hijos naturales. Debe observarse que en los órdenes primero y segundo concurren los hijos naturales a recibir una cuota de la herencia, pero no formando un orden excluyente; su cuota se precisa por la de las personas que directamente forman el orden.

A falta de descendientes legítimos y ascendientes legítimos, se llama a los hijos naturales. El cónyuge supérstite concurre para recibir como porción la mitad de la herencia; si no lo hubiere, corresponde la herencia en su totalidad a los hijos naturales.

218.—**Observaciones sobre el tercer orden hereditario.**—Fue instituido por la Ley 45 de 1936 en su artículo 20, modificando el tercer orden del código. Conforme al 1047 primitivo del código el tercer orden lo formaban los hermanos legítimos, concurrendo los hijos naturales en cuotas insignificantes, pues, la herencia se dividía en tres partes: una para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge y la última para repartir entre los hijos naturales. Si sólo había hermanos legítimos e hijos

naturales la herencia se dividía en dos partes: una para los hermanos y la otra para los hijos.

Aparece de manifiesto el criterio predominante en el código de hacer asignaciones colectivas, para después repartir cada asignación entre los miembros respectivos. El nuevo estatuto de la Ley 45 suprime ese criterio para hacer asignaciones individuales.

Cuando el cónyuge supérstite fuere la mujer, resulta injusta la distribución de este tercer orden; es excesivo darle la mitad a la mujer en concurrencia con los hijos naturales del causante. Por definición en el ejemplo el cónyuge supérstite fue el que no dio hijos al causante; en verdad se viene a premiar su esterilidad como se comprueba con el siguiente caso:

El causante deja diez hijos naturales, su mujer supérstite y una herencia que se avalúa en \$ 700.000. Aplicando este tercer orden hereditario la mujer recibe sin más ni menos \$ 350.000, y cada hijo natural \$ 35.000. Hagamos caer el caso dentro del primer orden suponiendo hubo un hijo legítimo. Aquí la mujer recibe \$ 50.000, el hijo legítimo \$ 108.333.33 y cada hijo natural \$ 54.166.66.

Ahora contemplemos el caso dentro del segundo orden, con sólo suponer que los hijos naturales hayan tenido la fortuna de que uno de los padres de su causante haya sobrevivido a la apertura de la sucesión. Bien: cada uno recibirá la suma de \$ 47.727.27.

Dentro de un plan equitativo y lógico ha debido asignarse al cónyuge sobreviviente únicamente la cuarta parte de la herencia, a semejanza de lo que sucede en el segundo orden hereditario. En este punto se impone una reforma urgente del tercer orden hereditario.

Hay lugar a aplicar las reglas de la representación en cuanto a los hijos legítimos del hijo natural del causante. Este orden en verdad se integra por los hijos naturales y su descendencia legítima; así que al haber fallecido todos los hijos naturales, se llamará a su descendencia legítima.

CUARTO ORDEN HEREDITARIO

Los hermanos legítimos y el cónyuge

219.—A falta de descendientes legítimos, ascendientes legítimos e hijos naturales, son llamados a recibir la herencia los hermanos legítimos y el cónyuge sobreviviente.

La herencia se divide en dos partes iguales: una para los hermanos legítimos y la otra para el cónyuge. Si sólo hubiere hermanos legítimos, éstos llevarán toda la herencia; si sólo

hubiere cónyuge, a éste se atribuirá la herencia. Lo cual prueba que este es el orden no sólo de los hermanos legítimos, sino también del cónyuge.

Aquí también tiene lugar la representación. Los hijos legítimos del hermano legítimo del causante podrán ocupar su puesto si estuviere vacío, a condición de que no se encuentre vacante el orden.

QUINTO ORDEN HEREDITARIO

Colaterales en tercero y cuarto grados de consanguinidad

220.—Es el orden previsto por la Ley 153 de 1887 en su artículo 87 y por la Ley 60 de 1935.

A falta de descendientes y ascendientes legítimos, de hijos naturales, de hermanos legítimos o cónyuge sobreviviente, sucederán al difunto los otros colaterales legítimos, según las reglas siguientes:

1ª El colateral o los colaterales de grado más próximo, excluirán siempre a los otros;

2ª Los derechos de sucesión de los colaterales no se extienden más allá del cuarto grado;

3ª Los colaterales de simple conjunción, esto es, los que sólo son parientes del difunto por parte del padre, o por parte de la madre, gozan de los mismos derechos que los colaterales de doble conjunción, esto es, los que son parientes del difunto por parte del padre y por parte de la madre.

221.—Como los hermanos legítimos forman el segundo grado colateral de consanguinidad y los derechos de sucesión de los colaterales sólo se extiende hasta el cuarto grado, ello indica que este orden se forma sólo por los colaterales en el tercero y cuarto grado (sobrinos, tíos y primos hermanos).

La herencia se reparte en cuotas iguales entre los colaterales de un mismo grado; son llamados en primer lugar los del tercer grado, y en segundo lugar los del cuarto grado.

Los tíos y los sobrinos se encuentran en tercer grado con el causante. Cada tío y cada sobrino llevan porciones iguales si los hay de unos y otros. No hay lugar a la aplicación de las reglas de la representación si todos los padres de los sobrinos han muerto; si aplicásemos la tesis divergente que pretende desnaturalizar despiadadamente la representación hereditaria en un caso semejante, la herencia sería recibida por los sobrinos en representación de sus respectivos padres (hermanos legítimos del causante); los tíos se quedarían sin nada.

SEXTO Y ULTIMO ORDEN HEREDITARIO

El Municipio

222.—A falta de los cinco órdenes hereditarios anteriores es llamado a recibir la herencia el Municipio de la vecindad del causante.

Por el primitivo artículo 1051 del código, a falta de todos los herederos abintestato era llamado a suceder el fisco, es decir, el tesoro nacional.

Se ha considerado que dentro de las personas jurídicas de derecho público que integran el Estado, el Municipio es la que tiene mayores vinculaciones con las personas y la que está en mejores posibilidades de descubrir las herencias vacantes o mostrencas, evitando que las haga suyas el primer ocupante.

II

La sucesión del hijo natural

223.—Hemos supuesto la sucesión del hijo legítimo; por tal circunstancia hemos tratado el orden hereditario de los ascendientes y hermanos legítimos, como de sus colaterales legítimos.

Nos corresponde ahora exponer los órdenes hereditarios del hijo natural. Hemos visto los derechos que corresponde al hijo natural como heredero; ahora vamos a ver a quiénes pasan los bienes hereditarios del hijo natural.

Según el artículo 22 de la Ley 45 de 1936: "La sucesión del hijo natural se rige por las mismas reglas que la del causante legítimo, ocupando los padres naturales el lugar que de acuerdo con tales reglas corresponde a los ascendientes legítimos. Si solamente uno de ellos tuviere la calidad de padre o madre natural, a éste solo corresponde la asignación respectiva.

"Cuando por falta de ascendientes o de padres sean llamados a suceder los hermanos, la herencia se defiende a aquellos que fueren hijos legítimos o naturales del mismo padre, de la misma madre o de ambos. Todos ellos suceden simultáneamente; pero el hermano carnal lleva doble porción que el paterno o materno.

"La calidad de hijo legítimo no da derecho a mayor porción que la del que sólo es hijo natural del mismo padre o madre.

"El cónyuge sobreviviente tiene los mismos derechos que en la sucesión del causante que fue hijo legítimo."

Conforme al texto legal transcrito, los órdenes hereditarios en la sucesión del hijo natural son los siguientes:

Primer orden hereditario.—Descendientes legítimos, hijos naturales y el cónyuge sobreviviente. Este primer orden hereditario es igual al primer orden hereditario de la sucesión del hijo legítimo; le son aplicables en un todo las mismas reglas ya estudiadas, especialmente sobre los casos en que hay representación.

Segundo orden hereditario.—Los padres naturales que hayan reconocido como hijo al causante, concurriendo con ellos los hijos naturales y el cónyuge sobreviviente. Este recibe la cuarta parte de la herencia y el resto se divide en partes iguales entre los hijos naturales y los padres naturales.

Tercer orden hereditario.—Los hijos naturales del causante en concurrencia con el cónyuge supérstite. La distribución de los bienes es la misma que la del tercer orden hereditario del hijo legítimo; y por ende de la misma naturaleza las críticas formuladas a dicho orden.

Cuarto orden hereditario.—Los hermanos del causante y el cónyuge sobreviviente. En cuanto a los hermanos del causante que tuvieron la calidad de hijos naturales deben distinguirse tres clases: los hermanos carnales, es decir, hijos del mismo padre y madre. Estos serán hermanos naturales. Los hermanos "medios" pueden ser hijos legítimos del padre o de la madre del causante; o hijos naturales de los mismos.

La ley prescribe que los hermanos carnales llevarán doble porción que la que corresponde al hermano medio paterno o materno.

Esta distribución entre los hermanos carnales y los hermanos medios es manifiestamente injusta y arbitraria. Sólo los hermanos "carneles" pueden haber formado comunidad familiar con el causante; pero la misma experiencia demuestra que los hermanos "medios" en ningún caso forman comunidad familiar alguna; que ellos pertenecen a otra familia que ninguna vinculación tiene con la del causante. Efectivamente: en cuanto a los hermanos medios que tienen la calidad de hijos legítimos, indica que el causante los tuvo antes de su matrimonio, caso en el cual no quiso legitimarlos contrayendo matrimonio con la amante o concubina; entonces, los legítimos que tenga en su matrimonio son totalmente ajenos a dichos hijos naturales, son de un techo diferente, ninguna comunidad ha habido entre unos y otros; y si los tuvo siendo casado, con mayor fuerza se acredita que ninguna vinculación ha existido entre los hijos del matrimonio y los habidos fuera de él con mujer u hombre diferentes. Lo que demuestra muy claramente que sólo debe llamarse a recibir la herencia en el cuarto orden hereditario de la sucesión del hijo natural a los hermanos carnales; en nin-

gún caso a los hermanos medios. Las mismas observaciones deben hacerse en cuanto a la cuota que deben recibir los hermanos medios que tienen la calidad de hijos naturales.

El inciso 4º del 22 de la Ley 45 establece que la calidad de hijo legítimo no da derecho a mayor porción que la del que sólo es hijo natural del mismo padre o madre. En una palabra: los hermanos "medios" llevarán siempre una porción igual; y será equivalente a la mitad de la del hermano "carnal".

En estos cuatro órdenes hereditarios ha correspondido al cónyuge sobreviviente los mismos derechos que le hubieran correspondido si el causante hubiera sido hijo legítimo.

Quinto orden hereditario.—El Municipio.—Es necesario observar que en la familia natural la ley no reconoce más parientes capaces de integrar comunidad familiar con el causante que tuvo la calidad de hijo natural, sino a sus hijos naturales y la descendencia legítima de éstos; sus descendientes legítimos, sus padres naturales, sus hermanos naturales y su cónyuge.

En cuanto a la descendencia natural, ésta, tanto en el orden hereditario del causante legítimo como en la del causante natural, se limita a los hijos naturales, vale decir, al primer grado; en ningún caso son llamados a recibir la herencia los hijos naturales de hijos naturales, es decir los nietos naturales del causante. Pero los hijos legítimos de quien fue hijo natural sí son llamados a recibir la herencia, ya personalmente, ya mediante la representación. De ahí que la ley mencione siempre a los hijos naturales y su descendencia legítima.

En cuanto al segundo orden hereditario, éste se limita exclusivamente a los padres naturales, y no como en el segundo orden hereditario del hijo legítimo, a los ascendientes legítimos.

Por esta circunstancia no existe el orden hereditario de los parientes colaterales en el tercero y cuarto grado de consanguinidad. No existiendo el cuarto orden hereditario, viene a integrar el quinto orden hereditario el respectivo Municipio de la vecindad del causante.

III

Observaciones generales sobre los órdenes hereditarios

224.—Nos vemos obligados a anticipar suscintamente algunos pormenores sobre la sucesión testamentaria, especialmente lo relativo a las restricciones a la libertad de testar y a aquellos bienes o cuotas que invariablemente corresponderán a ciertos herederos; cuotas que son impuestas por la misma ley; que no

puede desconocer el testador; que si desconoce, entonces no tienen efecto sus disposiciones testamentarias.

Denomina "legitimario" la ley a la persona que forzosamente tiene que recibir bienes en una sucesión, sea ésta testamentaria o intestada. La ley otorga cierta libertad al testador para que disponga de sus bienes, pero a condición de que previamente se asignen las cuotas de los legitimarios y que reciben el nombre de "legítimas".

Vamos a contemplar las "legítimas" dentro del segundo y tercer orden hereditario, es decir, en los órdenes de los ascendientes legítimos o padres naturales y en el de los hijos naturales. En dichos órdenes, según tendremos ocasión de ver, se asigna invariablemente al cónyuge supérstite la cuarta parte de los bienes; dicha cuarta parte de bienes recibe el nombre de "porción conyugal" y es asignada al cónyuge previamente. En cuanto al resto de la herencia (tres cuartas partes) se divide en cuatro partes; dos de ellas (mitad legitimaria) para distribuir entre las personas que integren el segundo o el tercer orden según las reglas estudiadas; una cuarta denominada "cuarta de mejoras" para mejorar a uno de los hijos indistintamente, al que prefiera el testador; y la última cuarta de "libre disposición". Si no tuviere hijos el testador se le faculta para que disponga libremente de la "cuarta de mejoras". Con estas ideas vamos a comparar con un serie de ejemplos lo que acaece con una sucesión determinada, suponiéndola regida en primer término por la ley, y en segundo término por el testamento, dentro del segundo y tercer orden hereditarios.

225.—I.—En el segundo orden hereditario.—Vamos a suponer para todos los casos una herencia de \$ 200.000.

Primer caso. Sucesión intestada.—Un padre legítimo (o natural); un hijo natural y el cónyuge:

Para el cónyuge...	\$ 50.000
Para el padre.....	75.000
Para el hijo natural...	75.000

Mismo caso. Sucesión testamentaria.—El cónyuge saca previamente la cuarta parte de bienes (\$ 50.000). Quedan \$150.000; de aquí se saca la mitad legitimaria sobre la cual se aplican las reglas de la sucesión intestada (\$ 75.000) y la cuarta de mejoras que deben dejarse a los hijos naturales ya para repartir por partes iguales entre ellos, ya para uno solo (\$ 37.500). Como en nuestro caso sólo hay un hijo natural a éste corresponde la legítima y la cuarta de mejoras. Como legítima corresponde

al hijo natural \$ 37.500; igual suma al padre; además la cuarta de mejoras se asigna al hijo natural. Resultados:

Al cónyuge...	\$ 50.000
Al padre...	37.500
Al hijo natural (legítima y cuarta de mejoras)	75.000
Bienes de que puede disponer libremente el testador...	37.500

En este caso es indiferente al hijo natural el que su padre haga o no haga testamento. Invariablemente le corresponde una asignación igual.

226.—Segundo caso. Sucesión legal.—Ambos padres legítimos o naturales; un hijo natural y el cónyuge:

Para el cónyuge...	\$ 50.000
Para cada padre \$ 50.000; ambos...	100.000
Para el hijo natural...	50.000

Mismo caso. Sucesión testamentaria.—Según las explicaciones del caso anterior:

Para el cónyuge...	\$ 50.000
Para los padres (cada uno \$ 25.000)...	50.000
Para el hijo natural (la legítima de \$ 25.000 y la cuarta de mejoras \$ 37.500).	62.500
Cuarta de libre disposición	37.500

Observación importante.—Cuando el segundo orden hereditario se compone por los dos padres, un solo hijo natural y el cónyuge resulta una aberrante contradicción entre la distribución de los bienes según la ley y esa misma distribución según el mismo testador. En nuestra hipótesis por la ley que tiende a favorecer a los hijos naturales, le corresponde una cuota inferior; y esa misma ley que pretende favorecer a los legitimarios, entre quienes se encuentra el hijo natural, contra la arbitraria voluntad del testador resulta mejor protegido. No obstante la crítica es relativa: se requiere la concreta hipótesis de la existencia de los padres, de un solo hijo natural y el cónyuge.

227.—II—En el tercer orden hereditario.—Acabamos de indicar las graves anomalías de este orden hereditario cuando junto con los hijos naturales concurría el cónyuge. El hijo natural queda mejor protegido dentro del primero y segundo órdenes hereditarios que dentro del tercero organizado exclusivamente para él. Ahora vamos a comparar dicho tercer orden hereditario de la sucesión intestada con la sucesión testamentaria.

Vamos a suponer dos casos con el mismo ejemplo de una herencia de \$ 200.000.

Primer caso. Sucesión intestada.—Un hijo natural y el cónyuge:

Para el cónyuge...	\$ 100.000
Para el hijo natural...	100.000

Mismo caso. Sucesión testamentaria.—Al cónyuge corresponde la cuarta parte. Del resto (\$ 150.000) se saca la mitad legítimaria (\$ 75.000) y la cuarta de mejoras (\$ 37.500), las que corresponden al hijo natural. Así las cosas:

Para el cónyuge...	\$ 50.000
Para el hijo natural (mitad legítimaria y cuarta de mejoras)...	112.500
Cuarta de libre disposición...	37.500

228.—Segundo caso. Sucesión intestada.—Dos hijos naturales y el cónyuge:

Para el cónyuge...	\$ 100.000
Para cada hijo natural: \$ 50.000. Ambos...	100.000

Mismo caso: sucesión testamentaria:

Para el cónyuge...	\$ 50.000
Para los hijos naturales (mitad legítimaria y cuarta de mejoras), a cada uno \$ 56.250.	
Ambos...	112.500
Cuarta de libre disposición...	37.500

En una palabra: en todos los casos en que dentro del tercer orden hereditario concurre el cónyuge quedan notablemente desfavorecidos los hijos naturales frente a la misma sucesión testamentaria. Por este motivo quedan mejor favorecidos los hijos naturales cuando el testador en forma arbitraria dispone de sus bienes, o cuando ajustándose a la ley dispone de una cuota parte de ellos. Por la ley corresponde a los hijos naturales la mitad de la herencia; por el testamento las tres cuartas partes de las tres cuartas partes de la herencia, las que son superiores a la mitad.

La equivocación fundamental consiste en haber asignado al cónyuge la mitad de los bienes, cuando se le ha debido asignar sólo la cuarta parte de los bienes.

Es incuestionable la contradicción existente entre la distribución ordenada por la ley en el tercer orden hereditario, y la distribución que la misma ley ordena hacer al testador a fin de que pueda disponer libremente de una parte de sus bienes.

¿Cuál de estas dos distribuciones debe prevalecer? Creemos positivamente que cuando excepcionalmente se presente el caso único contemplado dentro del segundo orden hereditario y la aplicación general del tercer orden hereditario, debe aplicarse entonces los principios sobre legítimas y cuarta de mejoras prescritas en el artículo 23 de la misma Ley 45 de 1936. Es decir, en ningún caso debe corresponder al hijo natural una cuota inferior a la que estaría obligado a hacer el testador cuando quiere disponer de una parte de sus bienes. En este sentido se ha pronunciado la doctrina. "El problema tendrá que resolverse haciendo prevalecer el artículo 23, no tanto por ser posterior, como por fuerza misma de la disposición que contiene. El hecho solo debe haber creado reservas forzosas a favor de ciertos herederos llamados legitimarios, es demostrativo de que el legislador consideró sus intereses más dignos de protección y más sagrados que los intereses de los otros herederos no legitimarios. Y también es claro que, entre los legitimarios, diputó más cercanos y estrechos de los hijos que los derechos de los ascendientes, toda vez que a los primeros concedió exclusivamente la cuarta de mejoras" (Carrizosa, ob. cit. p. 187).

229.—Corrección del tercer orden hereditario.—Haciendo primar el artículo 23 de la Ley 45 de 1936 sobre el artículo 20 de la Ley 45 de 1936 y haciendo de ambos textos legales un solo cuerpo, tendremos que el tercer orden hereditario de la sucesión será este: **las tres cuartas partes de la herencia se distribuirá entre los hijos naturales; y la otra cuarta parte para el cónyuge.** En esta forma se da al cónyuge sobreviviente su cuarta ordenada por el 23 de la Ley 45; a los hijos naturales su mitad legitimaria y la cuarta de mejoras; además, se les asigna la cuarta de libre disposición.

Ahora, si una persona quiere mejorar a su cónyuge le bastará asignarle la cuarta de libre disposición. Pero si quiere proteger a uno de sus hijos naturales podrá asignarle en forma exclusiva la cuarta de mejoras y la de libre disposición. Más ampliamente trataremos este problema al hablar de las legítimas.

IV

Derechos herenciales de los hijos naturales en concurrencia con derechos de los hijos legítimos

230.—Según hemos tenido ocasión de decirlo en más de una oportunidad, por le Ley 45 de 1936 se otorgaron a los hijos naturales importantes derechos herenciales que no tenían conforme a la anterior legislación.

El punto que vamos a dilucidar consiste en esto: ¿qué hijos naturales quedan protegidos con los derechos de la Ley 45 de 1936? En una palabra: nos encontramos ante un conflicto en el tiempo entre la antigua legislación y la nueva proclamada por la Ley 45 de 1936.

231.—La Ley 45 de 1936 no puede ser retroactiva; debe tener efecto general inmediato.—Desde el punto de vista de la doctrina las leyes nuevas no pueden tener efecto retroactivo en el sentido de que no pueden pretender regular situaciones jurídicas o derechos legítimamente adquiridos bajo el imperio de una ley anterior; las leyes nuevas sólo se aplican a las situaciones o derechos que se constituyan después de la vigencia de la nueva ley.

Desde este punto se dice por la doctrina más aceptada, que toda ley nueva debe tener efecto general inmediato, es decir, que si no tiene efecto retroactivo, por lo menos debe aplicarse a todas las situaciones y relaciones jurídicas que se constituyan con posterioridad.

Hemos dicho, y tendremos ocasión de repetirlo, que antes de la muerte de una persona sus presuntos herederos no tienen a su favor una situación jurídica concreta o derecho adquirido sobre los bienes que por la ley le hayan de corresponder cuando se abra la sucesión. Que solamente la muerte del *de cujus* o apertura de la sucesión tiene la virtualidad de hacer actual, convertir en derecho adquirido o situación jurídica concreta los derechos herenciales del heredero. En este aspecto no existe conflicto o dificultad doctrinaria alguna; todos los autores, como la jurisprudencia están de acuerdo en esta regla.

En consecuencia, y razonando concretamente con los nuevos derechos herenciales instituidos por la Ley 45 de 1936 a favor de los hijos naturales, tenemos:

1º La Ley 45 de 1936 sólo puede aplicarse a las sucesiones que se abran con posterioridad al día en que entró en vigencia. Esta ley nueva debe tener efecto general inmediato.

2º La Ley 45 de 1936 no puede aplicarse a las sucesiones abiertas con anterioridad al día en que entró en vigencia, pues, de lo contrario tendría efecto retroactivo; dichas sucesiones por haber creado a favor de sus titulares derechos legítimos se regirán por la ley que se encontraba en vigencia cuando se produjo la apertura de la sucesión, es decir, la antigua legislación del código.

232.—Cómo resolvió la Ley 45 de 1936 este problema.—Una vez discutida y acordada la aprobación de la que vino a ser Ley 45 por ambas Cámaras Legislativas, se presentó una intensa discusión restringida únicamente a los nuevos derechos he-

renciales que se otorgaban a los hijos naturales en concurrencia con los hijos legítimos, es decir, dentro del primer orden hereditario.

En la Cámara de Representantes se afirmó que la ley nueva se aplicaba respecto a las sucesiones que se abriesen en lo futuro; que en dichas sucesiones se aplicaría el primer orden hereditario tanto para los hijos naturales nacidos antes de la vigencia de la ley como de los que naciesen con posterioridad. En una palabra: se predicó la tesis correcta sobre no retroactividad de la ley nueva y sobre el efecto general inmediato.

Pero en el Senado de la República se sostuvo otra tesis: la nueva ley sólo debía aplicarse a los hijos naturales que naciesen con posterioridad a la vigencia de la ley; los hijos naturales nacidos anteriormente no quedarían cobijados con los nuevos derechos instituidos a su favor por la ley.

Ante el peligro de que el no acuerdo de las Cámaras en esta discusión hiciese fracasar el nuevo proyecto de ley, se resolvió que fuese pasado al concepto de unos magistrados de la Corte a fin de que presentasen una tesis intermedia sobre el particular. Este proyecto conciliatorio fue el aprobado definitivamente y corresponde al artículo 28 de la Ley 45 de 1936: "La presente Ley, en cuanto se refiere a los derechos herenciales de los hijos naturales, en concurrencia con los hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de aquélla, sólo tendrá efecto en favor de los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir."

Justamente es una tesis intermedia. En resumen: el primer orden hereditario se aplica así:

1) Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigencia la Ley 45 de 1936 (30 de mayo), se gobiernan por el sistema del código; en dicho sistema los hijos legítimos excluyen a los naturales.

2) Los hijos legítimos provenientes de matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley 45 excluyen a los hijos naturales nacidos antes de la vigencia de la misma ley en las sucesiones que se abran después del 30 de mayo de 1936.

Tanto los hijos legítimos concebidos antes de entrar en vigencia la nueva ley como los nacidos dentro de su vigencia. El artículo 28 de la Ley 45 se refiere a hijos legítimos provenientes de matrimonios celebrados antes del 30 de mayo de 1936; no se refiere a hijos nacidos antes de esa fecha (véase Gustavo A. Valbuena, "Derechos de los hijos naturales", p. 380 y 381).

3) Los hijos legítimos provenientes de matrimonios celebrados antes del 30 de mayo de 1936 no excluyen a los hijos naturales nacidos después de la vigencia de la ley (30 de mayo de 1936).

4) Los hijos legítimos provenientes de matrimonios celebrados después de la vigencia de la nueva ley no excluyen a ninguna clase de hijos naturales; ni a los nacidos antes del 30 de mayo de 1936, ni menos a los nacidos después de esta fecha.

5) Los nacidos antes de la vigencia de la nueva ley pero legitimados dentro de su vigencia tampoco excluyen a ninguna clase de hijos naturales.

233.—En cuanto a los derechos herenciales otorgados a los hijos naturales en los demás órdenes hereditarios y en cuanto a los demás derechos que se les atribuyó no dió solución alguna la ley; motivo por el cual es necesario aplicar la doctrina expuesta: la nueva ley se aplica a todas las sucesiones que se abran después de su vigencia; las abiertas antes se gobiernan íntegramente por el sistema del código.

TERCERA DIVISION

SUCESION TESTAMENTARIA

234.—Expuestas las reglas generales que gobiernan la sucesión intestada, nos corresponde contemplar ahora la sucesión testamentaria, es decir, la regida por testamento.

La sucesión testamentaria ha perdido mucho de su importancia primitiva; ella sólo puede realizarse dentro de los marcos generales trazados previamente por la ley. Dentro de los tres primeros órdenes hereditarios el testador tiene que instituir a los hijos legítimos, padres legítimos o naturales, e hijos naturales como asignatarios forzosos en determinadas cuotas de sus bienes, pudiendo disponer libremente a favor de asignatarios extraños a los que integran los mencionados tres primeros órdenes hereditarios de una parte de sus bienes que oscila entre la cuarta parte y la mitad según los casos.

Estudiaremos las reglas fundamentales de esta clase de sucesión dentro del siguiente plan: 1) Del testamento en sí mismo considerado (caracteres, elementos y formalidades); 2) Del sujeto del testamento (asignatarios); 3) Del objeto del testamento (asignaciones testamentarias); 4) Restricciones a la libertad de testar (problema de las legítimas y mejoras).

TITULO PRIMERO

Del testamento

SECCION PRIMERA

Naturaleza y caracteres del testamento

235.—**Del fundamento del testamento.**—Según se desprende de nuestros desenvolvimientos anteriores, el testamento es el acto jurídico en virtud del cual una persona dispone de sus bienes o de una parte de ellos para que tenga cumplido efecto después de su muerte.

En nuestra legislación positiva se encuentra ampliamente reglamentado el testamento; mas no es considerado como la fuente única de distribución de los bienes por causa de muerte. Toda persona tiene determinada libertad para que mediante testamento disponga de sus bienes; pero a condición de que se someta a ciertos mandatos legales. Este reconocimiento de la facultad de testar, en nuestro derecho constituye un sistema ecléctico frente a otras tesis extremas.

I.—Según una tesis que tiene sus orígenes en el más crudo racionalismo, la única forma de disposición de los bienes por causa de muerte es el testamento. Se llegó hasta afirmar que “a manera que la propiedad es el triunfo de la libertad humana sobre la materia, el testamento es la finalidad racional de aquel triunfo. Lermnier dijo también, que el testamento es un acto necesario a la dignidad del padre y necesario para la obediencia de los hijos, y Bentham, que es un instrumento puesto en manos de los individuos para prevenir calamidades privadas y aun puede ser considerado como instrumento de autoridad confiado a los padres para estimular la virtud y reprimir el vicio en el seno de las familias” (citas de Valverde, ob. cit. V, p. 49).

Estas tesis que son tributarias del principio de la autonomía de la voluntad aplicada al derecho hereditario, conducen a estas consecuencias:

1ª Los bienes deben pasar por causa de muerte a otra u otras personas en virtud de la voluntad del titular de ellos, es decir, mediante el testamento;

2ª Debe respetarse la plena y absoluta libertad de testar. Si el testador llevado por el egoísmo o por sus sentimientos adversos a su familia, dispone de sus bienes a favor de extraños, eso no importa: pues la afirmación de la voluntad individual, en el contrato o en el testamento realiza por sí misma la justicia.

3ª La ley sólo debe intervenir para dirigir las voluntades individuales, para suplir su silencio. En este sentido se llegó a afirmar que la sucesión legal no representa otra cosa sino un "testamento tácito".

II—Otra tesis extrema niega la necesidad del testamento. "Mirabeau impugnaba los testamentos como hijos del capricho de los testadores. Cuántos actos hay, dice, significados por los muertos a los vivos en que la locura parece luchar contra la pasión y en los cuales el testador ordena tal disposición de su fortuna que no hubiere osado confiarla en vida a ninguna persona; disposición, en una palabra, que para permitírsela ha sido menester que el testador se desprenda de su memoria o que haya pensado en que el sepulcro sería su abrigo contra el ridículo y la censura" (cita de Valverde, ob. cit. V, p. 46-47).

En general, el socialismo científico moderno niega la necesidad del testamento. Es verdad que en Rusia se admite el testamento, pero más como un acto formal; el testador no tiene facultad de disposición. No se pueden designar otros herederos que los que la ley le señala de antemano, o sean los hijos y descendientes, el cónyuge y las personas inútiles para el trabajo y faltas de recursos a quienes viniera sosteniendo el causante. "Puede decirse que los herederos son legitimarios, y no es absurdo afirmar que, en realidad, para el código ruso, no hay más sucesión que la legítima, pues el testamento realmente no es instrumento de disposición de bienes, sino documento para distribuir entre los herederos forzosos el caudal hereditario." En escasos 25 artículos del citado código se reglamenta todo lo relativo a la sucesión testamentaria (datos de Valverde, ob. cit. V, p. 42, 43, nota 1).

236.—El sistema ecléctico de la legislación nacional.—Nuestra legislación no se ha apuntado a ninguna de estas tesis extremas. En cuanto a la primera, ella es insostenible hoy día frente a las necesidades del mundo contemporáneo; día a día sufre limitaciones la voluntad individual en su facultad de disponer libremente de los bienes. Casi todas las legislaciones imponen límites al testador en el sentido de que la ley previa-

mente designa asignatarios forzosos en determinadas cuotas de los bienes, ordenamientos que debe respetar; de lo contrario, no producen efectos los actos de disposición. En cuanto a la segunda tesis, ella es incompatible en un régimen democrático que reconoce como fundamento principal la institución de la propiedad como derecho perpetuo.

Se admite el testamento, no como regulación o instrumento necesario, pues la ley es la suprema distribuidora de los bienes hereditarios; el testamento constituye una ordenación secundaria. Lo que se comprueba con estas observaciones: 1º El testador debe respetar los tres primeros órdenes hereditarios; éstos son de orden público y su fundamento es la familia; 2º) Pero se le otorga cierta libertad para que haga ciertas atribuciones a personas extrañas a las que integran los dichos tres órdenes. Así, en el primer orden hereditario la ley otorga al testador facultad para que disponga libremente de la cuarta parte de sus bienes; en cuanto a la denominada "cuarta de mejoras" no puede disponer libremente, pero puede atribuírle indistintamente a cualquiera de sus hijos; en cuanto a las otras dos cuartas o mitad legitimaria debe atribuírle a sus hijos legítimos; de lo contrario no tienen efecto sus disposiciones testamentarias. En el segundo orden hereditario debe atribuir al cónyuge sobreviviente la cuarta parte de los bienes o porción conyugal; del resto debe atribuir a los padres legítimos e hijos naturales la mitad legitimaria; la cuarta de mejoras a uno de sus hijos naturales y de la última puede disponer libremente. En el tercer orden hereditario debe hacer atribuciones semejantes.

La libertad del testador es mayor y puede llegar a ser plena dentro del cuarto y quinto órdenes hereditarios, vale decir, cuando han muerto los miembros de la familia de donde provenía o no ha formado una.

De ahí que la explicación o fundamentación de la sucesión testamentaria más acorde con nuestra legislación es la de quienes afirman que "la facultad de testar es una concesión de la ley".

Efectivamente: según ya lo anotábamos, la ley nacional distribuye los bienes hereditarios reconociendo estos dos fundamentos: la institución de la propiedad como derecho perpetuo y la institución de la familia. Bien: se organizan los órdenes hereditarios por motivos de interés social; y se faculta a las personas para que dispongan de sus bienes a condición de que no se mellen los fundamentos primordiales del derecho hereditario; que en esa disposición se respeten los vínculos de la comunidad familiar.

Con esta tesis se evitan las consecuencias extremas de las dos

tesis expuestas: la que afirma que todo debe regularse por el testamento y la que niega su necesidad.

237.—Definición legal del testamento.—Según el 1055 “El testamento es un acto más solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva.”

De esta definición resultan los caracteres del testamento: 1º Es un acto jurídico unilateral; 2º Es un acto personalísimo; 3º Es un acto solemne; 4º Es un acto revocable; 5º Un acto de disposición de bienes por causa de muerte.

238.—I.—Es un acto jurídico unilateral.—El testamento es la expresión de una sola voluntad. Un acto jurídico unilateral. Algunos autores han sostenido que el testamento es un contrato entre el testador y el heredero; otros que es uno de los elementos de un negocio jurídico, el cual se complementa con la muerte del testador.

El testamento no es un contrato, pues, tiene validez por sí mismo independientemente de la aceptación o no aceptación del heredero o legatario; tampoco cabe afirmarse que constituye uno de los elementos de un negocio jurídico. Es un acto jurídico completo cuando se realiza con los formalidades legales. En sí mismo produce importantes efectos, independientemente del concurso de otra voluntad.

Dijimos que los actos jurídicos son bilaterales o unilaterales. Una clase de los últimos es el testamento.

239.—II.—Es un acto jurídico personalísimo.—Ya por el 1055 se deduce el carácter personal y autónomo que debe tener el testamento. Sólo las personas físicas pueden testar; deben hacerlo personalmente. Mas para que no hubiera dudas sobre el particular se redactó el 1059 que estatuye: “El testamento es un acto de una sola persona. Serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona.”

1.—Quedaron prohibidos los denominados testamentos mancomunados o de hermandad del antiguo derecho francés. Dicha prohibición en el código napoleónico (art. 968), de donde la tomó don Andrés Bello, se explica, dicen sus comentadores, por la necesidad de asegurar la revocabilidad del testamento; cada testador dejaría de revocar su testamento para no dar lugar a la revocación del recíproco, lo que equivaldría a la irrevocabilidad. Aunque esta explicación es discutida, diciéndose que el verdadero fundamento de la prohibición es de

orden histórico. El testamento mancomunado instituido por Teodosio, engendró dificultades en el sentido de que un testamento era la causa del otro, y así uno de los testadores corría el riesgo de ver frustrados sus derechos si el otro revocaba secretamente sus disposiciones. Por tal circunstancia lo Ordenanza de 1735 suprimió los testamentos mancomunados; regla que siguió el código de 1804 y copiada en el nuestro.

Hoy la misma jurisprudencia francesa "ha procurado restringir el alcance de la prohibición, cuya justificación es bien pobre. Si bien se extiende a todos los testamentos, la noción de mancomunidad ha de entenderse restrictivamente. Ha de tratarse de un único y mismo acto, un solo texto; es decir, no de disposiciones comunes o particulares en un solo cuerpo escrito, calzado por las firmas de los testadores. Pero no se considera como un mismo texto, dos testamentos redactados el mismo día, en dos hojas distintas y con iguales disposiciones, o escritos, uno en anverso y otro en el reverso de una misma hoja o en la misma cara de papel, pero separados con un simple trazo. La mancomunidad ha de entenderse solamente respecto de los testadores; así, no es testamento mancomunado aquel que contiene la aceptación del legatario y la promesa de cumplir todas sus disposiciones" (Planiol, Ripert, etc., V, p. 552, 553).

2.—Si es personalísimo el acto de testar, debe ser indelegable dicha facultad o derecho. "La facultad de testar es indelegable", reza el 1060.

Una cosa es delegar o nombrar un representante para que concluya el acto jurídico del testamento en nombre y por cuenta del testador, y otra el que el testador se sirva de personal auxiliar para confeccionar debidamente su acto o que pida consejos o instrucciones acerca de la mejor forma de disposición de sus bienes. Lo único prohibido por el 1060 es la conclusión del testamento mediante representante.

En nuestra legislación sólo los abogados podrían confeccionar en un todo un testamento personal; mas no la generalidad de gentes que no conocen las numerosas formalidades de esos actos. Así, que son necesarios los prácticos para que redacten a los testadores el acto y les pongan de presente las limitaciones legales a fin de que produzcan efectos. Por otra parte, ningún inconveniente existe en que el testador delegue en los administradores de sus bienes la confección de un inventario de ellos como de la situación de cada uno. También es factible que se delegue en un práctico o especialista la distribución de sus bienes indicando la persona o personas que quiere favorecer y autorizándolo para que aquellos que debe asignar forzosamente los distribuya como lo indica la ley. Esta actitud es encomiable y se realiza a diario en el comercio; antes que dele-

gar en un caso semejante, sólo se trata de conformarse con los ordenamientos imperativos de la ley. Así se evitarán los testamentos irregulares.

A esto hay que advertir que la misma ley se convierte en legataria de ciertas asignaciones hechas por el testador. Tal sucede con las asignaciones que se hicieron a un establecimiento de beneficencia sin designarlo, como de las hechas al "alma del testador", las que se entenderán dejadas al establecimiento que la ley indique (art. 1113, incs. 3º y 4º de c. c.).

240.—III.—El testamento es siempre un acto solemne.—Los testamentos no pueden constar en cualquier escrito; ni cualquier declaración verbal produce testamento. La ley dice que es un "acto más o menos solemne"; lo que indica que existen dos clases de testamentos solemnes: los "más solemnes", es decir, los testamentos comunes confeccionados con el pleno de formalidades; y los "menos solemnes", o sea aquellos testamentos denominados "privilegiados", por cuanto en ciertas circunstancias excepcionales es autorizado el testador para prescindir de algunas solemnidades, pero en ningún caso de todas. El 1064 precisa qué testamentos son los "más solemnes" y cuáles los "menos solemnes". "El testamento es solemne y menos solemne. **Testamento solemne** es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere. El **menos solemne** o **privilegiado** es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley."

En cuanto al motivo por el cual en todos los casos el testamento es un acto solemne y que en ningún caso se autoriza prescindir de todas las solemnidades, débese a que tradicionalmente ha sido considerado como uno de los actos más importantes de la vida de una persona. Aseméjase bastante a las solemnidades exigidas para el matrimonio; éste debe ser siempre solemne, mas en ciertos casos puede prescindir de algunas de las formalidades como sucede con los matrimonios *in extremis*.

241.—IV.—Es un acto esencialmente revocable.—Se pretende que el testamento tenga la calidad de última voluntad de una persona; por eso es revocable. De otra suerte no sería la expresión de la última voluntad. Efectivamente: un testador puede disponer de sus bienes; posteriormente adquirir otros o deteriorarse los distribuidos, caso en el cual se justifica la revocación del testamento y la confección de uno nuevo que refleje el estado actual de la fortuna; también puede suceder que resuelva el testador mejorar a alguno de los asignatarios o instituir otros nuevos, suprimir algunos de los anteriores;

bien: para estos y otros casos la ley faculta uno nuevo e inclusive lo revoque totalmente sin reemplazarlo por otro.

Lo cual está bien y se compadece con las necesidades de orden social y psicológico. Entre el día en que una persona testa por creer que sus días están contados y el día efectivo de su muerte pueden transcurrir muchos años; durante ese tiempo variar su fortuna, el estado de afección y estimación hacia sus primitivos asignatarios; aparecer nuevos legitimarios o faltar algunos de los nombrados; en estas condiciones sería intolerable el obligar al testador a sostener su palabra indefinidamente. Finalmente, la facultad de revocar o reformar el testamento en la forma que le pareciere más conveniente al testador, es una invitación de la ley a las personas para que dispongan de sus bienes por causa de muerte, ajustándose a las prescripciones legales.

La facultad de revocar el testamento es puesta de relieve en la misma definición de ese acto (art. 1055) y en el artículo 1057: "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirme con juramento.

"Si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita."

Lo cual indica que ni el mismo testador puede darle el carácter de irrevocable a su testamento. Sin embargo, en seguida veremos un caso de testamento irrevocable.

242.—V.—El testamento es un acto de disposición de sus bienes por causa de muerte.—El acto de una persona que se ajuste a las formas de los testamentos, pero en donde ni directa ni indirectamente se contenga disposición alguna sobre sus bienes no es testamento; mejor; es un tesamento **inexistente**.

Generalmente todo testamento contiene una disposición directa de los bienes. Mas puede contener esa disposición en forma indirecta, como cuando mediante el acto testamentario se reconoce a un hijo natural; dicho reconocimiento contiene una importante disposición de sus bienes: por él ese hijo podrá reclamar su legítima y participación en la sucesión. Pero como el reconocimiento de un hijo natural es esencialmente irrevocable, aunque se haga en un testamento, tenemos el caso auténtico de un testamento irrevocable.

Mas la irrevocabilidad de este testamento débese al contenido o sea el reconocimiento del hijo natural objeto directo; y no al objeto indirecto o sea la distribución de bienes. Si

además del reconocimiento se hace distribución de bienes, sólo la cláusula que contiene el primero es irrevocable.

El acto testamentario para que merezca el calificativo de tal, debe contener una disposición de bienes por causa de muerte; bien puede ser de todos los bienes; bien de aquellos que la ley autoriza para disponer libremente conforme a las reglas expuestas. En este último caso la sucesión será en parte testamentaria y en parte legal.

La distribución de los bienes debe tener efecto después de la muerte del testador. Por definición el testamento es un acto por causa de muerte. Por tal motivo, por ese acto el asignatario no adquiere un derecho actual sobre los bienes que se le asignen, sino una simple expectativa. Por el mismo motivo, si el testador asigna un objeto a una persona a condición de que realice un hecho o se cumpla una condición, la realización del primero o el cumplimiento de la segunda, sólo dan derecho al asignatario a reclamar el objeto después de la muerte del testador (art. 1140 del c. c.).

Tampoco es absoluta esa regla. Así, las donaciones revocables, es decir, las que sólo se perfeccionan a la muerte del donante, si se realiza la tradición de la cosa al asignatario se convierte en usufructuario (art. 1198 del c. c.).

Que la distribución de bienes que sólo produzca efectos después de la muerte del disponente es siempre testamento, se pone de relieve por el 1056 del código. "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. Exceptúanse las donaciones o promesas entre marido y mujer, las cuales, aunque revocables, podrán hacerse bajo forma de los contratos entre vivos."

SECCION SEGUNDA

Los elementos del acto testamentario

243.—El testamento como acto jurídico exige los mismos elementos necesarios para la formación de cualquier otro acto jurídico: capacidad, consentimiento, objeto y causa.

244.—I.—Capacidad.—Al hablar de la capacidad en general, dijimos que era necesario distinguir la capacidad del goce de los derechos de la de ejercicio de los mismos. En cuanto a la capacidad de goce en el derecho hereditario o aptitud para recibir en una sucesión ya fue tratada. Nos corresponde estudiar la de ejercicio, es decir, la capacidad exigida para disponer de los bienes por testamento.

Igualmente vimos que en la capacidad de ejercicio se hacían importantes excepciones tanto para el acto del matrimonio como el del testamento. Conforme a las reglas generales sólo las personas que han alcanzado la edad de veintiún años son capaces de ejercer por sí mismas sus derechos, por presumirse que sólo los mayores de esa edad son poseedores de una voluntad reflexiva y conocedora de los negocios.

La excepción en el testamento consiste en otorgar capacidad para disponer de los bienes por causa de muerte a las mujeres mayores de doce años y a los varones mayores de catorce, es decir, a los menores adultos. Sin incapaces los impúberes. En todo lo demás se aplican las reglas generales.

Lo cual indica que para el testamento no exige la ley el que una persona haya alcanzado la madurez mental, que sea poseedora de una voluntad desarrollada, que conozca suficientemente el acto que va a celebrar y sus consecuencias. Verdad que la misma excepción existe en el matrimonio aunque en sentido diferente. Los menores adultos pueden celebrarlo, pero debidamente autorizados por su respectivo representante legal. Y todavía en cuanto al matrimonio tiene alguna explicación la excepción; en primer lugar, la pubertad suele coincidir con el desarrollo relativamente completo del sexo, y así puede realizarse el fin primordial de ese acto o sea la procreación. Pero la excepción en el testamento no tiene explicación o justificación alguna; es arbitraria. Es un acto de disposición de todos los bienes, luego debiera exigirse la mayor edad.

Afortunadamente esta regla teórica de la facultad de testar al púber y los graves peligros que de su aplicación se seguirían, se disvirtúa notablemente en la práctica por estas consideraciones. En primer lugar, la misma circunstancia de regular la ley la distribución de los bienes en forma imperativa, de manera que la libertad del testador se encuentra notablemente menguada. En segundo lugar, por la casi ninguna aplicación de la facultad. Lo que se debe a que las mujeres entre los 12 y 21 años y los varones entre los 14 y 21 sólo en casos excepcionales son poseedores de alguna fortuna; y quien no tiene fortuna no tiene para qué hacer testamento; y los que tienen alguna, están alejados de pensar en testamento, pues, en esta clase de actos sólo piensan los viejos. Tal vez ante los tribunales no se haya presentado el primer testamento hecho por un menor adulto.

245.—En todo caso el menor adulto tiene un principio de discernimiento, una voluntad en formación. La ley presume en forma absoluta que los impúberes no han alcanzado ningún género de voluntad o discernimiento que los habilite para tes-

tar; mas en cuanto a los mayores de edad y los menores adultos sólo relativamente se presume la existencia de esa voluntad; la que puede estar excluida en razón de ciertas enfermedades mentales o por un impedimento físico que los imposibilite para manifestar la voluntad de que pueden ser poseedores, como sucede con los sordomudos.

246.—Las enfermedades mentales excluyen la capacidad de testar.—Las enfermedades mentales que hacen incapaz a una persona para testar son aquellas que alteran en forma notable la voluntad, ya porque la destruyen completamente, ya porque la vician profundamente. Es precisamente en razón de esa destrucción o alteración de la voluntad que las enfermedades mentales son consideradas por el derecho; porque es posible que no toda enfermedad de las así clasificadas por los psiquiatras alcance a destruir o viciar la voluntad en forma que le quite toda significación jurídica, ni toda anormalidad psíquica quita totalmente la lucidez a un cerebro.

Por tanto, dos condiciones fundamentales caracterizan las enfermedades mentales capaces de inhabilitar a una persona para testar; 1) Existencia de la enfermedad mental; 2) Manifestación irregular y anómala de la voluntad en razón de la enfermedad mental.

Conforme al 1061 del código es necesario distinguir la incapacidad de los enfermos mentales interdictos y la de los enfermos no interdictos.

En cuanto a los primeros no se presenta problema. El decreto de interdicción incapacita total y absolutamente a una persona; le suprime los intervalos lúcidos que en ocasiones pueda tener.

En cuanto a los segundos son contemplados en forma bastante amplia por el N° 3º del 1061: "No son hábiles para testar:... 3º El que actualmente no estuvieren en su sano juicio por ebriedad u otra causa."

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que el 1061 en su N° 3º contiene una simple aplicación de los principios generales, especialmente del contenido en el art. 553 del código.

1º Las enfermedades mentales no se presumen, deben probarse. Todo testador tiene a su favor la presunción de un estado sano mental. "Para destruirla no basta la duda en el juzgador, ni puede basarse en pruebas deficientes"; se requiere una prueba idónea y nítida sobre la enfermedad mental capaz de destruir la presunción mencionada. Además de esta presunción de la existencia de un estado mental sano existe otra general y es la de que siendo los Notarios funcionarios públicos en quienes deposita la ley le fe pública, sus actos gozan de

una presunción de veracidad. Así, cuando el Notario declara que el testador se halla en su entero y cabal juicio y en pleno uso de sus facultades mentales, esa aseveración rige, mientras no sea desvirtuada (cas. civ., jun. 2 de 1942, LIII, p. 613).

2º El N° 3º del 1061 es reproducción del 553, especialmente acerca de la manera de probar la enfermedad mental del demente no interdicto. El 553 establece en su inciso 2º que los actos celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró "estaba entonces demente". Con una salvedad: para el testamento, además, de la demencia, pueden existir otras causas de destrucción de la voluntad tenidas en cuenta por la ley, como la ebriedad u otra causa.

Lo cual indica que la enfermedad mental, debe haber existido en el momento de la celebración del testamento que se pretende atacar. No basta probar la existencia de la enfermedad mental; es necesario establecer que el testamento impugnado fue concluído bajo el imperio de esa enfermedad.

La jurisprudencia ha establecido que el artículo 553 del código emplea la palabra "entonces" para expresar la época o tiempo a que debe referirse la prueba de la alteración mental patológica. "Entonces" significa en aquél tiempo u ocasión; no se limita a la comprensión temporal de este adverbio a un instante preciso; su significación oscila sobre una duración determinada de tiempo.

Si se trata de una enfermedad mental permanente y crónica, es decir, de las que no tienen intervalos lúcidos bastará probar la existencia de la enfermedad antes de la conclusión del testamento.

Cosa diferente sucede respecto a las enfermedades mentales que admiten intervalos lúcidos, por ser intermitentes, aunque sean crónicas. En estos casos se hace necesario establecer la existencia de la enfermedad antes de la celebración del testamento y posteriormente, para presumir que la voluntad estaba viciada o no existió.

En este caso se deduce la existencia de la enfermedad mental en el momento de testar mediante una presunción (cas. civ., marzo 15 de 1944, LVII, 103; cas. civ., dic. 1º de 1938, XLVII, 456; más detalles: cons. II, Las personas, Nos. 169 s.).

247.—Los sordomudos que no saben leer y escribir tampoco pueden testar.—Las personas que no saben leer ni escribir no pueden otorgar testamento solemne cerrado (art. 1079); la razón es clara: en estos testamentos se requiere un escrito confeccionado personalmente por el testador. Quienes no pudieron entender o ser entendidos de viva voz, es decir los sordo-

mudos, no pueden otorgar testamento público (art. 1081 del c. c.). Finalmente, quienes no pueden hablar (mudos) no pueden otorgar el testamento privilegiado verbal.

En conclusión: el sordomudo que no puede darse a entender por escrito no puede otorgar ninguna de las clases de testamentos autorizados por la ley; luego es incapaz en forma absoluta.

248.—Sanción para los testamentos provenientes de incapaces.—Todas las demás personas son capaces de testar. Inclusive el disipador que se encuentra en interdicción.

La sanción para el testamento proveniente de un incapaz para testar es invariablemente la nulidad absoluta. Son nulos absolutamente todos los actos jurídicos de los dementes, impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (art. 1504 del c. c.). En materia de incapacidad para testar no existen nulidades relativas.

El 1062 es aplicación de las reglas generales al testamento: "El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresada en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa.

"Y por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad."

249.—II.—Existencia de una voluntad exenta de vicios.—El testamento puede estar viciado por dolo, fuerza y error. La lesión no se contempla en el acto de testar, pues, por naturaleza las asignaciones testamentarias reconocen como fuente el título gratuito; y el vicio de la lesión sólo se contempla en los actos a título oneroso.

I.—Según el 1063, el testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes.

La fuerza puede ser física o moral. Puede equipararse a la violencia física, advierte Planiol, el hecho de guiar la mano inerte de una persona moribunda o inconsciente a fin de hacerle trazar sus disposiciones testamentarias.

Como casos de violencia moral se citan los siguientes. El testamento redactado por el testador bajo el imperio del terror inspirado por el legatario y de la persecución de que era víctima. También cuando quien obtiene una asignación, sea un sirviente o cualquier otra persona y el testador sea un anciano, debilitado por la enfermedad, mediante la amenaza de abandonarlo y de no continuar prestándole sus servicios (Planiol, Ripert, V, p. 200).

II.—El error en el testamento puede ser de hecho y de derecho. Ambos tienen su influencia en el acto testamentario.

Incurre en error de derecho el testador que pretende conformarse estrictamente a la ley y dentro del primer orden hereditario dispone libremente a favor de terceros de la mitad de la herencia, ignorando que sólo puede disponer en esta forma de la cuarta parte de bienes.

Un caso más elocuente de error de derecho sería aquel en que el testador cree que sus hermanos son legitimarios y por tal circunstancia les asigna las legítimas que sólo para los hijos o padres prescribe la ley.

Si se logra comprobar un error semejante, el testamento es anulable; por cuanto de acuerdo con la jurisprudencia actual el error de derecho que incide en forma notable en la causa tiene la virtud de anular el respectivo acto.

Respecto al error de hecho establece el artículo 1117 que la asignación que pareciere motivada por error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita.

El error de hecho que recayere sobre la persona del asignatario anulará siempre la operación. La consideración de la persona constituye siempre un motivo principal en el testamento (art. 1512 del c. c.). También puede recaer sobre una cualidad esencial de la persona del asignatario.

También se tiene en cuenta el error de hecho que recayere sobre la sustancia del objeto asignado o sobre los móviles o motivos determinantes que ha tenido en cuenta el testador para hacer la asignación. La jurisprudencia francesa anuló un testamento basándose en el error sobre los motivos determinantes, por el cual una persona legaba sus bienes a los pobres, declarando que no tenía herederos; muerto el testador surgieron herederos legítimos (Josserand, III, p. 832; Planiol, Ripert, V, p. 199).

III.—El dolo se manifiesta en el testamento en dos formas especiales: mediante la sugestión y la captación. Por la primera se inspira al testador odio hacia sus herederos o personas que el testador quiere gratificar; por la captación se finge un "afecto profundo" basado en causas falsas.

Pothier entendió el vicio de la captación en un sentido estricto. Existía cuando el captante ofrecía asignaciones al captado a fin de inducirlo a la reciprocidad. En este mismo sentido entiende nuestro código la captación, pues, el artículo 1117 en sus incisos 2º y 3º establece: "Las disposiciones captatorias no valdrán. Se entenderá por tales aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos."

Dentro de la doctrina moderna se predica que el testamento se anula todas las veces en que el testador haya sido víctima

del dolo. Los vicios especiales de la sugestión y la captación no se limitan a casos concretos, sino que se tienen en cuenta cuando constituyen dolo. El autor francés Furgole precisó esta última fórmula y es la seguida por los tribunales franceses. "Las ideas de Furgole dominan nuestro derecho moderno. Actualmente se admite, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que la sugestión y la captación de la voluntad, entre las que no se distingue, solamente constituyen causa de nulidad en tanto ofrecen los caracteres del dolo, o sea, siguiendo la fórmula de la Corte de Casación "que vayan acompañadas de prácticas artificiosas o de insinuaciones falaces" (Planiol, Ripert, V, p. 202-203; Jossierand, III, 832).

250.—Nulidad por vicios del consentimiento.—Es necesario distinguir la ausencia del consentimiento al simple vicio del mismo. Así, la fuerza física suprime totalmente el consentimiento y genera un testamento inexistente.

En cuanto a los simples vicios, éstos acarrear la nulidad de la asignación testamentaria viciada, no de todo el acto testamentario. Así, el 1.117 prescribe que se tendrá por no escrita la asignación que pareciere motivada por un error de hecho; el mismo texto se refiere a la invalidez de las disposiciones captatorias, es decir, las interferidas por el dolo.

La nulidad por vicios del consentimiento, según las reglas generales, es relativa. Podrán alegarla los herederos, y se sana en la misma forma que las que afecten los demás actos jurídicos.

251.—III.—El objeto.—El objeto en el testamento es la asignación en sí misma considerada. Desde este punto de vista la asignación debe existir en el comercio, ser lícita, determinada y posible.

252.—IV.—La causa del testamento y de las asignaciones testamentarias.—Según la doctrina clásica, la causa de las asignaciones testamentarias es el "animus donandi". Mas la intención de donar puede ser impelida por muchos motivos. Es imposible tener como causa del testamento y de las asignaciones la intención abstracta de gratificar; por tal circunstancia es necesario dar entrada en esta materia a la teoría impulsiva de la causa; es necesario tener en cuenta los móviles individuales, a fin de hacer reinar la "justicia y la moralidad".

Antes que testamento, se ha dicho, existen testadores y asignatarios, motivo por el cual se hace urgente buscar en cada caso concreto las razones profundas que impulsan a una persona a realizar la asignación.

Normalmente el dolo y el error se tienen en cuenta en cuanto

inciden en la causa de la asignación. Así, que prácticamente la teoría del error y el dolo entendidos con la amplitud del derecho moderno son suficientes por sí solos para resolver los casos de una causa falsa o errada; y la teoría del objeto ilícito viene a resolver los casos que muchos autores resuelven con la teoría de la causa ilícita.

SECCION TERCERA

Clases de testamentos y sus formalidades

253.—Dijimos que desde el punto de vista de las formalidades exigidas para la validez de los testamentos, eran más solemnes y menos solemnes.

Los primeros son los denominados simplemente testamentos "solemnes ordinarios" y los segundos los testamentos "privilegiados".

El testamento solemne es abierto o cerrado. "**Testamento abierto, nuncupativo o público** es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos, y al Notario cuando concurre; y **testamento cerrado o secreto**, es aquel en que no es necesario que los testigos y el Notario tengan conocimiento de ellas" (art. 1064, del c. c., incs. 1º y 2º).

Estudiaremos las formalidades y clases de testamentos dentro de este orden: 1º) Formalidades comunes a los testamentos solemnes abiertos y cerrados: testigos; 2º) Formalidades de los testamentos abiertos o públicos; 3º) Formalidades de los testamentos cerrados; 4º) Testamentos solemnes otorgados en país extranjero; 5º) De los testamentos privilegiados.

CAPITULO PRIMERO

De los testigos en los testamentos solemnes.

254.—Todo testamento solemne es escrito. (art. 1067). Como las disposiciones testamentarias sólo producen efecto después de la muerte del testador a fin de evitar toda posible falsificación, la ley ha sido celosa en la formalidad de testigos y en las condiciones que deben reunir.

No pueden ser testigos en un testamento: 1º) Las personas incapacitadas en razón de la edad, enfermedades mentales o su estado orgánico; 2º) Las personas incapacitadas moralmente; 3º) Las personas que tienen vinculaciones con el testador o el Notario en razón del parentesco; 4º) Las que tienen vinculaciones por razones económicas o de dependencia; 5º) Los amanuenses del Notario que autoriza el testamento; 6º) Los herederos o legatarios y, en general, todos aquellos a quienes resulte un pro-

vecho directo del testamento; 7º Los extranjeros no domiciliados en la República y quienes no entienden del idioma del testador; 8º El sacerdote que haya sido el confesor habitual del testador y el que haya confesado a éste en la última enfermedad; 9º Los que tengan con alguno de los testigos algún vínculo de parentesco o de dependencia (art. 1068 del c. c.). Las prohibiciones del 1068 están encaminadas a asegurar la independencia y libertad del testador y a establecer, cuando fuere el caso, la veracidad y hasta el sentido de las declaraciones. Se comprende que dos testigos instrumentales, padre e hijo, pueden estar interesados, para no contradecirse, en mantener unos mismos puntos de vista, cuando se les llame a declarar, acerca del modo y la forma como el testador consignó su última voluntad (cas. civ. oct. 6 de 1942, LIV. bis, p. 152).

255.—I.—Primera clase de personas que no pueden ser testigos. Incapaces.—Estas personas son las siguientes: 1) Los menores de dieciocho años; 2) Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia; 3) Todos los que actualmente se hallaren privados de la razón; 4) Los ciegos; 5) Los sordos; 6) Los mudos (Nos. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º del 1068 del c. c.).

El N° 1º del 1060 preceptuaba que las mujeres no podían ser testigos en un testamento solemne; el cual fue derogado por la ley 8ª de 1922 en su artículo 4º, al establecer que las mujeres pueden ser testigos en las mismas condiciones que los hombres.

256.—II.—Segunda clase de personas que no pueden ser testigos. Incapaces moralmente.—1º La persona que haya sido declarada culpable de un delito al cual se aplique una pena privativa de la libertad de cuatro o más años; 2º La persona que por sentencia ejecutoriada estuviere inhabilitada para ser testigo (Nº 8º del 1068 y art. 315 del c. c.).

La inhabilidad de estas personas para ser testigo en un testamento solemne es de orden moral.

257.—III.—Tercera clase de personas que no pueden ser testigos. Vinculaciones de parentesco con el testador o el Notario. No pueden ser testigos en un testamento solemne: 1) Los ascendientes del testador o del Notario; 2) Sus descendientes; 3) Los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad; 4) Los parientes afines hasta el segundo grado de dichas personas (Nº 12 del 1068).

Todos los parientes del testador enumerados no pueden ser testigos; lo que pretende garantizar toda influencia extraña en su voluntad, teniendo en cuenta, además, que muchas de esas personas serán a la vez sus herederas o legatarias.

La misma independencia se quiere garantizar en el funcio-

nario que autoriza el testamento, es decir, el Notario; por eso los mismos parientes de éste se encuentran inhabilitados para servir de testigos. Apenas es natural que el cónyuge del testador no puede ser testigo, pues se encuentra dentro del segundo grado de afinidad. El N° 13 del 1068 enumera al marido de la testadora, y no a la mujer del testador. La razón es sencilla: dentro del sistema del código las mujeres en ningún caso, solteras o casadas, pueden ser testigos. Pero habiéndose suprimido esta incapacidad por la Ley 8ª de 1922, se hace necesario enumerar hoy día a la mujer del testador en la misma forma que se enumera al marido de la testadora.

258.—IV.—Cuarta clase de personas que no pueden ser testigos. Vínculos de dependencia.—Son inhábiles para ser testigos en los testamentos los dependientes o sirvientes del: a) Testador; b) De su consorte; c) Del Notario; d) De los ascendientes, descendientes, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad; e) De los parientes afines dentro del segundo grado; f) Y de los herederos legatarios (art. 1068, N° 14).

Los dependientes o domésticos inhábiles para ser testigos no pueden ser otras personas sino aquellas que están subordinadas por vínculos de una completa dependencia económica y hasta personal, que se traduzca en un obedecimiento completo, por esa razón a las órdenes del amo (cas. civ. oct. 6 de 1942. LIV-bis, p. 152 s.).

259.—V.—Los amanuenses del Notario no pueden ser testigos.—Según el N° 9º del 1068 no pueden ser testigos los amanuenses del Notario que autorizare el testamento. Obedece la prohibición al hecho de ser los amanuenses dependientes económica y personalmente de ese funcionario.

Intensas discusiones de orden práctico han existido en nuestra jurisprudencia sobre el alcance que debe darse a la palabra "amanuense", las que tienen su fuente en el hecho de que todos los Notarios de la República, además de sus servicios notariales, prestan el de los testigos. Son personas éstas que ayudan en las Notarías a sacar copias de las escrituras y al mismo tiempo firman como testigos.

La Corte Suprema de Justicia ha tenido que dar un sentido estricto a la palabra "amanuense" diciendo que el N° 9º del 1068 se refiere sólo a aquellos empleados que en forma continua trabajan en las Notarías por un sueldo fijo, pero no a esas otras personas que en forma intermitente ayudan a la confección de trabajos: en una palabra, a las que en nuestra práctica notarial se denomina "testigos instrumentales". De no haber primado esta interpretación hubiera habido necesidad de anular la casi totalidad de testamentos otorgados ante Notario.

En la importante sentencia de la Sala de Casación Civil, de marzo 18 de 1936 (g. j. t. XLIII, p. 721 s.) se hizo un estudio a fondo de este problema. "El Notario entre nosotros, si no oficialmente y por virtud de la ley, sí por costumbre, se vale de personas de su confianza que lo ayudan a atender la clientela, liquidar y pasar cuentas, vigilar a los escribientes, etc., y que las más de las veces escriben los originales que van formando el protocolo." "Y por lo que hace a las copias de estos originales o matrices, casi siempre hay pluralidad de escribientes, todos en acción o en espera o a caza de trabajo. Como es lo natural, unos y otros pasan lo más de su tiempo en el local de la Notaría. Y bien que esto no es de ley, sí se encuentra en el derecho consuetudinario una marcada diferencia entre aquella persona de la confianza del Notario en cuya oficina permanece obligadamente por estar encargada de velar por ella en la forma y con las tareas aludidas, como verdadero empleado, con sueldo fijo y funciones permanentes, y los meros escribientes que en grupo numeroso o corto esperan un trabajo incierto y ocasional, remunerados caso por caso y las más de las veces foja por foja." "No reconocer la diferencia anotada, según la cual se distingue entre los meros copistas y el empleado o empleados referidos, sería grave error ocasionado a desaciertos en el fallo de controversias como la presente." Concluyó la Corte en la sentencia extractada que los meros copistas pueden ser testigos; sólo los empleados de confianza del Notario, los que trabajan en forma permanente y a sueldo fijo están inhabilitados para ser testigos.

Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte en posteriores fallos especialmente en el de abril 8 de 1942 (g. j. t. LIII, p. 289 s.): los amanuenses del Notario a quien la ley prohíbe ser testigos son los empleados que tiene permanentemente en su oficina y no a quien ocasionalmente escribe el instrumento; los trabajadores de Notaría que no tengan dependencia económica, regular y continua, no están inhabilitados para ser testigos conforme al N° 9 del 1068; también se reiteró la misma doctrina en la sentencia del 9 de octubre de 1942 (g. j. t. LIV-bis, p. 152 s.).

260.—VI.—Sexta clase de personas que no pueden ser testigos. Herederos y legatarios.—Según el N° 17 del 1068 no pueden ser testigos en los testamentos solemnes "los herederos y legatarios, y, en general, todos aquellos a quienes resulte un provecho directo del testamento".

Si en un testamento se deja un legado a uno de los testigos se presenta un importante problema de interpretación teniendo en cuenta la existencia de otros textos legales especialmente el artículo 1119 del código en su parte final que establece que la

asignación testamentaria a uno de los testigos es inválida, es decir, no produce efectos.

Según el N° 17 del 1068 el legatario es inhábil para servir de testigo; por tanto en un testamento público que exige tres testigos, si se nombra uno de esos testigos como legatario, tendríamos que sólo dos son hábiles, lo que da por resultado que el testamento en su totalidad es nulo (art. 11 de la Ley 95 de 1895). Pero si se aplica el 1119 el testigo es hábil, sólo el legado es inválido.

La Corte Suprema de Justicia tuvo ocasión de resolver este conflicto en una forma que merece todo acato y respeto. Se mira como no escrita la asignación testamentaria, no produciéndose en consecuencia la inhabilidad del testigo.

En la sentencia de casación de 6 de abril de 1895 dijo la Corte que si hubiera de atenerse a la disposición general del 1068, no quedaría duda sobre la nulidad del testamento atacado, porque el texto de la ley es claro y el hecho de haber sido nombrados legatarios dos de los testigos es incontrovertible. Pero frente al 1119 del mismo código se advierte una verdadera incongruencia entre las dos disposiciones, puesto que atendiendo a la primera es nulo absolutamente el testamento en que interviene como testigo un heredero o legatario; mas atendiendo a la segunda sólo es inválida la asignación, conservando el testamento su validez en el resto de asignaciones y cláusulas testamentarias. Es incuestionable, se agrega en la sentencia extractada, que la prohibición establecida por la ley de que ciertas personas intervengan como testigos en el testamento solemne, tiene su fundamento en el provecho que esos mismos testigos derivan de él, y con invalidar las disposiciones a favor de los testigos queda cumplido el objeto que se propuso el legislador.

La anterior doctrina fue reproducida y confirmada en la sentencia de casación civil del 23 de julio de 1945 (g. j. t. LIX, p. 364 s.).

Desde luego que la anterior doctrina no podrá aplicarse cuando se trata de herederos forzosos, por cuanto éstos en todos los casos deben recibir una cuota de los bienes hereditarios; por tal motivo si uno de tales herederos sirve de testigo no queda otro remedio que aplicar el 1068 en armonía con el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, vale decir, que todo el testamento es nulo.

261.—VII.—Séptima clase de personas que no pueden ser testigos: los extranjeros y personas que no sepan el idioma del testador.—1° No podrán ser testigos los extranjeros no domiciliados en la República (1.068, N° 10); 2° Las personas que no entiendan el idioma del testador (1.068, N° 11).

En cuanto a los primeros, es decir, los extranjeros residentes

que no se han establecido en algún lugar de la República al servir de testigos, no podrían cuando fuere necesario aclarar las cláusulas testamentarias o declarar, por no encontrarse en sitio conocido o ser muy dispendioso obtener su comparecencia.

En cuanto a las personas que no entienden el idioma del testador, es una inhabilidad en razón de incapacidad.

262.—VIII.—El sacerdote.—Tampoco puede ser testigo el sacerdote que haya sido el confesor habitual del testador, y el que haya confesado a éste en la última enfermedad. (1068, N^o 16). Es ante todo un impedimento de orden moral.

263.—IX.—Los testigos parientes de los otros.—Los testigos no deben tener parentesco entre sí en cualquier grado de la línea directa o dentro del tercero de consanguinidad por la línea colateral o segundo de afinidad; tampoco unos testigos deben ser dependientes de los otros (art. 1068, Nos. 15, 12 y 14).

Cada testigo debe tener suficiente independencia no sólo respecto del testador, del Notario, sino además, respecto de los otros testigos.

264.—Habilidad putativa en alguno de los testigos.—Según el 1069 "Si alguna de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente, no se manifestare en el aspecto o comportamiento de un testigo, y se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo.

"Pero la habilidad putativa no podrá servir sino a uno solo de los testigos."

La habilidad de los testigos ha de apreciarse en el momento del otorgamiento del testamento; mas si en ese momento preciso no se tuviere conocimiento de la inhabilidad de algún testigo, por ejemplo los lazos ocultos de parentesco que más tarde son descubiertos, la ley da su protección a la buena fe con que se ha obrado, convirtiendo la simple apariencias en realidad. Sin embargo, esa buena fe sólo puede amparar a un testigo.

265.—Otros requisitos que deben reunir los testigos.—Según la parte final del 1068, "Dos, a lo menos, de los testigos, deberán estar domiciliados en el lugar que se otorga el testamento, y uno, a lo menos, deberá saber leer y escribir, cuando sólo concurren tres testigos, y dos cuando concurrieren cinco."

CAPITULO SEGUNDO

El testamento público o abierto.

A) Del testamento público ante Notario

266.—El testamento público o abierto, como el nombre lo indica, debe otorgarse ante un Notario y tres testigos. Excepcionalmente autoriza la ley que este testamento se otorgue ante cinco testigos.

En cuanto a los requisitos para la validez de este testamento, deben distinguirse: 1º Las personas que intervienen; 2º De las formalidades para su validez; 3º Personas que sólo pueden testar nuncupativamente.

267.—I.—De las personas que deben intervenir y esencia de este testamento.—Cinco personas deben intervenir para la validez de este testamento; el testador, el Notario y tres testigos.

El Notario podrá ser reemplazado por el suplente en ejercicio.

Redactada la escritura pública que contiene el testamento, éste deberá ser escuchado en su totalidad por el testador, el Notario y los tres testigos. "El testamento será presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo Notario y por unos mismos testigos" (art. 1072 del c. c.)

Y lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos (art. 1072, inc. 1º).

268.—II—Formalidades del testamento abierto.—1) En la escritura pública testamentaria debe expresarse el nombre y apellido del testador; el lugar de su nacimiento; la nación a que pertenece; si está o no avecindado en el territorio, y si lo está, el lugar en que tuviere su domicilio; su edad; la circunstancia de hallarse en su sano juicio; los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio, de los hijos habidos o legitimados en cada matrimonio, y de los hijos naturales del testador, con distinción de vivos o muertos; y el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos. Se expresarán asimismo, el lugar, día, mes y año del otorgamiento; y el nombre y apellido del Notario (art. 1073).

2) Según el 1074 el testamento abierto podrá haberse escrito previamente.

Pero sea que el testador lo tenga escrito, o se escriba en uno o más actos, será leído en alta voz por el Notario. Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas

cuya presencia es necesaria, oirán todo el tenor de sus disposiciones.

Es en este acto de la lectura de la escritura testamentaria en que se exige la presencia simultánea de unos mismos testigos, un mismo Notario y el testador. No se exige que la lectura de la mencionada escritura en un tiempo rigurosamente continuo, lo cual será imposible respecto a los testamentos excesivamente largos; pero sí debe realizarse en un mismo día.

La lectura del testamento por el Notario a los testigos y al testador es lo que constituye esencialmente el testamento; ese es el acto que dentro de la práctica notarial y según la jurisprudencia integra la circunstancia de "hacer sabedor de sus disposiciones al Notario y a los testigos" por el testador (art. 1072 del c. c.).

3) Terminada la lectura todos deben firmarla: Notario, testigos y testador.

"Si el testador no supiere o no pudiese firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia, expresando la causa.

"Si se hallare alguno de los testigos en el mismo caso, otro de ellos, firmará por él, y a ruego suyo, expresándolo así" (art. 1075).

269.—III.—Personas que sólo pueden testar nuncupativamente.—De las varias formas de testamento solemnes —abiertos y cerrados— las personas pueden escoger libremente una u otra forma. Pero hay personas que por razones especiales sólo pueden otorgar testamento abierto, no siéndoles posible emplear el testamento cerrado.

I.—Las personas que no saben leer y escribir deben necesariamente otorgar testamento abierto, no siéndoles posible el testamento cerrado (art. 1.079).

II.—**Testamento del ciego.**—El ciego sólo podrá testar nuncupativamente y ante el Notario o funcionario que haga las veces de tal. Su testamento será leído en alta voz dos veces; la primera por el Notario o funcionario, y la segunda por uno de los testigos, elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento (art. 1076).

B) Del testamento público ante testigos

270.—Formalidades.—Según el 1071 "En los lugares en que no hubiere Notario o en que faltare este funcionario, podrá otorgarse el testamento solemne nuncupativo ante cinco testigos, que reúnan las cualidades exigidas en este código."

1.—Seis personas deben intervenir en este testamento: el testador y cinco testigos. De estos testigos dos, a lo menos, deberán estar domiciliados en el lugar en que se otorga el testamento;

y dos, a lo menos, deberán saber leer y escribir (art. 1068, parte final).

Si el testador no supiere firmar deberá intervenir una persona extraña a los testigos, vale decir, que en dicho caso deben intervenir siete personas: el testador, quien firma por él a ruego y los cinco testigos.

2.—La escritura o documento testamentario deberá contener las mismas especificaciones indicadas para el testamento otorgado ante Notario.

3.—Lo que constituye esencialmente el testamento abierto ante testigos es la lectura que en alta voz debe hacer uno de los testigos elegido por el testador del documento testamentario. Esa lectura debe reunir las mismas condiciones exigidas para la lectura que debe hacer el Notario: durante la mencionada lectura deben estar presentes los mismos testigos.

4.—El acto termina con las firmas de todas las personas que han intervenido. Si uno de los testigos no supiere firmar, otro de ellos firmará por él, expresándolo así (art. 1075).

271.—Testamento de carácter excepcional.—Según la jurisprudencia la ley autoriza el testamento nuncupativo solemne ante testigos sin la presencia del Notario, pero sólo como forma subsidiaria del nuncupativo, abierto o público ordinario, para el caso excepcional de que en el lugar donde ha de otorgarse el testamento no hubiere Notario o faltare este funcionario. Fuera de esta situación especial la ley no autoriza testar válidamente ante cinco testigos.

Basta y es suficiente que en el momento de testar no haya Notario en el lugar donde se testa; no hay Notario cuando se encuentra enfermo o ausente o incapacitado. En ningún caso el nuncupativo ante testigos puede convertirse en regla general. El abierto ante Notario es la forma de testar públicamente en forma ordinaria. (cas. civ. ag. 25 de 1947, LXII, p. 664; Carriosa, ob. cit., p. 219).

CAPITULO TERCERO

Testamento solemne cerrado

272.—Como su nombre lo indica, esta clase de testar es aquella en que el testador no hace sabedores de sus disposiciones ni al Notario, ni a los testigos, ni a terceros.

El testamento solemne cerrado guarda cierta semejanza con el testamento ológrafo tan familiar en el derecho francés. Sin embargo se diferencia en que la legislación patria exige dos importantes solemnidades: la de los testigos y el depósito del escrito en manos de un Notario.

Así, que tres elementos son necesarios para la validez del testamento solemne cerrado: un escrito, depósito del escrito en una Notaría y concurrencia de cinco testigos.

273.—El escrito.—El escrito debe ser redactado personalmente por el testador. No se exige en nuestra ley que haya sido escrito de su propia mano. A semejanza de lo que se exige del escrito que constituye el testamento ológrafo en el derecho francés, la escritura privada del testamento cerrado “debe emanar ciertamente de la voluntad consciente de su autor”.

De manera que puede haber ordenado a otra persona su confección. Y la prohibición de testar en esta forma a las personas que no saben leer ni escribir (art. 1079) se debe a que en semejante circunstancia la escritura no podría ser el reflejo exacto del pensamiento del testador quien está incapacitado para comprender el valor de los caracteres o signos que forman el escrito (Josserand, III, p. 777.)

Motivo por el cual las personas que sepan leer pero no escribir pueden otorgar esta clase de testamento. Obsérvese bien que el 1079 prohíbe testar en esta forma sólo a las personas que no sepan “leer y escribir”.

De manera que se distingue la simple “ayuda material” en el escrito de la “colaboración preponderante”. La primera está permitida a condición de que reproduzca exactamente el pensamiento del testador; la segunda acarrea la invalidez del acto (Josserand, III, p. 777).

El testamento puede ser redactado a mano o mediante procedimientos mecánicos. Finalmente, el testador puede servirse de los modelos o fórmulas preparados por un tercero (Josserand, III, p. 778).

En cuanto al contenido del escrito en general debe ser el mismo de la escritura pública que constituye el testamento público. El escrito deberá estar firmado por el testador.

Deberá estar igualmente guardada dentro de una cubierta o sobre; dicha cubierta o sobre se cerrará exteriormente de manera que no pueda extraerse el testamento escriturario sin romper la cubierta. Queda al arbitrio del testador estampar un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta (art. 1080, incs. 2º y 3º).

274.—II.—El depósito del escrito ante un Notario en presencia de los testigos.—Según el 1080 del código “lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al Notario y los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el Notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento”.

“Los mudos podrán hacer esta declaración, escribiéndola a presencia del Notario y los testigos” (1080).

El Notario procederá acto seguido a expresar sobre la cubierta que contiene el escrito testamentario, bajo el epígrafe **testamento**, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos, y el lugar, día, mes y año del otorgamiento.

Termina el otorgamiento por las firmas del testador, de los testigos y del Notario, sobre la cubierta.

Si el testador no pudiere firmar al tiempo del otorgamiento, firmará por él otra persona diferente de los testigos instrumentales, y si alguno o algunos de los testigos no supiere o no quisiere firmar, lo harán los otros por los que no supieren o no pudieren hacerlo, de manera que en la cubierta aparezcan siempre siete firmas: la del testador, las de los cinco testigos y la del Notario.

Durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo Notario y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos en que algún accidente así los exigiere (art. 1080).

275.—El Notario deberá extender una escritura pública del acto de depósito y otorgamiento.—Esta es una nueva formalidad instituida por el art. 1º de la Ley 36 de 1931. “Inmediatamente después del acto en que el testador presente al Notario y a los testigos la escritura pública en que declara que se contiene su testamento, según el artículo 1080 del Código Civil, se deberá extender una escritura pública en que conste el lugar, día, mes y año de la constitución del testamento cerrado; el nombre y apellido del Notario; el nombre y apellido, domicilio y vecindad del testador y cada uno de los testigos; la edad del otorgante, la circunstancia de hallarse éste en su entero y cabal juicio, el lugar de nacimiento y la nación a que pertenece (art. 1º).

“En el mismo instrumento se consignará una relación pormenorizada de la clase, estado y forma de los sellos, marcas y señales que como medios de seguridad contenga la cubierta (art. 2º).

“La escritura de que trata los artículos anteriores debe ser firmada por el testador, los cinco testigos y el Notario (artículo 3º).

“Copia de esta escritura debe acompañarse a la solicitud de apertura y publicación del testamento” (art. 4º).

276.—Personas que sólo pueden otorgar esta clase de testamentos.—Según el 1081 “Cuando el testador no pudiere enten-

der o ser entendido de viva voz, sólo podrá otorgar testamento cerrado."

Vale decir, los sordos quienes no pueden entender de viva voz, y los mudos, quienes no pueden ser entendidos en esa forma.

Si es un mudo el testador escribirá de su letra, sobre la cubierta, la palabra **testamento**, o la equivalente en el idioma que prefiere, y hará del mismo modo la designación de su persona, expresando, a lo menos, su nombre, apellido y domicilio y la nación a que pertenece; y en los demás casos se observará las reglas expuestas (art. 1081, inc. 2º).

Igualmente quienes hablan un idioma diferente al nacional, sólo pueden testar en esta forma; no pueden otorgar el testamento público o abierto.

CAPITULO CUARTO

Apertura del testamento solemne y sanción por ausencia de formalidades

277.—I.—Apertura.—La apertura del testamento solemne sólo puede hacerse una vez que se haya abierto la sucesión del causante.

1.—En todos los casos en que el Juez haya de proceder a la apertura y publicación de un testamento, se cerciorará previamente de la muerte del testador. Exceptúanse los casos en que, según la ley, deba presumirse la muerte (art. 1066 del c. c.).

2.—La apertura y publicación de cualquier testamento solemne, se hará ante el Juez del último domicilio del testador; pero si no fueren hallados allí el Notario y los testigos que deban reconocer sus firmas, aquellos actos tendrán lugar ante el Juez que designen las leyes de procedimiento (art. 1065 del Código Civil).

3.—El único testamento que no necesita del reconocimiento de las firmas del Notario y testigos, es el nuncupativo o abierto otorgado ante Notario. Todos los demás necesitan de dicho reconocimiento en la forma prescrita por los artículos 921 y siguientes del Código Judicial.

4.—Si el testamento público o nuncupativo ha sido otorgado ante cinco testigos, en la forma excepcional que permite la ley, será necesaria su publicación en la siguiente forma:

El Juez competente hará comparecer los testigos para que reconozcan sus firmas y la del testador.

Si uno o más de ellos no compareciere por ausencia u otro impedimento, bastará que los testigos instrumentales presentes

reconozcan la firma del testador, la suyas propias y las de los testigos ausentes.

En caso necesario, y siempre que el Juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del testador y de los testigos ausentes, por declaraciones juradas de otras personas fidedignas.

En seguida pondrán el Juez y su Secretario sus rúbricas en cada página del testamento nuncupativo, expresando su fecha, lo mandará pasar con lo actuado, al respectivo Notario, previo el correspondiente registro (art. 1077 del c. c.).

5.—El testamento solemne cerrado también necesita ser publicado. Una vez que sea presentado al Juez, se citará al Notario y los testigos para que reconozcan sus firmas y la del testador, declarando, además, si en su concepto está cerrado, sellado o marcado, como en el acto de la entrega.

Si no pueden comparecer todos los testigos, bastará que el Notario y los testigos instrumentales presentes, reconozcan sus firmas y la del testador, y abonen las de los ausentes.

No pudiendo comparecer el Notario o funcionario que autorizó el testamento, será reemplazado para la diligencia de apertura por el Notario que el Juez elija.

En caso necesario, y siempre que el Juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del Notario y testigos ausentes, por declaraciones juradas de otras personas (artículo 1082 del c. c.).

Verificado lo anterior, el Juez procede a la apertura del testamento cerrado en presencia de quienes concurren a dicho acto, extrayendo el escrito o pliego contenido en la cubierta; procede a leerlo de modo que oigan todos los concurrentes, y luego lo rubrica con media firma junto con el secretario en cada una de sus hojas, y en la cubierta anota el estado en que se halla, y dispone que, previo registro, se protocolice con lo actuado en la correspondiente Notaría (art. 923 del c. j.).

278.—II.—Sanción para las irregularidades de los testamentos solemnes.—Estas irregularidades sólo podrán descubrirse una vez que el testamento haya sido abierto y publicado. Verdad es que el mismo testador en vida puede descubrir alguna irregularidad; no tendrá necesidad de pedir su nulidad, por cuanto le bastará revocarlo y otorgar debidamente otro. Tampoco los presuntos herederos o legatarios tienen personería para pedir la nulidad del testamento mientras viva el testador, por cuanto no son titulares de un derecho actual, sino de una simple expectativa.

De ahí el primer efecto importante de la apertura y publicación del testamento: en ese momento podrá establecerse si se

otorgó con las formalidades legales y quiénes adquieren personería para impugnarlo.

No toda irregularidad del testamento acarrea su nulidad; sobre este particular ha sido severa la jurisprudencia; únicamente determinadas irregularidades consideradas como esenciales acarrean la invalidez.

Nosotros contemplamos ahora exclusivamente las irregularidades por ausencia de formalidades y no aquellas por falta de alguno de los elementos constitutivos (capacidad, consentimiento sano, objeto y causa).

Desde este punto de vista nuestra jurisprudencia ha clasificado las nulidades del testamento en dos clases: nulidades internas y nulidades externas. Las primeras son relativas a los elementos constitutivos, por ejemplo de los vicios del consentimiento, estado de demencia del testador en el momento de testar, etc. Las segundas, es decir, las externas, hacen relación al no cumplimiento de las formas prescritas por la ley, por ejemplo la presencia de sólo cuatro testigos en el testamento solemne cerrado.

El artículo 11 de la Ley 95 de 1895, que reemplazó el 1083 del código, prescribe las nulidades externas: "El testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno.

"Con todo, cuando se omitiere una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1073, en el inciso 4º del 1080, y en el inciso 2º del 1081, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda de la identidad personal del testador, Notario o testigos."

Dada la importancia de esta materia y siguiendo la jurisprudencia, vamos a pasar lista a las sucesivas irregularidades que pueden afectar un testamento, discriminando las que dan lugar a su invalidez y las que no lo alteran.

279.—A).—Irregularidades que acarrean la invalidez del testamento solemne.—Tanto en el testamento nuncupativo como en el cerrado, deben realizarse cuatro formalidades que constituyen la misma esencia del testamento: 1º Que el contenido del testamento sea obra personal del testador; 2º Que el otorgamiento emane del testador y se realice en la forma prescrita por la ley; 3º Que comparezcan los testigos en el número y condiciones exigidas por la ley; 4º Que el otorgamiento se haga ante un Notario. El testamento ante testigos constituye una excepción al 4º requisito.

Las irregularidades de cualquiera de esas condiciones acarrea la inexistencia o nulidad del testamento.

280.—Primera condición. El contenido del testamento debe ser obra del testador. Identidad del mismo.—Ya hemos precisado que todo testamento es personalísimo y, por lo tanto, obra de una sola persona.

1.—Es nulo el testamento si se acredita que su contenido fue redactado por otra persona diferente al testador; o si hubo un extraño que auxilió en forma preponderante en el momento de testar al testador.

Ya hemos visto que el testador puede servirse de personal auxiliar; que la carta testamentaria puede haber sido escrita por un dependiente bajo la dirección exclusiva del testador; estos casos no constituyen irregularidades.

La Corte Suprema resolvió un caso interesante sobre este particular que ilustra notablemente esta materia. Como consecuencia del requisito esencial de que el testamento debe emanar en su totalidad del testador, prescribe el artículo 1118 del código que no tiene valor la asignación testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por sí o no, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta.

Bien: se demandó la nulidad de un testamento abierto afirmándose y probándose que el Notario al confeccionar la escritura testamentaria aclaró muchos puntos mediante preguntas y aclaraciones solicitadas al testador.

Dijo la Corte que una vez escrito el testamento y preguntado el testador por el Notario si el testamento está corriente, la respuesta de aquél no tiene incidencia en la sanción del artículo 1118, por cuanto entonces lo que hace el testador es ratificar o dar asentimiento a lo que anteriormente escribió o mandó escribir. El 1118 del código ha sido interpretado, agrega la Corte, en el sentido de considerarse que la respuesta a una pregunta del Notario, dada por el testador, sobre una asignación o sobre nombramiento de albacea, no vicia la disposición si es espontánea del testador (cas. civ., jun. 2 de 1942, LIII, 613).

2.—Todo testamento debe estar firmado por el testador. La ausencia total de firma acarrea su nulidad. Lo cual es claro: falta el signo de autenticidad requerido para acreditar que el acto emana del testador.

La firma puede ser personal o a ruego en la forma ya expuesta. Pero sólo se requiere como firma un signo que emane del testador. En este sentido la jurisprudencia ha dicho que es suficiente media firma, sin requerirse la firma entera.

Es suficiente la media firma, ha dicho la Corte, con tal que sean reconocidos el Notario y las demás personas que intervienen en su otorgamiento y que el espíritu que exige la firma del testador en el testamento no puede ser otro que el de que

ese documento que ha de producir efectos después de la muerte de aquél, lleve consigo una señal inequívoca de autenticidad (cas. civ., abr. 8 de 1942, LIII, p. 289).

281.—Segunda condición esencial: el otorgamiento en sí. Según el 1072 lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario y los testigos; o simplemente a los testigos en el caso excepcional en que se autoriza esta forma de testar.

Y en cuanto al testamento cerrado el otorgamiento consiste en el acto en que el testador presenta al Notario y los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que el Notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento. Disposiciones especiales se dictan para el testamento del ciego y el mudo.

Sin otorgamiento no hay testamento. No cabe hablarse siquiera de la nulidad, sino más bien de su inexistencia.

La jurisprudencia ha precisado en forma más concreta que el código el acto del otorgamiento en sí.

1.—En los testamentos abiertos el otorgamiento consiste en la lectura en alta voz del testamento. En los abiertos ante Notario, en la lectura que haga éste; durante la lectura deben estar presentes el testador y testigos en forma que lo oigan al tiempo.

Por tanto, es nulo el testamento cuando el Notario no procedió a su lectura; o cuando lo leyó primero a unos testigos y después o otros. Desde luego que pueden haber varias lecturas: una por el Notario, la que es necesaria, y otra por alguno de los testigos o el mismo testador, la que no es necesaria. La lectura que cada testigo haga por su cuenta no es otorgamiento.

2.—En los testamentos ante cinco testigos se requiere la lectura en alta voz por alguno de los testigos, en las mismas condiciones que la del abierto ante Notario.

Por estas circunstancias ni el mudo ni el sordo pueden testar nuncupativamente.

En varias sentencias ha dicho la Corte Suprema en forma clara, que es la lectura lo que constituye la esencia del testamento abierto en la forma expuesta. Nada más es necesario. "La ley exige que el testamento abierto sea leído en alta voz por el Notario cuando éste concurre al acto; pero este artículo (1074) no prescribe que se deje constancia de tal formalidad en el testamento. De suerte que lo que constituye la nulidad es la omisión de la lectura en alta voz, pero no el haberse dejado de expresar en el testamento esta formalidad" (cas. civ., ag. 30 de 1939, XXX, p. 165).

También ha dicho que la redacción o escritura del testamento abierto por el Notario no es el otorgamiento, al cual pueden comparecer o no los testigos.

De la misma manera, el otorgamiento en los testamentos abiertos ante cinco testigos consiste esencialmente en su lectura en alta voz por el testigo que indique el testador.

3.—El otorgamiento del testamento del ciego exige algo más: dos lecturas del testamento, una por el Notario y otra por uno de los testigos escogidos por el testador. Una sola lectura acarrea la nulidad.

282.—Del otorgamiento en los testamentos cerrados.—Este se precisa por el artículo 1080 con la salvedad especial para el testamento del mudo y el testamento del que no sabe el idioma nacional (inc. 2º del 1081).

Es la sola presentación del escrito guardado en una cubierta ante el Notario y los testigos, con la declaración de viva voz de que en dicho escrito se contiene su testamento, lo que constituye el otorgamiento.

Natural es que dicho otorgamiento debe ser probado; de ahí la necesidad de que el Notario escriba sobre la cubierta las especificaciones a que hace referencia el 1080.

La Ley 36 de 1931 creó una nueva formalidad para el testamento cerrado o sea la redacción de una escritura pública. Mas esta escritura es ajena al otorgamiento y en consecuencia su omisión no acarrea la nulidad.

La sentencia de la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, de abril 12 de 1940 dijo que la escritura pública de que habla la citada ley de 1936 no constituye un requisito *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*; se trata de un requisito no esencial, destinado a dar mayor autenticidad y fijeza al respectivo acto, con el principal objeto de facilitar su demostración y existencia. "La omisión de la escritura a que alude la Ley 36 citada, no acarrea la nulidad absoluta del acto testamentario" (g. j., t. XLIX, p. 236 s.).

283.—Tercera condición: la presencia de los testigos.—En el testamento abierto ante Notario son necesarios tres testigos; en el abierto ante testigos y en el solemne cerrado cinco testigos. El primer testamento otorgado ante dos testigos o uno de los segundos ante cuatro es nulo.

Igualmente los testigos deben ser hábiles; la única excepción de habilidad putativa es la contemplada en el artículo 1069; y sólo tiene valor para un testigo. Así, un testamento solemne cerrado donde dos de los testigos resultan inhábiles, necesariamente es nulo.

Por otra parte, una persona no puede a la vez firmar a ruego

del testador y servir de testigo. Esto se exige en forma clara para el testamento cerrado (art. 1080, inc. 6º). En cambio, unos testigos pueden firmar a ruego por otro de los testigos que no pudieren firmar.

En cuanto al testamento abierto ante testigos la Corte Suprema aplicó por analogía la citada disposición del 1080, es decir, que un testigo no puede a la vez firmar a ruego del testador.

En la sentencia de Casación Civil de octubre 18 de 1944 se anuló un testamento solemne otorgado ante cinco testigos, pero en donde uno de ellos aparecía firmando a ruego del testador. "Podría decirse que habiendo 5 personas que se han hecho sabedoras de las disposiciones del testador aun cuando sólo cuatro de ellas figuren como testigos, y el otro, que ha firmado en representación del testador, se han llenado los requisitos del artículo 1071. Pero no es así. La ley en materia de testamento y de las condiciones que éstos deben llenar, es rigurosa. La falta de una de esas condiciones acarrea nulidad.

"Hay una razón de analogía tan imperiosa para interpretar el artículo 1071 en el sentido literal de que el testamento solemne, no otorgado ante Notario, requiere necesariamente la presencia y firma de 5 testigos, y es el texto del aparte 6º del artículo 1080" (g. j. t. LVIII, p. 70 s).

284.—Cuarta condición: el Notario.—Tanto el testamento abierto como el cerrado deben otorgarse ante un Notario, excepción hecha del testamento ante testigos en los lugares donde no hubiere Notario.

Es inexistente el testamento otorgado ante un funcionario diferente, por ejemplo un Juez o un Alcalde.

285.—Algunas otras formalidades esenciales.—Reunidas las cuatro condiciones esenciales, la falta de alguna otra formalidad no genera la nulidad. Sin embargo, algunas pueden tener influencia directa, ya para deducir la identidad del testador; o saber el mismo contenido del testamento; o precisar la fecha del otorgamiento, especialmente del testamento otorgado ante testigos.

En cuanto al testamento abierto ante Notario o el cerrado no se presentará problema alguno acerca de la fecha de su otorgamiento: ésta será la misma del día del otorgamiento ante el Notario.

En el testamento cerrado no interesa la fecha en que el testador haya confeccionado su escritura; tampoco si no puede saberse; en todos los casos rige en forma exclusiva la fecha del otorgamiento ante el Notario. Lo que es importante hacer resaltar, por cuanto esa fecha será la que hay que tener en

cuenta para saber el estado mental del testador, la habilidad o inhabilidad de los testigos, la ley que rige las formalidades del testamento en el evento de una ley nueva que suprima algunas de las existentes o establezca otras nuevas.

La ley prescribe en ciertos casos que el Notario deje constancia expresa en la carta testamentaria del cumplimiento de ciertas formalidades o en la cubierta de un testamento cerrado. Así, en tratándose del testamento nuncupativo del ciego, establece la frase final del 1076, que en cuanto a la solemnidad de su otorgamiento consistente en dos lecturas, una por el Notario y otra por uno de los testigos escogidos por el testador, se haga "mención especial de esta solemnidad en el testamento"; dicha constancia podrá consistir en la cláusula en virtud de la cual se cumplió lo prescrito por el artículo 1076 del código. Refiriéndose el 1075 a la firma del testador en el testamento nuncupativo, dice que si no supiere o no pudiere firmar, "se mencionará en el testamento esta circunstancia, expresando la causa".

Vamos a precisar si el cumplimiento de esas formalidades, pero de las cuales no se deja constancia en el testamento cuando lo ordena en forma expresa la ley, se genera o no la nulidad. Por ejemplo: en el testamento de un ciego en que el Notario lo lee y en seguida uno de los testigos escogido por el testador, cumpliéndose correctamente la formalidad del otorgamiento, pero en donde no se dice si se cumplió, ¿nos encontramos, en este caso concreto, ante un testamento anulable?

Siguiendo la jurisprudencia parece deducirse que en un caso como el planteado, el testamento sería anulable. En la sentencia de casación civil de 30 de agosto de 1923, se dice: "Un instrumento público no deja de ser válido porque en él no se haya dicho que se cumplieron las formalidades exigidas para su validez, si la ley no ordena que se deje constancia en el instrumento del cumplimiento de ellas." "La ley exige que el testamento abierto sea leído en alta voz por el Notario cuando éste concurre al acto; pero este artículo no prescribe que se deje constancia de tal formalidad en el testamento. De suerte que lo que constituye la nulidad es la omisión de la lectura en alta voz, pero no el haberse dejado de expresar en el testamento esta formalidad" (g. j. t. XXX, p. 165). Esta doctrina fue reproducida por la sentencia de casación de 23 de julio de 1945 (g. j. t. LIX, p. 369).

Algunos autores nacionales se pronuncian por la nulidad en el ejemplo planteado (Carrizosa, ob. cit. p. 244). "Es de claridad palmar, que no advertir el cumplimiento de una solemnidad de aquellas cuya mención expresamente se requiere, produce, irremisiblemente, la presunción de que no fue cumplida;

y sin que sea dable ofrecer prueba de haber sido llenada, por cuanto la obligación de mencionarla tanto vale como erigir el testamento mismo como único medio de prueba de la solemnidad referida."

Esta tesis debe rechazarse en nombre de la misma ley y de los principios generales. Efectivamente: el artículo 11 de la Ley 95 de 1890 prescribe sobre nulidad del testamento: "El testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno." De manera que lo que puede engendrar nulidad de un testamento es la omisión de las formalidades, y no su constancia de cumplimiento en el testamento. Por otra parte, las nulidades son de interpretación restrictiva; no pueden crearse nuevas nulidades mediante una interpretación extensiva o analógica de la misma ley. Tanto más en el testamento, acto que está destinado a producir sus efectos después de la muerte del testador; por tanto es de aplaudir la jurisprudencia que en forma reiterada predica esta regla general. No hay nulidades sin un texto expreso que las consagre.

CAPITULO QUINTO

Del testamento solemne otorgado en país extranjero

286.—Los colombianos en el exterior pueden testar en una de estas dos formas: 1) Ajustándose a las formalidades que exige la ley del país donde se encuentren; 2) Ajustándose a las formalidades de la ley colombiana.

Así, un colombiano residente en Francia, puede testar según las formalidades exigidas para la validez del testamento ológrafo en la legislación francesa; también puede testar según las formalidades de los testamentos solemnes de nuestra legislación.

Ambas clases de testamentos son válidos y pueden producir sus efectos ante los tribunales colombianos, previas las explicaciones que siguen.

287.—I.—Testamento otorgado según las formalidades de la ley extranjera.—Estos testamentos pueden producir efectos en el país a condición de que se ajusten a las formalidades plenas de la ley extranjera; vale decir, que ante dicha ley sean válidos. Dicha validez se explica por el imperio de la regla de derecho internacional privado *locus regit actum*. Mas la regla hace mérito únicamente en cuanto a los requisitos de forma, no en cuanto a los de fondo.

Según el artículo 21 del código "La forma de los instrumen-

tos públicos se determina por la ley del país en que, hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas por el código judicial..." "La forma se refiere a las solemnidades externas, a la autenticidad, al hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese."

El 1084 del código hace una aplicación concreta al testamento solemne otorgado según la ley extranjera, al decir que valdrá en el país el testamento escrito otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria.

Claramente, pues, el 21 y 1080 del código dan valor a la regla *locus regit actum* sólo respecto a las formalidades requeridas para la validez del testamento; no a los elementos de fondo. En cuanto a la capacidad, estado civil, etc., se aplica la ley nacional, descartándose la ley extranjera. Es lo establecido por el artículo 19 del código según el cual los colombianos residentes en el exterior permanecerán sujetos a las leyes nacionales: 1º En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efectos en el país; 2º En las relaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, etc.

Así, no será válido en el país el testamento otorgado en el exterior, en el cual un colombiano conformándose a la ley donde testó hizo la distribución de sus bienes, cuando esa distribución no coincide con la ordenada en forma imperativa por la ley nacional. Los herederos forzosos tendrán acción para hacerlo reformar cuando el testador no respetó sus legítimas.

288.—II.—Testamento otorgado en el exterior, ajustándose a las formas de la ley nacional.—En país extranjero puede testarse siguiendo las formas de los testamentos solemnes de la ley positiva, a condición de que se llenen estas condiciones:

1.—Que se trate de un colombiano o de un extranjero domiciliado en el país;

2.—Que sea autorizado por un Ministro Diplomático de Colombia o de una nación amiga, por un Secretario de Legación que tenga título de tal, expedido por el Presidente de la República, o por un cónsul que tenga patente del mismo; pero no valdrá si el que lo autoriza es un vicecónsul. En el testamento se hará mención expresa del cargo y de los referidos título y patente;

3.—Que los testigos sean colombianos o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento;

4.—Que se observen las mismas formalidades del testamento solemne de la ley colombiana;

5.—Que el testamento lleve el sello de la legación o consulado;

6.—Que el testamento que no haya sido otorgado ante un Jefe de Legación, lleve el **visto bueno** de este jefe, si lo hubiere; si el testamento fuere abierto, al pie; y si fuere cerrado, sobre la carátula; y que dicho jefe ponga su rúbrica al principio y al fin de cada página cuando el testamento fuere abierto;

7.—Que en seguida se remita por el Jefe de la Legación, si lo hubiere, y si no directamente por el Cónsul, una copia del testamento abierto, o de la carátula del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores de la República, y que abonando éste la firma del Jefe de la Legación o la del Cónsul, en su caso, pase la copia al Notario del último domicilio del testador (artículo 1085 del c. c.).

289.—Apertura del testamento otorgado en el extranjero. En cuanto al testamento otorgado en el exterior conformándose a las formalidades de la ley extranjera se abrirá y publicará según la ley procesal de ese país. En cuanto al otorgado en el exterior, según la legislación colombiana debe abrirse y publicarse ante una de las mismas personas ante quienes puede otorgarse y siguiendo los trámites del Código Judicial (arts. 927 a 932).

CAPITULO SEXTO

Testamentos privilegiados

290.—Estos testamentos son los llamados testamentos “menos solemnes”, es decir, aquellos en que pueden omitirse algunas de las solemnidades de los “más solemnes” acabados de estudiar, “por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley” (art. 1064).

Estos testamentos se caracterizan por estas notas: 1º Constituyen normas de excepción que derogan las del derecho común; 2º Son siempre solemnes, pues, han de ajustarse a las formas prescritas por la ley; 3º Como normas excepcionales es necesario estudiar en cada caso concreto si el testador estuvo o no en imposibilidad de conformarse con las reglas comunes; el uso de estas formas testamentarias no pueden depender del capricho de los testadores; puede recurrirse a ellas cuando en razón de las circunstancias no pueden emplearse las formas estudiadas; 4º Tienen un valor provisional: si el testador fallece dentro de determinado plazo, el testamento adquiere

plena validez; si no falleciere y desaparecieren las circunstancias que lo motivaron caduca el testamento en un plazo breve.

La ley positiva reconoce tres clases de testamentos privilegiados: el verbal, el militar y el marítimo. Estudiaremos en su orden estos testamentos, analizando previamente las formalidades comunes a todos ellos.

Nº 1º

Formalidades comunes a los testamentos privilegiados

291.—Formalidades relativas a los testigos.—Se derogan las reglas generales, en el sentido de que puede servir de testigo en un testamento privilegiado “toda persona de sano juicio, hombre o mujer, mayor de diez y ocho años, que vea, oiga y entienda al testador” y que no haya sido condenado a una pena privativa de la libertad de cuatro o más años. “Se requerirá, además, para los testamentos privilegiados escritos, que los testigos sepan leer y escribir. Bastará la habilidad putativa con arreglo a lo prevenido en el artículo 1069” (art. 1088 del Código Civil).

Nos basta observar que no se tienen en cuenta las demás inhabilidades enunciadas para los testamentos solemnes, como los vínculos de parentesco, de dependencia, etc. Sólo se tiene en cuenta la edad, el estado mental y orgánico, el estado moral.

292.—Formalidades del otorgamiento.—“En los testamentos privilegiados el testador declara expresamente que su intención es testar: las personas cuya presencia es necesaria, serán unas mismas desde el principio hasta el fin; y el acto será continuo, o sólo interrumpido en los breves intervalos que algún accidente así los exigiere” (art. 1089 del c. c.).

Sólo estas solemnidades son necesarias y las que se digan a continuación para cada clase de testamento privilegiado.

Nº 2º

Testamento verbal

293.—Como su nombre lo indica, es que él no consta en escrito alguno sino de viva voz.

1.—Ante qué personas se puede testar verbalmente.—El testamento verbal será presenciado por tres testigos, a lo menos (art. 1090 del c. c.).

2.—Cómo se otorga.—El testador debe hacer de viva voz sus declaraciones y disposiciones, de manera que todos lo vean, oigan y entiendan.

El otorgamiento consiste en la declaración de voluntad del testador de su intención de testar y en la institución de herederos o legatarios que hayan de recoger sus bienes. Desde el principio hasta el fin deben escucharlo unas mismas personas.

3.—Casos en que se puede testar verbalmente.—El testamento verbal no tendrá lugar sino en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne (art. 1092 del c. c.).

No se exige para que pueda procederse al otorgamiento del testamento verbal que no haya tiempo o modo de otorgar testamento solemne, sino que la inminencia del peligro de muerte en que se halla el testador, parezca que no haya cómo ni cuándo extender ese testamento (cas. civ., jun. 26 de 1940, XLIX, 561).

Por sí sola la circunstancia de haber un Notario en el mismo lugar del otorgamiento del testamento verbal y la de hallarse aquél a la hora de éste en su Despacho, no es óbice para la validez del testamento verbal (cas. civ., abril 8 de 1938, XLVI, 287).

Debe existir el peligro inminente de muerte del testador para apreciar la validez del testamento verbal; éste es un acto autorizado para esa circunstancia extraordinaria (cas. civ., mayo 18 de 1942, LIV, 37). No obstante, debe emanar en su totalidad del testador; si el peligro inminente de muerte ha quitado el uso pleno de sus facultades mentales el testamento carece de valor.

No puede testar verbalmente quien debiendo someterse a una operación quirúrgica tema morir a consecuencia de ella, si en el lugar existe Notario; o aun cuando no exista, es posible testar nuncupativamente ante testigos. Salvo naturalmente los casos extremos de operaciones quirúrgicas que no pueden demorarse, como las que son necesarias a consecuencia de un accidente.

294.—Caducidad del testamento verbal.—Dos circunstancias diferentes producen la caducidad del testamento verbal.

1ª Si el testador falleciere después de los treinta días subsiguientes al otorgamiento. Por cuanto en este tiempo ha podido otorgarse un testamento solemne ordinario.

2ª Cuando a pesar de haber fallecido el testador dentro de los treinta días siguientes al día del otorgamiento del testamento, éste no se hubiere puesto por escrito, "con las formalidades que van a expresarse, dentro de los treinta días siguientes al de la muerte" (art. 1093 del c. c.).

295.—Necesidad de hacer constar el testamento verbal por escrito.—La ejecución del testamento verbal no puede dejarse a la memoria de los testigos; necesario es proceder a formalizar en un escrito según ordenan los artículos 1094 y 1095.

I.—El Juez del Circuito en que se hubiere otorgado un testamento verbal a instancia de cualquiera persona que pueda tener interés en la sucesión y con citación de los demás interesados, residentes en el mismo circuito, tomará declaración jurada a los individuos que lo presenciaron como testigos, y a todas las otras personas cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer los puntos siguientes:

1º El nombre, apellido y domicilio del testador, el lugar de su nacimiento, la nación a que pertenecía, su edad y las circunstancias que hicieron creer que se hallaba en peligro inminente;

2º El nombre y apellido de los testigos instrumentales, y el lugar de su domicilio;

3º El lugar, día, mes y año del otorgamiento (art. 1094).

II.—Los testigos instrumentales depondrán sobre los puntos siguientes:

1º Si el testador parecía estar en su sano juicio;

2º Si manifestó la intención de testar ante ellos;

3º Sus declaraciones y disposiciones testamentarias (art. 1095).

296.—Necesidad de decreto judicial aprobando el testamento verbal.—Las anteriores declaraciones se enviarán al Juez del último domicilio del testador, si no lo fuere el que las ha recibido.

El Juez competente para conocer del juicio de sucesión, si encontrare que se han observado las solemnidades prescritas, y que en la información aparece claramente la voluntad del testador, fallará que, según dicha información, el testador ha hecho tales asignaciones y tal distribución de bienes (es decir, el contenido del testamento conforme a las declaraciones de los testigos instrumentales); y mandará que valgan dichas declaraciones y disposiciones como testamento del difunto, y que se protocolicen como tal.

No se mirarán como declaraciones y disposiciones testamentarias sino aquellas en que los testigos que asistieron por vía de solemnidad estuvieren conformes (art. 1096).

El testamento consignado en el decreto judicial, protocolizado, podrá ser impugnado de la misma manera que cualquier otro testamento auténtico (art. 1097).

Nº 3º

Testamento militar

297.—El testamento militar es escrito siempre. Se organiza únicamente para los militares en tiempo de guerra.

1º Gozan del privilegio del testamento militar, no sólo éstos

sino todas las demás personas, como voluntarios, sirvientes, rehenes y prisioneros que pertenecieren al "cuerpo de expedición".

2.—Puede testarse nuncupativamente o mediante testamento cerrado. Y se otorga el testamento ante un capitán, un oficial de grado superior al de capitán, un intendente del ejército, comisario o auditor de guerra.

Si, además, quien desea testar estuviere enfermo o herido, podrá ser recibido su testamento por el capellán, médico o cirujano que le asista; y se hallare en un destacamento, por el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán (artículo 1098 del c. c.).

Si se testa nuncupativamente son necesarios tres testigos; si el testamento es cerrado se requieren cinco testigos.

3.—El testamento será firmado por el testador, si supiere y pudiese escribir, por el funcionario que lo ha recibido, y los testigos (art. 1099).

4.—Para testar militarmente será preciso hallarse en una expedición de guerra, que esté actualmente en marcha o campaña contra el enemigo, o en guarnición de una plaza actualmente sitiada (art. 1100).

5.—El testamento militar deberá llevar el **visto bueno** del jefe superior de la expedición o del comandante de la plaza, si no hubiere sido otorgado ante el mismo comandante o jefe, que vaya rubricado al principio y fin de cada página por dicho jefe o comandante, y que la firma de éste sea abonada por el Ministro le Guerra (art. 1102).

6.—Finalmente, deberá remitirse al Notario del último domicilio del testador; si se ignorare, a uno de los Notarios de la respectiva capital del departamento donde se hubiere testado.

298.—Caducidad del testamento militar.—Si el testador falleciere antes de expirar los noventa días siguientes a aquel en que hubieren cesado, con respecto a él las circunstancias que habilitan para testar militarmente, valdrá su testamento como si hubiere sido otorgado en la forma ordinaria.

Si el testador sobreviviere a este plazo, caducará el testamento (art. 1101 del c. c.).

Nº 4º

Testamento marítimo

299.—Se autoriza este testamento únicamente a bordo de un buque colombiano de guerra en alta mar. Pueden hacer uso de esta forma de testar no sólo la oficialidad y tripulación, sino también cualesquiera otras personas que se hallaren a bordo del buque.

Se puede otorgar testamento nuncupativo o cerrado cumpliéndose las respectivas formalidades. El testamento será recibido por el comandante o por su segundo.

El testamento marítimo no valdrá sino cuando el testador hubiere fallecido antes de desembarcar, o antes de expirar los noventa días subsiguientes al desembarque.

En los buques bajo bandera colombiana, sólo podrá testarse nuncupativamente (más detalles: arts. 1105 a 1112 del c. c.).

300.—Las personas que pueden otorgar testamento militar o marítimo también pueden otorgar testamento verbal, si se hallaren en inminente peligro de muerte (arts. 1103 y 1110 del c. c.). Pero esta clase de testamento caducará por el hecho de sobrevivir al peligro. Las informaciones de los testigos instrumentales y demás personas que hayan escuchado el testamento verbal serán las mismas autorizadas para recibir el testamento militar o marítimo.

SECCION CUARTA

Revocación y caducidad del testamento

301.—Hemos dicho que el testamento es un acto esencialmente revocable. Constituido por el acto de una sola voluntad, un acto en sentido contrario puede revocarlo, dejarlo sin efectos. Ambos actos, tanto el del otorgamiento como el de la revocación son esencialmente personales.

Cuestión diferente es cuando un testamento pierde su eficacia por alguna causal de nulidad; pero, entonces nos encontramos ante un testamento no formado válidamente. Pero el válidamente otorgado no puede invalidarse sino por la revocación del testador (art. 1270 del c. c.).

Esta regla se aplica a todos los testamentos otorgados regularmente. Exceptúanse los testamentos privilegiados los cuales son susceptibles de caducar cuando desaparece el peligro o la circunstancia que los hizo necesarios y el testador no lo ratifica sometiendo a los requisitos normales su última declaración de voluntad (art. 1270 del c. c., inc. 2º). Vimos que el testamento verbal caduca en dos circunstancias: cuando el testador fallece después de los treinta días siguientes al otorgamiento, sin haberlo reemplazado por un testamento solemne; y cuando a pesar de haber fallecido dentro de los treinta días siguientes al día del otorgamiento, éste no se hubiere puesto por escrito.

Es, pues, cosa diferente la revocación de la caducidad. Esta última indica que un testamento privilegiado pierde su eficacia sin necesidad de una declaración de voluntad expresa o tá-

cita del testador; basta y es suficiente el simple transcurso del tiempo unido a la desaparición de la circunstancia extraordinaria que lo motivó para que desaparezca.

Mas el testamento privilegiado sometido a la caducidad puede ser revocado libremente por el testador. Este puede revocar el testamento verbal dentro de los treinta días siguientes al de su otorgamiento.

Los testamentos solemnes, públicos o cerrados, no están sometidos a la caducidad; lo que equivale a decir que dichos testamentos no están sometidos a la prescripción extintiva. Sin embargo, de hecho pueden variar profundamente las circunstancias existentes en el momento de testar; ello puede traer por consecuencia la invalidez de aquellas cláusulas testamentarias plenamente válidas en el día de su otorgamiento. Supongamos que una persona testa ajustándose en un todo a la ley en lo relativo a asignaciones forzosas, dejando sus bienes a sus padres legítimos, únicos legitimarios en el momento de otorgarse el testamento. Pero posteriormente ese testador contrae matrimonio y tiene hijos legítimos; además, en el momento de morir, los legitimarios instituidos habían fallecido. Este es un caso elocuente de caducidad del testamento en forma total; mas caducó no por el transcurso del tiempo sino por haber desaparecido las circunstancias que lo motivaron.

302.—La revocación del testamento puede ser total o parcial, expresa o tácita.—La revocación puede ser total o parcial. (artículo 1270, inc. 3º); puede ser revocado expresamente en todo o en parte; puede ser revocado tácitamente (art. 1271 de c. c.).

La revocación expresa del testamento requiere el otorgamiento de otro testamento de la misma naturaleza al revocado. El testamento solemne puede revocarse por otro testamento solemne. El solemne cerrado puede revocarse por otro cerrado o por uno público. El testamento no puede revocarse por un acto diferente al testamentario, como lo sería una simple escritura pública. Nuestra legislación sobre el particular es clara, evitando toda duda o confusión. **La revocación del testamento requiere un acto sometido a las mismas formalidades testamentarias, es decir, otro testamento.**

Debemos agregar que un testamento puede contener cláusulas no susceptibles de revocación, como el reconocimiento de un hijo natural; pero todo lo relativo a la distribución de bienes es esencialmente revocable.

Hemos dicho que el testamento solemne debe revocarse por otro testamento solemne, predicando implícitamente que un testamento solemne no puede revocarse por uno privilegiado. Empero, la ley, en principio, establece la posibilidad de esa clase

de revocación, advirtiendo que la caducidad del testamento privilegiado hace caducar la revocación del solemne y, por tanto, subsiste el anterior (art. 1271, inc. 2º).

Lo que equivale a decir que cuando el testamento privilegiado produjo plenos efectos al no caducar, vale la revocación del testamento solemne y la sucesión se rige por el privilegiado. Pero si éste alcanzó a caducar, sobrevive el solemne y por él se rige la sucesión.

Se trata de una revocación condicional; no de una revocación pura y simple.

303.—Efectos de la revocación del testamento.—El efecto principal es el de que revocado formalmente un testamento no revive por la revocación del testamento de revocación; se requiere un nuevo acto testamentario expreso (art. 1272 del c. c.). La única excepción a esta regla es la acabada de indicar para el testamento privilegiado que revoca uno solemne.

Cabe preguntarse: ¿Si se decreta la nulidad de un testamento de revocación sobrevive el testamento revocado, si por lo demás, reúne las formalidades para su validez?

Aplicando los principios generales del derecho parece que en un caso de estos sobrevive el testamento revocado. La nulidad precisamente borra todos los efectos del testamento anulado; se supone que no existió. Además, la revocación es un acto solemne sometido a las mismas formalidades del acto testamentario; al no haberse sujetado dicha revocación a esas formalidades equivale a no haber existido.

304.—Revocación tácita de un testamento.—Una persona puede testar varias veces; y no siempre que se otorgue un nuevo testamento, indica revocación del anterior. Puede suceder que el testador adquiere nuevos bienes y resuelva distribuirlos mediante un acto testamentario que no modifica el anterior; sin adquirir nuevos elementos patrimoniales puede suceder que resuelva modificar algunas de las distribuciones hechas, como aumentar la asignación a un asignatario; aclarar otras, etc.; pero sin revocar el testamento anterior.

En estos casos no se entiende revocado el testamento anterior tácitamente, sino sólo en aquello en que no concordaren (artículo 1273 del c. c.). Lo que nos demuestra que la revocación tácita, lo mismo que la expresa pueden ser totales o parciales.

TITULO SEGUNDO

Del sujeto del testamento (asignatarios testamentarios)

305.—Es de la esencia en todo testamento la institución de una o varias personas que deban recoger los bienes; igualmente pueden nombrarse personas que se encarguen de ejecutar las disposiciones testamentarias. Los sujetos que han de recibir bienes de la herencia se denominan asignatarios, y ya hemos visto que son los herederos y legatarios; los sujetos a quienes se encomienda el cumplimiento o ejecución del testamento son denominados “albaceas” o “ejecutores testamentarios”.

Agotaremos este título así: 1º Institución del asignatario y condiciones que debe reunir; 2º Asignatarios principales y sustitutos (estudio de la sustitución); 3º Derecho de acrecer a favor de los asignatarios; 4º De los ejecutores testamentarios; 5º De los albaceas fiduciarios.

CAPITULO PRIMERO

Institución del asignatario y condiciones que debe reunir

306.—Sin el nombramiento de personas que hayan de recibir los bienes de la herencia no hay testamento; su esencia consiste ante todo en la indicación de los sujetos a quienes han de pasar dichos bienes. Bien puede en un testamento no mencionarse bien alguno del testador; pero indicando las personas que los hayan de recibir existe testamento mediante la institución de herederos. Así, el reconocimiento de un hijo natural es un testamento, pues, equivale a instituirlo como heredero forzoso.

La institución del heredero o legatario en las legislaciones modernas, no tiene el mismo sentido que tuvo en el derecho romano. En este sistema la institución del heredero “era como la cabeza y fundamento del testamento, y según Winscheid, el elemento esencial del mismo. Anulada la institución de heredero, el testamento dejaba de existir, y era de tal importancia que debía hacerse la designación del heredero a la cabeza del testamento, pues todas las demás ordenaciones, si estaban pue-

tas antes de ella, se consideraban nulas, aunque esto último fue derogado por Justiniano" (Valverde, V, p. 161).

En el actual derecho la institución de heredero no es esencial; bien puede instituirse sólo legatarios. Tampoco es la esencia del testamento el que testador disponga de todos sus bienes; puede disponer de sólo una parte, caso en el cual la herencia se distribuirá por el testamento y por la ley, según se ha advertido.

Tampoco es óbice para la validez del testamento por la no institución de herederos, el que la ley dentro de los tres primeros órdenes hereditarios haya instituido los denominados "herederos forzosos". Porque si el testador dispuso libremente de todos sus bienes a favor de personas extrañas mediante legados, los herederos forzosos se harán atribuir previamente las cuotas que la ley les indica y que no fueron respetadas por el testador; en lo demás se cumplirá el testamento. Y si el testador hizo la distribución de sus bienes mediante legados a quienes por la ley son herederos forzosos, se avaluarán dichos legados y si corresponde su valor a la relación que resulte con el valor total de los bienes hereditarios, el testamento es plenamente válido.

307.—El asignatario debe ser una persona cierta y determinada.—El sujeto de una asignación testamentaria a título universal o singular debe ser una persona cierta y determinada,

1.—La persona designada puede ser incierta, pero fácilmente determinable. Se requiere que en el mismo testamento se hallen los elementos necesarios para su determinación. El 1113 del código advierte que es cierta la persona "ya sea que se la determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento".

Ello indica, además, que debe ser el testador quien personalmente individualice al asignatario, o que en el testamento exponga los elementos suficientes para su determinación posterior.

Está prohibido dejar la determinación del asignatario a un tercero. "La elección de un asignatario, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno", establece el 1121 del código.

Más sintéticamente: la designación del asignatario debe provenir en todos los casos de la "voluntad propia del testador".

2.—El asignatario puede ser una persona natural o jurídica. Pero en todo caso debe ser una persona. Ya vimos de cómo la ley declara incapaces de recibir como herederos o legatarios a las entidades que no tengan personalidad jurídica; es, por tanto, inválida las asignación dejada a un grupo social carente de personería jurídica.

3.—Si una asignación estuviere concebida o escrita en tales términos, que no se sepa a cuál de dos o más personas ha queri-

do designar el testador, ninguna de dichas personas tendrá derecho a ella (art. 1123 del c. c.).

308.—El asignatario debe ser designado personalmente por el testador.—Carece de validez el nombramiento de un asignatario que el testador no haya dado a conocer, de otro modo que por sí o no, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta (art. 1118 del c. c.).

309.—Excepción a la regla expuesta.—No obstante lo expuesto, existen asignaciones dejadas a una entidad que no tiene la calidad de persona; o que aunque la tenga no se encuentra determinada, ni puede determinarse.

310.—I.—Asignaciones dejadas a los pobres.—Conforme a la regla anterior, esta clase de asignaciones debieran carecer de valor, pues, "los pobres" en sí representan una entidad abstracta que carece de personería jurídica, no son un sujeto de derechos. Mas la ley sobre este particular como sobre otros se encarga de determinar el sujeto o asignatario, interpretando racionalmente la voluntad del testador, sus móviles determinantes. Como existen instituciones dotadas de personería jurídica encargadas de velar por las gentes menesterosas, por las clases desposeídas, entonces, la ley instituye como sujeto de semejante asignación a un sujeto de esa clase, es decir, los establecimientos de beneficencia. "Lo que en general se dejare a los "pobres", sin determinar el modo de distribuirlo, se aplicará al establecimiento público de beneficencia o caridad que exista en el lugar del domicilio del testador, si en dicho lugar hubiere tal establecimiento, y si no lo hubiere, se aplicará al establecimiento público de beneficencia o caridad más inmediato a dicho domicilio, salvo en los casos siguientes:

1º Cuando el testador lo prohíba expresamente;

2º Cuando haya manifestado su voluntad de dejarlo a los pobres de determinado lugar, en donde no exista establecimiento público de beneficencia o caridad" (art. 1113, inc. final).

En estos casos se procederá a cumplir la voluntad del testador, repartiendo entre las personas pobres del lugar indicado lo dejado para tal fin. Dicho repartimiento se hará en presencia del Alcalde y el Personero Municipal del distrito.

Del mencionado repartimiento "se extenderá una diligencia expresiva de la fecha en que se hace el repartimiento, de la cantidad repartida, y de los nombres y apellidos de los agraciados. Esta diligencia, que será suscrita por los funcionarios que hayan intervenido en la distribución, por los albaceas, herederos o legatarios distribuidores, y por aquellos de los agraciados que su-

pieren firmar, se agregará a los inventarios, sin cuyo requisito no serán estos aprobados por el Juez" (art. 1115 del c. c.).

311.—II.—Asignaciones al alma del testador.—Estas asignaciones favorecidas por el derecho canónico son las que conforme a las creencias de los católicos deben destinarse a la celebración de misas, rezos y cultos diversos en beneficio del alma del testador.

Nuestro código, procediendo con un criterio amplio y social digno de todo encomio, acabó con las discusiones existentes sobre esta materia en el derecho español estableciendo que "Lo que se deja al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión, se entenderá dejado a un establecimiento de beneficencia." Se sujetará a lo que en seguida diremos sobre las asignaciones dejadas a la beneficencia.

Las asignaciones al "alma del testador" no están prohibidas en otras legislaciones, pero se ha presentado el problema de saber a quién se entregan. El artículo 831 del código civil italiano, declara que las disposiciones en favor del alma del testador, genéricamente son nulas; por cuanto el alma en sí no es una persona y engendra incertidumbre subjetiva; para excluirla hay que determinar la persona que debe disponer lo referente a los actos cuya finalidad sea el sufragio del alma del finado, empleando en ello las sumas o bienes dejados por éste (Ruggiero, II, p. 1150).

Según el 747 del código español, las asignaciones dejadas al alma del testador en forma indeterminada y sin especificar su aplicación, se venderán y se distribuirá su importe, dando la mitad al diocesano de la Iglesia, y la otra mitad se destinará a los establecimientos de beneficencia del domicilio del difunto o a los más vecinos (Valverde, V, p. 178).

312.—III.—Asignaciones dejadas a la beneficencia.—Según el inciso 2º del 1113 las asignaciones a la beneficencia, aunque no se especifique el establecimiento que las haya de recibir, tendrán valor. "Las asignaciones que se hicieren a un establecimiento de beneficencia sin designarlo, se darán al establecimiento de beneficencia que el Jefe del Territorio (Gobernador) designe, prefiriendo alguno de los de la vecindad o residencia del testador" (inc. 3º del 1113 del c. c.).

Las cantidades que se recauden por este concepto se capitalizarán sea cual fuere su cuantía, y los réditos se invertirán en los gastos de los establecimientos a que correspondan (artículo 1114 del c. c.).

313.—IV.—Asignaciones a los parientes.—Lo que se deje indeterminadamente a los parientes, establece el 1122, se entenderá

dejado a los consanguíneos del grado más próximo según el orden de la sucesión legal o abintestato, teniendo lugar el derecho de representación, en conformidad con las reglas legales; salvo que a la fecha del testamento haya habido uno solo en este grado, pues entonces se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato.

314.—Personas incapaces de recibir asignaciones testamentarias.—Ya vimos qué personas son incapaces de recibir bienes hereditarios. Vamos ahora a contemplar otros casos que hacen relación a la capacidad para recibir bienes por testamento.

I.—Son incapaces de recibir bienes hereditarios el Notario que autorizare el testamento o funcionario que haga las veces de tal, o el cónyuge de dicho Notario o funcionario, o cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o sirvientes asalariados del mismo (art. 1119).

II.—Es igualmente inválida la asignación testamentaria en favor de cualquiera de los testigos instrumentales. Ya tuvimos ocasión de precisar el alcance del 1119 en su parte final en relación con el 1068 del mismo código.

CAPITULO SEGUNDO

Asignatarios sustitutos (sustitución)

315.—Conforme a las reglas expuestas el asignatario debe sobrevivir al testador. Si falleciere antes, la asignación carece de sujeto, y por tanto de valor, ya que los sujetos testamentarios deben existir en el momento de abrirse la sucesión, excepción hecha de las asignaciones sometidas a condición suspensiva, caso en el cual se exige que el asignatario viva en el momento de cumplirse la condición.

Por otra parte, el asignatario puede repudiar la asignación o hacerse indigno de recibirla; en estos eventos no tienen efecto las disposiciones testamentarias las que, como expusimos, se regirán, entonces, por la sucesión legal o abintestato.

Pero el testador si es previsivo y quiere evitar que algunas de sus cláusulas testamentarias queden sin efecto por los motivos anotados, puede instituir asignatarios o sujetos en sustitución de los nombrados principalmente o en primer lugar. Si falta el asignatario principal, la asignación pasa al sustituto; éste es un reemplazo para el principal, una especie de suplente.

También la sustitución se organiza para aquellos casos en que el testador deje un bien a una persona como asignatario principal; pero al cumplimiento de una condición pase la asignación a otra persona como asignatario sustituto. Este sustituto es un asignatario fideicomisario.

En nuestra legislación, pues, la sustitución de asignatarios testamentarios tiene dos objetivos. De ahí que la definición que le corresponda exactamente sea la misma propuesta por Valverde: "La sustitución es el llamamiento de un tercero a recibir una asignación testamentaria en defecto de otra persona o después de ella."

La primera es la directa, ordinaria o vulgar; la segunda es la "fideicomisaria".

La sustitución vulgar es definida por el código como "aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que, antes de deferírsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento, o por otra causa que extinga su derecho eventual" (art. 1215, inc. 2º).

Y la fideicomisaria en estos términos: "Sustitución fideicomisaria es aquella en que se llama a un fideicomisario que en el evento de una condición, se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria" (art. 1223).

La sustitución tuvo origen en el derecho romano; obedecía a la regla general que gobernaba la sucesión testamentaria por la institución de heredero. Si éste faltaba la sucesión se regía por la ley; entonces para evitar esta anomalía, se autorizó la institución del heredero sustituto.

En las actuales legislaciones no tiene la misma importancia ni el mismo alcance la sustitución. Puede nombrarse un sustituto ya al heredero, ya al legatario; es decir, que los sustitutos lo pueden ser a título singular o a título universal.

I

Sustitución directa o vulgar

316.—La sustitución vulgar se ha organizado con bastante amplitud en nuestra legislación. Se caracteriza por las notas siguientes:

1º Tiene lugar en todos los casos en que se haya nombrado un sustituto al principal asignatario. Se realiza aunque el testador no haya dicho en qué circunstancia debe verificarse; se realiza también cuando el testador mencionare concretamente en qué casos debe verificarse; y se realiza en aquellos otros no previstos por el testador, como cuando se nombra un sustituto para el caso de que el principal muera antes de la apertura de la sucesión, pero falta el asignatario por indignidad o repudia. Salvo que el testador haya prohibido la sustitución en determinados eventos (art. 1216 del c. c.).

Se pretende al extender la sustitución a casos no previstos por el testador o no mencionados, interpretar su probable vo-

luntad; se trata de una interpretación extensiva de esa voluntad. Pues, la sustitución tiene siempre su fundamento en el testamento; ella no tiene lugar en la sucesión legal o abintestato.

2º La sustitución directa o vulgar puede ser de varios grados. Puede nombrarse un sustituto en primer grado, uno en segundo grado y así sucesivamente. Si falta el principal, se llama al sustituto en primer grado a recoger la asignación; si falta éste, es llamado el sustituto en segundo grado (art. 1217 del c. c.).

El sustituto de segundo grado se entiende llamado en los mismos casos y con las mismas cargas que el de primer grado, sin perjuicio de lo que el testador haya ordenado a este respecto; a su vez, el sustituto de tercer grado se entiende llamado en los mismos casos y con las mismas cargas que era llamado el de segundo grado, etc. (art. 1220).

3º Para que la sustitución vulgar tenga lugar se requiere que falte el principal, ya por haber muerto antes que el testador, ya por haber repudiado. No hay sustitución cuando no falta, lo cual se verifica cuando el principal ha aceptado la herencia. "No se entiende faltar el asignatario que una vez aceptó, salvo que se invalide su aceptación" (art. 1215, inc. 3º).

4º Tanto el principal como los sustitutos pueden integrarse por varias personas. Puede dejarse una asignación a una persona e instituir como sustitutos a los hijos de otra persona; inversamente: el principal instituido pueden ser varias personas y el sustituto una sola persona; y principal y sustituto pueden ser varios a la vez (art. 1218 del c. c.).

317.—Sustitución recíproca.—El testador puede nombrar directamente varios asignatarios, estableciendo que cada uno es sustituto de los otros. Lo cual indica que si uno de ellos falta por alguna causa, por ser los otros sustitutos, acrece a ellos la parte de la asignación no recibida. Debe entenderse que si no falta ninguno de los asignatarios principales y sustitutos recíprocos, se reparte entre ellos por partes iguales la asignación si el testador no hubiere hecho una distribución diferente. Pero si la cosa asignada fue atribuida por partes desiguales, la cuota de quien se imposibilitó para recibir será recogida en proporción a la cuota o parte respectiva de los otros asignatarios.

Ejemplo: se deja una asignación a A, B, y C; a A, por la mitad, a B, por la cuarta parte y a C, por la otra cuarta. Si fallece B, esa cuarta parte pasa a A y C, así a A, en las dos terceras partes y a C, en la tercera parte. Por cuanto la cuota de A, en relación con la de C, es el doble; y en esa proporción pasa a ellos la cuota en que se sustituyen. Esta la solución inscrita en el artículo 1219: "Si se sustituyen recíprocamente tres o más asignatarios

y falta uno de ellos, la porción de éste se dividirá entre los otros a prorrata de sus respectivas asignaciones."

La sustitución recíproca no tiene mayor importancia; tanto más que el derecho de acrecer viene a realizar las mismas finalidades.

318.—Naturaleza específica de la sustitución vulgar.—La sustitución tiene cierta semejanza con la representación en la sucesión intestada o legal. En ambas, una persona pasa a ocupar el puesto que ha dejado vacante otra. Pero se diferencia fundamentalmente en que la representación reconoce como fuente exclusiva la ley y la sustitución la voluntad del testador. Por tal motivo la sustitución no tiene lugar en los casos en que normalmente tendría lugar el derecho de representación. "Si el asignatario fuere descendiente legítimo del testador, los descendientes legítimos del asignatario no por eso entenderán sustituido a éste; salvo que el testador haya expresado voluntad contraria" (art. 1221 del c. c.).

La sustitución es diferente del derecho de transmisión (*jus delationis*). Si el asignatario principal no faltó al momento de deferírsele la asignación, transmite a sus herederos la facultad de aceptarla o repudiarla si falleció antes de ejercer dicho derecho; si los herederos del asignatario principal hacen suya la asignación deferida al causante no hay sustitución; sólo en el caso de que la repudien, podrá el sustituto aceptarla y recogerla. "El derecho de transmisión excluye al de sustitución" (artículo 1222 del c. c.).

Igualmente la sustitución excluye el acrecimiento (artículo 1222 del c. c.).

319.—Efectos de la transmisión sustitutoria.—La asignación que por faltar el asignatario principal se transfiere al sustituto, llevará consigo todas las obligaciones y cargas transferibles, y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente (artículo 1126 del c. c.).

La asignación que por demasiado gravada hubieren repudiado todas las personas llamadas a ellas por el testamento, se deferirá en último lugar a las personas a cuyo favor se hubieren constituidos los gravámenes (art. 1126 del c. c., inc. 2º).

II

Sustitución fideicomisaria

320.—En la sustitución fideicomisaria, dijimos, se llama a una persona a recibir la asignación condicionalmente; al cumplimiento de una condición, la asignación pasa a un sustituto o

fideicomisario. El que recibe la asignación a la muerte del causante se llama propietario fiduciario, y aquel a quien ha de pasar definitivamente, fideicomisario.

Las mismas reglas que gobiernan la "propiedad fiduciaria" gobiernan la sustitución fideicomisaria (art. 1223 del c. c.).

El fiduciario o asignatario principal debe existir en el momento de la constitución del fideicomiso, vale decir, en el momento de la apertura de la sucesión; el fideicomisario puede no existir en dicho momento, pero debe existir en el momento de la restitución (arts 798 y 799 del c. c.).

La condición de que pende la restitución de la cosa constituida en fideicomiso no debe tardar más de veinte años en cumplirse, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que pende la restitución; en este caso más que fideicomiso, lo que existe es un auténtico usufructo. El mencionado plazo comenzará a contarse desde la delación de la propiedad fiduciaria al fiduciario (art. 800 del c. c.).

En caso de que falte el fiduciario estando pendiente el cumplimiento de la condición gozarán de la propiedad fiduciaria mente los herederos del constituyente o testador.

Al fideicomisario pueden darse uno o varios sustitutos para el caso de que el principal deje de existir antes de la restitución de la cosa. Estas sustituciones pueden ser de diferentes grados (arts. 803 y 807 del c. c.).

La constitución y la ley prohíben expresamente los fideicomisos testamentarios sucesivos. El primero que tenga efecto extingue los otros (artículo 805 del c. c.). La razón de esta regla es clara: en nuestra legislación no han tenido vida las antiguas vinculaciones, especialmente los mayorazgos; además, los fideicomisos sucesivos entrarían el libre comercio y circulación de los bienes. Tarde o temprano debe decidirse en manos de quién queda la propiedad de la asignación; quedará en poder del fideicomisario en forma perpetua si tardan más de veinte años en cumplirse la condición; se restituirá al fideicomisario si se cumple la condición en ese lapso; en cuanto a los fideicomisos constituidos durante la vida del fiduciario, ellos se reglan por el usufructo.

321.—Diferencia entre la asignación fideicomisaria y el usufructo por causa de muerte.—El testador puede dejar un bien a una persona en usufructo y la nuda propiedad a otra. También puede dejar esa cosa en fideicomiso a una persona. En ambos casos existe un asignatario principal que ha de recoger la cosa con el cargo de restituirla a otra denominado sustituto. En ambos casos tanto el usufructuario como el propietario fiduciario usufructúan la cosa durante determinado tiempo.

Mas la diferencia fundamental encuéntrase en el hecho de que el usufructo está sometido a un término (cierto o incierto), que necesariamente llegará; al paso que la propiedad fiduciaria se encuentra sometida a una condición que no se sabe si se realizará o no.

Por dicho motivo cuando el fiduciario ha de usufructuar la cosa durante su vida nos encontramos ante un usufructo y no ante un fideicomiso.

Finalmente, es necesario agregar que no siempre el asignatario principal o fiduciario tiene el usufructo de la cosa o asignación; pues puede mediar una cláusula en virtud de la cual tanto la propiedad como los frutos de la asignación sean para el fideicomisario; en dicho caso el fiduciario será un simple tenedor de la cosa y se mirará como un curador de bienes (art. 808 del c. c.).

321-bis.—Finalmente: “Si para el caso de faltar el fideicomisario antes de cumplirse la condición, se le nombran uno o más sustitutos, estas sustituciones se entenderán vulgares, y se sujetará a las reglas de los artículos precedentes” (art. 2224). “Ni el fideicomisario de primer grado, ni sustituto alguno llamado a ocupar su lugar, transmiten su expectativa si faltan.”

(Sobre los derechos y obligaciones del fiduciario y más detalles: Cons. V-Derecho de las Cosas, Nos. 226 s.).

CAPITULO TERCERO

Derecho de acrecer

322.—Este derecho se realiza cuando varias personas son llamadas a recibir una asignación no sucesivamente, como en la sustitución, sino simultáneamente. Se requiere una misma asignación atribuida a varios por el total, *in solidum*. Cuando tal sucede, la cuota que correspondería a uno de los llamados y que quede vacante por renuncia o falta, acrece de plano a los otros coasignatarios.

Para que haya acrecimiento se requieren estas condiciones:

- 1.—Un llamamiento simultáneo o conjunto de varios a recibir una asignación;
- 2.—Que sea una misma la asignación atribuida a varios *in solidum*, es decir, sin división de partes;
- 3.—Que uno o varios de los asignatarios falte en el momento de abrirse la sucesión:

323.—I.—Un llamamiento simultáneo.—Es conjunto el llamamiento de varios cuando en un mismo testamento se les designa una misma asignación, sin advertir que unos sean asignatarios principales y otros sustitutos.

No importa que el llamamiento o atribución no se haga en una misma cláusula del testamento, como sucedería cuando el testador deja tal inmueble a "Pedro y Juan", o los asignatarios quedan comprendidos en una denominación colectiva, como los hijos de Pedro (art. 1209, inc. 2º); puede hacerse en cláusulas diferentes, pues, según prescribe el 1208, habrá acrecimiento, sea que se llame a los coasignatarios en una misma cláusula o en cláusulas separadas de un mismo instrumento testamentario. Pero si el llamamiento se hace en dos instrumentos distintos, el llamamiento anterior se presumirá revocado en toda la parte que no le fuere común con el llamamiento posterior.

Según el 1209 los coasignatarios conjuntos se reputarán por una sola persona para concurrir con otros coasignatarios; y la persona colectiva, formada por los primeros, no se entenderá faltar, sino cuando éstos faltaren.

324.—II.—Una misma asignación atribuida a varios, sin división de partes.—Cada uno de los coasignatarios debe ser llamado por el todo. En una palabra: la asignación debe ser dejada en su totalidad a cada asignatario. El derecho de acrecer trata de resolver dos problemas importantes: 1º Cuando una asignación es dejada por el todo a varios; 2º La falta de alguno de dichos asignatarios.

Cuando acaece lo primero, es decir, que más de un asignatario reclaman una misma cosa por el todo, y el título testamentario es el mismo en forma que ninguno excluye al otro, prescribe la ley que dicha cosa se divide entre los reclamantes. Cuando acaece lo segundo, es decir, que uno o varios de los instituidos principalmente por el todo faltan, entonces la asignación se reparte entre los instituidos que no falten; si sólo queda uno, él tomará toda la asignación.

Miradas más de cerca las cosas en un caso semejante, más que acrecimiento lo que existe es **no decrecimiento**. Cada asignatario "es en abstracto sucesor del todo, aunque en concreto sufra una limitación por la concurrencia de los demás, tal limitación cesa cuando no hay concurso. Esto ha hecho decir a algunos que el derecho de acrecer es más bien un derecho de no decrecer; y en efecto, el hecho de quedar vacante una cuota no determina una adquisición nueva en el heredero o en los coherederos que quedan, sino que hace mayor la cuota de éstos." "Lo cual explica que el heredero con derecho de acrecer no tenga necesidad de aceptar lo que por consecuencia de tal derecho adquiera; el acrecimiento tiene lugar de pleno derecho en su favor, incluso ignorándolo él" (Ruggiero, II, p. 1040).

En el mismo sentido es contemplado el derecho de acrecimiento por Winscheid: "El derecho de acrecer se funda en el

principio de que por el llamamiento de varias personas a un mismo todo, cada una es llamada en cuanto al todo, y que la división entre los llamados conjuntamente surge solamente del hecho de que cada uno de ellos concurra a adquirir habiendo un solo todo; por ello cuando uno de los llamados no concurra a la adquisición, el otro conjuntamente llamado recibe tanto de más, cuando el otro deje de adquirir" (citado por Ruggiero, II, p. 1040, nota 1).

Nuestro código recogió este concepto del acrecimiento al establecer en el artículo 1207: "Ese acrecimiento no tendrá lugar entre los asignatarios de distintas partes o cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado; cada parte o cuota se considerará en tal caso como un objeto separado; y no habrá derecho de acrecer sino entre los coasignatarios de una misma parte o cuota."

En consecuencia: la asignación de un mismo objeto a varios cada uno en una parte, no engendra derecho de acrecimiento.

Se exceptúa el caso contemplado por el inciso segundo del 1207: "Si se asigna un objeto a dos o más personas por iguales partes, habrá derecho de acrecer."

325.—Naturaleza de la asignación que da lugar al derecho de acrecimiento.—Todas las asignaciones generan el acrecimiento a condición de que se realicen los requisitos en estudio. Tanto las asignaciones a título universal, como las realizadas a título singular, es decir, tanto las herencias como los legados. Sobre el particular no se presenta problema, pues, unánimemente la doctrina y la misma ley (art. 1206), hablan de "un mismo objeto"; aunque mejor hubiera sido decir: "Una misma asignación."

En cuanto a los legados pueden ser objeto de acrecimiento tanto los muebles como los inmuebles; las cosas corporales como las incorporeales; los derechos reales, propiedad, usufructo, uso, habitación, como los créditos.

El 1213 establece una regla importante en cuanto al acrecimiento de derechos diferentes a la propiedad. "Los asignatarios de usufructo, uso, habitación o de una pensión periódica, conservan el derecho de acrecer, mientras gocen de dicho usufructo, uso o pensión; y mientras ninguno de estos derechos se extingue hasta que falte el último asignatario."

326.—III.—Que uno o varios de los asignatarios falte.—Sobre el particular se aplican las mismas reglas a lo expuesto sobre falta del asignatario principal en la sustitución vulgar.

El acrecimiento se realiza tanto en los casos previstos por el testador, como en los no previstos. Finalmente el testador puede expresamente limitar el acrecimiento excluyén-

dolo en otros; y puede prohibir todo acrecimiento (art. 1214 del c. c.).

327.—El acrecimiento tiene lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada.—Aunque su mayor aplicación se realiza en la primera, también puede tener lugar en la intestada. Mas para que se aplique en la última se requiere que no quepa el derecho de representación. O lo que equivale a decir que la representación en la sucesión legal excluye el acrecimiento. Efectivamente: vimos que una persona puede hacerse indigna para recibir la cuota que le corresponde en la sucesión del causante; que esta cuota acrece a los otros herederos. Pero también vimos que en caso de dejar hijos el indigno, éstos pueden representarlo ocupando su mismo lugar, caso en el cual no hay acrecimiento a favor de los coherederos. Pero si una persona se hace indigna y no tiene quien la pueda representar se realiza automáticamente el acrecimiento a favor de los otros coherederos.

Y como es natural, el derecho de transmisión (*jus delationis*) excluye el acrecimiento. El acrecimiento sólo tiene lugar cuando falte alguno de los coasignatarios conjuntos; y en el derecho de transmisión no falta; simplemente ha fallecido sin haber aceptado o repudiado la asignación; si los herederos aceptan se extingue definitivamente el acrecimiento; si repudian se realiza de plano a favor de los coasignatarios conjuntos (art. 1212 del c. c.).

328.—Naturaleza y efectos del derecho de acrecer.—El derecho de acrecer es voluntario. Un coasignatario puede libremente aceptar o repudiar la porción que le corresponde por acrecimiento; más concretamente: por realizarse de plano el derecho de acrecer cabe más bien decir que puede libremente repudiar la porción. Puede repudiar tanto la porción que le corresponde por derecho propio, como la que le corresponda por acrecimiento; puede aceptar la que le corresponde por derecho propio y repudiar la porción que le corresponde por acrecimiento; pero no puede repudiar la parte que le corresponde y aceptar la porción acrecida (art. 1210 del c. c.).

En cuanto a los efectos estos son indicados por los artículos 1126 y 1211 del código. "La porción que acrece lleva todos sus gravámenes consigo, excepto los que suponen calidad o aptitud personal del coasignatario que falta."

Y según el inc. 2º del 1126 la asignación que por demasiado gravada hubieren repudiado todos los coasignatarios conjuntos llamados a ella por la ley o el testamento, se deferirá en último lugar a las personas a cuyo favor se hubieren constituido los gravámenes.

CAPITULO CUARTO

Ejecutores testamentarios o albaceas

Nº 1º Origen y naturaleza de los albaceazgos

329.—El testador no agota sus facultades con el solo nombramiento de asignatarios o personas que hayan de recibir sus bienes; él bien puede nombrar otra clase de sujetos testamentarios, o sea aquellos a quienes encarga de cumplir sus disposiciones testamentarias o hace un encargo especial.

Son denominados por la ley "ejecutores testamentarios" y más ordinariamente "albaceas".

Muy conveniente es el nombramiento de albaceas y en ocasiones hasta necesario. En esta forma el albacea en representación del testador procede a ejecutar sus disposiciones. En todo caso a la muerte del causante alguien debe encargarse del cumplimiento de dichas disposiciones. Si no se hubiere nombrado albacea o executor testamentario corresponde esa labor a los herederos (art. 1328 del c. c.); igualmente en el evento de que el nombrado faltare. No se presenta problema cuando el testador ha instituido herederos. Pero bien podemos suponer que sólo se instituyan legatarios y no se nombre albacea. El legatario es un sucesor a título singular; en ningún caso representa al testador y, por tanto, la herencia. ¿Quién, entonces, representará la herencia, quién ejecutará los encargos del testador? No es posible afirmar que cada legatario a la apertura de la sucesión tenga que tomar por su propia cuenta el objeto asignado. La única solución a este interrogante es la de que cada legatario o persona que acredite un interés serio y legítimo podrá pedir al Juez el nombramiento de un administrador de la herencia o curador de la misma.

El inconveniente anotado se obvia fácilmente con el nombramiento de un albacea o executor testamentario; quien tendrá la representación y administración de los bienes hereditarios en el tiempo necesario para su liquidación.

En la sucesión legítima, en ningún caso existen albaceas; son los herederos los encargados de su representación y liquidación

330.—El albacea es un mandatario nombrado por causa de muerte. **Diferencias con el mandatario ordinario.**—El albacea puede serlo a título singular o universal. Lo primero cuando recibe el encargo de cumplir determinadas disposiciones testamentarias, como la de pagar un legado, pagar una deuda hereditaria, cobrar un crédito, etc. Lo segundo cuando el encargo se refiere a toda la herencia, es decir, a todas las disposiciones

testamentarias en su conjunto: pago de todas las deudas hereditarias, realización de las cargas de la sucesión, cobro de créditos, ejecución de todos los legados o herencias, administración y conservación de los bienes hereditarios mientras termina la liquidación.

El albacea es un mandatario o representante del testador para llevar a efecto sus disposiciones testamentarias. Sin embargo, sobre este particular existen múltiples discusiones. Lo cual se debe a que la institución es relativamente moderna; fue desconocida de los romanos; y sólo en el antiguo derecho consuetudinario francés acostumbraron los testadores a nombrar personas de su confianza a quienes encargaban el cumplimiento de ciertas disposiciones testamentarias. Pothier al recopilar las antiguas costumbres francesas dio entrada a la de los ejecutores testamentarios diciendo que "era de bastante uso que los testadores, a fin de procurar una más segura, exacta y diligente ejecución de sus últimas voluntades, nombraban en el testamento, personas a quienes la confiaban; y que se les llamó ejecutores testamentarios".

De estos párrafos arranca la institución de los ejecutores testamentarios y su reglamentación en las legislaciones latinas. Al tratar de precisar su naturaleza unos autores afirman que se trata de mandatarios del testador; otros dicen que son mandatarios de la herencia y no del testador. No faltan quienes prediquen que antes de mandatarios son tutores o curadores de la herencia a efectos de su rápida y efectiva liquidación.

Esta última teoría de la tutela estuvo en boga en los siglos XVI y XVII; fue defendida por el expositor alemán Winscheid; el albacea o ejecutor es una especie de curador "ad bonum". Teoría hoy día desechada, pues trata de construirse sobre los moldes del derecho romano en el cual fue desconocida.

Parecida a esta teoría es la de quienes afirman que el albacea es un árbitro, "encargado de poner término a las dificultades entre los sucesores generales y particulares". La teoría que cuenta con mayores partidarios es la de la representación.

Esta se subdivide en varias. Según unos el ejecutor es un representante del testador; "no sólo desde el punto de vista formal, sino del de sus derechos". Para otros es un representante de los herederos; y finalmente, se afirma que es un representante de la herencia. Y no faltan quienes digan que no se trata de mandato o representación alguna; que el ejecutor testamentario obra en nombre propio y no en el ajeno.

La doctrina que mejor se compadece con la naturaleza de los ejecutores testamentarios en nuestra legislación es la de quienes afirman que son representantes del testador. "En realidad la doctrina que mejor responde a la naturaleza de las

cosas es la que considera al ejecutor testamentario como un representante del testador. Para buscar el origen de esta representación no es preciso recurrir a la figura del mandato (cuya aplicación aquí es imposible a no ser por analogía). Así como el carácter patrimonial y no patrimonial, asignaciones de bienes propios y ajenos, constitución de derechos reales, creación de relaciones familiares y determinaciones relativas a la persona del disponente, a su cadáver, a las creaciones de su espíritu, a sus relaciones de orden moral y religioso, etc., así también pueden contener un encargo que por ser afín o análogo a la figura contractual del mandato, es un mandato. La relación se constituye, no contractualmente, sino con sujeción a los principios que presiden la sucesión *mortis causa*, especialmente la testamentaria" (Ruggiero, II, p. 1189).

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia nacional. "El albacea o ejecutor testamentario es la persona a quien el testador encarga de asegurar la ejecución exacta de su última voluntad, y tiene, con respecto al testador, el carácter de un mandatario póstumo, con respecto a los herederos el carácter de un supervigilante, que en ciertos casos puede sustituirse a ellos para ejecutar directamente la voluntad del testador y al mismo tiempo el carácter de un mandatario, y sin perjuicio de que tales poderes tengan efectos con relación a los herederos. Con respecto a los acreedores y a los legatarios y beneficiarios en general de las disposiciones testamentarias, el albacea es un defensor y en cierto modo un representante" (cas. civ., oct. 30 de 1935, XLIII, 506).

331.—El mandato por causa de muerte se diferencia notablemente del mandato entre vivos.—En éste la muerte de cualquiera de los contratantes los extingue; en el mandato que genera la calidad de ejecutor testamentario precisa la muerte para que nazca a la vida jurídica. El albacea o ejecutor deriva su apoderamiento directamente del testador; y debe necesariamente constar en dicho acto; motivo por el que debe decirse que dicho apoderamiento es siempre solemne, pues, participa de las solemnidades de los testamentos; el mandato ordinario es consensual. El albaceazgo es irrevocable desde que se ha deferido; el mandato ordinario es revocable en todo tiempo.

Pero a su vez las analogías o semejanzas entre uno y otro son importantes. El uno y el otro con actos *intuitu personae*: por dicho motivo son indelegables e intransmisibles por causa de muerte; vale decir, que el albaceazgo no se transmite a sus herederos (arts. 1337 y 1336 del c. c.).

No obstante el testador puede haber conferido expresamente al albacea la facultad de delegar el encargo; e igualmente po-

drá constituir mandatarios que obren a sus órdenes, pero responsabilizándose de las operaciones de éstos (art. 1337).

Nº 2º Quiénes pueden ser nombrados albaceas. Aceptación o renuncia

332.—Sólo las personas que han cumplido 21 años pueden ser nombrados albaceas. El menor habilitado de edad no puede serlo.

Además, están inhabilitadas para albaceas las siguientes personas:

1.—Los ciegos, mudos, dementes aunque no se encuentren en interdicción;

2.—Los privados de administrar sus propios bienes por disipación, y los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores;

3.—Los que no saben leer ni escribir, los de mala conducta notoria, los que no tienen domicilio en la república;

4.—La mujer divorciada por adulterio como la persona condenada a una pena privativa de la libertad de cuatro o más años;

5.—El que ha sido privado de ejercer la patria potestad conforme al artículo 310, y los que por torcida o descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior o han sido condenados a indemnizar al pupilo por fraude o culpa grave (arts. 1329, inc. 2º y 586 del c. c.).

6.—La viuda que fuere albacea de su marido difunto, deja de serlo por el hecho de pasar a otras nupcias (art. 1331 del Código Civil).

7.—Finalmente, la incapacidad sobreviviente pone fin al albaceazgo (art. 1332).

Debe observarse que el artículo 1330 del código que prescribía que la mujer casada no podía ejercer el albaceazgo sin autorización del marido o de la justicia en subsidio, fue derogado por la ley 28 de 1932 (arts. 1º y 5º).

333.—**Aceptación o renuncia del albaceazgo.**—La aceptación o renuncia del albaceazgo son actos libres (art. 1334 del c. c.).

Sin embargo, la renuncia sin probar inconveniente grave acarreará una sanción recia para el albacea: pérdida de la asignación testamentaria, excepción hecha de la que tenga que recibir en su condición de asignatario forzoso (art. 1334, inc. 2º y art. 1028).

No se exige invariablemente al albacea probar el inconveniente grave que alegue para excusarse de servir del cargo sin hacerse indigno. Presentada la excusa al Juez respectivo,

este debe correr traslado de ella a los demás asignatarios; si éstos no la objetan y el Juez la admite no incurrirá en la sanción de indignidad; si es objetada, entonces, tendrá que probar el inconveniente grave y en caso de prueba deficiente se hará indigno (cas. civ., oct. 26 de 1932, XL, p. 596).

Mas aunque haya acreditado el inconveniente grave para servir el cargo, cuando los demás asignatarios lo exigen, pierde, no obstante aquella que se le asignó en remuneración de sus servicios (art. 1335, inc. 2º).

La aceptación del albaceazgo puede ser expresa o tácita. Es tácita cuando ejerce actos que sólo puede ejercitar en esa calidad (art. 1335).

"El Juez a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, señalará un plazo razonable, dentro del cual comparezca el albacea a ejercer el cargo, o a excusarse de servirlo, y podrá el Juez, en caso necesario, ampliar por una sola vez el plazo.

"Si el albacea estuviere en mora de comparecer, caducará su nombramiento" (art. 1333).

El albacea puede entrar a ejercer el cargo expresa o tácitamente desde la apertura de la sucesión. "No es exacto que el desempeño del albaceazgo no puede comenzar sino con el reconocimiento judicial del cargo y desde la notificación de la providencia correspondiente" (cas. civ., abr. 30 de 1920, XXVII, 27).

334.—El testador no puede indicar funciones especiales al albacea.—Las funciones del albacea y los casos en que compromete su responsabilidad se regulan en el título 8º del libro tercero del código (arts. 1327 y 1367). Esa reglamentación es imperativa; no puede modificarla el testador (art. 1355).

Nº 3º Facultades del albacea

335.—Importantes facultades y derechos tiene el albacea en relación con los bienes hereditarios o el cumplimiento de los encargos que le ha hecho el testador. En primer lugar puede ejercer todas las medidas de conservación necesarias para el correcto cumplimiento del cargo; en segundo lugar, debe ejecutar directamente el objeto del albaceazgo; además, en ciertos casos tiene importantes facultades de disposición; finalmente, puede representar válidamente la herencia y los asignatarios.

336.—I.—Facultades de simple conservación o administración.—Entre las más interesantes valen la pena citarse las siguientes:

1.—Toca al albacea, reza el 1341, velar por la seguridad de los

bles y papeles, mientras no haya inventario solemne, y cuidar bienes; hacer que se guarde bajo llave y sello el dinero, muede que se proceda a este inventario con citación de los herederos y de los demás interesados en la sucesión; salvo que siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes, determinen unánimemente que no se haga inventario solemne.

2.—Los albaceas deben tener derecho a los medios necesarios para cumplir su encargo e impedir que se haga nugatoria la voluntad del testador; máxime si fueron encargados expresamente por el testador para cumplir lo dispuesto en su testamento, aun de manera directa, y podrán exigir la tenencia de bienes, si ella fuere necesaria para llevar a efecto las disposiciones testamentarias (cas. civ., mayo 3 de 1926, XXXII, 251).

Podrán pedir se les entregue los papeles del difunto para el oportuno y efectivo cobro de los créditos; como las escrituras de propiedad para defender la sucesión de las acciones que los terceros entablaren contra ella.

3.—Toca al albacea dar noticia de la apertura da la sucesión por avisos publicados por la imprenta, en periódicos y por carteles que se fijarán en tres de los parajes más públicos del lugar en que se abra la sucesión, y cuidará de que se cite a los acreedores, por edictos que se publicarán de la misma manera (art. 1342 del c. c.).

4.—En cuanto a los legados que debe pagar alguno de los herederos, exigirá el oportuno cumplimiento de su obligación; mas si el legado estuviere sometido a una condición o término, en virtud del cual no es actualmente exigible por el beneficiado, “y se temiere fundamentalmente que se pierda o deteriore por negligencia de los obligados a darlas, el albacea a quien incumba hacer cumplir los legados, podrá exigirles caución” (art. 1349 del c. c.).

337.—II.—Cumplimiento del albaceazgo. 1.—Tiempo dentro del cual lo debe cumplir.—El albaceazgo durará el tiempo indicado por el testador. Si no se hubiere fijado este término en el testamento, durará un año contado desde el día en que el albacea haya comenzado a ejercer su cargo. El Juez podrá prorrogar el plazo señalado por el testador o la ley, si ocurrieren al albacea dificultades graves para evacuar su cargo (arts. 1360, 1361 y 1362 de c. c.).

2.—Pago de los legados o herencias.—Corresponde al albacea realizar el pago de los legados, salvo el caso en que su cumplimiento se hubiere impuesto a los herederos. En el mismo sentido realizará el destino que a los demás bienes hereditarios haya indicado el testador.

Para el cumplimiento de los legados tendrá facultad para

exigir a los herederos o curadores de la herencia yacente, el dinero que sea menester, y las especies muebles o inmuebles en que consistan los legados, si el testador no le hubiere dejado la tenencia del dinero o de las especies (art. 1347, inc. 1º).

Los herederos, sin embargo, podrán hacer el pago de los dichos legados por sí mismos, y satisfacer al albacea con las respectivas cartas de pago, a menos que el legado consista en una obra o hecho particularmente encomendada al albacea, y sometido a su juicio (art. 1347, inc. 2º).

3.—Si hubiere legados para objetos de beneficencia pública, dará conocimiento de ellos, con inserción de las respectivas cláusulas testamentarias, al personero, síndico o representante del establecimiento a que se hayan destinado o deban destinarse tales legados, o al personero municipal, si fuere el caso del artículo 1115, o si los legados fueren para objetos de utilidad pública, y asimismo les denunciará la negligencia de los herederos o legatarios obligados a ellos, o del curador de la herencia yacente, en su caso, a fin de que puedan promover lo conveniente para que se cumplan los legados (art. 1348 del Código Civil).

4.—**Pago de las deudas de la sucesión.** Procederá a pagar las deudas de la sucesión, lo que hará precisamente con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente en su caso (art. 1345 del c. c.).

Sea que el testador haya recomendado o no al albacea el pago de las deudas, será éste obligado a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas (art. 1343 del c. c.).

A pesar de que el testador haya encomendado al albacea el pago de sus deudas, los acreedores tendrán siempre expedita su acción contra los herederos, si el albacea estuviere en mora de pagarles (art. 1346 del c. c.).

338.—III.—Facultades de disposición de los albaceas.—El oportuno y eficaz cumplimiento de su cargo requiere otorgar al albacea ciertas facultades de disposición.

Lo primero que debe hacer todo albacea es pagar las deudas y legados de la sucesión. Si no hubiere dinero para hacerlo deberá indicar un lote de bienes para que sea vendido y con su producido atender los pagos. A esto queda facultado por el artículo 1350: "Con anuencia de los herederos presentes procederá a la venta de los muebles, y subsidiariamente de los inmuebles, si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas o de los legados; y podrán los herederos oponerse a la venta entregando al albacea el dinero que necesite al efecto."

339.—IV.—El albacea como representante de la herencia. Los representantes de la herencia son los herederos. Habiéndolos, a ellos corresponde en forma exclusiva dicha representación. Mas en el evento de que no los haya, por haber instituido el testador sólo legatarios, indudablemente le corresponderá dicha representación. Debe corresponderle, pues, alguien la debe tener; y no teniéndola los legatarios, ni pudiendo tenerla por ningún motivo, ya que son sucesores a título singular, entonces, debe asignársele al albacea. En este sentido debe interpretarse el 1352 del código que prohíbe en forma expresa al albacea comparecer en juicio en nombre de la herencia, salvo cuando se trate de defender la validez del testamento, o cuando le fuere necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias que le incumban, en todo caso con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente.

Nº 4º Cumplimiento del encargo cuando existen varios albaceas

340.—En caso de varios albaceas es necesario distinguir si existe o no división de atribuciones entre ellos.

I.—Si no existe distribución de funciones todos los albaceas deberán obrar de consuno. Y cuando tal acaese todos serán solidariamente responsables; en consecuencia cada uno podrá oponerse a los actos de los demás cuando en razón de las circunstancias pudiere ocasionarse la responsabilidad de alguno.

En cuanto a las discordias que se presentaren serán dirimidas por el Juez.

El testador podrá autorizar a los albaceas para obrar separadamente, pero por esa sola autorización no se entenderá que los exonera de su responsabilidad solidaria (artículo 1340 del Código Civil).

Si el testador los exonera de la solidaridad se entiende que realiza la distribución de funciones, y la administración de cada cual será independiente de la de los otros; cada albacea debe, entonces, ceñirse a las que le incumban (art. 1338 del Código Civil).

II.—Pero pueden existir varios albaceas con distribución de funciones. Dicha distribución puede hacerla el Juez. “El Juez, dice el 1339, podrá dividir las atribuciones, en ventaja de la administración, y a pedimento de cualquiera de los albaceas, o de cualquiera de los interesados en la sucesión.”

El albacea con distribución de funciones sólo es responsable de los actos realizados en dicha administración.

Nº 5º Albaceas con tenencia de bienes

341.—Muerto el causante, previa la aceptación por parte de los herederos o legatarios, los bienes pasan a éstos; adquieren de plano la tenencia y posesión de ellos. Normalmente el albacea no es tenedor ni poseedor de ningún bien de la herencia; sus facultades son de supervigilancia como bien lo ha advertido la Corte.

Sin embargo se contemplan dos casos de albaceas con tenencia de bienes: 1º Cuando el testador dio al albacea la tenencia de cualquiera parte de los bienes o de todos ellos; 2º Cuando el albacea exija la tenencia de algunos bienes conforme al inciso 1º del 1347 del código.

I.—Si el testador instituyó al albacea como tenedor de bienes su responsabilidad será la misma que la del curador de la herencia yacente (art. 1353). En consecuencia, en su administración está sujeto a todas las trabas de los tutores y curadores, y además, se le prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de la sucesión (artículo 575).

Por tal motivo, el albacea con tenencia de bienes debe levantar un inventario de los bienes en la misma forma que los curadores; el cargo requiere discernimiento judicial; y si bien es verdad que no está obligado a prestar caución, no obstante, deberá dar las seguridades del caso cuando así los exigieren los herederos, legatarios o fideicomisarios si hubiere justo temor sobre la seguridad de esos bienes, y a que respectivamente tuvieren derecho actual o eventual (art. 1354 del c. c.).

II.—En el caso del 1347, el albacea tiene derecho a que se le entregue la tenencia de aquellos legados cuyo pago se impuso a él y no a determinados herederos o legatarios, como la sumas de dineros suficientes para dicho pago.

III.—Debe agregarse que el albacea con tenencia de bienes es un auténtico representante de la misma herencia o de los bienes que se le han encomendado; sus facultades de representación serán más o menos acentuadas según tenga la tenencia de la totalidad de los bienes hereditarios o sólo de una parte de ellos.

Lo más práctico para el testador cuando sólo hiciere legados, es la de instituir albaceas con tenencias de bienes; y ya advertimos que en tal sentido debe interpretarse dicho caso concreto,

Nº 6º Actos que le están prohibidos al albacea

342.—Obedeciendo a la regla expuesta de que el albacea es un representante del testador, sus facultades están limitadas en el mismo sentido que se encuentran limitadas las de los mandatarios en cuanto a los actos en que directa o indirectamente pueda tener interés sobre los bienes de la sucesión.

Por otra parte, en muchos aspectos la ley asimila al albacea a un curador cuando hay herederos o legatarios incapaces. En estas dos direcciones vamos a precisar qué actos de autocontratación están vedados al albacea, partiendo desde luego de las reglas generales de que el autocontrato no se encuentra prohibido en forma absoluta en nuestra legislación (VII, VIII. Contratos y Derecho de Créditos, Nos. 353 s.).

343.—I.—El albacea considerado como un mandatario del testador.—El albacea en todo lo relativo a la autocontratación, se encuentra sometido a las mismas trabas que los mandatarios.

Efectivamente: el artículo 1856 del código civil prescribe: "Los mandatarios, los síndicos de los concursos, y los albaceas, están sujetos, es cuanto a la compra o venta de las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, a lo dispuesto en el artículo 2170." Y el 2170 prescribe que el mandatario no podrá por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante. Adaptando al albacea la regla del 2170 tendremos que no podrá ni por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el testador le ordenó vender, o las que sea necesario vender para cancelar las cargas o deudas de la sucesión, sin aprobación expresa de los herederos o legatarios. No se ve la posibilidad de aplicar el 2170 a ventas de bienes propios a la herencia.

Los motivos de la prohibición del 2170 se deben, dijimos, a la colisión de intereses que pueden presentarse entre el interés del mandatario o del albacea y los del mandante o de los herederos o legatarios. Mas en general el albacea puede celebrar todos aquellos actos jurídicos en que tenga interés en forma libre a condición de que no se cause un perjuicio a los herederos; podrá tomar en arriendo los bienes inmuebles, pagarse de los créditos que tenga a su favor sobre la herencia, entregarse personalmente los legados que se le hubieren hecho, etc. (VII-VIII-Contratos y Derecho de Crédito, Nos. 358 s.).

Si el albacea contraviniera a la prohibición del 2170 se genera una nulidad relativa; más bien podríamos decir que el acto no es oponible a los herederos o legatarios.

344.—II.—El albacea como curador cuando hay incapaces en la sucesión.—Según el 1351 del código lo dispuesto en los artículos 484 y 501 se extenderá a los albaceas.

Según el 481 la venta de cualquiera de los bienes inmuebles del pupilo, como de muebles preciosos, debe hacerse en pública subasta, previo decreto judicial.

Y según el 501 el curador o tutor no podrá celebrar ningún acto en que directa o indirectamente tenga interés, sin la autorización de los otros curadores o de la Justicia en subsidio. Dicha prohibición se extiende al cónyuge del curador o tutor, a sus ascendientes y descendientes legítimos, a sus padres naturales, sus hermanos legítimos o naturales, a los consanguíneos hasta el cuarto grado inclusive, a su padre o madre adoptantes, a sus socios de comercio.

También se prohíbe en forma absoluta al tutor o curador por el artículo 501, ni aun con decreto judicial, comprar bienes raíces del pupilo o tomarlos en arrendamiento; extendiéndose la prohibición a su cónyuge y a sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales, padres adoptantes o hijo adoptivo.

Ambos textos legales se aplican al albacea; pero bien entendido: sólo en los casos en que los herederos o algunos de ellos, o los legatarios son incapaces. El albacea en ningún caso podrá comprar bienes raíces del pupilo, inclusive con autorización judicial; tampoco podrá proceder a la enajenación de esos mismos bienes o a constituir gravámenes sobre ellos sin que preceda decreto judicial; además la venta o enajenación debe hacerse en pública subasta.

En una palabra: la compra de bienes raíces o muebles de la sucesión en tratándose de herederos o legatarios mayores de edad, se rige por el artículo 1856 del código, en armonía con el 2170; la compra de inmuebles o enajenación de los mismos a terceras personas cuando en la sucesión hay incapaces, se rige exclusivamente por el 1351 en armonía con los 484 y 501.

Este aspecto interpretativo un poco confuso antes de 1935 en nuestra doctrina y jurisprudencia, fue precisado por la Corte Suprema en virtud de la importante sentencia de la Sala de Casación Civil, de octubre 30 de 1935 (g. j., t. XLIII, p. 506). Al relacionar, dice la Corte en la citada sentencia, el artículo 1351 con el 1856, se ve claramente que el primero de los textos nombrados, al extender a los albaceas lo dispuesto en el artículo 501, no sancionó con nulidad absoluta todas las compras que hicieren los albaceas de bienes de la respectiva sucesión, sino tan sólo aquellas que se realicen cuando entre los herederos haya personas bajo guarda o patria potestad, pues, las demás se rigen, como lo dispone el 1856, por lo preceptuado en el 2170, que establece una simple nulidad relativa para las compras que

el mandatario haga, sin expresa aprobación del mandante, de las cosas que éste le ha ordenado vender.

El 1351 simplemente significa, agrega la Corte en la sentencia mencionada, que si hay entre los herederos de la sucesión personas bajo tutela o curatela, no podrá el albacea, como no pueden los tutores y curadores respectivos, comprar bienes de la sucesión, ni siquiera con permiso del Juez. Pero cuando entre los herederos no haya personas que estén bajo tutela, curatela o patria potestad, sólo tiene aplicación, para las compras que hagan los albaceas, el ya citado artículo 2170, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1856, que de otro modo carecería de sentido.

Nº 7º Responsabilidad y obligaciones del albacea

345.—Existen ciertas obligaciones cuya omisión acarrea la responsabilidad del albacea. Así, impone la ley al albacea la obligación de dar noticia de la apertura de la sucesión en la forma prevista en el artículo 1342; la de ordenar la formación de un lote o hijuela suficiente de bienes para el pago de las deudas de la sucesión, aun en el evento de que el testador no le haya encomendado el pago de ellas. El incumplimiento de estas obligaciones puede ocasionar perjuicios a los acreedores hereditarios o testamentarios; dichos perjuicios deben ser indemnizados por el albacea (art. 1344 del c. c.). La misma responsabilidad recaerá sobre los herederos presentes que tengan la administración de sus bienes, o sobre los respectivos tutores o curadores (art. 1344, inc. 2º).

En cuanto al no oportuno cumplimiento del encargo, el albacea será responsable de la culpa leve (art. 1356).

Sanciones graves están previstas para el caso de que el albacea incurra en culpa grave o dolo.

Si incurre en culpa grave será removido de su cargo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente; además, indemnizará los perjuicios causados conforme a las reglas generales.

Si incurre en dolo, a petición de las mismas personas acabadas de enunciar, incurrirán en estas sanciones: 1ª Será removido del cargo y condenado a indemnizar los perjuicios causados; 2ª Se hará acreedor a la respectiva sanción penal si el dolo alcanza a integrar un ilícito penal; 3ª Se hará indigno de tener parte alguna en la sucesión; 4ª Restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución (art. 1357 del c. c.).

346.—Obligación de rendir cuentas.—Terminado el albaceazgo, el albacea a semejanza de la obligación de los mandatarios, debe rendir cuentas de su gestión. "El albacea, luego que

cese en el ejercicio de su cargo, dará cuenta de su administración justificándola" (art. 1366 del c. c.).

La justificación de las cuentas indica que debe probarlas judicialmente; "lo cual se obtiene, tratándose de puntos de hecho, con la presentación formal de las pruebas que para el efecto señala la ley; y si se trata de cuestiones puramente doctrinales, con razonamientos basados en la ciencia del derecho" (cas. civ., abr. 30 de 1920, XXVIII, 27).

Si se trata de albacea con tenencia de bienes, la obligación de rendir cuentas se sujetará a las reglas explicadas para la rendición de cuentas que deben rendir los curadores de bienes ajenos.

Nº 8º Duración del albaceazgo y medios de extinción

347.—El albaceazgo durará el tiempo indicado por el testador; en su defecto su duración será la de un año (art. 1361).

Si ocurriesen al albacea dificultades graves en el cumplimiento de su cargo y el plazo indicado por el testador o el de un año de la ley fuere insuficiente, podrá el Juez prorrogarlo por el tiempo que fuere necesario (art. 1363 del c. c.).

Se faculta a los herederos para pedir la terminación del albaceazgo, desde que el albacea haya evacuado su cargo; aunque no haya expirado el plazo señalado por el testador o la ley, o el ampliado por el Juez para su desempeño (art. 1364 del c. c.).

No será motivo ni para la prolongación del plazo, ni para que no termine el albaceazgo, la existencia de legados o fideicomisos cuyo día o condición estuvieren pendientes; a menos que el testador haya dado expresamente al albacea la tenencia de las respectivas especies, o de la parte de bienes destinada a cumplirlos; en cuyo caso se limitará el albaceazgo a esta sola tenencia (art. 1365). Lo dicho se extiende a las deudas cuyo pago se hubiere encomendado al albacea, y cuyo día, condición o liquidación estuviere pendiente; y se entenderá sin perjuicio de los derechos conferidos a los herederos (art. 1365 del c. c.).

Nº 9º Gastos a favor del albacea y su remuneración

348.—La remuneración de los albaceas será la que haya señalado el testador. Si éste no lo hubiere indicado, tocará el Juez regularla, tomando en consideración el caudal, y lo más o menos laborioso del cargo (art. 1359 del c. c.).

Los gastos necesarios hechos por el albacea en el desempeño de su cargo se le abonarán separadamente. "El albacea, prescribe el 1367, examinadas las cuentas de los respectivos interesados, y deducidas las expensas legítimas, pagará o cobrará el

saldo que en su contra o a su favor resultare, según lo prevenido para los tutores o curadores en iguales casos."

La Corte ha precisado el concepto de expensas y honorarios de los albaceas así: "Una cosa son los honorarios a que tiene derecho el albacea, y otra cosa, enteramente distinta, las expensas que tiene asimismo derecho a que le sean abonadas. Los honorarios son la remuneración, la recompensa de su trabajo; las expensas que tiene derecho a cobrar son las cantidades que haya tenido que desembolsar en el ejercicio de su cargo. El derecho a los honorarios se lo reconoce expresamente el artículo 1359 del código civil; el derecho a las expensas se deduce claramente del artículo 1367. Los honorarios dependen del arbitrio del testador o de la regulación del Juez; los gastos se determinan de acuerdo con las pruebas que presente el albacea para justificar su cuenta" (cas. civ., abr. 23 de 1912, XXI, 140.)

CAPITULO V

De los albaceas fiduciarios

349.—El artículo 1368 faculta al testador para hacer "encargos secretos y confidenciales al heredero, al albacea y a cualquiera otra persona para que se invierta en uno o más objetos lícitos una cuantía de bienes de que pueda disponer libremente". Al encargado de ejecutar estos encargos confidenciales se denomina "albacea fiduciario".

Esta institución de los albaceas fiduciarios es manifiestamente perniciosa, afortunadamente ajena a nuestras costumbres. El encargo debe ser para uno o más objetos lícitos; ¿cómo medir la licitud o moralidad de una confidencia, de un secreto? Si ya es grave el problema de precisar la licitud o ilicitud de los actos sometidos a la más recia publicidad, constituye una imposibilidad moral calificar la de un acto secreto.

Por otra parte la institución de los albaceas fiduciarios constituye una excepción a todas las reglas y actos jurídicos, a la ordenación general de un sistema jurídico: es la negación de todo derecho. Pues, según datos elementales la juridicidad se integra por aquellos actos jurídicos que se exteriorizan, que son susceptibles de ser conocidos. Y aquí se trata de la regulación de un acto jurídico que es imposible conocer.

Se trata de un exceso de protección a la voluntad privada de los particulares; de dar eficacia a sus intenciones internas, a sus caprichos. Y por consiguiente la institución en estudio se prestará para hacer fraude a la misma ley; será el conducto regular de la ilicitud e inmoralidad.

350.—Condiciones generales de los encargos secretos.—1º Requisitos. Los encargos secretos en donde haya de emplearse alguna parte de los bienes, se sujetan a estos requisitos:

a) Deberá designarse en el testamento la persona del albacea fiduciario;

b) El albacea fiduciario tendrá las cualidades necesarias para ser albacea y legatario del testador;

c) Deberán expresarse en el testamento las especies o la determinada suma que ha de entregársele para el cumplimiento de su cargo (art. 1369 del c. c.). La ausencia de cualquiera de estos requisitos invalidará la asignación secreta o confidencial.

2º Bienes que pueden destinarse para encargos secretos. No se podrá destinar a dichos encargos secretos, más que la mitad de la porción de bienes de que el testador haya podido disponer a su arbitrio (art. 1370). En el cuarto y quinto órdenes hereditarios podrá destinar la mitad de la herencia por poder disponer libremente de todos los bienes.

3º Obligaciones del albacea fiduciario. a) Deberá jurar ante el Juez que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz, ni que es para un objeto ilícito; b) Jurará además, desempeñar fiel y legalmente su cargo sujetándose a la voluntad del testador; c) Podrá ser obligado el albacea fiduciario a instancia de cualquier interesado "a dejar en depósito, o a afianzar la cuarta parte de lo que por razón del encargo se le entregue, para responder con esta suma a la acción de reforma del testamento o al pago de las deudas hereditarias; podrá aumentarse esta suma si el Juez lo creyere necesario. La suma dejada en depósito o caucionada se devolverá al albacea fiduciario a los cuatro años de la apertura de la sucesión" (art. 1372 del c. c.); d) El albacea no estará obligado, en ningún caso, a revelar el objeto del encargo secreto, ni a dar cuenta de su administración (art. 1373 del Código Civil).

TITULO TERCERO

Objeto del testamento (asignaciones testamentarias)

351.—Las asignaciones testamentarias en sí mismas consideradas constituyen el objeto de los testamentos. Hemos advertido que toda declaración de voluntad por causa de muerte debe abarcar una distribución de bienes ya en forma directa o indirecta; que una declaración de voluntad por causa de muerte cuyo contenido no sea un acto de disposición de los bienes del causante no es testamento en sentido jurídico.

La asignación testamentaria debe ser determinada, lícita y posible. La determinación se realiza respecto al sujeto de la asignación como respecto a la asignación en sí misma.

El 1224 del código da ciertas notas sobre la determinación de una asignación.

1.—Toda asignación deberá ser, a título universal o de especies determinadas, o que por las indicaciones del testamento puedan claramente determinarse, o de géneros y cantidades que igualmente lo sean o puedan serlo. De otra manera se tendrá por no escrita.

2.—Pero las asignaciones destinadas a un objeto de beneficencia expresado en el testamento, sin determinarse la cuota, cantidad o especies que hayan de invertirse en él, valdrán con todo, "habida consideración de la naturaleza del objeto, a las otras disposiciones del testador y a las fuerzas del patrimonio, en la parte de que el testador pudo disponer libremente".

"El Juez hará la determinación, oyendo al Personero Municipal y a los herederos, y conformándose en cuanto fuere posible a la intención del testador."

Es un nuevo caso en donde existe una especie de delegación de la facultad de testar en cuanto a la determinación del objeto o asignación testamentaria; delegación que la ley atribuye al Juez. Guarda analogía con la delegación en cuanto a la determinación del sujeto de la asignación cuando éste es un establecimiento de beneficencia.

Estudiaremos: 1º De las asignaciones a título universal o he-

rencias; 2º De las asignaciones a título singular o legados; 3º De las condiciones o modalidades de las asignaciones.

CAPITULO PRIMERO

Asignaciones a título universal o herencias

352.—Hemos dicho que los sujetos de la herencia o asignaciones testamentarias son los herederos o legatarios. Que heredero es quien recibe a título universal, y legatario quien recibe a título singular. El objeto de la asignación a un heredero se denomina herencia o asignación universal; el de la asignación de un legatario, legado. Desde este punto de vista toda asignación testamentaria ha de consistir en una herencia o legado (art. 1124 del c. c.).

Es una herencia cuando al sujeto o heredero se le llama a recibir ya sea el total o una cuota parte de dicha universalidad.

No siempre es fácil determinar si el asignatario lo es a título universal o a título singular. La asignación consistente en todos los bienes inmuebles o en todos los muebles es interpretada por algunos como institución de heredero; por otros, como institución de legatario. Según los expositores alemanes una institución semejante constituye una asignación a título universal (Unger, Plank, citados por Valverde).

Pero algunos expositores españoles, cuya autoridad es singular en nuestro derecho por disponer de unos mismos conceptos sobre el título universal y el singular, el legado de todos los inmuebles o de todos los muebles constituye un simple legado, es decir, una asignación a título singular. Es necesario calificar el título de la sucesión, dice Valverde, sin que importe la cantidad más o menos considerable que el beneficiado reciba; por ese motivo los legados de los inmuebles no constituyen asignación a título universal, porque no hay modo de calificarle como legados de parte alcuota.

Parece ser ésta la solución que deba seguirse en nuestro derecho. La asignación de todos los inmuebles indica la voluntad del testador de circunscribir el objeto del testamento; y en la herencia o cuota parte de ella no hay delimitación a determinados bienes considerados singularmente, sino vocación hereditaria sobre el patrimonio herencial considerado como universalidad jurídica.

353.—Los herederos son de dos clases: universales y de cuota. Herederos universales son los llamados a recibir la universalidad jurídica de la herencia; herederos de cuota los llamados a recibir una cuota parte de ella.

Para tener la calidad de heredero universal no se requiere que sea llamado a recibir la totalidad de los bienes hereditarios, pues, el testador puede hacer varios legados y dejar el remanente en forma abstracta a una persona: ésta será un heredero universal. En todo caso, tanto el heredero de cuota como el heredero universal son sucesores a título universal.

Sobre el particular prescribe el 1155 que los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

Tuvimos ocasión de criticar la noción de heredero desde el punto de vista de considerarlo como un continuador de la personalidad del difunto; también advertimos que la principal consecuencia de dicha noción era la de responsabilizarlo de las deudas de la herencia *ultra vires haereditatis*, principio proclamado en el inciso 2º del 1155, pero contrarrestado reciamente por las instituciones de los beneficios de inventario y de separación de patrimonios.

En cuanto a la clasificación de los herederos en universales y de cuota es cosa que se deduce de los términos del 1156: "El asignatario que ha sido llamado a la sucesión, en términos generales, que no designan cuotas, como 'Sea Fulano mi heredero', o 'Dejo mis bienes a Fulano', es heredero universal.

"Pero si concurriere con herederos de cuota se entenderá heredero de aquella cuota que, con las designadas en el testamento, complete la unidad o entero."

Y según el 1157: "Si hechas otras asignaciones se dispone del remanente de los bienes, y todas las asignaciones, excepto la del remanente, son a título singular, el asignatario del remanente es heredero universal: si algunas de las otras asignaciones son de cuotas, el asignatario del remanente es heredero de la cuota que resta para completar la unidad."

En resumen: el heredero universal ha de ser único, ya sea que reciba todos los bienes de la herencia, ya sea que sólo reciba parte de ellos a condición de que constituya la única asignación a título universal. Hay heredero de cuota cuando concurren otros herederos.

354.—Conflictos que pueden surgir cuando concurren varios herederos de cuota.—Estos conflictos pueden ser de diverso orden y hallanse resueltos en los artículos 1157 y siguientes del código.

I.—Si el testador instituyere varios herederos, sin designación de cuota, la herencia se dividirá entre los instituidos por partes

iguales (art. 1157, inciso 3º). En dicho caso los herederos son de cuota.

II.—Si no hubiere herederos universales, sino de cuota, y las designadas en el testamento no componen todas juntas la unidad entera, los herederos abintestato se entienden llamados como herederos del remanente (art. 1158 del c. c.).

Tal puede suceder cuando el testador hizo distribución de parte de sus bienes a favor de extraños respetando la cuota parte que corresponde a sus herederos forzosos; por ejemplo, dispuso de la cuarta parte o de la mitad según los casos; se entiende que respetó las asignaciones de los legitimarios.

En este caso en verdad los legitimarios son llamados por la ley a recibir ese remanente de bienes; por tal motivo sólo aproximadamente puede decirse que la sucesión se rige por el testamento y por la ley; pero estrictamente se rige por el testamento, por cuanto el testador ha podido mencionar las cuotas de los herederos forzosos.

III.—Si el testador no dispone de todos sus bienes y de los que dispuso lo hizo mediante legados, son llamados a recibir el resto los herederos abintestato en su calidad de herederos universales (art. 1158, inciso 2º). Son herederos universales considerados en su conjunto y en cuanto a los bienes que recogen; pero entre sí cada heredero sólo lo puede ser de cuota.

355.—Caso en que el testador instituye herederos sobrepasando la unidad.—En los casos anteriores hemos contemplado hipótesis de disposición de bienes mediante asignaciones universales que no alcanzan a completar la unidad. Ahora contemplamos la hipótesis en que el testador sobrepasa dicha unidad, como sucedería si instituye a A en la tercera parte, a B en la tercera, a C en la tercera y a D en la tercera; así habría cuatro terceras partes de la herencia. Las cuotas se miran haciendo referencia a la universalidad jurídica del patrimonio herencial.

I.—Si las cuotas designadas en el testamento completan o exceden la unidad, en tal caso el heredero universal se entenderá instituido en una cuota cuyo numerador sea la unidad, y el denominador el número total de herederos; a menos que sea instituido como heredero del remanente, pues entonces nada tendrá (art. 1159 del c. c.).

Primer caso: El testador deja a A, B y C sus bienes a cada uno por la tercera parte; e instituye a D como heredero universal. Bien se comprende que en dicha hipótesis, D nada recogería, pues, las cuotas de A, B y C, agotarían los bienes herenciales. Pero aplicando la regla del 1159 a D, le corresponderá

la cuarta parte de la herencia; y las cuotas de A, B y C se reducen todas a la cuarta.

Mas si D fue instituido en el **remanente** no se aplicará la regla anterior; vale decir, que no recibirá nada. Solución inequitativa y antisocial; contradice el 1157 según el cual el heredero del remanente es heredero universal; y todo se reduce a decir que cuando el testador en el ejemplo propuesto dice: "Instituyo a D como heredero universal", se aplica la regla recibiendo la cuarta parte; pero si dice: "Instituyo a D como heredero del remanente", entonces, no recibe nada. Todo es un juego de palabras.

Segundo caso: El testador hace estas asignaciones de cuota: A, la cuarta; B, la cuarta, C, la cuarta; D, la cuarta y E la cuarta. Tenemos cinco herederos de cuota, cada uno por la cuarta parte del haber herencial, es decir, que se ha sobrepasado la unidad. Aplicándose el 1159, cada uno recibe la quinta parte; ninguno prefiere a los otros.

II.—El 1160 regula los casos en que las cuotas no tengan todas un mismo denominador: "Reducidas las cuotas a un común denominador, incluso las computadas según el artículo precedente, se representará la herencia por la suma de los numeradores, y la cuota efectiva de cada heredero por su numerador respectivo."

Entre los varios casos que pueden presentarse hacemos resaltar los siguientes:

Primer caso.—A = mitad; B = la quinta; C = la séptima; D = heredero universal. El común denominador de las cuotas indicadas es 70; en estas partes se entiende dividida la herencia haciéndose esta distribución: A = $35/70$; B = $14/70$; C = $10/70$; D = $11/70$.

Segundo caso.—A = un tercio; B = tres cuartas; C = dos quintas; D = heredero universal. La cuota D será la cuarta parte aplicando el 1159. Reducidas las asignaciones a un común denominador tenemos: A = $20/60$; B = $45/60$; C = $24/60$; D = $15/60$. Esto arroja un total de $104/60$, es decir, que se ha sobrepasado la unidad. Es preciso aplicar el 1160 según el cual la herencia se representa por el número total de numeradores sirviendo de denominador común. Así, las asignaciones efectivas serán: A = $20/104$; B = $45/104$; C = $24/104$; D = $15/104$.

Estas mismas reglas se aplican a los casos en que el testador haya hecho asignaciones de cuota a sus herederos forzosos en forma ilegal; reformando el testamento y separando previamente las legítimas, los herederos extraños concurren a recibir

aquella parte de que el testador podría disponer libremente, representándose por la unidad, en la misma forma y con las mismas advertencias que cuando es necesario representarla toda por dicha unidad.

CAPITULO SEGUNDO

Asignaciones a título singular (legados)

356.—Las asignaciones a título singular o legados indican que el testador dispone de uno o varios de sus bienes en sí mismos considerados, como cuerpos ciertos, sin hacer relación a la universalidad jurídica del patrimonio. “Los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios” (art. 1162 del c. c.).

Hemos indicado que en la legislación positiva se señala una diferencia profunda entre el heredero o asignatario universal y el legatario o asignatario a título singular.

El legatario es un sucesor en el bien o bienes que recibe; él no representa en ningún caso la personalidad del testador. En cuanto a las deudas de la sucesión responde hasta concurrencia de los bienes que se le hayan asignado, a diferencia del heredero, en principio, que responde *ultra vires haereditatis*. Sin embargo el mismo testador puede haber impuesto al legatario una carga determinada a cambio del legado; en este caso, si acepta, responde por la carga; y si ésta fuese superior al valor del legado, se compromete su responsabilidad personal.

Fuera de esta responsabilidad que debe tener su origen en una disposición expresa del testamento y requiere la aceptación del legatario, la responsabilidad de éste no se compromete en ningún caso por las deudas de la sucesión, según precisaremos en seguida.

357.—La responsabilidad del legatario en ningún caso va más allá del valor de su legado.—Establece el inciso 2º del artículo 1162 que la responsabilidad del legatario podrá comprometerse en subsidio de la de los herederos, como de la que pueda sobrevenirle en el caso de la acción de reforma del testamento. En cuanto a la acción de reforma del testamento no se presenta problema; si el testador no ha respectado las legítimas de sus herederos forzosos, estos tienen acción para que se les asigne; y los legados podrán reducirse proporcionalmente o hacerse ilusorios, según veremos al hablar de esta acción.

Mas en cuanto a la responsabilidad subsidiaria ella no tiene aplicación en ningún caso, pues, daría lugar a manifiestas in-

justicias. La mencionada responsabilidad no otra cosa puede indicar sino que los herederos son llamados en primer término al pago de las deudas de la sucesión; que si los bienes asignados a ellos no son suficientes para el pago, habría que recurrir subsidiariamente a los bienes de los legatarios. Si suponemos una herencia de \$ 120.000,00 con un pasivo de \$ 80.000,00 regida por testamento en donde se instituyeron dos herederos y dos legatarios para que los primeros reciban las dos terceras partes y los últimos la tercera parte, tendríamos al aplicar el 1162 en su inciso 2º: que los herederos recibirían \$ 80.000,00 que deben destinar como obligados principales al pago del pasivo; los legatarios recibirían la tercera parte restante, es decir, \$ 40.000,00 y los herederos no recibirían nada.

Esto daría lugar a una atroz injusticia. El artículo 1016 establece por otra parte: "En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:... 2º Las deudas hereditarias."

Efectivamente: según el 1016 que deja sin efecto el 1162 en su inciso segundo, las deudas de la sucesión se pagan previamente; los bienes dejados por el difunto quedan afectados preferencialmente a ese pago. Lo cual indica que antes de proceder al reparto de los bienes, es necesario cancelar las deudas; y las asignaciones del testador se harán efectivas sobre el remanente. En nuestro ejemplo primero se cancela el pasivo de \$ 80.000,00 y sobre los restantes \$ 40.000,00 se ejecuta el testamento. Esta la única solución justa en nuestro derecho cuya aplicación indica que en ningún caso el legatario está sometido a responsabilidad subsidiaria alguna (Carrizosa Pardo, ob. cit. p. 309).

358.—Trataremos lo relativo a los legados en función de estos puntos: 1º Cosas que pueden ser legadas y sus condiciones o requisitos; 2º Distintas clases de legados; 3º De los derechos y acciones que pertenecen al legatario; 4º De la extinción de los legados.

I

Condiciones generales de los legados

359.—Las cosas legadas deben reunir estas condiciones: 1º Deben ser de propiedad del testador; 2º Ser determinadas; 3º Pueden legarse las cosas futuras; 4º Ser susceptible de enajenación.

360.—A) Legados de cosas propias del testador y legados de cosas ajenas.—En principio el testador sólo puede disponer de sus propios bienes; las cosas que constituyen el objeto de un legado deben pertenecerle en el momento de testar. Sin embargo, sobre el particular ha habido necesidad de realizar ciertos acondicionamientos que dan por resultado la validez del legado de cosa ajena cuando se reúnen ciertas condiciones.

En esta materia no podemos razonar con las reglas generales que gobiernan la enajenación de una cosa ajena por acto entre vivos. La venta de cosa ajena vale, por cuanto el vendedor se obliga a transmitir el dominio, mas por el contrato no lo transmite. El vendedor después de obligarse puede adquirir el dominio y cumplir su compromiso. Por el testamento tampoco se transmite la propiedad de las cosas legadas: simplemente se impone a los herederos o legatarios la obligación de hacer esa transmisión. Desde este punto de vista nada obstaría a la validez del legado de cosa ajena, con la misma amplitud que vale la venta de cosa ajena. Pero debe tenerse en cuenta que en las enajenaciones entre vivos la misma persona que contrata echa sobre sí el cumplimiento de la obligación; en el legado de cosa ajena, en cambio, la persona o personas que han de cumplir la obligación son diferentes a la que la ha impuesto o sea el testador. Este es el principal motivo por el cual las reglas sobre validez o invalidez del legado de cosa ajena no se sujetan exactamente a las mismas reglas de las enajenaciones de cosas ajenas por acto entre vivos.

Los romanos reglamentaron el legado de cosa ajena siguiendo estas reglas: 1º Si el testador legaba una cosa ajena en la creencia de que era de su propiedad, el legado era nulo por error; 2º Si la había legado con conocimiento de que era ajena, el legado era válido; se entendía que el testador imponía a sus herederos "la obligación de adquirir la cosa a fin de transmitir la propiedad al legatario" (Planiol, Ripert, etc., V. p. 640; Carrizosa, p. 312).

Al redactarse el código de Napoleón se encontraron sus autores con el sistema romano que de antaño había adquirido carta de ciudadanía en las costumbres; pero creyeron que dicho sistema era inconveniente y ese el motivo de la terminante disposición del artículo 1021 que prescribe que el legado de cosa ajena es nulo "haya sabido o ignorado el testador que la cosa no le pertenecía".

Sin embargo la jurisprudencia francesa ha limitado considerablemente el radio de acción del citado precepto llegándose a resucitar el antiguo sistema romano. La nulidad, advierten Planiol y Ripert, se produce cuando concurren estas dos cir-

cunstancias: 1º Se exige que la cosa pertenezca a otra persona exclusivamente y que el testador carezca en absoluto de todo derecho sobre la cosa legada, incluso un derecho condicional o indiviso. La prohibición sólo se contrae a los cuerpos ciertos; los legados de cosas genéricas se convierten en legados de sumas de dinero. Se exige que la cosa pertenezca a otra persona al tiempo del fallecimiento del testador; si la cosa no hubiere sido de éste al redactar el testamento, pero la hubiera adquirido posteriormente, no existirá legado de cosa ajena. 2º El legado debe ser de transmisión de la propiedad. Si el testador se hubiera limitado a imponer una carga de adquirir la cosa ajena para transmitirla al beneficiario, no se tratará de un legado de cosa ajena (ob. cit. V. p. 641).

Las legislaciones en general parecen inclinarse preponderantemente por el sistema romano (España, Valverde y Valverde, p. 327-328; Italia, Ruggiero, II, p. 1177; México, Rojina Villegas, p. 186).

361.—El sistema colombiano sobre legado de cosa ajena.—Este sistema se matricula dentro del romano con ciertas salvedades.

I.—El legado de una cosa que el testador cree pertenecerle pero resulta ajena, es nulo. Pero esta regla tiene una salvedad. Si el legado de una cosa ajena que el testador cree pertenecerle se ha hecho a un ascendiente o descendiente legítimo del testador, o a su cónyuge es válido. En este caso si el obligado a dar la cosa no pudiese conseguirla, quedará obligado al justo precio de la cosa (art. 1165 del c. c.).

Como se observa, se desvirtúa el sistema romano; sólo es nulo el legado de cosa ajena cuando el asignatario es persona diferente a los descendientes o ascendientes legítimos del causante o a su cónyuge. Ningún motivo práctico ni lógico explican regular este caso de legado de cosa ajena por reglas diferentes según la calidad del asignatario.

II.—El legado de una cosa que el testador sabe que no es de su propiedad tiene plena validez. Se requiere para la validez de dicho legado “que en el testamento aparezca que el testador sabía que la cosa no era suya”; lo que nos demuestra que nuestra legislación recoge en este particular el sistema romano en cuanto al motivo de la invalidez del legado o sea el error. Este queda descartado cuando en la carta testamentaria advierte el testador que se trata del legado de una cosa ajena.

Aplicaciones del artículo 1165 son las siguientes:

1.—La prevista en el artículo 1164: “Podrá ordenar el testador que se adquiriera una especie ajena para darla a alguna persona o para emplearla en algún objeto de beneficencia; y si el

asignatario a quien se impone esta obligación no pudiere cumplirla, porque el dueño de la especie rehusa enajenarla, o pide por ella un precio excesivo, el dicho asignatario será obligado a dar en dinero el justo precio de la especie." Si el legatario hubiere recibido en dinero "el justo precio" de la cosa, pero posteriormente la adquiere el asignatario a quien se había impuesto dicho legado, la deberá con todo al legatario; pero éste no podrá reclamarla sino restituyendo lo que hubiere recibido por ella (art. 1167 del c. c.).

2.—Si el testador no era propietario de la cosa en el momento de testar, pero la adquirió posteriormente, nos encontramos ante el legado de una cosa propia y no ajena (art. 1166 del c. c.). Por tanto, el momento decisivo para indagar si existe o no legado de cosa ajena es el de la apertura de la sucesión.

3.—Finalmente se requiere que la cosa pertenezca en su totalidad a un extraño a la sucesión. En verdad no es legado de cosa ajena la carga impuesta a un asignatario de dar una de las cosas de su propiedad a un legatario. Lo será cuando la cosa no sea de propiedad del asignatario y el testador lo ignoró (art. 1165 del c. c.). Por tal motivo, si la cosa ajena pasó al dominio del asignatario obligado a darla antes de la muerte del testador, se deberá el legado (art. 1166 del c. c.). No se trata, entonces, del legado de cosa ajena.

362.—Caso de que la cosa legada pase al dominio del legatario antes de que surja la obligación de entregársela.—Si la especie legada, prescribe el inciso 2º del artículo 1164, hubiere sido antes adquirida por el legatario o para el objeto de beneficencia, no se deberá su precio sino en cuanto hubiere sido a título oneroso y a precio equitativo.

Este principio es bastante justo. Si el legatario hubiese recibido la cosa como legado, no habría sufrido ningún sacrificio en su adquisición, habría obtenido un auténtico enriquecimiento causado. Lo cual no sucede cuando adquirió a título oneroso la cosa legada. Pero si la adquisición se hubiese hecho a título gratuito, por ejemplo, una donación o legado del verdadero dueño, se presenta el concurso de dos causas lucrativas y tal concurso, advierten los autores, extingue la obligación del heredero o asignatario de pagar su precio, "pues la voluntad del testador carece de contenido práctico cuando el favorecido ha conseguido ya la misma cosa por título lucrativo distinto" (Ruggiero, II, p. 1778).

363.—Caso de un legado en donde el testador no tenía toda la propiedad de la cosa legada.—Si el testador es propietario pro indiviso de una cosa y la lega, se entiende que sólo lega el de

recho proindiviso; igualmente en el legado de la cosa de un asignatario (art. 1168 del c. c.).

En este particular es indiferente el error en que haya incurrido el testador. Si creyendo tener las dos terceras partes en una cosa, sólo tiene las dos quintas partes, el legado vale en las dos quintas partes. Cuestión diferente cuando tiene más de lo legado; sólo vale lo legado.

364.—B.—Las cosas legadas deben ser determinadas. Legados de cosas genéricas y cosas fungibles.—Ya nos hemos explicado suficientemente sobre la determinación de la asignación testamentaria. Las notas siguientes complementan la determinación de las asignaciones consistentes en legados.

365.—I.—Legados de géneros.—Estos legados valen a condición de que se determine el número de unidades; se les aplica estas reglas:

1.—Si de muchas especies que existen en el patrimonio del testador se legare una, sin decir cuál, se deberá una especie de mediana calidad o valor, entre las comprendidas en el legado (art. 1172 del c. c.). La misma regla cuando se legan varias especies.

2.—Los legados de género que no se limitan a lo que existe en el patrimonio del testador, como una vaca, un caballo, imponen la obligación de dar una cosa de mediana calidad o valor del mismo género (art. 1173).

3.—Según el 1174 “Si se legó una cosa entre varias que el testador creyó tener, y no ha dejado más que una, se deberá la que haya dejado.

“Si no ha dejado ninguna, no valdrá el legado sino en favor de los ascendientes, descendientes legítimos y el cónyuge; estos sólo podrán pedir una cosa mediana del mismo género, aunque el testador les haya concedido la elección.

“Pero si se lega una cosa de aquellas cuyo valor no tiene límites, como una casa, una hacienda de campo, y no existe ninguna del mismo género en los bienes del testador, nada se deberá, ni aun a las personas designadas en el artículo 1165” (es decir, los ascendientes o descendientes legítimos o el cónyuge).

4.—Si la elección de una cosa entre muchas se diere expresamente a la persona obligada o al legatario, podrá respectivamente aquélla o éste ofrecer o elegir a su arbitrio (art. 29 de la Ley 57 de 1889: reemplaza el inciso 1º del artículo 1775 del código).

Si el testador encomendare la elección a tercera persona, podrá ésta elegir a su arbitrio; y si no cumpliera su encargo dentro del tiempo señalado por el testador, o en su defecto por el

juez, se deberá una especie de mediana calidad y valor (art. 1775, inciso 2º).

Hecha una vez la elección, no habrá lugar a hacerla de nuevo sino por causa de engaño o dolo (art. 1775 del c. c. inciso 3º).

366.—II.—Legados de cosas por el sitio donde se encuentran. Según el 1169 del código: "Si al legar una especie se designa el lugar en que está guardada, y no se encuentra allí, pero se encuentra en otra parte, se deberá la especie; si no se encuentra en parte alguna, no vale el legado, salvo que el asignatario sea un ascendiente o descendiente legítimo del causante o su cónyuge, caso en el cual se deberá una especie de mediana calidad o valor."

367.—III.—Legados de cosas fungibles.—El legado de cosa fungible, cuya cantidad no se determina del algún modo, no vale (art. 1170 de lc. c.).

Si se lega la cosa fungible, señalando el lugar en que ha de encontrarse, se deberá la cantidad que allí se encuentre al tiempo de la muerte del testador, dado caso que el testador no haya determinado la cantidad; o hasta concurrencia de la cantidad determinada por el testador, y no más. Si la cantidad existente fuere menor que la cantidad designada, sólo se deberá la cantidad existente; y si no existe allí cantidad alguna de dicha cosa fungible, nada se deberá.

Lo cual, sin embargo, agrega el 1170, se entenderá con estas limitaciones:

1ª Valdrá siempre el legado de la cosa fungible cuya cantidad se determine por el testador a favor de las personas designadas en el artículo 1165 del código es decir, ascendientes y descendientes legítimos o el cónyuge.

2ª No importará que la cosa legada no se encuentre en el lugar señalado por el testador, cuando el legado y el señalamiento del lugar no formen una cláusula indivisible.

Así, el legado de "treinta hectolitros de trigo, que se hallan en tal parte", vale, aunque no se encuentre allí trigo alguno; pero el legado de "los treinta hectolitros de trigo que se hallarán en tal parte", no vale, sino respecto del trigo que allí se encontrare, y que no pase de treinta hectolitros.

368.—Precisión sobre el legado de cosa fungible en el caso de la regla 2ª del artículo 1170 del código.—Según dicha regla, el legado de cosa fungible con señalamiento de lugar vale cuando el legado y el sitio no forman una cláusula indivisible; mas cuando la forman, no vale, al no encontrarse la cosa en el sitio. Aplicando al dinero los mismos ejemplos del código tendremos: "Mil pesos del dinero que tengo en tal Banco", es un legado

que vale, aunque en el momento de la muerte el testador no tenga cuenta corriente en dicho Banco, ni depósito alguno; "los mil pesos que tengo depositados en tal Banco", no vale, sino respecto del dinero que en ese Banco tuviere el testador al momento de su muerte.

En este sentido fue fallado un caso interesante por la Corte Suprema en su sentencia de la Sala de Casación Civil de mayo 25 de 1943 (g. j. t. LV, p. 306). En un testamento el testador dejó un legado de \$ 20.000,00 a un legatario de sus depósitos en el Banco Hipotecario de Bogotá. "El testador empleó al hacer este legado una cláusula indivisible, y al referirse a los depósitos empleó el artículo definido los que da a la frase, tal como está redactada, un carácter iterativo." "El testador, pues, señaló el cuerpo cierto, los depósitos del Banco Hipotecario de Bogotá, de donde debían extraerse los veinte mil pesos legados a los menores Hernández (asignatarios)."

La Corte declaró inválido el legado por cuanto el testador a su muerte no tenía depósito alguno en el Banco.

369.—C.—Legados de cosas futuras.—El legado de una cosa futura, vale, con tal que llegue a existir (art. 1171 del c. c.).

370.—D.—La cosa legada debe ser susceptible de enajenación. Se expresa sobre este particular el 1163: "No vale el legado de cosas que al tiempo del testamento sean de propiedad pública y uso común, o formen parte de un edificio, de manera que no puedan separarse sin deteriorarlo; a menos que la causa cese antes de deferirse el legado."

1.—Con las reglas generales sobre prohibición de enajenar las cosas del dominio público hubiera sido suficiente; la primera parte del 1163 contiene apenas una repetición de los principios generales.

2.—La segunda parte tiene un alto sentido social y económico: el testador no puede legar aquellas cosas que forman partes integrantes de un edificio cuando al separarlas lo deterioran. Al tratar el Derecho General de las Cosas (V. Nos. 27 s.) vimos de cómo éstas se clasifican en simples y compuestas. Que en estas últimas es necesario distinguir aquellas piezas o partes que son esenciales para la formación del todo, de las que no son esenciales.

Por partes integrantes esenciales de una cosa compuesta, de que es ejemplo un edificio, se entiende aquellas que de acuerdo con el comercio no pueden separarse sin que la cosa desmerezca de valor. Por dicho motivo esas cosas no son susceptibles de derechos separados. Así, la máquina unida al edificio de una fábrica es parte integrante del mismo cuando no es posible

retirarla sin destruirla o sin destruir el edificio o sin que se deteriore notablemente.

La ley declara inválidos los legados de partes integrantes, esenciales independientemente de la cosa compuesta a que adhieren; la caprichosa o inexperta voluntad de un testador encuentra un límite importante en esta sanción de invalidez.

II

Distintas clases de legados

371.—En cuanto a la cosa legada en sí misma considerada cabe hacerse varias clasificaciones de los legados: 1º Legados de dar, hacer o no hacer; 2º Legados de la propiedad mueble o inmueble, o legados de los derechos reales, usufructo, uso, habitación; 3º Legados de cosas corporales e incorpóreas; 4º Legados de derechos personales: deudas y créditos; 5º Legados de cuerpos ciertos y de géneros; 6º De cosas fungibles y no fungibles; 7º Legados de educación, pensiones, alimentos, etc.

En cuanto a los legados de géneros y cosas fungibles son suficientes las notas acabadas de dar.

372.—I.—Legados de dar, hacer y no hacer.—Constituyen cargas impuestas a un asignatario. La carga puede consistir en la prestación de la propiedad de una cosa del asignatario a un tercero; o en que realice un hecho o se abstenga de realizarlo. Más a fondo trataremos de estos legados al hablar de las modalidades que pueden afectarlos.

373.—II.—Legados de la propiedad.—El testador puede legar el derecho de propiedad que tenga sobre cosas corporales o incorpóreas.

A.—Legado de la propiedad en cosas inmuebles.—Sobre el particular interesa precisar lo que comprende el legado de un inmueble, especialmente cuando es un predio.

1.—Legado de un predio.—El predio debe entregarse al legatario en el mismo estado en que se encontrare en el momento de la muerte del testador, comprendiendo los utensilios necesarios para su uso, y que existan en él, según prescribe el 1176 del código.

Son los inmuebles por adherencia y por destino; en forma particular los últimos (V. Derecho de las cosas Nos. 17 s.).

Sin embargo, el estado del predio entre el día en que el testador lo legó o confeccionó el testamento y el día de su muerte, puede haber sufrido cambios sustanciales. Si el testador sólo quiso legar el predio en el estado en que se encontraba cuando

testó, se deberá en dicho estado y no en el que se encuentre a su muerte. En este sentido los artículos 1177 y 1178 contienen importantes reglas que ayudan a precisar este problema. Según el primero "los terrenos y los nuevos edificios que el testador le haya agregado después del testamento (al predio), no se comprenderán en el legado; y si lo nuevamente agregado formare con lo demás, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida, y las agregaciones valieren más que el predio en su estado anterior, sólo se deberá este segundo valor al legatario; si valiere menos, se deberá todo ello al legatario, con el cargo de pagar el valor de las agregaciones".

"Pero el legado de una medida de tierra, como mil metros cuadrados, no crecerá en ningún caso por adquisición de tierras contiguas, y si aquélla no pudiere separarse de estas, sólo se deberá lo que valga" (art. 1777, inciso 2º).

"Si se lega un solar, y después el testador edifica en él, sólo se deberá el valor del solar." (art. 1177 del c. c., inciso 3º.)

Estas reglas del artículo 1177 han sido criticadas por algunos autores nacionales. "El legislador se coloca en el momento de la facción del testamento, e interpreta que la voluntad del testador nunca se extendió sino a legar lo que entonces formaba el predio. A nuestro modo de ver, la interpretación racional es la contraria: el legislador debe colocarse para interpretar el testamento como si lo hubiera escrito en su último momento, porque hasta entonces pudo haberlo reformado o aclarado si la regla legal no estaba acorde con su voluntad" (Carrizosa, ob. cit., p. 319).

Esta crítica es exagerada. El predio por aplicación del 1176 se debe en el estado en que se encontrare en el momento de la muerte del testador; y se debe con las mejoras y aumentos que haya tenido; el 1177 se refiere a los casos excepcionales en que el predio ha sufrido cambios sustanciales por nuevas agregaciones y resulta un predio diferente; tal acaece cuando se legó un solar únicamente y en el momento de la muerte existe el solar con una edificación; o cuando las agregaciones dan un valor superior al predio del que tenía en el momento de testar.

2.—Los legados de predios comprenden las servidumbres necesarias para su normal uso y explotación (art. 1178 del c. c.).

3.—Igualmente el legado de cualquier inmueble comprende la hipoteca constituida posteriormente por el testador; lo que indica que el legatario lo recibirá con el gravamen impuesto (art. 1193, inciso 2º).

374.—B.—**Legado de una casa o hacienda.**—Si se lega una casa, establece el 1179, con sus muebles, o con todo lo que se encuentre en ella, no se entenderán comprendidas en el legado las

cosas enumeradas en el inciso 2º del artículo 662 sino sólo las que forman el ajuar de la casa, y que se encuentren en ella; y si se lega de la misma manera una hacienda de campo, no se entenderá que el legado comprende otras cosas que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda, y se encuentran en ella.

En uno y otro caso no se deberán de los demás objetos contenidos en la casa o hacienda, sino los que el testador expresamente designare.

Según el inciso 2º del 662, en los muebles de una casa no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías ni, en general, otras cosas que las que las que forman el ajuar de una casa.

375.—C.—Legados de cosas muebles y cosas universales.—1.—Las cosas muebles se deben en el estado en que se encontraren en el momento de la apertura de la sucesión. Se deben con las agregaciones no sustanciales que haya obtenido la cosa entre el día del testamento y el de la muerte del testador.

En cuanto a los cambios sustanciales que sufra el mueble legado prescribe el inciso 4º del artículo 1193, "que se entenderá que revoca el legado", como sucede en el caso en que de la madera legada hace construir un carro.

No son cambios sustanciales el derecho de prenda constituido por el testador; pero entonces indica, salvo advertencia especial, que el legado queda gravado con dicho derecho real. (art. 1193, inciso 3º).

2.—El 1180 se refiere al legado de un carruaje para establecer que se entenderán legados "los arneses y bestias de que el testador solía servirse para usarlo, y que al tiempo de su muerte existan con él".

3.—Y el 1181 al legado de un rebaño, diciendo que "se deberán los animales de que se componga al tiempo de la muerte del testador y no más".

4.—Respecto a las cosas universales tiene especial interés la aplicación de las reglas expuestas para los legados de predios. Así, el legado de una librería que en el momento de testar consta de libros cuyo valor asciende a mil pesos, si dicho valor ha ascendido a cinco mil pesos, es indudable que el legado vale hasta concurrencia del valor primitivo, es decir, mil pesos. Igual cosa cabe predicarse para los legados de establecimientos comerciales y en general de cosas universales sujetas a cambios considerables de valor, pero no esenciales. El cambio esencial

de la cosa legada se entiende como revocación del legado, como cuando lo legado es una droguería y ésta fue convertida en un almacén de ropa o en una librería.

376.—D.—Legado de una cuota proindiviso.—Los legatarios de cuotas o derechos proindiviso en una cosa singular o corporal se convierten en copropietarios a la muerte del testador; y la cosa adquiere la calidad de cosa común. Esta comunidad se regirá en cuanto a su administración, derechos de los comuneros y división por las reglas expuestas sobre esta materia (art. 30 de la Ley 57 de 1887, artículo que reemplaza el 1182 del código).

377.—III.—Legados de los derechos reales de usufructo, uso, habitación.—El testador, de la misma manera que puede anajar la propiedad o gravarla simplemente con los derechos reales de usufructo, uso o habitación por acto entre vivos, asimismo por causa de muerte puede constituir dichos derechos a favor de determinada persona; caso en el cual se entiende legada a los herederos la nuda propiedad, si no designare en forma expresa un asignatario de ese derecho.

Todo legado de usufructo, uso o habitación sin señalamiento de término para su duración, se reputará vitalicio conforme a las reglas generales. El legatario de un usufructo, uso o habitación está sometido a las mismas obligaciones y goza de los mismos derechos que el usufructuario, usuario o habitador en la constitución de estos derechos por acto entre vivos.

378.—IV.—Legados de educación, pensiones o alimentos. Legado de educación es el instituido a favor de los menores de edad a fin de garantizar una cantidad suficiente para que se eduquen (Rojina Villedas, ob. cit. p. 192). El legado de educación equivale a la constitución de una renta vitalicia; sólo que en vez de ser vitalicia, está sometida a una modalidad o afectación: el hacer posible al legatario la terminación de sus estudios.

En el testamento debe precisarse la clase de instrucción que debe recibir el menor. En consecuencia: el legado termina cuando el menor ha recibido la instrucción para que se constituyó el legado, cuando abandona los estudios o fracasa en ellos.

Si el testador no hubiere dicho qué clase de instrucción ha de recibir el menor, los jueces decidirán la duración del legado, atendiendo a los usos sociales y la presunta voluntad del testador. En todo caso, el legado terminará cuando el menor cumpla la edad de vintiún años: cesará si muere antes de cumplir esa edad (art. 1192, inciso 3º).

En cuanto a los legados de alimentos prescribe el artículo

1192 del código que "Si se legaren alimentos voluntarios sin determinar su forma y cuantía, se deberán en la forma y cuantía en que el testador acostumbraba a suministrarlos a la misma persona; y a falta de esta determinación, se regularán tomando en consideración la necesidad del legatario, sus relaciones con el testador, y la fuerza del patrimonio en la parte de que el testador ha podido disponer libremente.

"Si el testador no fija el tiempo que haya de durar la contribución de alimentos, se entenderá que debe durar por toda la vida del legatario."

379.—V.—Legados de créditos, deudas y acciones.—Según el 1185 "Pueden legarse no sólo las cosas corporales sino los derechos y acciones."

Pueden legarse los créditos que a su favor tenga el testador. Estos legados pueden revestir dos modalidades: el legado se hace al propio deudor, evento en el cual no se presenta problema alguno, pues, la deuda del legatario se extingue definitivamente junto con los intereses debidos. El legado del crédito se hace a una persona extraña al deudor: como se observa, nos encontramos ante un caso de cesión de créditos por causa de muerte; efectivamente: el legatario es un cesionario; a él pasa el crédito junto con los intereses debidos por el deudor, como igualmente con todas las seguridades que los terceros o el propio deudor lo había caucionado.

También las deudas del testador pueden ser objeto de legado en el sentido de imponer a uno de sus asignatarios el pago de ellas. En este caso se requiere la cooperación del acreedor: si éste asiente, se realiza una asunción de deudas; el deudor de la deuda ha cambiado. Motivo por el cual, si el acreedor ha asentido a la asunción, no podrá exigir el pago del crédito de los herederos sino exclusivamente del asignatario a quien se impuso el pago de la deuda como carga de su legado o como carga escueta. Mas si no se ha realizado el asentimiento del acreedor, éste podrá demandar el pago de su crédito de la sucesión, sin que los representantes de ella puedan oponerle la excepción de no ser los continuadores del difunto en la deuda. Si se realiza el pago, tendrá la sucesión acción para el reembolso de lo pagado del asignatario obligado.

Finalmente pueden legarse las acciones patrimoniales del testador; tanto las acciones personales como las reales; tanto las acciones que tienen por fin reclamar una cosa corporal como las que siempre reclaman cosas incorpóreas. Basta y es suficiente que las acciones sean susceptibles de cesión por acto entre vivos, para que también sean susceptibles de legado.

Puede legarse la acción reivindicatoria para pedir el domi-

nio de un inmueble. Si el legatario triunfa, adquiere definitivamente el dominio del inmueble. En cuanto a las relaciones entre el reivindicador (legatario de la acción) y el poseedor vencido, son extraños los demás herederos o legatarios.

Existen ciertas acciones patrimoniales susceptibles de cesión por acto entre vivos, pero que dada su naturaleza especial repugnan a que sean objeto de un legado, por ejemplo, las acciones posesorias. Cosa diferente es el legado del inmueble en sí mismo considerado, caso en el cual el legatario tendrá personería para instaurar las acciones posesorias que hubiera podido ejercer el causante; pero no es susceptible de legado la acción posesoria independientemente del legado de la propiedad, o siquiera del usufructo o algún derecho real.

Esto mismo cabe predicarse respecto al legado de las acciones reales de hipoteca y prenda independientemente del crédito asegurado con dichas seguridades. Circunstancia ésta que debe distinguirse claramente del legado de un inmueble hipotecado, por ejemplo, independientemente del legado de la deuda garantizada. Puede suceder que el testador legue el inmueble afectado hipotecariamente a una persona y a otra imponga el cargo de pagar la deuda hipotecaria.

En este caso el legatario del inmueble es un "tercer poseedor" conforme a los principios expuestos al hablar del derecho hipotecario; si el legatario de la deuda no la cancela, el acreedor hipotecario podrá perseguir el inmueble del "tercer poseedor", quien tendrá que resignarse a pagar la deuda o tolerar la venta en subastación pública.

380.—Reglas especiales relativas al legado de créditos del testador.—1ª Por el hecho de legarse el título de un crédito se entenderá que se lega el crédito (art. 1185, inciso 2º).

2ª El legado de un crédito comprende el de los intereses devengados; pero no subsiste sino en la parte del crédito o de los intereses que no hubiere recibido el testador (art. 1185, inc. 3º).

3ª Si la cosa que fue empeñada al testador, se lega al deudor, no se extingue por eso la deuda sino el derecho de prenda; a menos que aparezca claramente que la voluntad del testador fue extinguir la deuda (art. 1186).

4ª Conforme a las reglas generales, la condonación de una deuda por testamento tiene carácter condicional: dicho legado sólo se perfecciona por la muerte del testador. De ahí que, a pesar del legado, el testador pueda demandar judicialmente la deuda sin que el deudor pueda excepcionar el legado o condonación; igualmente si el deudor paga, y el testador acepta, se entiende revocación tácita del legado (art. 1187 del c. c.). Cuestión diferente acaece: a) Cuando el deudor paga a los herede-

ros después de la apertura de la sucesión sin tener conocimiento del legado; b) Cuando paga la deuda antes de la apertura de la sucesión, sin noticia o consentimiento del testador.

En ambos casos tendrá derecho a la repetición (art. 1187 del c. c.).

5ª En cuanto a la condonación de las deudas de una persona en forma abstracta, sólo cubre las existentes a la fecha del testamento, no las contraídas posteriormente (art. 1188 del c. c.).

381.—Reglas especiales relativas al legado de las deudas del testador.—Es costumbre que los testadores en su carta testamentaria ordenen a los asignatarios el pago de sus deudas. Estas sumas no son legados. Pero también se usa que el testador dé como legado a uno de sus deudores una parte de sus bienes a cambio de la deuda que no ordena pagar a los asignatarios; o que instituya un legatario con la carga de pagar determinadas deudas. Estos son legados con cargas. En todos estos casos hay lugar a la aplicación de las siguientes reglas:

1ª Si el testador manda pagar lo que cree deber y no debe, la disposición se tendrá por no escrita (art. 1190 del c. c.). Y si los herederos o legatarios habían pagado, tendrán derecho de repetición con fundamento en las reglas del pago de lo no debido.

2ª Si en razón de una deuda determinada se manda pagar más de lo que ella importa, no se deberá el exceso, a menos que aparezca la intención de donarlo (art. 1190, inciso 2º del c. c.).

3ª Lo que se lega a un acreedor no se entenderá que es a cuenta de su crédito, si no se expresa, o si por las circunstancias no apareciere claramente que la intención del testador es pagar la deuda con el legado.

Si así se expresare o apareciere, se deberá reconocer la deuda en los términos que lo haya hecho el testador o en que se justifique haberse contraído la obligación; y el acreedor podrá a su arbitrio, exigir el pago en los términos a que estaba obligado el deudor, o en los que expresa el testamento (art. 1189 del c. c.).

382.—Las deudas confesadas en el testamento.—Establece el 1191 del código que las deudas confesadas en el testamento, y de que por otra parte no hubiere un principio de prueba por escrito, se tendrán por legados gratuitos, y estarán sujetos a las mismas responsabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase.

1.—El texto legal se aplica a toda clase de deudas. Los que implica que la confesión que es la máxima prueba de las deudas de una persona, no obstante la realizada en el testamento, no es prueba. Dicha prueba debe constar en un escrito diferente a

la carta testamentaria; puede ser cualquier escrito, inclusive un principio de prueba por escrito. No es admisible la prueba testimonial.

2.—Es conveniente y práctica la disposición del artículo 1191 al establecer que las deudas confesadas en un testamento que no consten en un escrito diferente, se miran como simples legados gratuitos; ello evita el que un testador pretenda hacer fraude a sus acreedores simulando deudas.

Al mirarse como legados gratuitos las deudas confesadas en un testamento cuando dicha confesión es la única prueba, indica: 1º Previamente se cancelan las deudas del testador y sólo después se entra a pagar los legados; 2º Dicho legados gratuitos están sujetos a reducción o a extinguirse por el pago previo de las asignaciones forzosas ordenadas por la ley.

III

De los derechos y acciones que pertenecen al legatario

383.—Para precisar las acciones y derechos de que es titular el legatario, es necesario aclarar previamente en qué momento adquiere el dominio de la cosa legada.

En cuanto al legado de cuerpos ciertos, se predica por algunos autores que el legatario se convierte en propietario en el momento de la apertura de la sucesión. Mas según otra tesis el legatario de cuerpo cierto adquiere el dominio únicamente cuando se verifica la partición y se le adjudica.

En cuanto a los legados de géneros no se presenta discusión alguna: el legatario adquiere el dominio con la especificación y entrega de la cosa genérica; con la apertura de la sucesión sólo adquiere el legatario un derecho personal contra la sucesión o el obligado a prestarlo a fin de que le sea entregado. Retendremos nuestra atención sobre las dos tesis enunciadas sobre adquisición del dominio de legados de cuerpos ciertos.

384.—**La primera tesis.**—El legatario adquiere el dominio en el momento de la muerte del testador. Se fundamenta en estas consideraciones generales. La sucesión por causa de muerte es modo de adquirir el dominio según los principios generales; luego a su apertura adquiere el legatario el dominio del cuerpo cierto legado. “El legatario es un sucesor *mortis causa* que sucede a título singular. Su causante es el testador; su título, el testamento, y el modo como adquiere es el de la sucesión por causa de muerte. Por consiguiente, si la cosa legada es un cuerpo cierto, el dominio de ella lo adquiere el legatario desde el día de

la muerte el *de cujus*" (Carrizosa, ob. cit. p. 310.) En el mismo sentido se pronuncia Vélez (cit. por Carrizosa, ob. cit. p. 310).

385.—La segunda tesis.—La jurisprudencia nacional moviéndose por motivos de orden práctico y consultando el verdadero espíritu de la legislación, predica que el dominio de la cosa legada sólo se adquiere con la partición y adjudicación. Mientras no se liquide la herencia, dice la Corte, no puede saberse si los bienes quedan absorbidos por las deudas hereditarias, o si cuando hay legitimarios es necesario reducir los legados (cas. civ. jun. 26 de 1930, XXXVIII, p. 3 s.).

En la sentencia de la Sala de Negocios Generales de noviembre 22 de 1940 (g. j. t. L, p. 911) se precisa mejor el momento de la adquisición del legado de cuerpo cierto. Refiriéndose la Corte a un legado de inmueble advierte: si el legatario de un inmueble no ha adquirido la posesión inscrita de su legado y lo enajena, equivale ello a la venta de cosa ajena, con las consecuencias que se determinan en el artículo 1871 del código. En esta misma sentencia se reproduce la doctrina de la sentencia de la Sala de Casación Civil de 15 de diciembre de 1898: "La venta de inmuebles de una sucesión ilíquida equivale a la venta de cosa ajena, y tiene, por consiguiente, la validez que a esta clase de ventas reconocen los artículos 1871 y 1874 del código civil."

"Aunque el legatario, continúa la sentencia del 22 de noviembre de 1940, no tiene la condición de comunero en la universalidad llamada herencia, es incuestionable que el inmueble materia de su legado, si aún no se ha verificado la partición, pertenece a una sucesión ilíquida. Ese inmueble y los demás bienes de la mortuoria, constituyen la prenda general de los acreedores del causante. De ahí que mientras no se liquide la mortuoria, ningún asignatario, bien sea a título universal o a título singular, puede disponer, como de cosa propia, de bienes de la sucesión."

Concretando nuestra atención sobre los legados de inmuebles debemos concluir que el legatario no adquiere el dominio en el momento de la apertura de la sucesión dada la institución del registro. Por otra parte, la ley en forma expresa establece en el artículo 757 que por la muerte sólo se adquiere la posesión legal, la cual es una posesión más abstracta que real; esta posesión legal no habilita al heredero o legatario para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no proceda el decreto judicial que da la posesión efectiva y el respectivo registro de ese decreto en la Oficina de Registro.

Luego es errónea la tesis de quienes predicán que el legatario adquiere el dominio en el momento de la apertura de la

sucesión, pues, conforme a las reglas legales, en ese momento sólo se adquiere la posesión legal, la que no constituye el dominio. Si bien es verdad que con la posesión efectiva se adquiere el derecho de disponer de los inmuebles legados, no es menos cierto que el dominio definitivo sólo se adquiere con la partición y adjudicación.

386.—Las acciones y derechos del legatario.—Precisado el momento en que el legatario adquiere el dominio del legado, veamos las demás acciones y derechos que le corresponden.

1º La acción reivindicatoria, que sólo puede ejercer contra terceros poseedores, no la puede ejercer el legatario en su nombre personal antes de la partición y adjudicación; deberá ejercerla en nombre de la sucesión y para la sucesión, exactamente en las mismas condiciones que el heredero.

Realizada la adjudicación puede ejercerla en su propio nombre. Exactamente lo mismo con las demás acciones reales.

Indudablemente la adquisición de la posesión legal otorga personería al legatario, a semejanza de lo que sucede con el heredero, para ejercer la mencionada acción en nombre de la sucesión y para ella.

2º En el momento de la apertura de la sucesión adquiere el legatario una acción personal para hacerse entregar la cosa legada. Es la acción ex testamento que puede ejercer contra la sucesión o contra el asignatario obligado a prestar dicho legado.

3º Desde el momento de la apertura de la sucesión dispone el legatario de su derecho al legado, lo cual es diferente del derecho de dominio que recae sobre la cosa objeto del legado. El derecho al legado puede ser objeto de disposición por el legatario desde la muerte del causante; puede enajenarlo, cederlo, gravarlo, etc. El cesionario adquiere el derecho a que se le adjudique el legado en la partición.

387.—En qué estado debe entregarse al legatario la cosa legada.—El legatario tiene derecho a recibir la cosa legada en el mismo estado en que se encuentre en el momento de la apertura de la sucesión, salvo las advertencias hechas respecto a las mejoras o cambios sustanciales sufridos por la cosa entre el día del testamento y el de la apertura de la sucesión.

La regla general anterior explica: los frutos que produzca la cosa entre el día de la apertura de la sucesión y el día de la entrega pertenecen al legatario.

Igualmente, según la misma regla, el legatario debe recibir la cosa con las cargas reales o gravámenes que la afectaban el día de la apertura de la sucesión, como hipotecas, prendas, servidumbres (art. 1183 del c. c.).

IV

De la extinción de los legados

388.—A cuatro podemos reducir las causas principales de extinción de un legado; su revocación por el testador; su no aceptación por el legatario; la nulidad del testamento; la destrucción o pérdida de la cosa legada.

I.—**Revocación del legado.**—La revocación del testamento produce la revocación de las asignaciones testamentarias entre las cuales se encuentran los legados.

Frente a este caso de revocación expresa de un legado existe la revocación tácita. El inciso 2º del artículo 1193 del código establece que la enajenación de las especies legadas, en todo o parte, por acto entre vivos, envuelve la revocación del legado, aunque la enajenación haya sido nula, y aunque las especies legadas vuelvan a poder del testador.

Así, la condición resolutoria expresa o tácita por falta de pago del precio hace que el bien enajenado vuelva al vendedor; si éste lo había anteriormente legado, con la mencionada enajenación hubo revocación; y ésta no sobrevive por el evento de la citada condición.

II.—La repudiación de la herencia o del legado lo extingue, conforme a las reglas expuestas sobre este particular.

III.—La nulidad del testamento invalida las cláusulas testamentarias y la sucesión se rige entonces por la ley y no por el testamento. En la sucesión legal no hay legados.

IV.—Por la destrucción de la especie legada se extingue la obligación de pagar el legado (art. 1193, inc. 1º).

Si la destrucción se realizó antes de la apertura de la sucesión, no se presenta problema; el legado se extingue definitivamente. Mas si la destrucción se realizó después de la apertura de la sucesión y se trata de un cuerpo cierto, precisa aplicar la teoría de los riesgos, vale decir: si la destrucción fue debida a fuerza mayor, el legado se extingue sin comprometerse la responsabilidad de los representantes de la sucesión; si la destrucción fue debida a un hecho o culpa del asignatario obligado a prestarlo o de los representantes de la sucesión, se extingue el legado, pero se compromete la responsabilidad del autor del hecho ilícito de la destrucción. La misma regla se aplica en lo relativo a los daños o deterioros que sufra la cosa legada entre el día de la apertura de la sucesión y el día de la entrega.

CAPITULO TERCERO

De las modalidades de las asignaciones testamentarias

389.—Una asignación testamentaria puede estar afectada por una condición, un plazo o término y por un modo. Las primeras son las asignaciones testamentarias condicionales; las segundas las denominadas por el código “asignaciones testamentarias a día”, y las últimas las “asignaciones modales” (capítulos 2º, 3º y 4º del tít. 4º del libro 3º del código: arts. 1128 a 1154).

A.—Asignaciones testamentarias condicionales

390.—“Asignación condicional es, en el testamento, aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según las intenciones del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece, o si acaece el negativo” (art. 1128 del c. c.).

Como se ve, las condiciones a que pueden estar sujetas las asignaciones testamentarias son de la misma naturaleza a las que afectan las obligaciones: condiciones suspensivas y resolutorias o extintivas. Y en general, las mismas reglas estudiadas al hablar de las condiciones en materia de obligaciones, son aplicables a las asignaciones testamentarias (art. 1128, inc. 3º).

391.—a) **Asignaciones testamentarias sometidas a una condición suspensiva.**—Las asignaciones testamentaria bajo condición suspensiva, no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición sino el de implorar las providencias conservativas necesarias.

Si el asignatario muere antes de cumplirse la condición, no transmite derecho alguno.

Cumplida la condición, no tendrá derecho a los frutos percibidos en el tiempo intermedio, si el testador no se los hubiere expresamente concedido (art. 1136).

392.—b) **Condiciones resolutorias.**—En estas nace el derecho a favor del asignatario desde el momento de la muerte del testador; pero si se cumple la condición se extingue la asignación.

Entre las principales condiciones resolutorias o extintivas previstas por la ley, vale la pena señalar:

1.—La condición de no impugnar el testamento. Esta condición no vale si se extiende a las demandas de nulidad, por algún defecto de forma (art. 1131 del c. c.); tampoco se extiende a la acción de reforma del testamento cuando el testador ha cercenado las legítimas que corresponden a los herederos forzosos.

2.—La condición impuesta al heredero o legatario de no con-

traer matrimonio, se tendrá por no estricta, salvo que se limite a no contraerlo antes de la edad de veintiún años o menos, o con determinada persona (art. 12 de la Ley 95 de 1890).

El primitivo artículo 1132 del código era más riguroso sobre esta condición: 1º) El testador podía limitar hasta la edad de veinticinco años la celebración del matrimonio del heredero o legatario; 2º) Si el testador imponía al heredero o legatario la prohibición de contraer matrimonio con determinada persona, la condición era inválida; punto este modificado por el art. 12 de la Ley 95 de 1890.

3.—Se tendrá asimismo por no puesta la condición de permanecer en estado de viudedad; a menos que el asignatario tenga un o más hijos del anterior matrimonio, al tiempo de deferírsele la asignación (art. 1133 del c. c.).

4.—Las disposiciones expuestas no se oponen a que se provea a la subsistencia de una mujer mientras permanezca soltera o viuda, dejándose por ese tiempo un derecho de usufructo, de uso o habitación, o una pensión periódica (art. 1134 del c. c.).

5.—Según el 1135 la condición de casarse o no casarse con determinada persona y la de abrazar un estado o profesión cualquiera valdrán (art. 1135 del c. c.).

393.—Reglas generales sobre todas las condiciones.—Estas reglas son expuestas por los artículos 1129 y 1130 del código.

Según el primero, la condición que consiste en un hecho presente o pasado no suspende el cumplimiento de la disposición. Si existe o ha existido, se mira como no escrita; si no existe, o no ha existido, no vale la disposición.

Según el segundo, si la condición que se impone como para tiempo futuro consiste en un hecho que se ha realizado en vida del testador, y el testador al tiempo de testar lo supo, y el hecho es de los que pueden repetirse, se presumirá que el testador exige su repetición; si el testador a tiempo de testar lo supo, y el hecho es de aquellos cuya repetición es imposible, se mirará la condición como cumplida, cualquiera que sea la naturaleza del hecho.

B.—Asignaciones testamentarias a día

394.—El plazo o término, dijimos, puede, a semejanza de lo que sucede con las condiciones, ser suspensivo o extintivo. El primero es el denominado plazo o término suspensivo; el segundo es el término extintivo o resolutorio.

El plazo o término suspensivo consiste en asignar a un heredero o legatario una asignación testamentaria para que la reciba cumplido un término, por ejemplo, cuando llegue a la

mayor edad. El extintivo o resolutorio consiste en dejar una asignación a una persona para que la reciba en el momento de la apertura de la sucesión; pero cumplido un término se extingue su derecho. El término extintivo es un usufructo.

Las asignaciones testamentarias, establece el 1138, pueden estar limitadas a plazos y días, de que dependa el goce actual (término suspensivo) o la extinción de un derecho (término extintivo); y se sujetará entonces a las reglas dadas en el título de las asignaciones a plazos, expuesto al hablar de las obligaciones.

Los términos pueden ser de diferentes clases: 1) **Término o día cierto y determinado**, es aquel que necesariamente ha de llegar, y se sabe cuándo, como el día tanto de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador.

2) Es cierto pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona.

3) Es cierto pero determinado, si puede llegar o no; pero suponiendo que haya de llegar, se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años.

4) Es incierto e indeterminado, si no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, como el día en que una persona se case (art. 1139 del c. c.).

Bien: algunos de estos términos constituyen verdaderas condiciones y por ese motivo se rigen por el capítulo de condiciones y no el de las asignaciones sometidas a término. En primer lugar, la asignación desde día cierto pero indeterminado, es condicional y envuelve la condición de existir el asignatario en ese día (art. 1143 del c. c.). En segundo lugar, las asignaciones desde día incierto, sea determinado o no, es siempre condicional (art. 1144 del c. c.). El 1141 repite la misma regla para el día incierto e indeterminado.

395.—Reglas sobre las asignaciones a día.—Las principales son las siguientes:

1.—Lo que se asigna desde un día que llega, antes de la muerte del testador, se entenderá asignado para después de sus días, y sólo se deberá desde que se abra la sucesión (art. 1140 del c. c.).

2.—La asignación desde día cierto y determinado, da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada, y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día.

Si el testador impone expresamente la condición de existir el asignatario en ese día, se sujetará a las reglas de las asignaciones condicionales (art. 1142 del c. c.).

3.—Generalmente los términos extintivos, es decir, aquellos en virtud de los cuales se deja una asignación a una persona durante un término cumplido el cual se resuelve su derecho, constituyen casos de usufructo. Por tal motivo establece el 1145 que la asignación hasta día cierto, sea determinado o no, constituye un usufructo a favor del asignatario. A su vez, el 1146 prescribe que la asignación hasta día incierto pero determinado, unido a la existencia del asignatario, constituye usufructo; salvo que consista en prestaciones periódicas.

Si el día está unido a la existencia de otra persona que el asignatario, se entenderá concedido el usufructo hasta la fecha en que, viviendo la otra persona, llegaría para ella el día.

El inciso 2º del 1145 estatuye que la asignación de prestaciones periódicas es intransmisible por causa de muerte, y termina, como el usufructo, por la llegada del día y por la muerte del pensionario.

C.—De las asignaciones modales

396.—Estas asignaciones son definidas por el 1147 así: "Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un **modo** y no una condición suspensiva."

Estas asignaciones no tienen mayor importancia; lo que la ley reglamenta con ellas, bien podría resolverse con las asignaciones testamentarias sometidas a una condición resolutoria, según vamos a verlo en la exposición de las reglas más importantes dictadas por el código para esta estéril y escolástica materia.

397.—I.—Naturaleza de la asignación modal.—1º El modo no suspende la adquisición de la cosa asignada; 2º Tampoco es necesario para adquirir la asignación, prestar caución de restitución para el caso de no cumplirse el modo (arts. 1147, fine, 1149).

398.—II.—Personas gravadas con un modo.—1) Si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve la cláusula resolutoria (art. 1150); 2) Si el modo es en favor de un tercero, el asignatario está obligado a cumplirlo; y será resuelto el legado en caso de incumplimiento, cuando se ha estipulado la condición resolutoria; si no se ha estipulado, sólo podrá ser constreñido por el acreedor a su cumplimiento.

399.—III.—Modos imposibles, ilícitos o ininteligibles.—Son in-

válidos, se mirará como no escrita la asignación (art. 1151). Pero si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la sustancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el Juez con citación de los interesados. Si el modo, sin culpa del asignatario es imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen (art. 1151, incisos 2º y 3º).

400.—IV.—Determinación del modo.—Si el testador no determinare suficientemente el tiempo o la forma especial en que ha de cumplirse el modo, podrá el Juez determinarlos, consultando en lo posible la voluntad de aquél y dejando al asignatario modal un beneficio que ascienda, por lo menos, a la quinta parte del valor de la cosa asignada (art. 1152 del c. c.).

401.—V.—De la cláusula resolutoria.—En las asignaciones modales, se denomina cláusula resolutoria, la que impone al asignatario la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo. No se entenderá que envuelve cláusula resolutoria, la que impone al asignatario la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo. No se entenderá que envuelve cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa (arts. 1148 del c. c.).

Siempre que haya de llevarse a efecto la cláusula resolutoria, se entregará a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo, una suma proporcionada al objeto, y el resto del valor de la cosa asignada acrecerá a la herencia, si el testador no hubiere ordenado otra cosa. Mas el asignatario por cuyo hecho se verificó la condición resolutoria no gozará del acrecimiento (art. 1154 del c. c.).

El 1153 establece que si el modo consiste en un hecho tal que para el fin que el testador se haya propuesto, sea indiferente la persona que lo ejecute, es transmisible a los herederos del asignatario.

TITULO CUARTO

Asignaciones forzosas

Porción conyugal, legítimas, cuarta de mejoras

402.—**Restricciones a la libertad de testar.**—Hemos puesto de presente de cómo nuestra legislación sobre derecho hereditario reconoce como una de sus bases fundamentales la institución de la familia; que la distribución de los bienes de una sucesión se hace teniendo en cuenta los miembros que formaban con el causante una familia. Y si bien es verdad que se reconoce alguna libertad al testador para que disponga de sus bienes, es a condición de que acate en un *mínimum* la misma distribución que la ley hace; si el testador no respeta esta regulación en el sentido que vamos a explicar, sus disposiciones testamentarias carecerán de efecto.

Frente al régimen colombiano de testamentificación controlada por disposiciones de orden público, existe el régimen de la libre testamentificación el cual es familiar en Inglaterra y los Estados Unidos. El mismo don Andrés Bello fue ardiente defensor de este régimen, pero se vio obligado a ceder ante la costumbre firmemente establecida. Quería que los testadores tuviesen plena libertad para disponer de sus bienes; de escoger arbitrariamente los asignatarios y señalar la cuantía de las asignaciones. "En el corazón de los padres, tiene el interés de los descendientes una garantía mucho más eficaz que cuantas puede dar la ley; y el beneficio que deban éstos alguna vez a la intervención del legislador, es más contrapesado por la relajación de la disciplina doméstica, consecuencia necesaria del derecho de los hijos y su descendencia sobre casi todos los bienes del padre." "Las legítimas no fueron concebidas en Roma, mientras a la sombra de las virtudes republicanas se mantuvieron puras las costumbres y severa la disciplina doméstica" (citas tomadas de Carrizosa Pardo, ob. cit. p. 355-356).

Esta advertencia de Bello no es del todo exacta. En Roma, en los primeros siglos, se disponía de los bienes para después de

la muerte, con la misma libertad que se tenía respecto de ellos en vida. "Era una potestad tan absoluta como el derecho del padre sobre los hijos y el del propietario sobre la cosa.

"Más tarde, con el progreso del derecho pretoriano y el avance de la civilización, se comprendió que no había ley que pudiese amparar al padre de familia cuando dejaba al hijo en la indigencia y llegaba hasta privarle de los alimentos, y entonces surgió esta figura que se llamó **legítima pars bonorum**.

"Luego esta 'legítima' recibió otro aporte derivado de la inoficiosidad del testamento. Cuando alguien, olvidando los deberes impuestos por la naturaleza, pretería a un heredero, éste podía obtener la nulidad del testamento, porque se daba por cierto que esa persona lo había dictado en un momento de ofuscación mental" (Lafaille, II, p. 136).

Mas esta acción de nulidad del testamento fue excesiva y más tarde se atenuó "acordando el complemento de los bienes". Quien recibía una parte inferior de bienes o ninguno, tenía derecho a un complemento o a la parte que le correspondiera. Más tarde Justiniano precisó la parte de bienes de que podía el testador disponer y aquella que debía asignar a sus herederos forzosos; esta parte era la mitad. Sobre una mitad de bienes se podía disponer arbitrariamente; la otra mitad debía asignarla a sus herederos forzosos.

La institución de las "legítimas" o *minimum* de bienes que ha de recibir un heredero forzoso por testamento, es la aceptada por la mayor parte de las legislaciones latinas. Existe otra institución semejante que también tiene por finalidad el indicar límites o restricciones a la libertad de testar y es la conocida con el nombre de "reserva", de origen posiblemente germánico. La "reserva", por lo común en las costumbres germánicas se refería a los bienes que el testador había recibido por herencia, no a los que fuesen el fruto de su trabajo.

Sin embargo, el código alemán de 1900 recogió el primitivo sistema de las "legítimas", en las cuales no se hace distinción alguna en cuanto al origen de los bienes dejados por el causante.

403.—El régimen de la autonomía de la voluntad para disponer libremente de los bienes por causa de muerte es antisocial e impotente para realizar los altos fines económicos y morales del Estado. Y el argumento de ciertas escuelas individualistas de que la familia encuentra su protección en el mismo corazón humano, es bastante romántico e ineficaz. La misma experiencia demuestra que los padres suelen tener una mayor preferencia por ciertos hijos que por otros; en este sentido bien pueden desheredar arbitrariamente sin motivos plausibles a unos hijos, de-

jando sus bienes a otros. Además, se entronizaría la costumbre de dejar los bienes en usufructo al cónyuge sobreviviente y la nuda propiedad a los hijos, en la convicción de que dicho cónyuge proveería a su educación y sostenimiento, fines que se desvirtuarían al contraer el sobreviviente nuevas nupcias y en otras anómalas situaciones.

Estos y otros casos aberrantes de distribución de bienes que pueden presentarse, se evitan con la institución de las asignaciones forzosas. Indudablemente que cuando el "corazón", según la expresión favorita de los partidarios de la libre testamentificación, es un corazón recto y responsable de sus deberes sociales y familiares, dispondrá de sus bienes conforme a los imperativos de la ley.

Finalmente, la desheredación es una facultad que otorga la ley a los padres o testadores en general para privar del beneficio de la asignación forzosa a ciertos herederos por motivos graves señalados por la misma ley.

404.—Plan de exposición.—En dos secciones estudiaremos el problema de las asignaciones forzosas: 1ª De las asignaciones en sí mismas consideradas (asignación de alimentos, porción conyugal, legítimas, cuarta de mejoras); 2ª De los medios de defensa que tienen los herederos para hacerse asignar lo que les corresponde como asignación forzosa; y de los que tiene el testador para privar a sus asignatarios forzosos de su asignación.

SECCION PRIMERA

Las asignaciones forzosas en sí mismas consideradas

405.—Las asignaciones forzosas son definidas por el artículo 1226 del código como aquellas que es obligado a hacer el testador, "y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas".

La ley no se ha limitado a indicar quiénes son asignatarios forzosos, es decir, personas que debe instituir el testador como herederos o legatarios, sino que, además, en forma minuciosa ha precisado la cuantía de los bienes que deben recibir.

Son cuatro las asignaciones forzosas que debe hacer todo testador para que sus disposiciones testamentarias tengan pleno efecto:

- 1º Los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas;
- 2º La porción conyugal;
- 3º Las legítimas;
- 4º La cuarta de mejoras cuando el testador ha dejado descendientes legítimos o hijos naturales.

Debe observarse que el artículo 1226 sólo indica la asignación de la cuarta de mejoras para los descendientes legítimos; mas por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936, se asignó la cuarta de mejoras a los descendientes legítimos, a los hijos naturales y descendientes legítimos de éstos.

CAPITULO PRIMERO

Alimentos que se deben por ley a ciertas personas

406.—Un testador puede estar obligado a dar alimentos por ley a alguna de las personas enumeradas en el artículo 411 del código. Al tratar la parte que se refiere al Derecho de Familia y el Régimen económico matrimonial (III-IV, Nos. 19 s.) tuvimos ocasión de estudiar esta clase de obligaciones alimenticias. Tienen derecho a alimentos por la ley: el cónyuge, los descendientes legítimos, los hijos naturales y su descendencia legítima, los ascendientes, los hermanos legítimos, los hijos, los padres adoptivos y el que hizo una donación cuantiosa.

Pero como el cónyuge tiene derecho en todos los órdenes hereditarios a otra asignación forzosa o sea la legítima rigurosa o la porción conyugal; y los descendientes legítimos, los hijos naturales y su descendencia legítima tienen derecho a la asignación forzosa de las legítimas y la cuarta de mejoras, resulta que las únicas personas que deben ser instituidas como titulares de una pensión de alimentos son: los ascendientes legítimos o los padres naturales, los hermanos legítimos, el que le hizo una donación cuantiosa y los padres o hijos adoptivos.

Mas debe tenerse en cuenta que a falta de descendientes legítimos, los ascendientes legítimos o padres naturales tienen, entonces, derecho a la asignación de las legítimas, dedúcese que solo dentro del primer orden hereditario podrá haber lugar a una pensión de alimentos para los mencionados ascendientes legítimos o padres naturales.

También vimos que los alimentos son congruos o necesarios. Los primeros son aquellos que habilitan al alimentado para subsistir del modo que corresponde a su posición social; necesarios, los que sirven para sustentar su vida. A los ascendientes legítimos o padres naturales se deben alimentos congruos; a los hermanos legítimos y demás personas se deben alimentos necesarios.

Los alimentos se deben por toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. En consecuencia, y a pesar del carácter personalísimo de la pensión de alimentos tanto respecto del deudor como del acreedor, la muerte del primero no la extingue automáticamente si aún sub-

sisten las causas que le dieron origen. En resumen: el testador debe en su carta testamentaria respetar la asignación de alimentos a que fue condenado judicialmente en vida.

Si el testador no respeta dicha pensión de alimentos, la ley la impone forzosamente; los acreedores tienen derecho a pedir su atribución.

407.—Cómo se hace efectiva la asignación forzosa de alimentos.—Lo dice el artículo 1227 del código: “Los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas gravan la masa hereditaria, menos cuando el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión.”

De manera que antes de hacer efectivas las disposiciones testamentarias, cuando el testador no hizo la asignación respectiva, se deducen las sumas necesarias para proveer a su oportuno cumplimiento. El Juez, conforme establece el artículo 423, reglará la forma y cuantía de la asignación de alimentos y podrá establecer que se conviertan en los intereses de un capital que se consiguen a este efecto en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o a sus herederos luego que cese la obligación.

408.—Naturaleza de la asignación forzosa de alimentos.—Los alimentos forzosos constituyen ante todo una deuda hereditaria; se trata de una obligación que el causante debía en vida y que a su muerte se convierte en deuda de la sucesión. Por tal motivo se predica que el acreedor a los alimentos no necesita introducir la acción de reforma del testamento cuando el testador hizo omisión de esa carga; le bastará ejecutar la sucesión representada por los herederos para obtener el cumplimiento de esa obligación.

Es, no obstante, una deuda hereditaria de características especiales. En primer lugar la deuda de alimentos no es susceptible de compensación alguna con los créditos que la sucesión tenga contra el acreedor (art. 425). En segundo lugar podrán rebajarse los alimentos futuros que parezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo. Y la mejor prueba de que los alimentos no son legado sino una deuda hereditaria, es la de que los asignatarios de alimentos no estarán obligados a devolución alguna, en razón de las deudas o cargas que gravaren el patrimonio del difunto (art. 1228 del c. c.).

Finalmente, está destinada a desaparecer la deuda hereditaria de alimentos en los mismos casos que se extingue en vida.

409.—Asignación de alimentos voluntarios.—El testador puede hacer asignaciones de alimentos voluntarios cuando el asignatario es persona diferente a las indicadas por la ley. En este caso

se trata de asignaciones testamentarias voluntarias por cuanto su fuente exclusiva es la sola voluntad del testador y no la ley, como sucede con los alimentos forzosos.

Es necesario, pues, concluir que la asignación voluntaria de alimentos no es una deuda hereditaria, sino un legado, por cuanto no se deduce del patrimonio en la misma forma que los alimentos necesarios o forzosos; se deducirá de aquella parte de bienes de que el testador pudo disponer libremente. Así, si el testador hace una asignación de alimentos de los que debía por la ley y una voluntaria, tendremos que la forzosa se deducirá de la masa total hereditaria en la forma prescrita por el artículo 1016 del código; y sólo una vez pagadas todas las deudas hereditarias y demás cargas de la sucesión, como las asignaciones forzosas, puede hacerse efectiva una pensión voluntaria.

Una asignación de alimentos puede ser en parte forzosa y en parte voluntaria. Si el testador estaba obligado a prestar una pensión mensual de cien pesos y hace una asignación de ciento cincuenta pesos, tendremos que hasta concurrencia de cien pesos es forzosa; en el resto es voluntaria. Lo que tiene importancia hacer resaltar, por cuanto sólo en la cuantía en que es forzosa se deduce como deuda hereditaria, y en lo que fuere voluntaria se deduce de la parte de bienes de que el testador pudo disponer libremente (art. 1229 del c. c.).

CAPITULO SEGUNDO

La porción conyugal

Nº 1.—Naturaleza y origen de la porción conyugal

410.—Por porción conyugal se entiende aquella parte de bienes que el testador debe asignar al cónyuge sobreviviente. Si no lo hace, el testamento no tendrá pleno efecto.

Es definida por el artículo 1230 del código así: “La porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para vivir.”

Antiguamente no se reconocía al cónyuge la facultad de heredar o recibir bienes del causante. Hoy en la mayor parte de las legislaciones, incluyendo las que adoptan el régimen de la libre testamentificación, reconocen algunos derechos al cónyuge viudo o viuda sobre los bienes del causante.

Para comprender mejor el sistema de la ley colombiana sobre porción conyugal interesa precisar los sistemas principales existentes actualmente sobre derechos reconocidos al cónyuge sobreviviente.

1º Legislaciones que conceden alimentos al cónyuge viudo, entre las cuales se encuentra México;

2º Legislaciones que reconocen al viudo o viuda una legítima en usufructo, como acaece en España e Italia;

3º Legislaciones que reconocen al viudo o viuda una legítima en propiedad; código alemán, suizo, venezolano y argentino. Este es, como veremos, el sistema adoptado por la ley colombiana.

Estos sistemas merecen nuestra atención. El que opta por conceder al cónyuge sobreviviente una parte del patrimonio en usufructo, predica que es el más conveniente que el que opta por otorgarle una porción de bienes en propiedad.

"El conceder al cónyuge viudo una cuota en usufructo asegura la situación económica del sobreviviente, evitando el peligro que tendría de asignarle una participación en propiedad, porque los bienes pertenecientes a una familia pasarían a otra."

En todo caso, el sistema no es sino la realización de una idea básica: es necesario asegurar alimentos al cónyuge sobreviviente.

Nosotros precisamos bastante la orientación general del sistema colombiano diciendo que Bello pretendió amalgamar el sistema de la pensión de alimentos con el de la atribución de una porción de bienes en propiedad. Efectivamente: el sistema de la pensión de alimentos vitalicia pretende asegurar esa supervivencia honesta del cónyuge. Los otros dos sistemas no son sino realización de la misma idea por procedimientos diferentes.

En estricta verdad, el concepto de Bello sobre la porción conyugal fue el de que debía tener el carácter de pensión alimenticia. Solamente que al comparar los diversos sistemas para hacerla efectiva, encontró que el de asignarle una parte de los bienes del causante en propiedad constituía la mejor solución.

Lo expuesto se precisa en primer lugar con la misma definición de la porción conyugal que da el artículo 1230: "Aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su subsistencia." Luego, sólo se pretendió dar alimentos congruos al superviviente. En segundo lugar con el artículo 1234 que establece: "Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal."

411.—Cónyuges que no tienen derecho a la porción conyugal. Un cónyuge puede perder el derecho a su porción conyugal en estos eventos:

1. Por haber dado lugar al divorcio por su hecho o culpa;
2. Por hacerse indigno; 3. Por haber sido desheredado.

I.—El artículo 154 del código indica las causales de divorcio; éste no destruye el vínculo matrimonial. Por tal motivo, el cónyuge divorciado conserva su derecho a la porción conyugal. Cuestión diferente sucede cuando el matrimonio se ha anulado; al desaparecer el vínculo matrimonial desaparece la calidad de cónyuge. Igualmente, cuando el matrimonio es inexistente.

Pero como una pena, el artículo 1231 del código prescribe que el cónyuge que por su culpa haya dado ocasión al divorcio, pierde el derecho a la porción conyugal. Se requiere la existencia de una sentencia judicial de la que se deduzca claramente la culpa o hecho del viudo o viuda.

El abandono del hogar que no haya sido alegado como causal de divorcio no constituye pérdida de la porción.

Cabe preguntarse si la simple separación de bienes comprobada por sentencia judicial fundamenta la extinción de la porción conyugal. Sabido es que las causales de divorcio son las mismas que las de simple separación de bienes; luego, cuando se ha acreditado plenamente ante los jueces civiles una de dichas causales, y ella es imputable al cónyuge sobreviviente, éste pierde la porción.

II.—Igualmente, carece de derecho a pedir la porción conyugal el cónyuge que haya incurrido en alguna de las causales de indignidad.

Al estudiar la pensión de alimentos vimos que el acreedor que haya cometido injuria atroz en la persona o bienes del deudor de la pensión, pierde el derecho a alimentos; bien: respecto a la porción conyugal, no cabe indagar si ha habido o no injuria atroz, por cuanto esta en sí constituye siempre una causal de indignidad; además, debe acreditarse por sentencia judicial.

III.—El desheredamiento, veremos, tiene por objeto el privar a los asignatarios forzosos de su legítima.

Nº 2.—Determinaciones de la porción conyugal

412.—La cuantía de la porción conyugal.—Es necesario distinguir la porción conyugal en el primer orden hereditario o sea el de los descendientes legítimos y la porción, en los demás órdenes hereditarios.

413.—I.—La porción conyugal en el primer orden hereditario.—Si el difunto ha dejado hijos legítimos, la porción conyugal es equivalente a la legítima rigorosa que corresponde a uno de los hijos. Sólo la legítima rigorosa de un hijo legítimo: nada más, nada menos.

La legítima rigorosa de un hijo legítimo es la resultante de dividir por el número de hijos contando entre ellos al cónyuge, la mitad del acervo líquido de la herencia. Si ésta asciende a \$ 20.000,00 y hay cónyuge y tres hijos legítimos, una legítima rigorosa será de \$ 2.500,00.

Esta porción conyugal es invariable. No es susceptible de disminución como sucede con la porción conyugal en los otros órdenes hereditarios. El cónyuge sobreviviente recibe la legítima rigorosa, sea pobre o rico; correspondanle bienes por concepto de gananciales o no. Tampoco es susceptible de aumento dicha porción conyugal. Ya veremos que dentro del primer orden hereditario en ocasiones es necesario distribuir entre los hijos la cuarta de mejoras o la cuarta de libre disposición; bien: la legítima rigorosa de un hijo legítimo aumentada con lo que le corresponde por la cuarta o por otro concepto, recibe el nombre de "legítima efectiva"; el código en forma expresa ha dicho en varios textos legales que estos aumentos o acrecimientos a las legítimas rigurosas no aprovechan al cónyuge dentro del primer orden hereditario. La legítima rigorosa extingue la vocación hereditaria del cónyuge viudo o viuda dentro del primer orden hereditario.

414.—II.—La porción conyugal en los demás órdenes hereditarios.—Es equivalente a la cuarta parte de bienes del difunto. Si la persona que pretende testar se encuentra dentro del segundo orden hereditario o sea el de los ascendientes legítimos, por no haber tenido hijos legítimos, debe instituir a su cónyuge en la cuarta parte de sus bienes, a fin de que las otras disposiciones testamentarias tengan cumplido efecto. Igual advertencia si se encuentra dentro del tercero y demás órdenes hereditarios.

415.—Sentido de la cuarta parte de bienes que corresponde al cónyuge sobreviviente.—La ley no indica al sobreviviente por derecho propio la cuarta parte del patrimonio del causante en los órdenes hereditarios en que tiene derecho a ella. Desde este punto de vista el cónyuge no es un legitimario forzoso en todos los casos. Al considerar la ley la porción conyugal como una pensión de alimentos, la asimila a una deuda hereditaria. De donde se deducen estas dos consecuencias importantes: 1ª Sólo el cónyuge que carezca de lo necesario para vivir tiene derecho a la porción; 2ª La porción conyugal se paga previamente.

No hay porción conyugal cuando el cónyuge tiene bienes suficientes para su congrua subsistencia. La ley para evitar controversias ha avaluado el valor de los bienes que deben corresponder al cónyuge sobreviviente en relación con el patrimonio

del causante. La cuarta parte de ese patrimonio; en ningún caso después de la apertura de la sucesión debe quedar el sobreviviente con una fortuna inferior a dicha cuarta parte. Si el sobreviviente tiene bienes que sobrepasan a la cuarta parte del patrimonio herencial, no tiene derecho a la porción; o si le corresponden bienes por concepto de gananciales que equivalgan o sobrepasen la cuarta parte.

Si tiene bienes que no alcanzan a la cuarta parte, tiene derecho a un complemento. Así, si la herencia es de \$ 60.000,00, y el cónyuge tiene bienes por valor de \$ 20.000,00, no tiene derecho a reclamar porción alguna. Si le corresponden \$ 30.000,00 por concepto de gananciales, y el valor total del haber herencial es de \$ 100.000,00, tampoco tiene derecho a porción conyugal.

Si la herencia es de \$ 60.000,00, y los bienes propios del cónyuge ascienden a \$ 8.000,00, tiene derecho a un complemento de \$ 7.000,00; por cuanto la porción a que tendría derecho al no tener bienes sería de \$ 15.000,00; pero como tiene \$ 8.000,00, le queda como porción el complemento necesario para completar la cuarta parte de los bienes del patrimonio del causante.

Bien se observa que no siempre se realiza prácticamente la idea fundamental de que la porción conyugal es aquella parte de patrimonio del difunto que hace falta al cónyuge para su congrua subsistencia. Si el cónyuge sobreviviente tiene \$ 100.000,00, tiene derecho a un complemento como porción de \$ 100.000,00, si el haber herencial es de \$ 800.000,00. Siendo así que \$ 100.000,00 es capital suficiente para la congrua subsistencia de una persona. Pero si la fortuna del cónyuge es de \$ 15.000,00, dinero que no es suficiente para la congrua subsistencia de una persona, no tendrá derecho a porción complementaria si la herencia vale sólo \$ 50.000,00.

Si esto es verdad, no obstante en la práctica judicial se evitan las controversias y graves dificultades que se presentarían al indicar otro criterio para avaluar los alimentos congruos que han de corresponder al sobreviviente. Desde este punto de vista, y si concebimos la porción conyugal como una pensión alimenticia, el sistema que mejor realiza la idea en forma práctica y equitativa es el español e italiano, en donde se asigna al cónyuge en usufructo una parte de bienes del patrimonio del causante.

En todos los casos en que el testador observe que los bienes propios de su marido o mujer sobrepasan la cuarta parte de aquellos de su propiedad o que por concepto de gananciales le corresponda una suma equivalente, puede desinteresarse de hacer la asignación forzosa de la porción.

Estas ideas son desarrolladas por el artículo 1234 del código:

“Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal.

“Se imputará por tanto a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusa su mitad de gananciales, si no la renunciare.”

Aunque no lo dice con la suficiente claridad el 1234, también se imputan a la porción conyugal los bienes de propiedad exclusiva del viudo o viuda. Lo cual se deduce con claridad del artículo 1230 y 1235. El primero definiendo la porción conyugal como la asignación que se hace al cónyuge “que carece de lo necesario para vivir”; el cónyuge que tiene bienes propios suficientes no se encuentra en el caso del artículo. El segundo se refiere a los bienes propios del cónyuge y será estudiado en seguida.

416.—La otra idea fundamental que gobierna la porción conyugal en el derecho positivo es la de que se deduce previamente del acervo de la herencia, excepción hecha del primer orden hereditario.

Efectivamente: el 1016 prescribe que en toda sucesión por causa de muerte debe deducirse del patrimonio de la herencia en quinto lugar la porción conyugal. Del haber que sobra, una vez canceladas las cargas indicadas en el 1016, se pagan las otras asignaciones forzosas y finalmente los legados que haya hecho el testador.

417.—En qué momento se aprecia el valor de los bienes propios o de los que le correspondan como gananciales al viudo o viuda.—Este momento es único e invariable: el de la apertura de la sucesión. Si del avalúo de los bienes del cónyuge sobreviviente se deduce que tiene derecho a toda la porción conyugal o a un complemento, adquiere en forma definitiva esa porción o parte de porción. Si después adquiere a cualquier otro título bienes, no pierde la porción ganada.

E inversamente: si del avalúo efectuado en el momento de la apertura de la sucesión se deduce que no tiene derecho a porción alguna, no adquiere el derecho a reclamarla en el evento de que posteriormente caiga en la insolvencia.

Los artículos 1232 y 1233 del código precisan las ideas expuestas. “El derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, y no caducará en todo o parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente (1232).

“El cónyuge sobreviviente que al tiempo de fallecer el otro

cónyuge no tuvo derecho a porción conyugal, no lo adquirirá después por el hecho de caer en la pobreza" (1233).

De manera que en el momento de la muerte de una persona es necesario hacer un avalúo de los bienes del viudo o viuda para saber si tiene derecho a porción conyugal y en qué cuantía. Dicho avalúo puede solicitarse en la misma diligencia de inventarios y avalúos de los bienes de la sucesión.

Nº 3.—Facultad de abandono de los bienes del cónyuge sobreviviente

418.—Naturaleza de la facultad de abandono.—Puede suceder que se presenten dificultades para el avalúo de los bienes del viudo o viuda; que muchos de sus derechos se encuentren en litigio; en fin, que otros sean improductivos o que por alguna otra causa observe el viudo o viuda que le sería más ventajoso para él no haber tenido bien alguno para recoger la cuarta parte del haber herencial. Bien: la ley para casos semejantes autoriza al sobreviviente para abandonar todos sus bienes y así recoger íntegra la porción conyugal.

"El cónyuge sobreviviente podrá, a su arbitrio, establece el artículo 1235 del código, retener lo que posea o se le deba, renunciando a la porción conyugal, o pedir la porción conyugal, abandonando sus otros bienes y derechos."

Indudablemente que los motivos indicados fueron los que movieron al legislador a redactar el texto legal precitado. Pero resulta que en todos los casos en que el cónyuge sobreviviente tenga bienes que no alcancen a la cuarta parte del patrimonio del difunto, invariablemente le es más conveniente el abandono de los bienes propios. Por cuanto entonces se forma un patrimonio superior del cual se saca la cuarta parte. Con los siguientes ejemplos lo comprenderemos exactamente.

Haber herencial \$ 120.000,00; bienes del viudo o viuda; \$ 30.000,00. No ejercitando la facultad de abandono no recibe nada como porción conyugal, por cuanto los \$ 30.000,00 son equivalentes a lo que le correspondería como porción. Ejercita la facultad de abandono. Entonces el patrimonio herencial se aumenta en \$ 30.000,00, dando un total de \$ 150.000,00; de esta suma se saca la cuarta o porción conyugal, la que equivaldrá a \$ 37.500,00, es decir, que recibe \$ 7.500,00, que no hubiera recibido en otra forma. Otro caso: haber herencial: \$ 20.000,00; bienes propios del cónyuge: \$ 2.500,00. Le hacen falta \$ 2.500,00 para completar lo que le corresponde como porción conyugal, pues, ésta al no tener bienes, sería de \$ 5.000,00.

Pero ejerce la facultad de abandono; en este caso, el haber

herencial asciende a \$ 22.500,00, de donde se saca la cuarta parte o porción, la que da \$ 5.625,00; es decir, que recibe como complemento \$ 3.125,00 y no \$ 2.500,00.

Esto es de una claridad meridiana; motivo por el cual todo cónyuge que tenga derecho a un complemento, le convendrá hacer abandono de sus bienes al haber herencial.

419.—Queda por aclarar sobre la facultad de abandono: 1. A favor de quién y cómo se hace el abandono; 2. Casos en que tiene lugar.

1.—El abandono de los bienes se hace a favor de la masa herencial; esto no admite dudas. De no predicar esta solución, se presentaría el grave inconveniente de saber la suerte de los bienes abandonados. Porque el abandono es un desprendimiento de los derechos patrimoniales de que es titular el viudo o viuda. Así, en tratándose de la propiedad en un inmueble, debe realizarse el abandono mediante la correspondiente escritura pública; si del abandono de un crédito, debe hacer la debida cesión del crédito.

2.—El abandono sólo tiene lugar en los casos en que los bienes propios del cónyuge no alcanzan a la cuarta parte del patrimonio herencial. Solución que se desprende de las mismas reglas generales sobre porción conyugal.

Nº 4.—Pago de la porción conyugal y responsabilidad por deudas de la herencia

420.—I.—Asignaciones voluntarias al cónyuge.—El testador puede hacer asignaciones al cónyuge sobreviviente, que sean inferiores a lo que tiene derecho como porción conyugal; puede hacerle asignaciones superiores a dicha cuota o porción.

Si lo primero, se imputa la asignación a su porción conyugal, pudiendo reclamar el suplemento. Si tiene derecho a \$ 8.000,00, y se le hizo un legado por \$ 5.000,00 le queda derecho para reclamar \$ 3.000,00.

Si lo segundo, la parte de bienes que sobrepasan a la porción conyugal se imputa a aquella parte de bienes de que el testador pudo disponer libremente.

“Si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto a título de donación, herencia o legado más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio” (art. 1237 del c. c.).

421.—II.—Cómo se hace el pago de la porción conyugal.—El 1016 del código establece el orden en que deben cancelar las

cargas de una sucesión entre las cuales se encuentra la porción conyugal en todos los órdenes hereditarios, excepción hecha del primero.

1.—En el primer orden hereditario no se deduce previamente la porción conyugal. Se cancela al mismo tiempo que las legítimas rigurosas de los otros hijos legítimos.

2.—En los demás órdenes hereditarios se cancela en el orden indicado por el 1016. Se cancelan previamente las costas del testamento y de la apertura de la sucesión, las deudas hereditarias, las asignaciones alimenticias forzosas y la porción conyugal.

422.—III.—Responsabilidad por deudas de la herencia.—Canceladas las cargas de la sucesión en la forma dicha no tiene por qué presentarse el problema de la responsabilidad del cónyuge sobreviviente en razón de deudas de la sucesión; pues la porción conyugal se deduce del activo líquido de la herencia que queda una vez canceladas todas las cargas.

Mas sobre el particular establece el artículo 1238 del código: “El cónyuge a quien por cuenta de su porción conyugal haya cabido a título universal alguna parte en la sucesión del difunto, será responsable a prorrata de esta parte, como los herederos en sus respectivas cuotas.”

Ante todo es necesario advertir que en todos los casos el cónyuge sobreviviente recibe bienes a título universal. En el primer orden hereditario recibe la legítima rigurosa de un hijo legítimo, y estas son verdaderas asignaciones a título universal; en los demás órdenes hereditarios recibe la cuarta parte de bienes, con deducciones o sin ellas, según los casos, pero en todo caso se calcula globalmente sobre la masa hereditaria; lo que indica que también se recibe a título universal.

Esto nos indica que conforme al 1238 del código, el cónyuge es un continuador de la personalidad del causante; que a pesar de que la porción tiene carácter alimenticio, no obstante si el pasivo fuere superior al activo, se compromete la responsabilidad del viudo o viuda sobreviviente. Solución aberrante e injusta, que en la práctica judicial se desvirtúa con el beneficio de inventario.

Complementa lo dicho el inciso 3º del 1238: “En lo demás que el viudo o viuda perciba, a título de porción conyugal, sólo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios.” Vale decir: cuando por testamento se integra la porción conyugal con legados la responsabilidad del viudo o viuda será la de los legatarios, es decir, que sólo responderá hasta concurrencia de los bienes que reciba. Una vez más se acentúa el ilógico sistema

colombiano que en ocasiones predica que los herederos son continuadores de la personalidad del causante, y en otras continuadores en sus bienes.

Finalmente, según el inciso 2º del 1238, cuando se imputare a la porción conyugal la mitad de gananciales, subsistirá en ésta la responsabilidad especial que le es propia, según lo prevenido en el título **De la sociedad conyugal**. Como tuvimos ocasión de advertirlo, al liquidar la sociedad conyugal, precisa cancelar las deudas sociales; si al viudo o viuda se entregan bienes por concepto de gananciales, responderá de la mitad de las deudas sociales; la otra mitad se hará efectiva sobre los bienes herenciales (sobre el particular se aplica hoy el sistema de la Ley 28 de 1932 y no el sistema antiguo del código: Cons. III-IV. Derecho de Familia. El régimen económico matrimonial, Nos. 472 s.).

CAPITULO TERCERO

De las legítimas (o mitad legitimaria)

423.—“Legítima es aquella parte de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas **legitimarios**.”

La legítima es siempre una asignación a título universal; en consecuencia, los legitimarios son siempre herederos (art. 1239 del c. c.).

Efectivamente: la ley ordena, cuando una persona tiene asignatarios forzosos, asignarles por lo menos la mitad de sus bienes; de ahí el nombre que en la práctica toma aquella parte de bienes de que el testador no puede disponer: **mitad legitimaria**.

La ley, además, indica qué personas son asignatarios forzosos dentro de cada orden hereditario; esas personas deben llevar siempre la mitad de los bienes. Dicha mitad de bienes constituye para cada asignatario o legitimaria lo que el código denomina “**legítima rigurosa**”.

424.—**Quiénes son legitimarios**.—Son legitimarios, es decir, asignatarios que tienen derecho a la mitad de los bienes del causante, las siguientes personas:

1º Los hijos legítimos personalmente, o representados por su descendencia legítima;

2º Los ascendientes legítimos;

3º Los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima;

4º Los padres naturales (art. 1240 del c. c.).

O lo que es lo mismo: dentro del primer orden hereditario todos los asignatarios de dicho orden; dentro del segundo, los

ascendientes legítimos en la sucesión del hijo legítimo o los padres naturales en la sucesión del hijo natural; y dentro del tercer orden, los hijos naturales o su descendencia legítima.

Estas personas deben ser instituidas por el testador en sus legítimas rigurosas, a fin de que tengan efecto sus disposiciones testamentarias.

425.—Cuantía de la legítima rigurosa.—Supongamos el caso normal de una sucesión sin cargas ni deudas hereditarias por no existir o porque fueron canceladas. Bien: la mitad de ese acervo líquido constituye la mitad legitimaria que el testador debe asignar a sus asignatarios forzosos y entre ellos repartir según las reglas de la sucesión intestada.

Bien: dentro del primer orden hereditario, dijimos, correspondía al cónyuge sobreviviente como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo legítimo. Lo cual indica que cuando el testador se encuentra dentro de dicho orden no debe deducir previamente la porción conyugal, sino contar a su esposo o esposa como un hijo legítimo.

Dentro de los demás órdenes hereditarios en que hay lugar a las legítimas rigurosas, vale decir, dentro de los órdenes segundo y tercero, la mitad legitimaria se saca del patrimonio que queda, una vez cancelada la porción conyugal.

Efectivamente: dentro del cuarto orden hereditario la única asignación forzosa que debe hacer el testador es la de la porción conyugal si no tuviere bienes el sobreviviente, o el complemento en los casos en que dichos bienes no completan la cuarta parte de los bienes herenciales.

Ejemplos: en el primer orden hereditario deja el causante un haber herencial de \$ 126.000,00, su cónyuge, dos hijos legítimos y uno natural. Se procede a cancelar las cargas de la sucesión que indica el 1016, excepción hecha de la porción conyugal. Suponemos ascienden a \$ 6.000,00; el resto, \$ 120.000,00, es el haber de donde se calculan las legítimas rigurosas, las que ascienden a \$ 60.000,00; esta suma o mitad legitimaria se reparte siguiendo las reglas de la sucesión intestada. Así, corresponde al cónyuge sobreviviente la suma de \$ 17.142,85 como porción conyugal; a cada hijo legítimo esa misma suma, y al natural, \$ 8.571,42. Estas son legítimas rigurosas.

La misma suma de \$ 120.000,00, como patrimonio líquido se reparte así en el segundo orden hereditario, que suponemos sea de un ascendiente, el cónyuge y un hijo natural. En este orden lo mismo que en el tercero, antes de calcular la mitad legitimaria, es necesario deducir previamente la porción conyugal del

cónyuge. Para ello se avalúan sus bienes propios o los que le correspondan como gananciales, y suponemos tiene o le correspondan bienes por valor de \$ 10.000,00; tiene derecho a un complemento de \$ 20.000,00, los que directamente se sacan de la masa total; queda un patrimonio de \$ 100.000,00 de donde se saca la mitad legitimaria; ésta será de \$ 50.000,00, la que se reparte entre el ascendiente y el hijo natural correspondiendo \$ 25.000,00 al ascendiente como legítima rigurosa y \$ 25.000,00 al hijo natural por el mismo concepto.

Suponiendo la misma suma de \$ 120.000,00 dentro del tercer orden hereditario y concurriendo el cónyuge y cinco hijos naturales, se reparte así la expresada suma. Teniendo \$ 10.000,00 el cónyuge, es necesario complementarle su porción con \$ 20.000,00, quedando \$ 100.000,00; de esta suma se saca la mitad legitimaria o sea \$ 50.000,00 que se reparte entre los cinco hijos naturales; a cada uno corresponde \$ 10.000,00 como legítima rigurosa.

426.—Naturaleza de las legítimas rigurosas.—Los caracteres más interesantes de las legítimas rigurosas en la legislación nacional son los siguientes:

1º Las legítimas rigurosas o mitad legitimaria tiene su fuente directa en la ley. El testador debe, al testar, respetar la mitad legitimaria a fin de que tengan efecto sus disposiciones testamentarias.

2º La mitad legitimaria está instituida por motivos de orden público. No pueden mediar pactos antes de la apertura de la sucesión en el sentido de la renuncia de un legitimario a su legítima rigurosa. Lo cual comporta aclaraciones en dos sentidos: a) El testador puede anticipar la legítima a un legitimario en vida, mediante donaciones irrevocables; estas se imputarán a buena cuenta de su legítima; b) El testador no puede variar la cuantía de la legítima rigurosa; pero puede indicar los bienes con que haya de pagarse; en el testamento puede indicar uno o varios cuerpos para que sea cancelada. Lo dispone el artículo 1255: "El que deba una legítima, podrá, en todo caso, señalar las especies en que haya de hacerse el pago; pero no podrá delegar esta facultad a persona alguna, ni tasar los valores de dichas especies." c) Abierta la sucesión, el legitimario como heredero es libre de aceptar o repudiar la herencia, según las reglas generales; repudiando la herencia, renuncia la legítima.

3º La mitad legitimaria de donde se sacan las legítimas rigurosas representan la mínima parte que un legitimario puede recibir. En seguida veremos que respecto a la otra asignación forzosa de la "cuarta de mejoras", puede, según los casos, corres-

ponder por partes iguales a los titulares de ella, o el testador libremente asignarla a uno de ellos en su totalidad.

De ahí que si el testador no instituye a uno de sus legitimarios como asignatario en su legítima rigorosa, se entiende instituido de pleno derecho en ella (art. 1276 del c. c.). Si el testador instituye al legitimario en una porción de bienes inferior a su legítima rigorosa, tendrá derecho a pedir la reforma del testamento para que se le entregue el complemento (art. 1275 del c. c.).

Finalmente, el único medio que brinda la ley al testador para eludir la institución de un heredero forzoso o legitimario en su legítima, es la desheredación.

4º “La legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno.

“Sobre lo demás que se haya dejado o se deje a los legitimarios, excepto bajo la forma de donaciones entre vivos, puede imponer el testador los gravámenes que quiera” (art. 1250 del c. c.).

Así, un testador no puede atribuir un usufructo en pago de la legítima. La legítima es invariablemente la atribución de una parte de los bienes del patrimonio en propiedad plena. Si el testador dejare a sus hijos la nuda propiedad de sus bienes, y al cónyuge el usufructo de ellos, cuestión que suele realizarse con cierta frecuencia dentro de nuestras costumbres, los legitimarios tendrán la acción de reforma del testamento para que se les atribuya en plena propiedad la mitad legitimaria; sobre los demás bienes subsistirá el usufructo o los gravámenes impuestos.

427.—De la representación en materia de legítimas.—La representación se aplica en materia de legítimas rigurosas en los mismos casos en que se aplica en la sucesión intestada. Así, dentro del primer orden hereditario son asignatarios forzosos de las legítimas los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima; dentro de este orden, el segundo y el tercero son asignatarios forzosos los hijos naturales personalmente o representados por sus descendientes legítimos (art. 1240 el c. c. Nos. 1º y 3º).

CAPITULO CUARTO

De la cuarta de mejoras

428.—La cuarta de mejoras es la última asignación forzosa. Pero a diferencia de las estudiadas, la ley otorga cierta libertad

al testador para que la atribuya a uno o varios de los titulares de ella.

La ley presenta al testador varios candidatos para la cuarta de mejoras; éste puede escoger uno de ellos y asignársela excluyendo a los otros; puede repartirla en la proporción que quiera; pero en todo caso, está obligado a hacer la atribución entre los candidatos o titulares indicados por la ley a fin de que tengan efecto sus disposiciones testamentarias.

Según el inciso 3º del artículo 23 de la Ley 45 de 1936, que sustituye al artículo 1242 del código, cuando el difunto haya dejado descendientes, la masa de bienes de la que se saca la mitad legitimaria se divide en cuatro partes: dos de ellas o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas, en la forma explicada; otra cuarta, para las mejoras con que el testador haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, o hijos naturales, o descendientes legítimos de éstos, sean o no legítimos, y la otra cuarta de que ha podido disponer libremente.

429.—Asignatarios de la cuarta de mejoras.—No son los mismos de las legítimas rigurosas. Así, los ascendientes legítimos y los padres naturales son asignatarios de la legítima rigurosa pero no de la cuarta de mejoras.

Los asignatarios de la cuarta de mejoras son exclusivamente los descendientes legítimos, los hijos naturales y su descendencia legítima.

La ley otorga libertad al testador para que mejore con la cuarta mencionada a cualquiera de los descendientes legítimos, hijos naturales o descendientes legítimos de estos. La única restricción es que habiendo cualquiera de dichos descendientes, debe hacer la asignación en esa cuantía sin poderla atribuir a extraños, por ejemplo, a los padres legítimos. Puede atribuírla en su totalidad a uno de sus hijos legítimos fuera de la asignación de la legítima rigurosa; puede atribuírla por partes iguales a varios hijos legítimos excluyendo a otros. Si en el primer orden hereditario existen hijos legítimos y naturales, bien puede el testador, después de distribuir la mitad legitimaria en el sentido ya indicado, asignar la cuarta de mejoras a los hijos naturales con exclusión de los legítimos; es más; puede asignar la cuarta a uno solo de los hijos naturales.

Dentro del segundo orden hereditario, si concurren hijos naturales, después de hacer las asignaciones de las legítimas rigurosas, puede atribuir la cuarta de mejoras a uno solo de los hijos naturales. Igual advertencia dentro del tercer orden hereditario.

Dentro del segundo orden hereditario pueden existir legítimos de las legítimas rigurosas y no existir titulares de la cuar-

ta de mejoras, como cuando el orden se integra únicamente por los ascendientes legítimos o padres naturales y el cónyuge. Dentro del orden primero y tercero siempre hay legitimarios y titulares de la cuarta. Lo cual quiere decir que cuando el testador no tiene descendientes de ninguna clase, no está obligado a hacer la asignación forzosa de las mejoras.

Todavía la ley otorga una mayor libertad al testador para disponer de la cuarta de mejoras dentro de los límites indicados: puede atribuírlos a uno de sus descendientes legítimos que no tiene la calidad de legitimario, por ejemplo, a uno de los nietos, biznietos, etc., cuando su respectivo padre o abuelo concurre a recibir su legítima rigurosa.

En resumen: la cuarta de mejoras es para los descendientes legítimos, sus hijos naturales o descendientes legítimos de éstos.

430.—Modo de calcular la cuarta de mejoras.—Las bases son las mismas expuestas para el cálculo de la mitad legitimaria. En el primer orden hereditario el acervo herencial que se toma para dicho cálculo es el que queda una vez canceladas las cargas de la sucesión, excepción hecha de la porción conyugal. La mitad de ese acervo es la mitad legitimaria para las legítimas rigurosas; la cuarta parte del mismo constituye la cuarta de mejoras.

En el segundo orden hereditario el patrimonio que se toma es el que queda una vez canceladas todas las cargas de la sucesión, incluyendo la porción conyugal o su complemento cuando hubiere lugar a ella. De ese patrimonio líquido se toma la mitad para las legítimas; y una cuarta para integrar las mejoras; el mismo procedimiento se sigue dentro del tercer orden hereditario.

431.—Bienes de que puede disponer libremente el testador. Verificadas las asignaciones forzosas en la cuantía indicada, los bienes restantes son aquellos de que puede disponer el testador a su arbitrio.

Cuando hay legitimarios y titulares de la cuarta de mejoras, al testador sólo queda la cuarta parte de bienes de libre disposición. Esta cuarta de libre disposición es la que queda una vez deducidas las dos cuartas que integran la comúnmente denominada mitad legitimaria, y la cuarta de mejoras. Cuando hay legitimarios pero no sujetos de la cuarta de mejoras, lo cual sólo acaece dentro del segundo orden hereditario y cuando no concurren los hijos naturales, el testador puede disponer libremente de la otra mitad de bienes que queda, una vez deducida la mitad legitimaria para los ascendientes legítimos.

Si la herencia es de \$ 100.000,00 y hay legitimarios y titula-

res de la cuarta de mejoras, el testador debe destinar \$ 50.000,00 para las legítimas, \$ 25.000,00 para la cuarta de mejoras, y los restantes \$ 25.000,00 puede distribuirlos a su arbitrio. En el mismo ejemplo, si no hay sujetos de la cuarta de mejoras, el testador puede disponer libremente de la mitad, es decir, de \$ 50.000,00.

Tal es la regla inscrita en el artículo 23 de la Ley 45 de 1936 que sustituye el artículo 1242, y cuyo integral sentido comprenderemos más adelante.

432.—El sentido racional de la cuarta de mejoras.—No siempre los hijos se encuentran en un mismo pie en cuanto a los afectos de sus padres, en cuanto a los servicios que les han prestado, o en cuanto a la fortuna que les han ayudado a levantar,

En otros casos un padre tendrá interés por consideraciones de orden racional en mejorar a determinados hijos por ser inhábiles para el trabajo o por otras razones.

La ley respeta todos estos motivos que un padre puede tener respecto a sus hijos; y lo faculta para que disponga de la cuarta de mejoras a favor de los hijos que quiera.

Esta libertad de disposición de la cuarta de mejoras se prescribe por el artículo 24 de la Ley 45 de 1936, que sustituyó el artículo 1253 del código civil: "De la cuarta de mejoras puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus descendientes legítimos, sus hijos naturales y los descendientes legítimos de estos, y podrá asignar a uno o más de ellos la dicha cuarta con exclusión de los demás."

433.—Naturaleza y acciones que protegen la cuarta de mejoras.—De lo expuesto se deduce que la cuarta de mejoras es una asignación forzosa, pues, constituye una parte de los bienes de que el testador no puede disponer arbitrariamente. Con todo, de naturaleza diferente a las legítimas rigurosas; en estas se indican directamente los asignatarios sin poderlos variar el testador; en las últimas, la ley se limita a presentar candidatos al testador y le da libertad para que entre ellos los escoja.

Como asignación forzosa que es, los titulares de la cuarta gozan de la acción de reforma del testamento.

CAPITULO QUINTO

Aplicaciones de las reglas sobre asignaciones forzosas

434.—Tributando un homenaje a la claridad y al buen método de exposición, nos vamos a colocar en los casos normales de sucesiones testamentarias y que constituyen la casi totalidad

de las que se abren en el país, y observar en ellas el mecanismo de las asignaciones estudiadas. Dejaremos a un lado el problema de los acervos imaginarios que estudiaremos luego. Es de advertir que las reglas del código no son bien claras; a lo cual debe agregarse el hábito inveterado de enredarlas inútilmente por nuestros expositores exégetas.

435.—Primera clase de ejemplos para el primer orden hereditario.—Como vimos, este orden se integra por los descendientes legítimos, con quienes concurren el cónyuge y los hijos naturales.

Dentro de este orden y únicamente en él, el cónyuge es contado como un hijo legítimo para recibir una asignación que equivalga a la legítima rigurosa; no hay lugar a pago previo de la porción conyugal.

En toda sucesión debe distinguirse el activo bruto del activo neto o líquido. El bruto es el conjunto del haber herencial antes del pago de las cargas de la sucesión; el neto, el que queda una vez canceladas dichas cargas. El artículo 1016 del código indica las cargas que pueden afectar una sucesión. Bien: la mitad legitimaria, como la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición se sacan siempre del activo neto o líquido.

Las cargas de una sucesión testada o intestada en el primer orden, son únicamente estas:

1º Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión (diligencias de inventarios y avalúos, gastos del juicio de sucesión, etc.);

2º Las deudas hereditarias.

3º Los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria;

4º Las asignaciones alimenticias forzosas.

La quinta carga de la sucesión indicada en el 1016 o sea la porción conyugal, tiene lugar en todos los órdenes hereditarios, excepción hecha del primero.

Así las cosas, veamos unos casos de distribución de bienes en el primer orden.

436.—Primer ejemplo.—El testador al momento de testar cuenta con tres hijos legítimos, dos naturales y su cónyuge. Su haber herencial es de \$ 230.000,00. Bien: el testador debe proceder al pago de las cargas de la sucesión enunciadas en el 1016, para que sus asignaciones tengan cumplido efecto. Estima que la suma de \$ 30.000,00 es suficiente para ese pago, quedándole un activo líquido de \$ 200.000,00.

Este haber debe dividirlo en cuatro partes iguales. Dos de ellas (\$ 100.000,00) o mitad legitimaria para atribuir a los asig-

natarios forzosos de las legítimas según las reglas del primer orden hereditario en la sucesión intestada. Corresponden \$ 20.000,00 al cónyuge; \$ 20.000,00 a cada hijo legítimo y \$ 10.000,00 a cada hijo natural. Debe, pues, asignarles especies o cuerpos ciertos cuyo valor en conjunto no sea inferior a dichas legítimas rigurosas, si no prefiere hacer asignaciones a título universal.

La cuarta de mejoras es equivalente a \$ 50.000,00 que puede atribuírla libremente a uno de sus hijos legítimos o a uno de los naturales; o distribuirla por partes iguales o desiguales entre sus hijos. Si la atribuye a uno de los legítimos quiere decir que recibirá un total de \$ 70.000,00; si la atribuye a uno de los naturales le corresponderá un total de \$ 60.000,00. Pero puede atribuírla si quiere a uno de sus nietos legítimos (hijos legítimos de sus hijos legítimos o naturales).

Le quedan \$ 50.000,00 o cuarta de libre disposición; puede atribuírla libremente ya a sus hijos, ya a extraños.

Bien: razonando con este mismo ejemplo, el testador hace las siguientes asignaciones:

Al hijo legítimo A, bienes por valor de \$	30.000,00
Al hijo legítimo B, bienes por valor de \$	27.000,00
Al hijo legítimo C, bienes por valor de \$	45.000,00
Al hijo natural A', bienes por valor de \$	22.000,00
Al hijo natural B', bienes por valor de \$	13.000,00
Al cónyuge le atribuye bienes por valor de \$	23.000,00
Legados a extraños	\$ 40.000,00

Total	\$ 200.000,00

La primera operación que debe hacerse para indagar si la anterior distribución testamentaria de bienes se ajusta o no a la ley, es la de analizar si la mitad legitimaria fue respetada y por tanto a cada legitimario correspondió su legítima rigurosa. Como al cónyuge y a cada hijo legítimo correspondió una asignación superior a \$ 20.000,00 y a cada hijo natural una asignación superior a \$ 10.000,00, tenemos que las legítimas rigurosas fueron respetadas; desde este punto de vista el testamento es legal.

La segunda operación versa sobre la cuarta de mejoras, es decir, la suma de \$ 50.000,00. Para saber si dicha cuarta quedó entre los hijos del causante, basta y es suficiente sumar el exceso que sobre las legítimas rigurosas correspondió a cada uno de los hijos; si dicho exceso alcanza al valor de la cuarta de mejoras, indica ello que fue respetada por el testador. El exceso

sobre las legítimas rigurosas de los hijos (no se cuenta en ningún caso el exceso que le correspondió al cónyuge por cuanto éste en ningún caso es sujeto de la cuarta de mejoras) es equivalente a la suma de \$ 57.000,00. En una palabra: la cuarta de mejoras fue distribuída correctamente. No nos interesa saber si uno u otro de los excesos sobre las legítimas rigurosas es superior o inferior, si son iguales o no entre sí, porque el testador tiene plena libertad para distribuirla en la proporción que quiera entre sus hijos.

En resumen: la anterior distribución de bienes es correcta; ella se ajusta a la ley.

437.—Segundo ejemplo.—Supongamos el mismo acervo líquido de \$ 200.000,00, tres hijos legítimos, dos naturales y el cónyuge. Las asignaciones testamentarias son las siguientes:

Al hijo legítimo A	\$ 22.000,00
Al hijo legítimo B	\$ 19.000,00
Al hijo legítimo C	\$ 20.000,00
Al hijo natural A'	\$ 7.000,00
Al hijo natural B'	\$ 13.000,00
Al cónyuge	\$ 25.000,00
Legado a una institución de Beneficencia \$	94.000,00

Total	\$ 200.000,00

En este ejemplo sabemos que la legítima rigurosa de un hijo legítimo es de \$ 20.000,00 y la de un hijo natural, \$ 10.000,00. Observamos que dos legítimas no tienen lo suficiente para ser rigurosas: la del hijo legítimo B y la del hijo natural A', fueron cercenadas en la suma de \$ 4.000,00. Luego el hijo legítimo B, tiene derecho a un complemento por concepto de su legítima rigurosa de \$ 1.000,00, y el hijo natural A', a un complemento de \$ 3.000,00 por el mismo concepto.

En seguida se precisa si la cuarta de mejoras quedó o no entre los hijos. Para ello se suman las asignaciones hechas efectivamente a los hijos, más lo que hay que agregar para completar las legítimas rigurosas, lo cual asciende a la suma de \$ 85.000,00. Bien: las legítimas rigurosas de los hijos —equivalen a la mitad legitimaria deducida la rigurosa del cónyuge— más la cuarta de mejoras, arrojan un total de \$ 130.000,00; luego no fue respetada la cuarta de mejoras; hacen falta \$ 45.000,00.

Por una parte \$ 45.000,00 y por otra \$ 4.000,00, es decir, un total de \$ 49.000,00, suma que es necesario extraer de las asignaciones voluntarias o sea de las que no tienen el carácter de forzosas. En nuestro ejemplo hay dos asignaciones voluntarias:

una al cónyuge por valor de \$ 5.000,00 (ya que su legítima rigorosa es de sólo \$ 20.000,00) y la otra de \$ 94.000,00, o sea el legado a la Beneficencia. Vale decir: dichas asignaciones se rebajan proporcionalmente a su cuantía. En esta forma el legado de \$ 5.000,00 se rebaja en la suma de \$ 2.481 y el de \$ 94.000,00, en la suma de \$ 46.519,00.

Sólo nos resta precisar cómo se van a distribuir los \$ 49.000,00. \$ 4.000,00 se destinan a completar las legítimas rigurosas de los hijos B y A'; y \$ 45.000,00 para distribuir por partes iguales entre los hijos como cuarta de mejoras; por partes iguales, por la circunstancia de que el testador no hizo destinación especial de esa cuarta.

Al repartirla por partes iguales según las reglas de la sucesión intestada, a cada hijo legítimo corresponden \$ 12.500,00 y a cada hijo natural, \$ 6.250,00.

En consecuencia: el hijo legítimo A, ya tiene \$ 2.000,00 a buena cuenta de su cuarta (el exceso sobre su legítima rigorosa); recibe como complemento \$ 10.500,00. Asig-

nación total	\$ 32.500,00

El legítimo B, recibe \$ 13.500,00 (\$ 1.000,00 que le faltan para completar su legítima rigorosa, y \$ 12.500,00 que le corresponden por la cuarta de mejoras), total	\$ 32.500,00

El legítimo C, recibe un complemento de \$ 12.500,00 en razón de su participación en la cuarta de mejoras	\$ 32.500,00

El hijo natural A' recibe \$ 9.250,00 (\$ 3.000,00 para completarle su legítima rigorosa y \$ 6.250,00 como participación en la cuarta de mejoras). Asignación total	\$ 16.250,00

El hijo natural B', tiene \$ 3.000,00 a buena cuenta de la cuarta de mejoras; le faltan \$ 3.250,00 que recibe como complemento. Asignación total	\$ 16.250,00

De la asignación del cónyuge es necesario rebajar la suma de \$ 2.481,00, según dijimos. Asignación efectiva que recibe	\$ 22.519,00

De la asignación dejada a la Beneficencia se rebaja la suma de \$ 46.519,00. Asignación efectiva	\$ 47.481,00

Total	\$ 200.000,00

De esta manera se ha reformado el testamento. Hemos procedido a completar las legítimas rigorosas en primer término; y en segundo término hemos distribuido la cuarta de mejoras siguiendo las reglas del primer orden hereditario. Ello con fundamento en el artículo 1249 del código, que dice: "Acrece a las legítimas rigorosas toda aquella porción de los bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras, o con absoluta libertad, y no ha dispuesto, y si lo ha hecho, ha quedado sin efecto su disposición.

"Aumentadas así las legítimas rigorosas, se llaman **legítimas efectivas**.

"Este acrecimiento no aprovechará al cónyuge sobreviviente, en el caso del artículo 1236, inciso 2º." Vale decir, en el orden de los descendientes legítimos; por tal motivo el reparto de la cuarta de mejoras lo hicimos entre los descendientes exclusivamente. En nuestro ejemplo, el testador dispuso de todos sus bienes, pero no hizo un reparto legal de las legítimas rigorosas y de la cuarta de mejoras; por tal circunstancia se procedió a completar en primer lugar las legítimas; y en segundo lugar a distribuir por partes iguales la cuarta de mejoras.

Lo que hizo falta para completar las legítimas rigorosas y la cuarta de mejoras, lo hemos sacado de las asignaciones voluntarias con fundamento en lo prescrito por los artículos 1419 y 1420 del código. El primero establece que los legatarios no son obligados a concurrir al pago de las legítimas o de las deudas hereditarias, sino cuando el testador destine a legados alguna parte de los bienes que la ley reserva a los legitimarios. El segundo dice que los legatarios que deban contribuir al pago de las legítimas o de las deudas hereditarias, lo harán a prorrata de los valores de sus respectivos legados.

Según la ley, dentro del primer orden hereditario el testador sólo puede disponer libremente de la cuarta parte de sus bienes; en nuestro ejemplo de la suma de \$ 50.000,00; bien: sólo en esta suma tienen efecto las asignaciones libres del testador; por tal circunstancia, a sólo dicha suma quedan reducidas las dos asignaciones libres: la de \$ 2.519,00 al cónyuge y la de \$ 47.481,00 a la Beneficencia.

Una última observación: los artículos 1419 y 1420 del código se colocan en el caso de asignaciones hechas en forma de legados; pero puede suceder que mediante asignaciones a título universal se cercenen las legítimas rigorosas o la cuarta de mejoras, caso en el cual se procede con el mismo criterio indicado, es decir, a completar en primer término las legítimas y en segundo término la cuarta de mejoras; las asignaciones libres se

reducen en forma que todas ellas sólo alcancen a la cuarta parte de libre disposición.

438.—Segunda clase de ejemplos para el segundo orden hereditario.—Este es el orden de los ascendientes legítimos, con quienes concurren los hijos naturales y el cónyuge. Dentro de este y los demás órdenes hereditarios la porción conyugal es una carga de la sucesión, según el N^o 5^o del 1016; además, el cónyuge recibe dicha porción como pensión alimenticia, es decir, en cuanto le haga falta para completar la cuarta parte de bienes del patrimonio del causante. Suponemos que una vez reducidas todas las cargas de la sucesión entre las cuales se encuentra la porción conyugal, ha quedado un haber herencial de \$ 180.000,00.

Bien: Según el segundo orden hereditario, la herencia se divide entre los ascendientes y los hijos naturales por partes iguales. Así las cosas, se procede a sacar la mitad legitimaria y se distribuye entre las mencionadas personas; y lo que a cada uno corresponda es su legítima rigurosa. Si Concurren dos hijos naturales y un ascendiente, la legítima de cada uno será de \$ 30.000,00, es decir, el mínimo que el ascendiente y cada hijo natural deben llevar en la sucesión.

En cuanto a la cuarta de mejoras (\$ 45.000,00) corresponderá a los hijos naturales en la proporción que indique el testador; si no la distribuyó, les corresponderá por partes iguales. Debe tenerse en cuenta que también puede atribuirse por el testador a uno o varios de los hijos legítimos de los hijos naturales.

En este orden el testador puede instituir al ascendiente en la suma de \$ 30.000,00; a un hijo natural en la suma de \$ 75.000,00 y al otro en la suma de \$ 30.000,00; le quedan \$ 45.000,00 que puede distribuir libremente

Suponemos hace la siguiente distribución:

A un hijo natural	\$ 120.000,00
A un hijo natural	\$ 30.000,00
Al ascendiente	\$ 30.000,00
Total	\$ 180.000,00

Esta disposición testamentaria de bienes es correcta, pues fueron respetadas las asignaciones forzosas; la cuarta de mejoras como la cuarta de libre disposición, fueron distribuidas a uno de los hijos naturales.

Razonando con el mismo ejemplo, suponemos hace esta otra distribución de bienes:

Al ascendiente	\$ 50.000,00
Al hijo natural A	\$ 30.000,00
Al hijo natural B	\$ 35.000,00
Un legado a una persona extraña	\$ 26.000,00
Otro legado a una persona extraña	\$ 39.000,00
Total	\$ 180.000,00

Procediendo con el criterio indicado, se observa que las legítimas rigurosas fueron respetadas; no así la cuarta de mejoras. Como el testador no hizo distribución especial de dicha cuarta, ella corresponde por partes iguales a los dos hijos naturales, es decir, a razón de \$ 22.500,00. Uno de los hijos naturales tiene a buena cuenta de su porción en dicha cuarta, la suma de \$ 5.000,00; le hace falta un complemento de \$ 17.500,00; a otro hijo natural le hace falta un complemento de \$ 22.500,00, lo que da un total de \$ 40.000,00. Dicha suma es necesario extraerla de las asignaciones libres, es decir, de la asignación de \$ 20.000,00 hecha al ascendiente (ya que como legítima rigurosa sólo le corresponde \$ 30.000,00) y de las dos asignaciones hechas a extraños. La disminución de dichas asignaciones se hace proporcionalmente a su cuantía; así las cosas, el testamento se reforma y queda una distribución definitiva, como se indica a continuación:

Al ascendiente (se rebaja su legado de \$ 20.000,00 en la suma de \$ 9.412,00) le queda una asignación efectiva de	\$ 40.588,00
Al hijo natural A, le queda una asignación de	\$ 52.500,00
Al hijo natural B, recibe un complemento de \$ 17.500,00. Asignación efectiva	\$ 52.500,00
Al legado de \$ 26.000,00 se quita la suma de \$ 12.226,00. Dicho legado queda reducido a la suma de	\$ 13.764,00
Al legado de \$ 39.000,00 se quita la suma de \$ 18.352,00. Dicho legado queda reducido a la suma de	\$ 20.648,00
Total	\$ 180.000,00

Obsérvese que las disposiciones testamentarias que contienen asignaciones libres, tienen efecto sólo hasta aquella parte de

bienes de que el testador ha podido disponer libremente; en nuestro ejemplo, hasta la cuarta parte de bienes (\$ 45.000,00, que se integra por el exceso que correspondió al ascendiente de \$ 10.588,00 y por los dos legados de \$ 13.764,00 y \$ 20.648,00).

439.—Ejemplos para los demás órdenes hereditarios.—El tercer orden hereditario se integra por los hijos naturales. Se deduce previamente la porción conyugal en la forma expuesta para el segundo orden hereditario; del haber herencial líquido se extrae la mitad legitimaria para distribuir por partes iguales entre los hijos naturales y formarles su legítima rigurosa; en seguida se observa si la cuarta de mejoras ha correspondido a los hijos naturales en la proporción que haya indicado el testador; de la cuarta parte restante puede disponer libremente.

Si no han sido respetadas las legítimas o la cuarta de mejoras, se procede a complementarlas en la forma que se ha indicado; los legados o asignaciones libres se rebajan en proporción a su cuantía hasta reducirlas a la cuarta parte.

Dentro del cuarto orden hereditario —los hermanos legítimos y el cónyuge sobreviviente— sólo hay una asignación forzosa: la porción conyugal. Deducida dicha porción previamente, el testador puede disponer libremente del resto de sus bienes.

Si el testador no tuviere asignatarios forzosos, es decir, dentro del 4º orden cuando sólo concurren los hermanos legítimos y dentro del 5º orden en todos los casos, puede disponer libremente de todos sus bienes.

SECCION SEGUNDA

Los medios de defensa de los legitimarios para hacerse asignar sus legítimas, y privación de ellas

SUCESION CONTRACTUAL

440.—Las asignaciones forzosas obedecen a motivos de orden público; por tal circunstancia, la ley otorga a los herederos forzosos acciones rápidas y eficaces para los casos en que el testador no las respete.

Una asignación forzosa puede ser desconocida en tres formas: 1º Por medios directos, como cuando el testador instituye a uno de los asignatarios forzosos en una cuantía inferior a la que le corresponde como "legítima rigurosa" o no atribuye la cuarta de mejoras a los titulares de ella; 2º Por actos de disposición de los bienes en vida a favor de algunos asignatarios forzosos; 3º Por actos de disposición de la misma clase a favor de extraños.

Las últimas dos formas constituyen medios indirectos u oblicuos mediante los cuales pueden desconocerse las asignaciones forzosas. Además, son actos entre vivos que pueden interferir en la sucesión por causa de muerte.

Efectivamente: conforme a los principios generales, una persona puede disponer libremente en vida de sus bienes; puede donarlos, venderlos, permutarlos, aportarlos a una sociedad, etc. En virtud de esta amplia facultad de disposición por acto entre vivos, una persona puede burlar las asignaciones forzosas en una de estas dos formas.

1ª Si quiere que a su muerte sus bienes queden a ciertos legítimos con exclusión de otros, bien puede hacerles donaciones irrevocables; o simular enajenaciones a título oneroso. En esta forma al morir no tendrá bienes de consideración para repartir por el modo de la sucesión por causa de muerte.

2ª Si quiere disponer libremente de una porción superior a la que la ley indica en cada orden hereditario, entonces, puede hacer donaciones irrevocables a terceros o simular enajenaciones a título oneroso. Si el capital es de cien mil pesos (\$ 100.000,00) y quiere disponer libremente de la mitad cuando sólo puede hacerlo de la cuarta parte, puede favorecer a los terceros con donaciones irrevocables o simulaciones por el valor de \$ 40.000,00, por ejemplo, para sólo dejar como haber herencial la suma de \$ 60.000,00.

Así las cosas, estudiaremos: a) De la interferencia que pueden tener las disposiciones por acto entre vivos (sucesión contractual) en la sucesión por causa de muerte en lo relativo a asignaciones forzosas; b) De las acciones de los herederos cuando el testador en el testamento burla las asignaciones forzosas; c) Los medios que otorga la ley a una persona para privar a un asignatario forzoso de su asignación (problema de la desheredación).

CAPITULO PRIMERO

Medios encaminados a impedir que una persona merme las asignaciones forzosas mediante actos de disposición entre vivos. Sucesión contractual

441.—En los casos normales las legítimas y demás asignaciones forzosas se calculan en relación con los bienes dejados por el causante en el momento de la muerte. No se toma en cuenta el estado anterior del patrimonio, por ejemplo, el existente en el momento de testar, por cuanto el testamento no merma la facultad de disposición de una persona, ni los instituidos como

legatarios o herederos adquieren derecho concreto alguno sobre el objeto asignado, sino simples expectativas.

Puede suceder que en el momento de testar o en algún otro momento anterior a la apertura de la sucesión el causante haya tenido un patrimonio de consideración, y que a la muerte no exista o se haya disminuído considerablemente. Esta circunstancia se deberá a la insolvencia de la persona en cuestión, a malos negocios, a crisis fortuitas y al hecho de que los bienes hayan sido gastados en la educación y establecimiento de quienes a la muerte tienen la calidad de legitimarios. Hechos de esta naturaleza carecen de toda influencia en la sucesión por causa de muerte; los legitimarios tendrán que resignarse al estado en que encuentren el patrimonio en el momento de la apertura de la sucesión. Sucede algo semejante a lo que acaece con un deudor que en el momento de contraer deudas tiene bienes más que suficientes para pagar; pero si en el momento del vencimiento de las deudas ha perdido sus bienes, los acreedores tendrán que resignarse, pues, no hay bienes que puedan perseguir para el pago.

Mas existen ciertos actos de disposición realizados en vida por una persona que interfiere en la sucesión por causa de muerte. De tal naturaleza son estos: a) Los realizados por una persona en fraude de las asignaciones forzosas que han de corresponder a sus titulares al momento de su muerte. Por múltiples motivos una persona no quiere que uno de sus hijos reciba bienes a su muerte y para ello realiza una distribución de todo su patrimonio en vida a favor de los otros hijos. Esta distribución la puede hacer en forma simulada o mediante actos de enajenación a título oneroso. He aquí una importante aplicación del fraude pauliano y de la teoría de los actos simulados al derecho hereditario o sucesión de *mortis causa*; b) Las donaciones irrevocables hechas a extraños; c) Los realizados por una persona, no en fraude de las asignaciones forzosas, pero tendientes a practicar una repartición de los bienes por causa de muerte.

Para estas hipótesis y otras de naturaleza semejante existen medidas encaminadas a evitar el fraude o simulación en el derecho hereditario; o a corregir los repartos o atribuciones por actos entre vivos que no se ajusten a los postulados legales estudiados.

I

Del fraude y la simulación en el derecho hereditario

442.—A) Actos de disposición a título oneroso entre vivos en fraude de las asignaciones forzosas.—Al tratar la materia relati-

va a las obligaciones (VI - Obligaciones, Nos. 579 s.) dijimos que la acción pauliana o de revocación, tenía por finalidad evitar los fraudes cometidos por un deudor en perjuicio de los acreedores; fraudes consistentes en realizar enajenaciones a favor de terceros.

Vimos que los dos elementos del fraude pauliano son: un perjuicio sufrido por el acreedor (*eventus damni*) y el fraude del deudor (*consilium fraudis*). Cuando el acto de enajenación se realiza a título oneroso es necesario acreditar el fraude tanto en el deudor o enajenante como en el tercero adquirente; cuando el acto se realiza a título gratuito, sólo se requiere acreditar el fraude en el deudor.

En derecho hereditario sólo tiene aplicación el fraude en los actos de disposición a título oneroso. Por cuanto los actos de disposición a título gratuito se rigen por reglas especiales.

El fraude pauliano en los actos de disposición a título oneroso no sólo se aplica en el campo contractual cuando se trata de perjudicar los derechos de los acreedores, sino también en el campo del derecho hereditario cuando se trata de disminuir o perjudicar las asignaciones forzosas. En general la doctrina expuesta sobre fraude pauliano se aplica en los mismos casos en materia de sucesiones por causa de muerte.

443.—Condiciones para atacar un acto por fraude pauliano en derecho hereditario.—Aplicando los elementos del fraude pauliano en el derecho contractual al derecho hereditario se requiere que todo acto a título oneroso del deudor de las asignaciones forzosas reúna estas especiales condiciones.

I.—La prueba del fraude tanto en el enajenamiento como en el tercero adquirente.

1.—El único requisito para calificar de fraudulento un acto es el conocimiento que tenga el enajenante y el adquirente de que con el acto se disminuyen las asignaciones forzosas de los legitimarios y de los titulares de la cuarta de mejoras.

Prueba difícil de precisar. Se dirá que algo recibirá el enajenante a cambio del bien salido. Argumento de poca consistencia, por cuanto podría esgrimirse para impedir el ataque de un acto a título oneroso en el derecho contractual: a los acreedores podría decirse que algo recibe el deudor a cambio del bien enajenado. Mas una presunción bien recia de fraude pauliano tanto en materia contractual como en sucesiones por causa de muerte, es el hecho de que una persona en un momento dado cambie sus bienes consistentes en cuerpos ciertos por cosas fungibles, es decir, dinero. Por cuanto éste es susceptible de ocultación o puede emplearse en donaciones secretas.

2.—Es necesario precisar quién es tercero en el fraude hereditario. En derecho contractual es tercero toda persona extraña a los intereses de los acreedores. Puede serlo uno de los mismos acreedores, caso en el cual el fraude iría encaminado a perjudicar a los otros acreedores.

En derecho hereditario, tercero es todo extraño a los legitimarios; pero también puede serlo uno de ellos mismos cuando hay varios. Este puede ser el vehículo más idóneo que encuentre una persona para perjudicar a los demás legitimarios.

II.—El asignatario forzoso demandante debe acreditar un interés serio y legítimo, es decir, el perjuicio que sufre. El perjuicio consistirá en que los actos de disposición sobrepasan la cuarta parte de bienes de que podría disponer libremente el enajenante, cercenando la cuarta de mejoras o la mitad legitimaria.

444.—B) De los actos simulados.—Una persona puede escoger el camino de las simulaciones para burlar las asignaciones forzosas en general o las de alguno de los legitimarios. En este caso, los asignatarios forzosos podrán ejercer la acción de simulación para que se declare la inexistencia del acto simulado.

Normalmente se tratará de donaciones irrevocables disfrazadas de un acto de enajenación a título oneroso. Es necesario acreditar la simulación relativa, es decir, que se trata de un acto a título gratuito; obtenido lo cual se aplican las reglas que en seguida se estudiarán para las donaciones irrevocables.

Pero precisa advertir que la simulación puede ser absoluta. En un caso semejante tiene personería para ejercer la acción toda persona que acredite un interés serio y legítimo, entre quienes se encuentran no sólo los asignatarios forzosos sino también cualquier otra persona llamada por la ley a recibir bienes de la sucesión intestada, o igualmente los acreedores del causante.

En una palabra: la simulación absoluta en el derecho hereditario se rige por las reglas generales expuestas (VI - Obligaciones, Nos. 155 s.).

II

De las donaciones hechas a personas extrañas a los legitimarios.

445.—Se tratará de donaciones entre vivos, es decir, donaciones irrevocables; por cuanto las donaciones revocables a extraños deben constar en el respectivo acto testamentario en forma de legados o herencias; y sabido es que estos sólo se pagan cuando se han cancelado en su totalidad las asignaciones forzosas. Por tal motivo, el artículo 1244 se refiere exclusivamente a las donaciones entre vivos a extraños.

446.—El estatuto de las donaciones irrevocables a extraños. Este estatuto en sí mismo es bien sencillo, a pesar de las complicaciones de la ley y de los intérpretes exégetas.

I.—Una persona puede hacer donaciones irrevocables, o lo que es lo mismos, donaciones entre vivos hasta concurrencia de aquella parte de bienes de que puede disponer libremente dentro de cada orden hereditario. Así, en el primer orden hereditario sólo podrá hacer donaciones irrevocables hasta concurrencia de la cuarta parte; igualmente en los demás órdenes hereditarios en que el donante tuviere descendientes o titulares de la cuarta de mejoras. En los órdenes hereditarios en que sólo tuviere legitimarios, podrá hacer donaciones entre vivos a extraños hasta concurrencia de la mitad de su patrimonio. En lo que sobrepasaren las donaciones a la parte de libre disposición se invalidarán, y el exceso vuelve al haber herencial para completar a los asignatarios forzosos su asignación.

Para saber en qué casos una donación irrevocable a extraños se invalidará, precisa hacer una acumulación imaginaria al haber herencial del valor de la donación en el momento en que la cosa donada se entregó al donatario.

II.—La acumulación es, en principio, imaginaria. Tiene por principal finalidad el poder calcular el valor de la mitad legitimaria y el de la cuarta de mejoras. Suponiendo un haber herencial efectivo en el momento de la apertura de la sucesión, de \$ 10,000,00, se busca el valor de las donaciones irrevocables hechas a extraños que suponemos ascienda a \$ 4,000,00. Bien: se agrega ese valor al herencial y se procede sobre el total de \$ 14,000,00 a calcular la mitad legitimaria (\$ 7,000,00) y la cuarta de mejoras (\$ 3,500,00). Es necesario rebajar las donaciones en la suma de \$ 500,00 por cuanto la parte de libre disposición en nuestro ejemplo era sólo de \$ 3,500,00.

III.—Si no hay titulares de la cuarta de mejoras, las donaciones irrevocables pueden ascender a la mitad, por cuanto de dicha mitad puede disponer libremente el deudor de una legítima.

IV.—Esta reglas son las que deben mirarse inscritas en los artículos 1244 y 1245. Desgraciadamente se encuentran mal redactados. El primero establece: "Si el que tenía, a la sazón legitimarios, hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere a la cuarta parte de la suma formada por este valor y al del acervo imaginario, tendrán derecho los legitimarios para que este exceso se agregue también imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas y mejoras."

El segundo prescribe: "Si fuere tal el exceso, que no sólo ab-

sorba la parte de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, sino que menoscabe las legítimas rigurosas, o la cuarta de mejoras, tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo contra los donatarios en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes."

447.—El verdadero sentido de los artículos 1244 y 1245 del código civil.—El 1244 se coloca en el caso de un donante que tenga legitimarios y titulares de la cuarta de mejoras como lo comprueba la parte final. Prescribe en primer término la formación de un acervo imaginario. Acervo que se formará sumando el haber herencial efectivo y el valor de las donaciones. Si de esta suma total, las donaciones no alcanzan a la cuarta parte, es decir, la de libre disposición, no hay lugar a invalidar ninguna donación; pero las cuartas (mitad legitimaria y cuarta de mejoras) se calculan sobre el acervo imaginario.

Si el haber herencial efectivo asciende a \$ 22.000,00 y el valor de las donaciones irrevocable a \$ 6.000,00, tenemos que formar el acervo imaginario de que habla el texto citado, sumando las dos cantidades enunciadas, lo que da un total de \$ 28.000,00. En seguida se relacionan las donaciones con ese total; la cuarta es de \$ 7.500,00. Como las donaciones suman un valor inferior a la cuarta de libre disposición, indica que tendrá pleno valor. A pesar de la validez de las donaciones en este ejemplo, la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras se calculan sobre el acervo imaginario de \$ 28.000,00.

Naturalmente que el 1244 da a entender otra cosa. Probablemente al texto citado le falta la palabra "no" después de "todas ellas juntas"; motivo por el cual el texto legal debe entenderse así: "Si el que tenía, a la sazón legitimarios, hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas no excediere a la cuarta parte..., etc."

Los autores nacionales han interpretado el 1244 en forma excesivamente exegética sin reparar en los absurdos que de tal interpretación se siguen. Se afirma que al haber efectivo dejado por el causante sólo se agrega el exceso sobre la cuarta de libre disposición; que de este acervo así formado se sacan las cuartas, quedando una nueva para repartir libremente. Resolvamos con esta tesis un caso concreto. Donaciones irrevocables \$ 70.000,00; haber herencial, \$ 90.000,00. Lo excesivamente donado sobre la cuarta de libre disposición serán \$ 30.000,00, los que en vez de reintegrarse efectivamente, se dice que deben sumarse imaginariamente; sólo sobre este acervo se calculan las legítimas y la cuarta de mejoras; resultaría un acervo de \$ 120.000,00, de los cuales le quedan los mismos \$ 30.000,00 para disponer libre-

mente. En este sentido se pronuncian algunos autores nacionales (Carrizosa, ob. cit. p. 403-404).

Pero esta tesis debe ser rechazada; de aceptarla resultaría que una persona no puede violar la cuantía de las asignaciones forzosas mediante acto testamentario, pero sí mediante donaciones irrevocables. Efectivamente: suponiendo que la persona de nuestro ejemplo no hubiera hecho donaciones irrevocables, habría tenido para disponer por testamento la suma de \$ 160.000,00, de la cual se habría sacado la mitad legítimaria (\$ 80.000,00), y la cuarta de mejoras (\$ 40.000,00) y la de libre disposición (\$ 40.000,00). Si por dicho testamento se hubiese dispuesto a favor de extraños de la suma de \$ 70.000,00, tendríamos que por los cálculos anteriores se rebajarían en \$ 30.000,00 para completar la mitad legítimaria y la cuarta de mejoras. Bien: exactamente el mismo procedimiento debe seguirse cuando una persona hace donaciones irrevocables a extraños.

El artículo 1245 del código se refiere concretamente al caso de donaciones hechas a extraños que sobrepasan la cuarta de libre disposición.

La misma redacción del 1245 confirma la interpretación del 1244. Se refiere expresamente a donaciones irrevocables hechas a extraños cuando exceden la cuarta de libre disposición o la mitad, cuando no hubiere titulares de la cuarta de mejoras; luego el 1224 sólo puede referirse a donaciones que no excedan la parte de libre disposición. Así, concluiremos en forma definitiva: a) El 1224 prevé el caso de donaciones a extraños que no excedan la parte de libre disposición, evento en el cual simplemente se suman imaginariamente al haber líquido para computar correctamente las asignaciones forzosas; pero las donaciones quedan en firme. b) El 1245 se refiere a donaciones irrevocables a extraños que excedan la parte de libre disposición. En este caso se suma ese valor imaginariamente al haber líquido de la herencia para computar sobre el total las asignaciones forzosas; acto seguido tienen acción los legítimarios y titulares de la cuarta de mejoras para que vuelva al haber herencial aquella parte que excede a la de libre disposición.

448.—Avalúo de las donaciones irrevocables.—La donación irrevocable va seguida de la entrega de las cosas donadas. Sólo se trata de saber en qué momento deben colocarse los titulares de asignaciones forzosas para determinar el valor: ¿en el día de la entrega o en el momento de la apertura de la sucesión? Lo que es importante precisar, por cuanto entre esos dos momentos el valor puede haber cambiado. El artículo 1263 del código resuelve el problema en el sentido de que sólo se toma en cuenta el

valor de las cosas en el momento de la entrega. En esta forma los frutos y mayor valor de esas cosas pertenecen al donatario.

Lo cual nos indica que aunque haya necesidad de reducir o resolver totalmente una donación irrevocable hecha a un extraño, no obstante el donatario es considerado como un poseedor de buena fe.

449.—Condiciones de la acción de restitución de la donación irrevocable hecha a un extraño.—Ante todo es necesario diferenciar la acumulación imaginaria o reunión ficticia del valor de las donaciones irrevocables a extraños a la masa herencial, de que habla el artículo 1244; de la acción de restitución de que habla el artículo 1245.

La acumulación imaginaria se realiza en todos los casos en que al morir el causante aparece que hubo donatarios diferentes a los asignatarios forzosos. No importa el valor de las donaciones. Tampoco la acumulación en sí va a juzgar si es necesario restituir o no los bienes donados a la masa herencial; es una operación previa necesaria, encaminada a producir estos dos resultados: 1º El cálculo de las legítimas y la cuarta de mejoras se realiza sobre el acervo imaginario, es decir, lo que dé la suma del haber herencial efectivo y las donaciones irrevocables; 2º Si al relacionar el valor de las donaciones con el total del acervo imaginario resulta que el causante menoscabó las asignaciones forzosas, entonces y sólo entonces, nace a favor de los legitimarios la acción de restitución por lo excesivamente donado.

Así, que el ejercicio de la acción de restitución de que trata el 1245 está condicionado a estas especiales condiciones:

1º—Sólo procede cuando las asignaciones forzosas han resultado lesionadas; y sólo procede por aquella parte en que resultaron lesionadas. Para discriminar lo primero, precisa indagar el respectivo orden hereditario y si en él hay legitimarios y, además, titulares de la cuarta de mejoras. Dentro del primer orden hereditario, el causante sólo puede disponer libremente de la cuarta parte de los bienes; en consecuencia, si las donaciones irrevocables a extraños es inferior a dicha cuarta parte fuera de la acumulación imaginaria, no habrá lugar a ejercicio de la acción de restitución. Dentro del segundo orden hereditario, si no concurren hijos naturales, el causante puede disponer libremente de la mitad de los bienes; por tanto, las donaciones entre vivos a extraños, no deben sobrepasar dicha mitad. Dentro del tercer orden hereditario sólo puede disponer el causante de la cuarta parte de bienes; las donaciones no deben sobrepasar esa parte.

Lo cual nos indica que las donaciones a extraños son plenamente válidas cuando no son superiores a la parte de libre dis-

posición; mas en el caso de que sean superiores a dicha parte, sólo habrá lugar a restituir a la masa herencial lo excesivamente donado; en lo demás, las donaciones permanecen en firme.

2º—La acumulación imaginaria como la acción de restitución, cuando hubiere lugar a ella, tienen aplicación tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. Basta y es suficiente que existan asignatarios forzosos. Ni la acumulación ni la restitución tienen aplicación cuando no existen asignatarios forzosos; por cuanto entonces el causante ha podido disponer libremente de todo el patrimonio herencial, ya por testamento, ya mediante donaciones irrevocables.

3º—La acción de restitución que tienen los asignatarios forzosos, únicas personas titulares de dicha acción, conforme a lo acabado de exponer, para el reintegro a la masa herencial de lo excesivamente donado, debe ejercerse en la forma prescrita por el artículo 1245 del código, es decir, procediendo contra los donatarios más recientes. Si lo excesivamente donado asciende a \$ 7.000,00 y se presentan dos donaciones: una, la más antigua, de \$ 8.000,00 y otra, más reciente, de \$ 9.000,00, sólo se tomará en cuenta la última; dicho donatario deberá restituir a la masa herencial \$ 7.000,00; la primera quedará en pie.

Esta acción de restitución tiene carácter personal; sólo puede ejercerse contra el donatario, no contra terceros poseedores. Si las especies donadas, objeto de restitución hubieren sido enajenadas, los asignatarios forzosos tendrán que resignarse a demandar el equivalente en dinero.

4º—El donatario tendrá facultad para ofrecer el reintegro de las mismas especies recibidas o el valor que hubieren tenido cuando se le entregaron.

5º—El inciso 2º del 1245 prescribe que la insolvencia de un donatario no gravará a los otros. Lo cual acentúa el carácter estrictamente personal que tiene la mencionada acción de restitución.

6º—Si la donación irrevocable tuviere una carga, sólo se tendrá por donación lo que reste, deducido el gravamen pecuniario a que la asignación estuvo afectada (art. 1246 del c. c.).

450.—Donaciones que no se toman en cuenta para la acumulación ni para la acción de restitución.—No se tomarán en cuenta para la acumulación imaginaria del 1244, y por tanto para la restitución a que hubiere lugar según el 1245, los regalos moderados, autorizados por la costumbre, en ciertos días y casos, ni los dones manuales de poco valor (art. 1246, inciso 2º).

Tampoco se toman en cuenta las donaciones a extraños cuando el donante no tenía a la sazón legitimarios (art. 1245 del c. c.). Lo que nos enseña que las donaciones irrevocables a extra-

ños cuando el donante no tenía legitimarios, no dará a los que tenga con posterioridad, acción para atacarlas, aunque sobrepasen la cuarta de libre disposición o la mitad, según los casos.

Regla ésta que concuerda con lo prescrito por el artículo 1481 del código: "La donación entre vivos no es resoluble porque después de ella le haya nacido al donante uno o más hijos legítimos, a menos que esta condición resolutoria se haya expresado en escritura pública de la donación."

III

Sucesión contractual (anticipo de las legítimas rigurosas o de la cuarta de mejoras; distribución de bienes o reparto de los mismos por acto entre vivos)

451.—Hemos dicho que la distribución y reparto de bienes por causa de muerte reconocen dos fuentes principales: la ley y el testamento. Mas la ley no ha prohibido la sucesión contractual, es decir, la distribución y reparto de los bienes de una persona por actos entre vivos.

Es verdad que el artículo 1520 del código establece que el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando inter venga el consentimiento de la misma persona. Pero agrega el citado texto legal: "Las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima o a la mejora, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título **De las asignaciones forzosas.**"

De donde se deduce que en nuestro derecho la sucesión contractual por causa de muerte se rige por estas dos reglas: 1ª Prohibición absoluta de todo pacto entre herederos o legatarios y terceros sobre una sucesión futura. Ningún contrato sobre el derecho de suceder puede celebrarse; si se celebrare quedaría atacado de nulidad absoluta; 2ª Posibilidad de pactos o contratos entre el futuro causante y sus legitimarios o titulares de la cuarta de mejoras, según expresaremos en seguida.

La primera regla constituye una terminante excepción a la regla de la validez de la enajenación de cosas futuras que autoriza el artículo 1518 del código civil. Es inválida la convención sobre un derecho hereditario futuro aunque el que disponga estuviere instituido heredero o legatario por testamento.

Es necesario advertir que en el derecho comparado no se prohíben en esta forma definitiva los mencionados pactos.

452.—Contratos entre los asignatarios forzosos y el futuro causante.—Estos contratos no están prohibidos por el artículo 1520. Varios artículos del libro 3º del código se refieren a ellos.

I.—El 1243 contempla el caso de que el deudor de una legítima o mejora haya anticipado en vida, en virtud de donaciones revocables o irrevocables, parte de esa legítima o mejora. En esta forma el donatario recibe definitivamente en vida bienes del futuro causante para imputar a su asignación forzosa.

Una persona puede en vida asignar a uno de sus hijos legítimos la cuarta de mejoras y en tal virtud anticiparle bienes a buena cuenta. Puede anticipar bienes a buena cuenta de las legítimas rigurosas; y nada obsta, aun cuando el código no lo haya dicho que se anticipen bienes en forma de donaciones revocables al otro cónyuge a cuenta de su porción conyugal.

II.—El problema de los contratos sobre asignaciones forzosas se presenta en toda clase de sucesiones. Especialmente en la testamentaria; pero podrían aplicarse en las intestadas cuando el futuro causante realizó actos de disposición entre sus herederos sobre sus asignaciones forzosas y no testó.

III.—El artículo 1256 en forma amplia advierte que todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico, aparezca que el legado o la donación han sido a título de mejora.

Concretando nuestra atención sobre las donaciones irrevocables que son donaciones entre vivos, tenemos que el donante, por un acto entre vivos, puede imputarlas a la legítima o a la cuarta de mejoras.

En general, la ley sienta la presunción de que las donaciones irrevocables se realizan a buena cuenta de la legítima; en principio las imputaciones hechas a la cuarta de mejoras deben ser expresas; pero ya veremos que cuando la donación irrevocable sobrepasa el valor de la legítima, el exceso se imputará a la cuarta de mejoras.

453.—Puede la sucesión contractual reemplazar completamente la sucesión legal y la testada.—Nuestra ley no ha previsto en forma clara la sucesión contractual, es decir, que una persona disponga, en vida, de sus bienes a favor de sus asignatarios forzosos. Pero de lo expuesto se deduce que una sucesión puede tener su fuente exclusivamente en el contrato; o más técnicamente, en actos de disposición diferentes al testamento.

El futuro causante puede, por donaciones irrevocables, pagar a cada asignatario forzoso su legítima rigurosa; distribuir y asig-

nar la cuarta de mejoras; y disponer a favor de extraños o de los mismos asignatarios forzosos de la cuarta de libre disposición. Es una distribución total de bienes que reconoce como fuente exclusiva actos entre vivos diferentes al testamento.

La sucesión contractual, lo mismo que la testamentaria debe respetar las asignaciones forzosas. Y le son aplicables las reglas expuestas sobre el respeto de las citadas asignaciones en la sucesión testamentaria.

Nosotros vamos a contemplar la interferencia que tiene una sucesión contractual en una intestada o testada. Lo que se realiza cuando el futuro causante dispuso sólo de una parte de bienes por la sucesión contractual y de otra parte por testamento; o cuando habiendo dispuesto contractualmente de una parte de bienes no dispuso en ninguna forma de la otra, la que se rige por la sucesión intestada o abintestato.

454.—Reglas aplicables para computar las legítimas rigurosas y la cuarta de mejoras cuando el futuro causante dispuso de bienes a favor de sus herederos forzosos.—El texto fundamental sobre el particular es el artículo 1243: "Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente (art. 23 de la Ley 45 de 1936), se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega, y las deducciones que según el artículo 1234 se hagan a la porción conyugal.

"Las cuartas antedichas se refieren a este acervo imaginario." Este texto legal requiere las siguientes precisiones:

I.—Contempla en primer lugar el caso de donaciones irrevocables a los asignatarios forzosos a cuenta de sus legítimas o cuarta de mejoras; prevé, además, el caso de que al morir el causante ha dejado bienes que deben gobernarse por testamento o por la sucesión intestada.

Bien: al acervo líquido herencial, es decir, al que queda después del pago de las cargas de la sucesión según el artículo 1016, se acumulan imaginariamente los anticipos en forma de donaciones irrevocables a los asignatarios forzosos. Sobre el acervo imaginario total se calculan las cuartas (las dos de la mitad legítimaria, la cuarta de mejoras y la de libre disposición). Este acervo imaginario tiene lugar tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.

II.—Contempla, además, el caso de las donaciones revocables, vale decir, de las asignaciones testamentarias. Bien: los legados hechos a los asignatarios forzosos se imputan a buena cuenta de sus legítimas y de la cuarta de mejoras. En este caso no hay lugar a la formación de un acervo imaginario por la sencilla ra-

zón de que la donación revocable sólo se hace irrevocable por la muerte del causante.

Hemos visto que se procede a pagar los legados una vez canceladas las asignaciones forzosas; luego es sobre el activo líquido simplemente que se calculan las cuartas mencionadas; precisadas se imputan los legados a buena cuenta de la asignación definitiva.

III.—Finalmente, el 1243 dice que también se agregarán imaginariamente al acervo líquido las deducciones que se hagan a la porción conyugal en todos los órdenes hereditarios, excepción hecha del primero. Pero hemos precisado con claridad que dentro de las cargas de la sucesión se encuentra la porción conyugal; que ésta se deduce previamente antes de entrar a calcular las cuartas. Este es el procedimiento que se sigue en la práctica extra-judicial. Luego en esta forma no tiene aplicación el 1243 en lo relativo a las agregaciones de las deducciones a la porción conyugal. Con un ejemplo comprenderemos el procedimiento que en todos los casos conduce a resultados iguales. Nos encontramos ante el segundo orden hereditario; el cónyuge tiene bienes propios por valor de \$ 10.000,00; el patrimonio herencial, una vez canceladas las primeras cuatro cargas que indica el 1016, suponemos sea de \$ 100.000,00. Así las cosas, en la práctica judicial se analiza qué parte de bienes deben corresponder al cónyuge sobreviviente como porción conyugal; será, en este ejemplo, la suma de \$ 15.000,00, suma que se extrae directamente del patrimonio de \$ 100.000,00, quedando sólo \$ 85.000,00 del cual se sacan las cuartas (las dos de la mitad legítima, la de mejoras y la de libre disposición, suponiendo desde luego, concurren dentro del orden hijos naturales).

El procedimiento que indica el código es el siguiente. Dentro del segundo orden hereditario la porción conyugal es equivalente a la cuarta parte de bienes, es decir, \$ 25.000,00; luego se extrae del patrimonio dejado por el causante, quedando para computar las cuartas, la suma de \$ 75.000,00. En seguida se discrimina si es necesario darle al cónyuge la expresada suma de \$ 25.000,00 o si es necesario hacer deducciones por tener bienes propios; como en el ejemplo los tiene por valor de \$ 10.000,00, es necesario hacer a la suma de \$ 25.000,00 una deducción de \$ 10.000,00; a esta deducción se refiere concretamente el 1243 para decir que se agregará, no imaginariamente, sino efectivamente al haber herencial de \$ 75.000,00, quedando un haber definitivo de \$ 85.000,00. Como se observa, el procedimiento judicial es más rápido y preciso.

455.—Acumulación imaginaria, colación e imputación.—Algunas de las dificultades que suelen presentarse a nuestros intér-

pretres sobre este problema de las asignaciones forzosas proviene en ocasiones de no dar a las palabras su sentido exacto y no distinguir varias operaciones que tienen alcance diferente.

1) La acumulación imaginaria sólo indica una reunión ficticia de lo donado por acto entre vivos a extraños a la sucesión, según acabamos de ver, como de lo donado por el mismo título a los asignatarios forzosos, al patrimonio herencial efectivo.

Dicha suma produce un acervo que suele denominarse "imaginario", pero que en verdad no lo es sino en parte, por cuanto se forma del acervo real y efectivo dejado por el causante y la acumulación imaginaria. Lo que sí es imaginario es la agregación de las donaciones irrevocables. Desde este punto de vista, la "acumulación imaginaria" sólo tiene lugar respecto a las donaciones irrevocables; en ningún caso respecto a las donaciones revocables por motivos obvios.

2) La imputación sólo se da cuando el testador ha hecho donaciones revocables, es decir, legados a alguno de los asignatarios forzosos. Prescribe la ley que dichas donaciones o legados se imputarán a buena cuenta de lo que corresponda al legatario como valor de su asignación forzosa. Se observa que el 1243 habla de "acumulación" imaginaria al acervo líquido de las donaciones revocables e irrevocables. Manifiesta confusión entre acumular e imputar respecto a las donaciones revocables o legados. Estos se encuentran dentro del patrimonio herencial, pues, de él no han salido aún; y por definición, sólo puede acumularse imaginariamente aquellos bienes salidos del patrimonio; los no salidos podrán imputarse solamente.

3) Finalmente, la colación u obligación de colacionar es cosa diferente a la acumulación y a la imputación. Consiste esencialmente en la obligación para el asignatario forzoso de devolver a la masa herencial aquella parte de bienes que no le caben ni dentro de la legítima efectiva, ni dentro de la parte de libre disposición. La colación cuando se refiere a los extraños a la sucesión toma la denominación de "restitución"; la misma acción de restitución se denomina doctrinariamente "colación", cuando se refiere a los asignatarios forzosos.

Para saber si hay necesidad de colacionar o no, precisa verificar previamente las operaciones de la acumulación imaginaria y de las imputaciones a que hubiere lugar.

456.—Relaciones entre lo dado en razón de legítimas y el resto del patrimonio.—Computadas las cuartas en la forma expuesta por el 1243 del código, pueden surgir varios casos.

1º Lo anticipado por acto entre vivos a buena cuenta de las legítimas rigurosas o de la cuarta de mejoras es inferior a las leglamentarias. Por ejemplo, el acervo total (el efectivo más lo

anticipado) asciende a \$ 160.000,00; las donaciones irrevocables a buena cuenta de las legítimas asciende a \$ 50.000,00; y a buena cuenta de la cuarta de mejoras a \$ 25.000,00. Se procede a completar la mitad legitimaria en primer término, como lo establece el 1247: "Si la suma de lo que se ha dado en razón de legítima no alcanzare a la mitad del acervo imaginario, el déficit se sacará de los bienes, con preferencia a toda otra inversión." En nuestro ejemplo, la mitad legitimaria asciende a \$ 80.000,00; sólo se han anticipado \$ 50.000,00 por cuenta de esa mitad legitimaria; luego del haber herencial líquido (que será de \$ 85.000,00) se procede a extraer la suma de \$ 30.000,00. El mismo procedimiento se sigue para completar la cuarta de mejoras. Esta asciende a \$ 40.000,00; se anticiparon a buena cuenta, \$ 25.000,00; luego los \$ 15.000,00 que hacen falta, se extraen del haber herencial líquido. Este se ha disminuído en la suma total de \$ 45.000,00; luego sólo quedan en él \$ 40.000,00 sobre el cual se hará efectivo el testamento si la sucesión es testada; si fuere intestada, se da aplicación al artículo 1249 del código: "Acrece a las legítimas rigurosas toda aquella porción de los bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejora o con absoluta libertad, y no ha dispuesto, y si lo ha hecho, ha quedado sin efecto su disposición."

2º Lo anticipado mediante sucesión contractual (donaciones irrevocables) a buena cuenta de legítimas excede a las reglamentarias. Se aplica el artículo 1251 del código: "Si lo que se ha dado o se da en razón de legítimas excediere a la mitad del acervo imaginario, se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse por partes iguales entre los legitimarios; pero con exclusión del cónyuge sobreviviente, en el caso del art. 1236, inciso 2º."

El texto se coloca en la hipótesis de anticipos a las legítimas rigurosas exclusivamente.

3º Lo anticipado mediante sucesión contractual a título de mejoras excede a las reglamentarias. Entonces se da aplicación al artículo 1252: "Si las mejoras (comprendiendo el exceso de que habla el artículo precedente en su caso), no cupieren en la cuarta parte del acervo imaginario, este exceso se imputará a la cuarta parte restante, con preferencia a cualquier objeto de libre disposición, a que el difunto lo haya destinado."

457.—Caso en que a un asignatario forzoso se hayan anticipado bienes no equivalentes a la cuantía que le corresponde por ley—En los casos anteriores hemos relacionado el total de donaciones anticipadas a los asignatarios forzosos a buena cuenta de sus legítimas o cuarta de mejoras, en relación con el haber herencial líquido.

Ahora vamos a contemplar lo anticipado concretamente a cada asignatario en relación con lo que por ley le corresponda. Dos casos pueden presentarse:

1º Lo anticipado a un asignatario a buena cuenta de su asignación forzosa es inferior a lo que le corresponde según la ley. Se da aplicación al inciso 1º del artículo 1264: "Si al donatario de especies, que deban imputarse a su legítima o mejora, le cupiere definitivamente una cantidad no inferior a la que valgan las mismas especies, tendrá derecho a conservarlas y exigir el saldo, y no podrá obligar a los demás asignatarios a que le cambien las especies, o le den su valor en dinero."

2º Lo anticipado a un asignatario a buena cuenta de su legítima o cuarta de mejoras es superior a lo que le corresponde por la ley. En este caso, lo anticipado a otros asignatarios será inferior a su asignación forzosa; o si no se les anticipó nada en el haber herencial líquido, no habrá cantidad suficiente para completarlas. Motivo por el cual dicho asignatario será obligado a devolver un saldo a la masa herencial. Lo prescribe el artículo 1264 en su inciso 2º: "Y si le cupiere definitivamente una cantidad inferior al valor de las mismas especies, y estuviere obligado a pagar un saldo, podrá, a su arbitrio, hacer este pago en dinero, o restituir una o más especies, y exigir la debida compensación pecuniaria, por lo que el valor actual de las especies que restituya excediere al saldo que debe."

458.—Donaciones revocables o irrevocables a título de legítima a una persona que no tenía la calidad de legitimario.—Bien puede suceder que el donante prevea que el legitimario actual no sobrevivirá a su muerte; que cuando ésta acaezca, otra persona tenga dicha calidad. Por ejemplo, uno de sus hijos legítimos se encuentra enfermo y se teme haya de fallecer; el padre puede prever que si tal sucede, adquieren la calidad de legitimarios por representación los nietos legítimos, es decir, los hijos legítimos del hijo enfermo. Si en tales circunstancias testa o hace donaciones irrevocables contando como legitimario a sus nietos, se entiende verificada una institución condicional. Será válida si no sobrevive el hijo enfermo; se invalidará si sobrevive, por cuanto los nietos no alcanzaron a adquirir la calidad de legitimarios. Es el caso contemplado por el artículo 1258: "Si se hiciere una donación revocable o irrevocable, a título de legítima a una persona que no fuere entonces legitimaria del donante, y el donatario no adquiriere después la calidad de legitimario se resolverá la donación."

459.—Donaciones revocables o irrevocables a quien tenía la calidad de legitimario pero se extingue.—Tal sucede cuando el

legitimario no sobrevive al donante, o se hizo indigno de suceder, o fue desheredado, o repudió. La donación, entonces, se invalidará (art. 1258, inciso 2º).

Es obvio que cuando se presenta una circunstancia de esta naturaleza, la donación resuelta o invalidada acrece a la mitad legitimaria y contribuye a formar las legítimas rigurosas de los otros asignatarios forzosos (art. 1248 del c. c.).

Iguales reglas se aplican cuando la donación se hizo a buena cuenta de la cuarta de mejoras (art. 1259 del código, inciso 2º).

También es claro que las reglas anteriores no se aplican cuando el legitimario que falta tiene descendientes legítimos que lo pueden representar, según los principios que informan el derecho de representación en sucesiones (art. 1258 del c. c., inciso 3º).

Finalmente: si se hiciere una donación revocable o irrevocable a título de mejora, a una persona que se creía descendiente legítimo del donante y no lo era, se resolverá la donación (art. 1259 del c. c., inciso 1º).

460.—Desembolsos hechos para el pago de las deudas de un legitimario.—Es un caso previsto en el artículo 1261 del código: "Los desembolsos hechos para el pago de las deudas de un legitimario, descendiente legítimo, se imputará a su legítima, pero sólo en cuanto hayan sido útiles para el pago de dichas deudas.

"Si el difunto hubiere declarado expresamente, por acto entre vivos o testamento, ser su ánimo que no se imputen dichos gastos a la legítima, en este caso se considerarán como una mejora.

"Si el difunto en el caso del inciso anterior, hubiere asignado al mismo legitimario, a título de mejora, alguna cuota de la herencia o alguna cantidad de dinero, se imputarán a dicha cuota o cantidad, sin perjuicio de valer, en lo que excedieren a ella, como mejora, o como el difunto expresamente haya ordenado."

461.—Gastos de un legitimario que no se imputan a su asignación forzosa.—Son los previstos en los incisos 2º y 3º del artículo 1256: "Sin embargo, los gastos hechos para la educación de un descendiente no se tomarán en cuenta para la computación de las legítimas, ni de la cuarta de mejoras, ni de la cuarta de libre disposición, aunque se hayan hecho con la calidad de imputables.

"Tampoco se tomarán en cuenta para dichas imputaciones los presentes hechos a los descendientes con ocasión del matrimonio, ni otros regalos de costumbre."

462.—Promesa de asignar a un descendiente la cuarta de mejoras.—Según las reglas expuestas, dicha cuarta puede dejarse a

a un descendiente legítimo o natural. El deudor de dicha cuarta puede haberla prometido a uno de dichos descendientes. Se da aplicación al artículo 1262: "Si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos, a un descendiente legítimo (o natural), que a la sazón era legitimario, no donar ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras, y después contraviniera a su promesa, el dicho descendiente legítimo (o natural) tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren de lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechara."

"Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que debe la legítima, serán nulas y de ningún valor."

463.—Partición de los bienes por acto entre vivos.—Una persona puede, para evitar los conflictos que se presenten entre sus asignatarios forzosos al morir, hacer la partición de los bienes por acto entre vivos. La partición implica normalmente asignación de las respectivas legítimas. Sin embargo, el futuro causante puede limitarse a indicar los bienes con los cuales deban pagarse las asignaciones. Lo prescribe el 1255: "El que deba una legítima, podrá, en todo caso, señalar las especies en que deba hacerse su pago; pero no podrá delegar esta facultad a persona alguna, ni tasar los valores de dichas especies."

CAPITULO SEGUNDO

Acciones de los asignatarios forzosos por desconocimiento de las legítimas, la cuarta de mejoras y la porción conyugal

Nº 1º Naturaleza y caracteres de la acción de reforma del testamento.

464.—De nuestra anterior exposición se deducen algunas de estas acciones. En primer lugar, las acciones del fraude para los actos a título oneroso y la de simulación para las donaciones disfrazadas de enajenaciones onerosas; cuando dichos actos lesionan las legítimas o la cuarta de mejoras, los asignatarios forzosos podrán impugnarlos a fin de reintegrar el valor riguroso indicado por la ley. En segundo lugar, la acción de reintegro por lo excesivamente donado en forma irrevocable a extraños a la sucesión. Resuelta una donación en todo o en parte, los asignatarios forzosos tienen derecho a que las cosas vuelvan al haber herencial. El donatario tiene la facultad de reintegrar la misma especie donada o reemplazarla por su equivalente en dinero. Es de reintegro la acción dirigida contra los mismos asignatarios forzosos cuando el causante les anticipó a título de

legítimas o mejoras una parte de bienes superior a la reglamentaria, si alcanza a lesionar las asignaciones de los otros herederos forzosos.

En este capítulo vamos a estudiar la acción de reforma del testamento, es decir, la acción que tienen los asignatarios forzosos cuando se lesiona su asignación mediante acto testamentario.

Esta acción se diferencia de las anteriores en que se concreta a las lesiones a las legítimas y demás asignaciones forzosas realizadas por la carta testamentaria; las otras, en cambio, tienen cabida tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.

465.—Naturaleza específica de la acción de reforma del testamento.—Esta acción no persigue la invalidación del testamento; simplemente, el que se completen las asignaciones forzosas en la cuantía determinada por la ley, o se asigne al heredero preterido la que le corresponde.

En el derecho romano existía la querella de testamento inficioso; tenía por finalidad anular el testamento cuando el heredero era desheredado injustamente. Si la querella triunfaba, la sucesión se regía por la ley y no por el testamento.

La acción de reforma contemplada en nuestra legislación no persigue en ningún caso la anulación de la carta testamentaria. Su nombre lo indica: sólo persigue reformar el testamento en la medida que sea necesario para dar a cada heredero forzoso su asignación indicada por la ley.

El ejercicio de la acción de reforma del testamento implica estas dos cosas conjuntas: 1^ª Que el testador haya dispuesto de todos sus bienes; 2^ª Que no haya respetado las asignaciones forzosas.

En cuanto a la primera condición, ella no se realiza cuando el testador sólo dispuso de una parte de los bienes quedando otra que se regirá por la sucesión intestada. En este caso, cada asignatario forzoso tendrá derecho a que de los bienes de que no dispuso el testador se le complete o se le asigne su asignación forzosa. Y apenas es natural que cuando el testador no dispuso de todos sus bienes, las asignaciones forzosas serán por lo general incompletas.

En cambio, cuando el testador dispuso de todos sus bienes habrá lugar a la acción de reforma si se realiza la segunda condición. Entonces sí cabe hablar de la necesidad de reformar el testamento, es decir, que la voluntad del testador no se cumplirá integralmente; que algunas de las asignaciones hechas se rebajarán o quedarán sin efecto. Reformar el testamento sólo indica que la última voluntad de una persona no puede apli-

carse en la forma como se expresó; que habrá necesidad de limitarla, de someterla al imperio de la ley.

En cuanto a la segunda condición se requiere, o que a un legitimario o asignatario forzoso no se haya dejado lo que le corresponde: la legítima rigurosa o la efectiva en su caso (art. 1275 del c. c.); o que no se le haya dejado nada, vale decir, que haya sido pasado en silencio.

Hay quienes afirman erróneamente que cuando un legitimario ha sido pasado en silencio, vale decir, cuando nada se le ha dejado, no necesita de la acción de reforma del testamento. Por ejemplo, un padre de familia al testar no asigna legado o herencia algunos a uno de sus hijos legítimos; todos sus bienes los reparte entre los otros hijos. La ley contempla este caso de preterición diciendo en el artículo 1276: "El haber sido pasado en silencio un legitimario, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima."

¿Qué acción entonces para el preterido? Porque no vale el que la ley presuma que se encuentra instituido en su legítima; esta presunción no es la asignación. ¿De qué medio o procedimiento se valdrá para que se le entreguen real y materialmente bienes a buena cuenta de su legítima? Si no es necesario reformar el testamento, indica ello que se cumplirá en todas y cada una de sus cláusulas; y así el preterido se quedará con la presunción a su favor pero sin bien alguno. Afirman los autores que el preterido tiene la acción de petición de herencia. "La acción (de reforma) se da al desheredado que lo fue sin causa legal, o sin las formalidades prescritas. Pero no corresponde más que a éste, porque el legitimario preterido no necesita reformar el testamento, pues la ley suple su institución (art. 1276), y le basta presentar la prueba de su calidad para que deba reconocérsele como legitimario, y computársele y pagársele su asignación forzosa. Si de hecho ha sido excluido, goza de petición de herencia, porque es heredero, es poseedor legal, es titular del derecho real de herencia" (Carrizosa, ob. cit. p. 419-420).

Pero la acción de petición de herencia conduciría fatal y necesariamente a la reforma del testamento. Además, ¿qué utilidad práctica y moral esta arbitraria diferenciación entre herederos preteridos y herederos no preteridos a quienes se desconoce el valor total de su asignación forzosa?

No podemos convertir las instituciones jurídicas en interpretaciones caprichosas, desprendidas de la lógica y el buen sentido común. Tanto monta el instituir a un asignatario forzoso en una porción inferior a la que le corresponde por la ley, que no atribuirle bien alguno. En ambos casos el testador ha desco-

nocido las asignaciones forzosas; en ambos casos hay acción de reforma del testamento.

Por otra parte, decir que el heredero preterido tiene la acción de petición de herencia, conduce a desnaturalizar la naturalza jurídica de dicha acción; esta acción se ejerce cuando al heredero se discute su título de tal por otro que posee la herencia también como heredero. Cuando nadie discute al preterido su título de tal, cuando se acredita que su preterición se debió a mala voluntad del testador en no dejarle bienes, es decir, desheredarlo sin causa justa, o a un olvido, o a que se encontraba ausente y se ignoraba si vivía o no, tiene simplemente la acción de reforma del testamento.

En cuanto al argumento que se extrae del 1276 vale igualmente para los legitimarios instituidos en una porción inferior a su asignación.

466.—Los caracteres de la acción de reforma del testamento.

1º Es una acción personal. Sólo la puede ejercer el legitimario preterido o el instituido en una porción inferior de su legítima o respectiva asignación forzosa.

Desde este punto de vista la acción es sustancialmente diferente de la acción de nulidad del testamento que persigue su destrucción para que la sucesión se rija por la ley. La de reforma no ataca la validez del testamento en sí; simplemente que al heredero se reintegre el saldo que le hace falta para llevar el mínimum de bienes que imperativamente le asigna la ley.

Es diferente de la acción de petición de herencia. Esta es una acción real que se ejerce contra el actual poseedor de los bienes hereditarios cuando el mencionado poseedor afirma tener título de heredero para poseerlos. Aquí se discute en última instancia quién tiene mejor derecho a poseer la herencia.

2º—La acción de reforma, en principio, no se dirige contra persona determinada, sino contra la sucesión representada por los herederos o el albacea. Naturalmente que sus efectos se harán sentir en las demás asignaciones forzosas o voluntarias. Porque puede suceder que el complemento que hace falta al demandante lo haya dejado a los asignatarios forzosos; puede ser que haya dispuesto excesivamente de la parte de libre disposición, caso en el cual los legados o herencias a extraños tendrán que rebajarse en ese exceso.

3º—Cuando la reforma la ejerce el preterido se diferencia de la desheredación legal. La preterición es una desheredación, pero una desheredación ilegal.

4º—La acción de reforma constituye una acción patrimonial. En consecuencia es cedible aisladamente para reclamar el com-

plemento o junto con los derechos hereditarios (art. 1274 del c. c.); si no ha prescrito pasa a los herederos.

Nº 2º Quiénes son titulares de la acción de reforma.

467.—Son titulares de la acción de reforma del testamento: los legitimarios, los titulares de la cuarta de mejoras y el cónyuge sobreviviente por la porción conyugal. Es decir, los asignatarios forzosos. Se excluyen los acreedores de alimentos por cuanto dicha asignación es una deuda hereditaria.

468.—I.—**Los legitimarios.**—Estos tienen personería para ejercer la acción de reforma del testamento cuando el testador les asignó una porción inferior a su legítima rigorosa.

Basta y es suficiente tener dicha calidad en el momento de la apertura de la sucesión, aunque en el momento de la confección del testamento no la hubiesen tenido. Así, el hijo póstumo es titular de la acción en el caso de que haya sido preterido.

Inversamente: carece de la acción de reforma quien tenía la calidad de legítimo en el momento de testar, pero la perdió y no la tiene en el momento de la apertura de la sucesión. Lo que puede suceder cuando fue desheredado legalmente o se hizo indigno.

Conforme a lo expuesto, tiene la acción de reforma tanto el legítimo preterido como el legítimo a quien se asignó una porción inferior a su legítima rigorosa.

469.—II.—**Los titulares de la cuarta de mejoras.**—Para ejercer la acción de reforma se requiere que el testador haya dispuesto de esta cuarta parte de ella a favor de personas diferentes a los titulares de ella, vale decir, los descendientes legítimos o hijos naturales.

El inciso 2º del 1277 prescribe: “Si el que tiene descendientes legítimos dispusiere de cualquiera parte de la cuarta de mejoras, a favor de otras personas, tendrán también derecho los legitimarios para que en eso se reforme el testamento, y se les adjudique dicha parte.”

Se contempla la acción únicamente para los descendientes legítimos. Pero por el artículo 24 de la Ley 45 de 1936 la cuarta de mejoras se extendió a los hijos naturales y a su descendencia legítima, advirtiendo en forma expresa que “La acción de que habla el artículo 1277 del código civil, comprende los casos en que la cuarta de mejoras fuere asignada en contravención a lo dispuesto en este artículo”; lo que equivale a decir que también los hijos naturales pueden ejercer hoy día la mencionada acción de reforma.

470.—III.—El cónyuge sobreviviente.—Según el artículo 1278 del código, el cónyuge sobreviviente tendrá la acción de reforma para la integración de su porción conyugal.

Algunos afirman que se trata de un error del legislador el otorgar la acción de reforma al cónyuge; que éste se haya instituido directamente por la ley y que, por tanto, le bastaría reclamarla acreditando su título de tal para que se la reconozca de plano (Carrizosa, ob. cit. p. 421).

Exactamente el mismo argumento podría presentarse para el desconocimiento de las legítimas rigurosas o la cuarta de mejoras. Estas derivan directamente de la ley; luego le bastaría a cada legitimario o titular de la cuarta de mejoras demostrar su calidad de tales para que de plano se les reconociera su asignación.

Hemos dicho y lo volvemos a repetir que lo que persigue la acción de reforma, y esto lo que no comprenden correctamente algunos autores, no es la invalidación del testamento, sino la de buscar el reintegro de una asignación forzosa o toda ella en el caso de preterición. Eso y no otra cosa.

Si a un asignatario se le dejan \$ 20.000,00 y le corresponde como legítima rigurosa la suma de \$ 25.000,00, todo el problema de la acción de reforma se reduce a pedir un complemento de \$ 5.000,00; es un simple problema de cálculo, de financiación del saldo. Como el testador dispuso de todos los bienes, alguna o algunas asignaciones deben ser rebajadas en dicha suma; la voluntad del testador no se cumple integralmente, fue reformada. Esta idea tan sencilla es necesario no desvirtuarla. Luego la acción de reforma para el cónyuge sobreviviente es necesaria cuando el testador no le dejó porción conyugal o le asignó una porción inferior a la que le corresponde por la ley. En el primer orden hereditario se confunde la acción de reforma por la porción conyugal o la de reforma por una legítima rigurosa; en los demás órdenes, actúa por la cuarta parte de bienes en la forma expuesta.

Nº 3º Lo que comprende la acción de reforma y efectos.

471.—Según lo expuesto, la acción de reforma comprende el complemento de la legítima rigurosa o la efectiva en su caso (art. 1275 del c. c.) o la porción conyugal (art. 1278 del c. c.).

La legítima efectiva en la acción de reforma abarca la rigurosa y la parte de la cuarta de mejoras cuando se distribuye por partes iguales entre los titulares de ella.

472.—Efectos.—Para la prosperidad de la acción de reforma es necesario avaluar los bienes hereditarios una vez canceladas las cargas de sucesión.

1.—Si el demandante en la acción de reforma acredita el complemento que le hace falta, precisa discriminar de qué asignaciones se va a sacar dicho complemento y que por tanto es necesario rebajar. Si el testador dispuso a favor de extraños de sólo la cuarta parte de libre disposición, entonces, alguno de los legitimarios recibió alguna parte superior a su legítima rigorosa o efectiva; será de esta asignación de donde se sacará el complemento.

Si el testador dispuso a favor de extraños de una porción superior a aquella de que podía disponer libremente, será de ésta de donde se extraerá el complemento.

2.—Exactamente lo mismo sucede cuando un legítimo fue preterido. La reforma consiste en extraer de alguna o algunas otras asignaciones la que le corresponde.

3.—En cuanto a la cuarta de mejoras no habrá necesidad de reformar el testamento si a cada asignatario forzoso se dejó su legítima rigorosa y al sumar todas las asignaciones forzosas de quienes son a la vez los titulares de la cuarta de mejoras, ésta ha quedado distribuída entre ellos o se dejó a uno solo.

4.—El 1277 en su inciso primero da una regla innecesaria: “Contribuirán a formar o integrar lo que en razón de su legítima se debe al demandante, los legitimarios del mismo orden y grado.”

5.—El legítimo indebidamente desheredado tendrá derecho a la acción de reforma; y conservará, además, las donaciones entre vivos comprendidas en la desheredación (art. 1275, inciso 2º).

Y en cuanto al legítimo preterido, fuera de la acción de reforma del testamento, conservará, además, las donaciones revocables que el testador hubiere revocado (art. 1276, inciso 2º).

Nº 4º De la extinción de la acción de reforma.

473.—La acción de reforma del testamento es renunciable y prescriptible.

I.—Una vez que el heredero forzoso tiene derechos actuales a la herencia por haberse verificado la apertura de la sucesión, puede renunciar a ejercer la acción de reforma, de la misma manera que podría repudiar la herencia.

Carece de todo valor la cláusula testamentaria en virtud de la cual el testador prohíbe a sus herederos ejercer dicha acción; tanto la cláusula como la pena impuesta para el caso de que se viole la prohibición se tendrán como no escritas. Igualmente es inválida toda renuncia de la acción en vida del testador.

II.—La acción de reforma del testamento prescribe en cuatro años (art. 1274 del c. c.).

Estos cuatro años comenzarán a contarse del día en que tuvieron los legitimarios conocimiento de la apertura del testamento y de su calidad de tales.

Si el legitimario a la apertura de la sucesión era incapaz, no prescribirá en él la acción de reforma antes de la expiración de cuatro años, contados desde el día en que fuere capaz. (art. 1274, inciso 2º).

CAPITULO TERCERO

Del desheredamiento

474.—El testador puede tener motivos graves para privar a un legitimario de su legítima. Si bien es verdad que se restringe notablemente su libertad al ordenársele imperativamente respetar las asignaciones forzosas, al mismo tiempo la ley pone en sus manos los medios o instrumentos necesarios para que por motivos serios pueda desheredar a un asignatario forzoso, vale decir, privarle de su asignación forzosa.

Este es el desheredamiento legal; es el contemplado en los artículos 1266 y siguientes del código. Sólo puede producirse por las causales que indica esos textos legales y con los requisitos que señalan.

Las causales estudiadas de indignidad son verdaderos desheredamientos legales; por tal motivo la ley positiva es redundante al organizar por separado el desheredamiento proveniente de la misma voluntad del testador.

Sin embargo existe una diferencia. Las causales de indignidad se alegan por personas extrañas al testador; las del desheredamiento se alegan por el mismo testador. En unas y otras debe mediar una sentencia judicial declarando, mediante una prueba oportuna y conducente, los hechos que constituyen la causal de indignidad o de desheredamiento.

El desheredamiento es definido así por el artículo 1265 del código: "Desheredamiento es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima.

"No valdrá el desheredamiento que no se conformare a las reglas que en este título se expresan."

475.—Las causales de desheredamiento.—Conforme a las reglas expuestas, son legitimarios de las legítimas rigorosas: dentro del primer orden hereditario los descendientes legítimos; dentro del segundo, los ascendientes legítimos o los padres naturales; y dentro del tercero, los hijos naturales.

Las causales de desheredamiento de los descendientes legíti-

mos e hijos naturales son unas mismas; no así las de desheredamiento de los ascendientes legítimos y padres naturales.

476.—Causales de desheredamiento de los descendientes legítimos e hijos naturales.—Estas personas pueden ser desheredadas por el testador en virtud de alguna de estas causales:

1ª Por haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos (1266, 1ª).

2ª Por no haberle socorrido en estado de demencia o destitución, pudiendo (1266, 2ª).

3ª Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar (1266 3ª).

4ª Por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, o sin el de la justicia en subsidio, estando obligado a obtenerlo (1266, 4ª). Conforme al artículo 117 del código, los varones menores de veintiún años, y las mujeres menores de dieciocho años, necesitan permiso expreso, por escrito, de sus padres legítimos o naturales para contraer matrimonio; si faltaren los padres, establece el artículo 120 de la misma obra, será necesario el consentimiento del curador general, o en su defecto, el de un curador especial.

Así que la causal 4ª del 1266 sólo puede referirse a la falta del consentimiento de los padres o del curador general o especial. El Juez en ningún caso puede suplir el consentimiento de que hablan los artículos 117 y 120 del código.

El 1266 del código se encuentra en armonía con el artículo 124 del mismo código, que establece que el menor que necesitaba permiso para casarse, se casare sin el consentimiento “podrá ser desheredado no sólo por aquel o aquellos cuyo consentimiento le fuere necesario, sino por todos los otros ascendientes”.

5ª Por haber cometido un delito a que se haya aplicado una pena privativa de la libertad de cuatro o más años, o por haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames, a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado (1266, 5ª).

477.—Causales de desheredamiento de los ascendientes legítimos o padres naturales.—Dentro del segundo orden hereditario, los ascendientes legítimos o padres naturales pueden ser desheredados por sus descendientes, únicamente por alguna de las tres primeras causales enunciadas para el desheredamiento de los descendientes (1266, inciso final).

478.—Requisitos para la validez del desheredamiento.—1º No vale el desheredamiento por causal diferente a las expresamente enunciadas por el artículo 1266 del código. El desheredamiento es una sanción grave; y las penas o sanciones son de interpretación restrictiva.

2º El desheredamiento debe constar en la carta testamentaria. No vale el desheredamiento por escritura pública u otro instrumento por acto entre vivos. Cabe preguntarse si la invalidez del testamento por alguna causal de nulidad invalida el desheredamiento. El problema puede resolverse afirmativamente, teniendo en cuenta que las sanciones son de interpretación restrictiva y sólo pueden aplicarse llenando el *plenum* de las formalidades exigidas por la ley. Lo que no quiere decir que cuando la causal de desheredamiento coincida con alguna de las causales de indignidad, los herederos no pueden alegarla ante la justicia.

3º La causal de desheredamiento debe expresarse en el testamento específicamente (art. 1267 el c. c.).

4º Todo desheredamiento requiere el que sea probado judicialmente, es decir, que medie una sentencia judicial. Esta sentencia puede proferirse en vida del testador; puede proferirse después de su muerte, a solicitud de las personas interesadas en ello. En consecuencia: el simple desheredamiento testamentario en el evento de que no prospere la prueba de él ante los jueces, equivale a un desheredamiento ilegal, a una preterición. En un caso semejante, el desheredado ilegalmente tendrá la acción de reforma del testamento.

Prescribe el inciso 2º del 1267: "Sin embargo, no será necesaria la prueba (del desheredamiento), cuando el desheredado no reclamare su legítima dentro de los cuatro años subsiguientes a la apertura de la sucesión; o dentro de los cuatro años contados desde el día en que haya cesado la incapacidad de administrar, si al tiempo de abrirse la sucesión era incapaz."

En este caso lo que prescribe es la acción de reforma del testamento.

479.—Efectos del desheredamiento.—Los indica el artículo 1268 del código: "Los efectos del desheredamiento, si el desheredado no los limitare expresamente, se extienden no sólo a las legítimas, sino a todas las asignaciones por causa de muerte, y a todas las donaciones que le haya hecho el desheredador.

"Pero no se extienden a los alimentos necesarios, excepto en los casos de injuria atroz."

La ley se limita a presumir que un desheredamiento es por

la totalidad de la asignación forzosa; pero bien puede ser parcial a condición de que el testador lo diga.

480.—Revocación del desheredamiento.—El desheredamiento podrá revocarse, prescribe el 1269, como las otras disposiciones testamentarias, y la revocación podrá ser total o parcial; pero no se entenderá revocado tácitamente por haber intervenido reconciliación, ni el desheredado será admitido a probar que hubo intención de revocarlo.

CUARTA DIVISION

PARTICION Y ADJUDICACION DE LA HERENCIA

CAPITULO PRIMERO

Comunidad hereditaria y naturaleza de la partición

481.—La herencia como universalidad jurídica es institución necesaria a fin de permitir la traslación automática de todos los derechos y acciones del que muere a sus herederos o legatarios. Efectivamente: se evita que en un momento dado haya derechos sin titular; se provee a la mejor conservación de los bienes herenciales. Sin la herencia como universalidad que cohesiona en unidad todos los elementos patrimoniales de quien cesa de ser sujeto de derechos, vendría su dispersión, lo que es contrario a la economía y destinación natural de los derechos.

Mas el estado de la herencia debe terminar algún día; una vez que cumpla los fines que debe realizar. En el caso de un solo heredero termina por la adjudicación de todos y cada uno de los elementos hereditarios. En caso de varios herederos, entre estos se forma una verdadera comunidad hereditaria o indivisión. Termina por la partición de la comunidad y la adjudicación de sus elementos a los herederos.

Conforme a los principios expuestos, tenemos que distinguir en toda sucesión por causa de muerte estas etapas: 1ª La apertura de la sucesión en sí misma considerada; 2ª La aceptación o repudiación de la herencia o sucesión; 3ª Como consecuencia de la aceptación de la herencia o legado, la formación de la comunidad o indivisión hereditaria que es necesario partir y adjudicar.

La apertura de la sucesión y su aceptación producen importantes efectos. Cada heredero adquiere el derecho hereditario. Mas este derecho no es la propiedad singular, el dominio pleno en cosas singulares. En caso de varios herederos se forma una suerte de indivisión o comunidad en donde los derechos de cada heredero son proindivisos sobre la cosa común. La partición y

adjudicación tienen por fin terminar con el estado de comunidad o indivisión hereditaria. Así, el heredero del tercio en la comunidad hereditaria, cambia por la partición ese derecho por el de dominio en cosas singulares.

482.—Noción de la comunidad hereditaria.—Entre el día de la apertura de la sucesión, en que se forma la comunidad hereditaria en el caso de que existan varios herederos, y el día en que termina por la partición, puede transcurrir un tiempo más o menos largo. Es necesario precisar, entonces, cuál es la naturaleza de la comunidad hereditaria, quiénes son sus representantes, qué derechos tiene cada heredero y quiénes tienen personería para solicitar la disolución o terminación de la comunidad hereditaria.

483.—I.—La comunidad hereditaria representa una indivisión de caracteres especiales.—Conforme al artículo 2322 del código, la comunidad puede ser de una cosa universal o singular. La comunidad o propiedad plural de cosas singulares fue estudiada ampliamente al hablar de la propiedad (V-Derecho de las cosas, Nos. 185 s.).

La comunidad o indivisión hereditaria es de una cosa universal. Con todo, se trata de una indivisión de caracteres especiales. No es una persona jurídica como lo pretendió alguna doctrina; tampoco es la propiedad colectiva o propiedad en mano común, según otros autores. Es, simplemente, una institución *sui generis* junto con la sociedad conyugal (más detalles sobre la naturaleza de la sociedad conyugal y que sirven para precisar mejor la de la comunidad hereditaria: III-IV-Derecho de Familia. El Régimen económico matrimonial, Nos. 486 s.).

Vamos a precisar algunas de las reglas que gobiernan la comunidad o indivisión hereditaria y que son comunes a toda clase de indivisión o copropiedad.

484.—II.—Régimen jurídico de los coherederos sobre los bienes hereditarios.—Antes de la partición, los coherederos tienen importantes derechos sobre la herencia y los bienes que la integran, a semejanza de lo que sucede con los derechos de los copropietarios en la cosa común.

485.—I.—Actos de administración.—Cuando la administración de la sucesión o herencia no se ha conferido a un heredero, ni el testador ha nombrado albacea, se entenderá que cada uno de los coherederos ha recibido de los otros el poder de administrar, previas las siguientes aclaraciones:

a) Cualquier coheredero podrá oponerse a los actos de otro coheredero, mientras esté pendiente su ejecución o no haya producido efectos legales.

b) Cada coheredero podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes a la herencia, con tal que sean empleadas según su destino ordinario.

c) Cada coheredero tendrá derecho para obligar a los demás a que hagan con él las expensas necesarias para la conservación de los bienes hereditarios.

d) Ninguno de los coherederos podrá hacer innovaciones en los inmuebles que dependen de la herencia sin el consentimiento de los demás.

e) Es necesario concluir que cuando se trata de actos de simple administración, tales como el arriendo de un bien hereditario, pueden efectuarse libremente por cualquiera de los coherederos.

486.—2.—El principio de la representación en la herencia. Tradicionalmente se ha predicado que los coherederos representan en ciertos aspectos los derechos de los otros coherederos.

a) Un coheredero, además de la representación respecto a los simples actos de administración, puede reivindicar un bien de la herencia, de la cual reporta beneficio toda ella, sin que los demás coherederos participen del perjuicio de que pudiera ser objeto el coheredero que representa por sí. El coheredero puede actuar en todo aquello que traiga beneficio a la herencia por cualquier concepto que lo haga.

b) Cuando un coheredero ha litigado para la herencia o sucesión sobre un derecho indivisible, la sentencia favorable aprovecha a la sucesión, pero la desfavorable no afecta los derechos de los otros coherederos.

487.—3.—De la representación en materia de posesión.—La doctrina moderna sobre representación de la posesión en la co-propiedad es de perfecta aplicación a la comunidad hereditaria.

1) El coheredero que posee bienes hereditarios reconociendo su carácter de tal, no puede adquirir por prescripción adquisitiva contra los otros coherederos, pues no posee exclusivamente para sí.

2) Cuando un tercero posee exclusivamente bienes hereditarios y uno de los coherederos ejercita actos de los que producen interrupción de la prescripción, es natural que dicha interrupción aprovecha a los demás coherederos.

3) Cuando un coheredero posee o entra en posesión de uno o varios bienes hereditarios sin reconocerle dominio o condominio a otros, dicha posesión puede engendrar el dominio por usucapión.

En resumen: el principio de la representación en materia de posesión de los bienes hereditarios por parte de los coherede-

ros en nombre de los demás es útil y necesaria cuando uno de ellos explota todos los bienes hereditarios o parte de ellos reconociendo su carácter de coheredero; vale decir, reconociendo ese mismo carácter a otros. Pero la representación es innecesaria cuando la explotación de los bienes hereditarios se hace por cuenta propia, sin reconocer a nadie más derechos sobre los bienes explotados.

488.—III.—Régimen jurídico de los coherederos sobre su cuota parte o derecho herencial.—En este particular la ley positiva ha seguido la doctrina romana. Consiste en considerar el derecho de cada coheredero, es decir, su derecho herencial como una suerte de propiedad. Así, cada coheredero, es titular de una cuota parte de la herencia. Como ésta es una cosa universal, el derecho de cuota parte de cada coheredero no se materializa como en las cosas singulares, sino que representa más bien una cuota parte ideal. Así en una herencia que ha de repartirse entre tres personas, tendremos que cada una de ellas es dueña abstratamente de la tercera parte de dicha herencia; en manera alguna podría afirmarse que cada una de estas personas son dueñas de la tercera parte de cada cosa singular de las que integran la herencia. Esta doctrina fue reproducida por la jurisprudencia nacional. “Es preciso distinguir entre la comunidad en un acervo de bienes (cosa universal) y la comunidad en una cosa singular. En cuanto a la primera, ninguno de los copartícipes tiene cuotas de dominio definidas en cada uno de los bienes que constituyen el acervo común, de modo que al hacerse la partición, bien pueden vincularse los derechos de los coherederos en distintos bienes” (cas. civ. jul. 20 de 1917, XXVI, p. 120).

489.—Las consecuencias de la anterior tesis.—Cada coheredero es propietario de su derecho de cuota parte en la herencia; dicho derecho se rige por las mismas reglas que la propiedad unitaria sobre una cosa singular.

1º El coheredero puede disponer libremente de su derecho de cuota parte. Así, puede vender, donar o ceder libremente ese derecho. Sólo puede disponer de ese derecho de cuota parte considerado como universalidad.

2º No pueden los coherederos enajenar cosas singulares de la herencia; si lo hicieren, y posteriormente no se les adjudicase las cosas enajenadas, nos encontraremos ante el caso de venta de cosa ajena, según observaremos más adelante.

490.—La acción de partición tiene por finalidad terminar con la comunidad hereditaria.—Vistas las relaciones que se siguen entre los coherederos y la comunidad hereditaria, debemos estu-

diar la naturaleza de la acción que tiene por objeto terminar con esa comunidad.

Existen dos acciones en nuestra legislación que es necesario diferenciar: la acción de división y la de partición. La primera tiene por objeto terminar con la copropiedad o indivisión de cosa singular; la segunda extingue la comunidad o indivisión de una cosa universal. Más concretamente: en la práctica, la acción de partición es considerada como la acción idónea para terminar la comunidad herencial.

Entre una y otra acción existen diferencias. La de "división" extingue toda suerte de comunidad; transforma el derecho proindiviso en un derecho singular y concreto. La de "partición" elimina la comunidad hereditaria; transforma los derechos de cuota parte en la herencia por derechos singulares o derechos proindivisos en cosas singulares. Así que, la acción de partición puede hacer degenerar la comunidad hereditaria en derechos proindivisos, en cosas singulares (más detalles: V - Derecho de las Cosas, Nos. 203-204).

La jurisprudencia ha dicho sobre este particular: "El hecho de que el partidor adjudique una o varias especies de la sucesión a todos los asignatarios o a algunos de ellos, con señalamiento de sus respectivas cuotas proindiviso, no se opone al fin esencial de la partición, cual es el de poner término a la indivisión de la cosa universal llamada herencia, una vez que esta indivisión desaparece, desde el momento en que los derechos de los interesados sobre la masa total se concretan sobre determinados bienes, mediante la adjudicación de los mismos" (cas. civ. agosto 20 de 1913. XXIII, 260).

491.—Del ejercicio de la acción de partición.—Debemos precisar: 1) Tiempo dentro del cual puede ejercerse la acción de partición de la comunidad hereditaria; 2) Quiénes la pueden pedir.

492.—I.—Según el claro precepto del 1374 "Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión; la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse, con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario."

1.—La indivisión puede estipularse, pero nunca por más de cinco años. Vencido este plazo, podrá renovarse la estipulación. No vale la renovación verificada antes del vencimiento del pacto anterior. La estipulación por más de cinco años, se entiende por sólo cinco años; el plazo máximo es de cinco años, lo que indica que es plenamente válido el pacto por un número menor de años (art. 1374, inciso 2º).

2.—Finalmente, el inciso 3º del 1374 establece que lo expuesto no se extiende a los lagos de dominio privado, ni a los derechos de servidumbre, ni a las cosas que la ley manda mantener indivisas, como la propiedad fiduciaria.

Estas son indivisiones forzadas de que también es ejemplo la medianería. Pero la comunidad hereditaria en sí misma considerada, en ningún caso constituye una comunidad forzada.

493.—II.—La acción de partición puede ejercerse por cualquiera de los coherederos.

1.—Si alguno de los coherederos lo fuere bajo condición suspensiva, no tendrá derecho para pedir la partición mientras penda la condición. Pero los otros coherederos podrán proceder a ella, asegurando competentemente al coheredero condicional lo que, cumplida la condición, le corresponda (art. 1376 del c. c.).

2.—Si el objeto asignado fuere un fideicomiso, se observará lo prevenido en el título de la propiedad fiduciaria (art. 1376, inciso 2º).

3.—Si un coasignatario vende o cede su cuota a un extraño, tendrá éste igual derecho que el vendedor o cedente para pedir la partición e intervenir en ella (art. 1377 del c. c.).

Lo cual indica que el vendedor o cedente no tienen personería para instaurar la acción de partición. El 1377 debe entenderse en el sentido de que vendida o cedida la cuota parte en una herencia, traslada al cesionario la personería que tenía el primero para ejercer la acción (cas. civ. julio 30 de 1913 XXIII, 196).

4.—Como acción patrimonial la de partición, pasa a los herederos de quien tenía personería para ejercerla. Esa la razón de ser del 1378 del código: "Si falleciere uno de los 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."

5.—Los legatarios tienen derecho a pedir que se haga la partición, o pueden solicitar al Juez que, mediante una articulación, ordene que se les paguen inmediatamente sus asignaciones si las fuerzas del patrimonio lo permiten y dan caución de restituir lo que les toque, conforme lo establece el artículo 1431 del código civil (art. 958 del C. J.).

6.—Los acreedores hereditarios no tienen personería para instaurar la acción de partición, ni para ser partes en el acto partitivo. Ellos pueden intervenir en la diligencia de inventarios a fin de que sea incluido su crédito en dicha diligencia (cas. civ., febrero 25 de 1938, XLVI-113).

494.—Ejercicio de la acción de partición cuando hay incapaces.—Si uno o varios coherederos fueren menores de edad o estuvieren sometidos a curaduría por alguna otra causa diferente, tendrán personería para ejercer la acción de partición sus respectivos representantes legales, conforme a las reglas generales. Pero deberán obtener autorización judicial (art. 1379 del c. c.). El inciso 2º del 1379 quedó derogado en virtud de la ley 28 de 1932.

“Los tutores o curadores, y en general, los que administran bienes ajenos no pueden, por disposición de la ley, sin licencia judicial, proceder a la partición de herencias o bienes raíces en que tengan parte sus pupilos. Pero si un heredero o interesado mayor de edad demanda la división, ya no se requiere tal licencia” (cas. civ., agosto 20 de 1945. LIX, 871: cita de Ortega Torres, *ob. cit.* p. 468).

CAPITULO SEGUNDO

Formación del activo herencial objeto de reparto.

495.—La primera labor que es necesario verificar antes de toda partición hereditaria, es la de formar el activo bruto de la herencia, es decir la formación de la masa hereditaria. Efectivamente: al morir una persona precisa averiguar cuáles son sus bienes que entran a formar parte de la comunidad hereditaria; realizada esta primera discriminación es necesario analizar el pasivo de la sucesión. Deducido el pasivo del activo bruto, tenemos el activo líquido o neto sobre el cual recae la partición.

Nº 1º Formación del activo bruto herencial.

496.—Diligencia de inventarios y avalúos.—Como ya tuvimos ocasión de decirlo, los inventarios y avalúos representan la diligencia que tiene por objeto precisar el activo bruto de la herencia. Esta diligencia puede ser judicial o extra-judicial. Sin embargo, para efectos del pago del impuesto que grava la masa hereditaria y que constituye una de las cargas de toda sucesión, según el 1016 del código, toda diligencia de inventarios y avalúos de la herencia requiere la intervención de la autoridad judicial. La simple diligencia extra-judicial puede servir de base para la diligencia judicial, a condición de que se llenen los requisitos normales de intervención de la autoridad encargada de cobrar dichos impuestos.

497.—I.—Quiénes pueden solicitar la práctica de la diligencia de inventarios y avalúos.—Pueden solicitar la diligencia de inventarios y avalúos:

1.—Los herederos abintestato o testamentarios; el cónyuge sobreviviente, los legatarios;

2.—El albacea, el curador de la herencia yacente, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito (arts. 935 del C. J. y art. 1312 del c. c.).

3.—El Síndico Recaudador del impuesto de sucesiones. Sobre el particular establece el artículo 26 de la Ley 63 de 1936: "Desde que se inicie el juicio de sucesión hasta el pago efectivo de los derechos fiscales de que trata esta ley, el Síndico Recaudador del lugar en que se haya abierto la causa mortuoria, es parte en el juicio como representante de la Nación; el Juez ordena citarlo en el primer auto que dicte en las diligencias respectivas y en el auto que decreta la formación de inventarios y avalúos..."

De conformidad con esta regla, el artículo 28 de la misma Ley otorga personería al Síndico Recaudador para que promueva las diligencias del juicio de sucesión y la formación de inventarios y avalúos, dentro de los tres meses de vencido el término de que disponen los herederos para el mismo objeto, y adelantar sin demora la actuación hasta hacer efectivos los derechos fiscales establecidos en dicha ley. Puede solicitar la práctica de esta diligencia antes del término indicado cuando tema que los bienes desaparezcan, se distraigan, deterioren, consuman o extravíen.

498.—II.—Lo que comprende la diligencia y modo de practicarla.—La diligencia de inventarios y avalúos comprende dos cosas: 1) Denuncio de los bienes herenciales; 2) Avalúo de estos bienes.

499.—A.—Práctica de la diligencia de inventarios.—Corresponde hacer el inventario a los tenedores de los bienes o a las personas que tengan interés en su práctica. El denuncio debe hacerse mediante juramento previo exigido por el Juez al denunciante de inventariar todos los elementos activos y pasivos de la sucesión. También puede hacer el inventario o denunciar bienes el Síndico Recaudador del Impuesto (art. 938 del C. J.).

1.—Los bienes deben especificarse con la mayor precisión posible, haciendo la debida separación entre bienes propios del causante y bienes de la sociedad conyugal. En cuanto a las propiedades proindiviso debe indicarse la cuota parte que cabe al causante y las que caben a extraños. Especificaciones semejantes deben hacerse respecto a los bienes aportados a una sociedad en usufructo o en simple arrendamiento.

2.—Respecto a los inmuebles debe expresarse: su ubicación,

nombre, linderos, cabida, clase y estado de las tierras, cultivos y edificaciones, herramientas y maquinarias, anexidades y dependencias, títulos de propiedad y demás circunstancias (art. 34 de la Ley 63 de 1936).

3.—Todos los bienes muebles de la sucesión deben inventariarse indicando su clase y el sitio donde se encuentran. De los semovientes, debe hacerse mención de la raza, edad, destinación y demás circunstancias.

4.—En cuanto a los derechos litigiosos deben determinarse la clase y el objeto del litigio, las personas que intervienen como demandantes y demandados, el estado en que se encuentra la causa, el funcionario ante quien se halla y demás circunstancias que los identifiquen (art. 34 de la Ley 63).

5.—De los créditos, acciones y demás efectos similares, deben enunciarse los títulos, fecha, valor nominal, deudor o codeudores, si existe o no solidaridad entre ellos, intereses o dividendos pendientes a la muerte del causante, garantías que los respalden y demás especificaciones pertinentes (art. 34 de la Ley 63 de 1936).

6.—El pasivo debe relacionarse circunstancialmente como se dispone para los créditos, y allegando su comprobante al expediente. No toda clase de deudas puede inventariarse. Únicamente las que consten en instrumento que preste mérito ejecutivo, y aquellas que, no teniendo esa calidad, sean aceptadas o reconocidas, expresa o tácitamente, por los herederos dentro de los tres días del traslado que se les dé de la petición el acreedor (art. 941 del C. J.).

500.—B.—Práctica de la diligencia de avalúo.—Practicado el inventario se procede al avalúo de los bienes incluidos en él. En este avalúo tiene especial interés el Estado por cuanto será la base para recolectar el impuesto de la masa global hereditaria y de cada una de las asignaciones. De ahí el motivo por el cual se prescribe el nombramiento de dos peritos avaluadores: uno que nombran los interesados y otro el Síndico Recaudador. Sin embargo, los interesados pueden adherir al perito nombrado por el Síndico, caso en el cual habrá un solo perito (art. 938 del C. J.: sobre las condiciones para ser perito, su nombramiento, etc., arts. 30, 31, 32 de la Ley 63 de 1936).

Si el avalúo se realiza por los dos peritos principales y existe discordancia sobre el valor de los bienes o algunos de ellos, el Juez nombrará un perito tercero (art. 30 de la Ley 63 de 1936).

Los bienes se justiprecian por el valor comercial que tienen en el momento de practicarse el avalúo pero sin imputar los

frutos producidos con posterioridad a la muerte del causante (art. 37 de la Ley 63 de 1936).

Cuando los avaluadores no pueden tener a la vista bienes muebles o semovientes, por haber sido enajenados o distraídos, los interesados deben suministrar los datos necesarios para especificarlos y avaluarlos (art. 38 de la Ley 63 de 1936).

Para el avalúo de bienes que los peritos no conocen, situados en otro lugar y a donde no puedan trasladarse, el Juez comisiona a los de los lugares correspondientes para que en sus despachos y con intervención de otros peritos se practique la diligencia de avalúo (art. 940 del C. J.).

Los bienes situados en país extranjero deben avaluarse ante el Ministro o Cónsul de Colombia, y en su defecto ante el de una nación amiga (art. 39 de la Ley 63 de 1936).

501.—Inventarios adicionales.—Cuando por cualquier causa haya dejado de relacionarse en el inventario algún elemento del patrimonio, puede pedirse la práctica de uno adicional, antes o después de hecha la partición de los bienes primitivamente inventariados.

Si se pide antes, el nuevo inventario se hace con citación común de los que son parte en el juicio; pero si se pide después de hecha la partición, ha de hacerse con sujeción a las reglas enunciadas (art. 949 del C. J.).

Nº 2º De la formación de la masa partible

502.—No siempre es fácil precisar el activo bruto de una sucesión, es decir, relacionar los elementos activos y pasivos dejados por el causante. Varias circunstancias pueden ocurrir: 1º La masa partible o algunos bienes se encuentran confundidos con bienes de propiedad de otras personas; 2º La propiedad de algunos bienes es discutida por terceros.

503.—I.—Es necesario practicar la liquidación de los bienes herenciales cuando se encuentran confundidos con bienes ajenos.—Tal operación es necesaria cuando la masa herencial se encontrare confundida con la masa de gananciales que pertenecen al cónyuge sobreviviente o con bienes de personas extrañas.

504.—a) Liquidación de la sociedad conyugal y de la herencia.—Según la naturaleza de la actual sociedad conyugal al fallecer uno de los cónyuges, algunos de los bienes dejados participarán del concepto de gananciales, es decir, que la mitad de ellos serán hereditarios y la otra mitad será de propiedad del viudo o viuda.

En consecuencia; la primera labor que es necesario verifi-

car es la de precisar qué objetos del causante son de su propiedad exclusiva y cuáles hacen parte de la sociedad conyugal.

La masa hereditaria partible se integrará por los bienes de la exclusiva propiedad del causante, es decir, los adquiridos antes de la formación de la citada sociedad y los adquiridos durante su existencia a título gratuito; además, por la mitad de los bienes que participen del concepto de gananciales, vale decir, los adquiridos durante la sociedad a título oneroso (más detalles sobre los bienes gananciales y los de exclusiva propiedad: III-IV —Derecho de Familia—. El Régimen económico matrimonial, Nos. 353 s.).

En una palabra: antes de proceder a la partición es preciso liquidar la sociedad conyugal disuelta por la muerte del causante.

De donde se deduce que en la partición debe intervenir el cónyuge sobreviviente. Si en un juicio de sucesión se verificare la partición sin la citación del viudo o viuda, y sin practicar previamente la liquidación de la sociedad conyugal, es apenas natural que al sobreviviente “no le perjudica jurídicamente ni el juicio, ni la sentencia aprobatoria de la sucesión” (cas. civ. nov. 25 de 1930, XXXVIII, 304).

505.—b) Confusión de los bienes hereditarios con bienes de otras personas.—Esta confusión puede provenir de que los bienes del causante hagan parte de una sociedad; o que hagan parte de sucesiones anteriores indivisas o por algún motivo diferente. En todos estos casos es necesario hacer la separación de patrimonios, es decir, precisar qué bienes o derechos proindiviso pertenecían al causante y cuáles no (art. 1398 del c. c.).

506.—II.—Propiedad discutida por terceros.—También puede presentarse el caso de que la propiedad de determinado bien sea discutida, vale decir, que haya extraños a la sucesión que aleguen no haberle pertenecido al causante.

Sobre el particular establece el artículo 1388 que “Las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo, y que, en consecuencia no deban entrar a la masa partible, serán decididas por la justicia ordinaria, y no se retardará la partición por ellas. Decididas a favor de la masa partible se procederá como en el caso del artículo 1406.” Este texto legal prescribe que cuando involuntariamente se hubieren omitido algunos objetos en la partición, se hará una adicional, dividiéndolos entre los coherederos con arreglo a sus respectivos derechos.

Pero agrega el 1388 en su inciso 2º: “Sin embargo, cuando recayeren sobre una parte considerable de la masa partible (las

discusiones sobre la propiedad), podrá la partición suspenderse hasta que se decidan; si el Juez, a petición de los asignatarios a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, lo ordenare así."

Este caso de suspensión de la partición constituye una excepción a la regla general de que las discusiones del dominio sobre objetos hereditarios no paraliza la partición. Para que proceda la suspensión, ha dicho la jurisprudencia, precisa la concurrencia simultánea de las cuatro causales involucradas en el citado artículo 1388, es a saber: 1) Que existan discusiones sobre el dominio de algunos bienes; 2) Que recaigan sobre una porción considerable de la masa partible; 3) Que la suspensión sea pedida por los asignatarios; 4) Que a estos coasignatarios les corresponda más de la mitad de la masa partible. "Todas estas circunstancias deben concurrir simultáneamente para que el Juez suspenda la partición" (cas. civ. febr. 5 de 1906, XVIII, 371).

Nº 3º.—Del pasivo de la herencia

507.—Suponemos que mediante las anteriores diligencias se ha precisado el activo bruto de la herencia. Este no es activo sobre el cual recae la partición. Según el claro precepto del artículo 1016: "En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

"1º Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión.

"2º Las deudas hereditarias.

"3º Los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria.

"4º Las asignaciones alimenticias forzosas.

"5º La porción conyugal a que hubiere lugar, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley."

Lo que equivale a decir, según la frase final de este texto legal, que la partición sólo puede recaer sobre el activo líquido o sea el que queda una vez canceladas las cinco cargas citadas que tienen lugar en las sucesiones testamentarias o las cuatro primeras en las sucesiones intestadas, con la reserva de las advertencias hechas en los casos de interferencia de la sucesión contractual en la sucesión intestada.

En cuanto a la primera carga o sean las cosas judiciales no se presenta problema; en cuanto a las cargas de las asignaciones alimenticias y la porción conyugal, ya nos explicamos amplia-

mente. Sólo queda por precisar el pasivo representado por los impuestos fiscales y las deudas hereditarias. Siendo de advertir que conforme a la Ley 63 de 1936 debe cancelarse previamente la carga de los impuestos; y sólo después la de las deudas hereditarias.

I

Los impuestos sobre la masa global hereditaria

508.—Conforme a la Ley 63 de 1936 existen dos impuestos sobre la herencia: uno global sobre la masa hereditaria; y otro particular sobre el valor de la asignación de cada heredero o legatario. El 1016 sólo habla del pago de los impuestos que gravaren toda la masa hereditaria; pero conforme a la clara Ley 63 de 1936, previamente deben cancelarse toda clase de impuestos: tanto los que reacen sobre la masa global como los que recaen sobre cada asignación.

Terminado el inventario y avalúo de los bienes hereditarios, el Juez ordena pasar el expediente al Síndico Recaudador quien dentro de los cinco días siguientes debe liquidar el impuesto de que se acaba de hablar. Verificada esta liquidación, los interesados deben cancelar el impuesto; en todo caso el Juez se abstiene de aprobar la diligencia de inventarios y avalúos y por tanto de autorizar la partición, mientras no haya mediado ese pago (art. 54 de la Ley 63 de 1936; más detalles sobre la liquidación de los impuestos y sobre los incidentes a que puede dar lugar : arts. 42 s. de la Ley 63 de 1936).

II

De las deudas de la sucesión

509.—El pasivo de una herencia puede estar representado por deudas de dos clases: deudas hereditarias y deudas testamentarias. Las primeras son aquellas que tenía el causante antes de morir, es decir, las contraídas por acto entre vivos. Las segundas son las contraídas por el causante en el respectivo acto testamentario o deudas por causa de muerte. Nosotros vimos que el testador puede hacer legados con cargas; bien: las cargas de los legados son deudas testamentarias. Los mismos legados en cierto sentido son deudas testamentarias por cuanto los herederos deben cancelarlos antes de realizar la partición de la herencia.

510.—Regla que rige el pago de las deudas hereditarias.—Es la inscrita en el artículo 1411 del código y ya puesta de relieve

en nuestros anteriores desenvolvimientos: "Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas.

"Así, el heredero del tercio no es obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias.

"Pero el heredero beneficiario no es obligado al pago de ninguna cuota de las deudas hereditarias sino hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda."

Esta división de las deudas se caracteriza:

1º Se realiza de pleno derecho en el momento de la apertura de la sucesión. Es consecuencia, según dijimos, del principio de que los herederos son continuadores de la personalidad del causante.

Es una división de deudas que opera respecto a todas las contraídas por el causante sin distinguir su naturaleza, ni si son exigibles o no en el momento de la apertura de la sucesión. El acreedor único del causante tiene que resignarse a ver su deuda dividida entre tantos acreedores nuevos como herederos entre quienes se repartan los bienes hereditarios.

2º La división de las deudas hereditarias entre los herederos en proporción a las cuotas hereditarias es regla diferente a aquella otra de que los herederos en principio responden por la totalidad de las deudas; y que en caso de que el pasivo sea superior al activo responden también con los bienes de su propiedad exclusiva.

El beneficio de inventario sólo indica que el heredero responde hasta concurrencia del valor de los bienes que reciba; pero dicho beneficio no afecta en nada la división en sí misma de las deudas.

3º La división opera para todo pasivo hereditario. Así, el heredero del tercio en el ejemplo del código pasa a ser deudor en la tercera parte de todas y cada una de las deudas contraídas por el causante por acto entre vivos.

511.—La regla se aplica también respecto de las deudas garantizadas con una seguridad real o personal.—Ninguna deuda escapa a la regla de la divisibilidad. En cuanto a las garantizadas con una seguridad hipotecaria, por ejemplo, es necesario distinguir entre la deuda en sí y la hipoteca. La deuda es divisible, pero no la hipoteca. En consecuencia: si el acreedor hipotecario ejecuta, con fundamento en la simple acción personal, sólo puede perseguir a cada heredero por aquella parte que le corresponda en relación con la cuota que le quepa en la herencia; pero cuestión diferente sucede con la acción hipotecaria que se ejerce contra el actual poseedor del inmueble. El acreedor hipotecario persigue el bien hipotecado en manos de quien se encuentre; de la sucesión, si no se ha realizado la partición;

del heredero o herederos a quienes se haya adjudicado en la partición. En este caso el heredero o la sucesión son terceros poseedores. Y si se ven obligados a cancelar la deuda en su totalidad, tienen un recurso contra los otros obligados por aquello que les tocó pagar en exceso. Si un bien hipotecado se adjudica a un heredero obligado por el tercio y es obligado a tolerar toda la deuda tiene acción contra los otros herederos por los dos tercios restantes. Es la solución inscrita en el artículo 1422 del código: "Si varios inmuebles de la sucesión están sujetos a una hipoteca, el acreedor hipotecario tendrá acción solidaria sobre cada uno de dichos inmuebles, sin perjuicio del recurso del heredero a quien pertenezca el inmueble contra sus coherederos, por la cuota que a ellos toque en la deuda.

"Aun cuando el acreedor haya subrogado al dueño del inmueble en sus acciones contra sus coherederos, no será cada uno de éstos responsable sino de la parte que le quepa en la deuda."

"Pero la porción del insolvente se repartirá entre todos los herederos a prorrata."

Igual solución para las deudas que el causante había garantizado con una seguridad personal, por ejemplo una fianza u obligación solidaria. El fiador o deudor solidario sólo seguirá siéndolo de las varias deudas divididas. Si es ejecutado uno de los deudores por la parte que le corresponde pagar al fiador o deudor solidario, sólo podrá perseguirse por esa misma parte y no por el total de la deuda.

512.—División de las deudas entre herederos usufructuarios o fiduciarios.—I.—Si el testador deja el usufructo de una parte de sus bienes o de todos ellos a una persona, y la desnuda propiedad a otra, el propietario y el usufructuario se considerarán como una sola persona para la distribución de las obligaciones hereditarias y testamentarias que cupieren a la cosa fructuaria; y las obligaciones que unidamente les quepan, se dividirán entre ellos conforme a las reglas que siguen:

1ª Será de cargo del propietario el pago de las deudas que recayeren sobre la cosa fructuaria; quedando obligado el usufructuario a satisfacerle los intereses corrientes de la cantidad pagada, durante todo el tiempo que continuare el usufructo.

2ª Si el propietario no se allanare a este pago, podrá el usufructuario hacerlo, y a la expiración del usufructo tendrá derecho a que el propietario le reintegre el capital sin interés alguno.

3ª Si se vende la cosa fructuaria para cubrir una hipoteca o prenda constituida en ella por el difunto, se aplicará al usufructuario la disposición del artículo 1423 (art. 1425 del c. c.).

El artículo 1423 establece que el legatario de un inmueble

que en virtud de una hipoteca ha pagado la deuda hipotecaria con que el testador no haya querido expresamente gravarle, es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos. Si la hipoteca o prenda ha sido accesoria a la obligación de otra persona que el testador mismo, el legatario no tendrá acción contra los herederos.

II.—El 1429 establece que el propietario fiduciario y el fideicomisario se considerarán en todo caso como una sola persona, respecto de los demás asignatarios, para la distribución de las deudas y cargas hereditarias y testamentarias, y la división de las deudas y cargas se hará entre los dos del modo siguiente:

El fiduciario sufrirá dichas cargas, con calidad de que a su tiempo se las reintegre el fideicomisario sin interés alguno.

Si las cargas fueren periódicas, las sufrirá el fiduciario, sin derecho a indemnización alguna.

513.—El testador puede hacer la división de las deudas hereditarias.—En lo cual puede someterse a lo expuesto por la ley; o puede hacer la distribución en forma diferente. Si tal sucede, los acreedores hereditarios podrán ejercer sus acciones o en conformidad a la distribución que hace la ley, o en conformidad con las disposiciones del testador, según mejor les pareciere. Mas, en el primer caso, los herederos que sufrieren mayor gravamen que el que por el testador se les ha impuesto, tendrán derecho a ser indemnizados por sus coherederos (art. 1415 del c. c.).

Igualmente puede suceder que por convenio amigable entre los coherederos o mediante la partición se haga una distribución de las deudas en forma diferente a la división preceptuada por la ley. En este caso, el heredero que pague una deuda superior a la que le corresponde a su cuota, tiene una acción de reembolso por lo excesivamente pagado contra sus coherederos (art. 1416 del c. c.).

514.—De la confusión de las deudas del causante y las de los herederos.—Establece el artículo 1414: "Si uno de los herederos fuere acreedor o deudor del difunto, sólo se confundirá con su porción hereditaria la cuota que en este crédito o deuda le quepa, y tendrá acción contra sus coherederos, a prorrata por el resto de su crédito y les estará obligado a prorrata por el resto de su deuda."

515.—Naturaleza de la regla de la división de las deudas y sus consecuencias.—La regla de la división de las deudas hereditarias entre los herederos en proporción a sus cuotas no es de orden público. La ley ha establecido dicha regla a fin de garantizar la igualdad de los herederos en dicho pago.

Sin embargo, el principio en la práctica se desvirtúa notablemente.

1º ¿Los acreedores hereditarios deben demandar a cada heredero por aquella parte de la deuda que le corresponde o tienen personería para demandar a la sucesión por el total de la deuda? Si la regla de la división de las deudas fuera intangible no habría deudas hereditarias de la sucesión sino de cada uno de los herederos; consecuencia natural sería que los acreedores hereditarios sólo podrían demandar a los herederos por cada parte de deuda; en ningún caso podrían demandar la sucesión representada por los herederos.

Sin embargo, la herencia o comunidad hereditaria si no alcanza a ser una persona jurídica, por lo menos es una institución que puede ser representada pasiva y activamente. En representación de la herencia pueden demandarse para la sucesión los créditos hereditarios; en la misma forma los acreedores hereditarios pueden demandar de la sucesión el pago total de la deuda.

2º Antes de verificarse una partición es necesario cancelar las deudas hereditarias. Para ello se procede a extraer el dinero o bienes necesarios de la sucesión, para atender dicho pago. Esta es una regla práctica que en principio deja sin efecto el principio de la división de las deudas: a cada acreedor hereditario se paga en nombre de la sucesión todo el valor de su crédito.

3º El principio de la división de las deudas hereditarias debe aplicarse sólo en estos casos extremos: a) Cuando el acreedor no hizo efectivo su crédito antes de la partición ejecutando a la sucesión; b) Cuando tampoco se hizo efectivo en la partición por no haber sido inventariado. En semejante circunstancia no le queda otro remedio al acreedor hereditario sino ejecutar a cada heredero por la parte que le quepa en la deuda, según lo ya expuesto.

516.—Del pago de las deudas hereditarias dentro de la partición de la herencia.—Ya hemos dicho que la ley mira las deudas hereditarias como una carga de la sucesión (art. 1016) contrariando por motivos de equidad la regla de la división de las deudas entre los herederos.

Pero además es bastante celosa la misma ley al exigir a todo partidor como obligación primera y principal el mencionado pago. Todo partidor está obligado a formar dicho lote o hijuela de bienes. Ninguno está exceptuado. Aun en el caso de que el testador haya hecho la partición de los bienes, si no formó el lote o no dejó dinero para el pago de las deudas, el partidor

debe formar el lote o hijuela; y si para ello necesita modificar el trabajo de partición hecho por el testador, debe modificarlo. Igualmente debe formar ese lote o hijuela aun en el caso de que haya albacea y no sea requerido por él o por los herederos. Y la omisión en formar ese lote o hijuela le hace responsable de todo perjuicio causado a los herederos. Efectivamente: si a consecuencia de la no formación de un lote o hijuela de bienes suficientes para cancelar las deudas inventariadas, el acreedor hereditario no puede hacer efectivo su crédito, sufre un perjuicio, el que debe indemnizar el partidor. Conforme al artículo 1412 del código: "La insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros; excepto en los casos del artículo 1344, inciso 2º." Es decir, cuando los herederos son los administradores de los bienes o cuando ellos mismos han hecho la partición olvidando la obligación enunciada.

Formado un lote o hijuela para gastos entre los cuales deben entenderse involucradas las deudas hereditarias, el partidor debe adjudicarlo a uno de los herederos para que atienda al pago de todas o algunas de las deudas. Pero no es objetable la partición de bienes herenciales porque el partidor no haya determinado la persona a quien se adjudica el lote o hijuela de gastos; en tal caso son los herederos los que deben atender el pago de las deudas, con los valores señalados en la hijuela (cas. civ. dic. 4 de 1923, XXX, 212).

"La hijuela de gastos es el señalamiento que hace el partidor de los bienes en cuyo valor se han de pagar esas deudas. Puede tener adjudicatario especial, pero no es este un requisito esencial, porque si no determina persona adjudicataria, son los herederos los que, por principio general de derecho, deben atender al pago general de las deudas con los valores señalados en la hijuela" (cas. civ. mayo 16 de 1929, XXXVI 451).

Si existen o no gastos y deudas hereditarias es cuestión que debe decidir todo partidor antes de distribuir los bienes hereditarios. La existencia de los gastos y deudas es la base para que proceda a formar el lote o hijuela de gastos (cas. civ. jul. 26 de 1939, XLVIII, 424).

III

Colación de los bienes donados

517.—Suponemos se ha formado un lote o hijuela de gastos para la cancelación de las deudas hereditarias, como de los demás gastos de la sucesión.

Normalmente los bienes restantes constituyen el activo líquido sobre el cual recaerá la partición y adjudicación a los here-

deros. Sin embargo, todo partidor debe tener en cuenta si es necesario agregar imaginariamente bienes a la sucesión, es decir, si algunos herederos o terceros han recibido bienes a título gratuito por acto entre vivos del causante. Este problema ya tuvimos ocasión de estudiarlo ampliamente.

Si bien es verdad que la ley da a entender que también se agregará imaginariamente al haber herencial las donaciones por causa de muerte, es decir, los legados, en verdad ello no es necesario. Por cuanto todo partidor al formar el lote de bienes con que han de pagarse las legítimas y demás asignaciones forzosas, tiene en cuenta todos los bienes inventariados sin analizar si algunos de ellos son objeto o no de legado.

Verificados los denominados por la ley "acervos imaginarios" y en el evento de que los bienes donados no hayan sobrepasado la parte de libre disposición, entonces, el partidor procede a imputar tanto las donaciones irrevocables como las revocables, es decir, los legados a lo que corresponde a un heredero forzoso como legítima rigurosa o efectiva, según los casos.

CAPITULO TERCERO

De la partición en sí misma considerada

518.—Hemos descubierto suficientemente la masa herencial partible. Debemos precisar ahora: 1) Quién hace la partición; 2) De las reglas que deben seguirse en toda partición; 3) De la aprobación de la partición por el Juez.

I

Del partidor

519.—Alguien debe hacer la partición de una herencia. Esa persona toma la denominación de "partidor".

520.—I.—**Quiénes pueden ser partidores.**—En general, el partidor debe ser un extraño a la sucesión. Por dicho motivo prohíbe la ley que se nombren partidores a los albaceas y a los coasignatarios. En esta forma los legatarios no pueden ser partidores (art. 1380 del c. c.). Con lo cual se persigue la rectitud e imparcialidad en el trabajo de partición.

Se exceptúa de la anterior prohibición el partidor nombrado directamente por el testador por testamento o por acto entre vivos. En este caso vale el nombramiento de partidor que recayere en el albacea o en alguno de los coasignatarios (art. 1381 del c. c.). Igualmente se exceptúa de la prohibición del artículo

1380 la partición hecha por los coasignatarios cuando se ponen de acuerdo y el Juez los faculta para hacer la partición (art. 1382 del c. c.).

521.—II.—Quién nombra el partidor.—El partidor puede ser nombrado:

1.—Por el causante. Dicho nombramiento puede hacerse en el testamento o en un instrumento público por acto entre vivos (art. 1381 del c. c.).

2.—Por los coasignatarios de común acuerdo; caso en el cual pueden nombrar al albacea o a uno de los mismos coasignatarios (art. 1382 del c. c.).

Pero cuando todos los coasignatarios, de común acuerdo nombraren partidor, y entre aquellos hubiere incapaces, dicho nombramiento debe ser sometido a la aprobación del Juez (art. 1383 del c. c.). El inciso 2º del artículo 1383 se encuentra derogado por la Ley 28 de 1932.

3.—Si no estuvieren de acuerdo los coasignatarios, el Juez, a petición de cualquiera de ellos, nombrará un partidor a su arbitrio, con tal que no sea de los propuestos por las partes, ni albacea, ni coasignatario (art. 1382 del c. c., inciso 2º).

522.—III.—El cargo de partidor es de libre aceptación.—El partidor no es obligado a aceptar el cargo contra su voluntad; pero si nombrado por testamento, no acepta el encargo, se observará lo prevenido respecto del albacea en igual caso (art. 1384 del c. c.).

El 1334 del código establece que el albacea que rechazare el cargo sin probar inconveniente grave, se hará indigno de suceder al testador en otros bienes diferentes a los que le correspondan como asignación forzosa.

El inciso 2º del 1335 prescribe que cuando el albacea no acepta el cargo en causa legítima, sólo le priva de una parte proporcionada de la asignación que se le haya hecho en recompensa de un servicio.

El partidor que acepta el cargo deberá declararlo así, y jurará desempeñarlo con la debida fidelidad y en el menor tiempo posible (art. 1385 del c. c.).

523.—IV.—Tiempo dentro del cual el partidor debe cumplir su encargo.—Es el de un año contado desde la aceptación del cargo (art. 1389 del c. c.). Este término lo indica la ley; y prohíbe al testador ampliarlo, pero no restringirlo.

Los coasignatarios podrán ampliarlo o restringirlo como mejor les parezca, aun contra la voluntad del testador (art. 1389 del c. c.).

524.—De la responsabilidad del partidor.—Sobre el particular prescribe el artículo 1386 del código: “La responsabilidad del partidor se extiende hasta la culpa leve, y en el caso de prevaricación, declarada por el Juez competente, además de estar sujeto a la indemnización de perjuicios y a las penas legales que correspondan al delito, se constituirá indigno, conforme a lo dispuesto para los ejecutores de últimas voluntades en el artículo 1357.” Este texto legal establece que los ejecutores de últimas voluntades o albaceas serán removidos de su cargo por culpa grave o dolo; además, deben restituir todo lo que hayan recibido a título de retribución.

II

Reglas que deben seguirse en la partición

525.—De lo acabado de exponer tenemos que la partición de la herencia puede ser hecha: 1) Por el mismo causante; 2) Por un partidor nombrado por el causante; 3) Por los mismos coasignatarios de común acuerdo; 4) Por un partidor nombrado de común acuerdo por los coasignatarios; 5) Por un partidor nombrado directamente por el Juez.

Exceptuando la partición hecha por el causante, todas las demás deben someterse a unas mismas reglas.

526.—A.—La partición hecha por el causante.—El causante ha podido hacer la partición por acto entre vivos o por testamento.

I.—Partición por acto entre vivos.—Como su nombre lo indica la partición implica no sólo distribución de los bienes herenciales sino, además, adjudicación concreta de cada uno de dichos bienes. En forma explícita establece la ley que la partición la puede hacer el causante por un acto entre vivos como una escritura pública. Lo que indica que un acto entre vivos, reemplaza completamente el testamento. Porque no se explica una partición entre los herederos sin distribución de los mismos bienes objeto de la adjudicación.

La distribución y adjudicación de los bienes por acto entre vivos, o sea la partición, es viable en nuestra legislación, en virtud de la validez de los pactos entre el futuro cesante y sus legitimarios; como igualmente en virtud de la validez de las donaciones irrevocables.

Efectivamente: una persona puede anticipar a cada uno de sus asignatarios forzosos lo que les corresponde como legítima rigorosa; puede anticipar la cuarta de mejoras si tiene titulares de dicha cuarta; puede, mediante donaciones irrevocables, an-

ticipar en vida ya a los mismos legitimarios, ya a extraños aquella parte de bienes de que puede disponer libremente por causa de muerte. Si tal se hace, tenemos una total distribución de los bienes por acto entre vivos, pero cuya causa principal, el móvil determinante es la muerte. Esa persona pretende evitar el juicio de sucesión a su muerte y todos los litigios que puedan surgir entre sus herederos. Además de la distribución puede designar concretamente las especies con que se pague cada asignación, caso en el cual se ha verificado la partición.

Pero la partición por acto entre vivos puede limitarse sólo a una parte de los bienes. Puede suceder que sólo a uno o varios de los asignatarios forzosos se anticipen bienes a buena cuenta de su legítima o de la cuarta de mejoras; en este caso, tenemos una distribución parcial de los bienes, y por ende una partición parcial.

Ambas clases de distribuciones de bienes y ambas clases de particiones están autorizadas en nuestra legislación. Efectivamente: el artículo 1395 habla en términos generales de la partición hecha por el difunto por acto entre vivos o por testamento; y no distingue, según se trate de una partición total o parcial; tan sólo advierte que se estará a esa partición "en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno". El derecho ajeno son: 1º El no menoscabo de las asignaciones forzosas; 2º El no incluir en la partición bienes que no son de su propiedad o que se encuentren en litigio: en una palabra, el no comprometer derechos legítimos de los herederos o de terceros.

527.—En cuanto a la partición hecha por el causante por acto entre vivos debe observarse además:

1º Para su validez no se requiere un solo acto, por ejemplo una sola escritura pública. La partición puede ser total, pero verificada mediante varios actos jurídicos. Cada anticipo de una legítima rigurosa puede haber constado en un acto; como el anticipo de la cuarta de mejoras y la disposición mediante donaciones irrevocables de la parte de libre disposición.

2º Como los anticipos de mejoras y legítimas son verdaderas donaciones irrevocables, la validez de todos estos actos de sucesión futura deben reunir las mismas condiciones exigidas para las donaciones irrevocables y que más adelante trataremos.

Por el momento nos basta retener lo preceptuado por el artículo 1464 del código, según el cual "Las donaciones a título universal, sean de la totalidad o de una cuota de los bienes, exigen además de la insinuación y del otorgamiento de escritura pública, y de la inscripción en su caso, un inventario solemne de los bienes, so pena de nulidad."

Lo que nos demuestra dos cosas importantes: a) La distribución de los bienes por acto entre vivos, pero en donde su causa determinante es la muerte, no requiere que abarque todos los bienes; pero puede hacerse a título singular o a título universal; b) El difunto puede limitarse a hacer la distribución de sus bienes por acto entre vivos; pero también puede hacer la adjudicación de ellos concretamente a los herederos. Lo que nos demuestra que la distribución y la partición de bienes por acto entre vivos, normalmente se hace a título singular.

3º Pero la distribución y partición de los bienes por acto entre vivos, puede hacerla una persona en el caso de que no tenga asignatarios forzosos mediante donaciones irrevocables.

En resumen: nuestro código es bastante parco en la reglamentación de la sucesión contractual. Pero existe en nuestro derecho y está autorizada por tres textos fundamentales: el que permite los anticipos por actos entre vivos de las legítimas y mejoras (art. 1243 del c. c.); el que permite la partición de los bienes hecha por el causante en virtud de uno o varios actos entre vivos (art. 1375 del c. c.); y el que permite las donaciones a título universal o a título singular, ya de una parte de los bienes, ya de su totalidad, en ambos casos con la obligación del inventario solemne y de que el donante se reserve lo necesario para su congrua subsistencia (arts. 1464 y 1465 del c. c.).

528.—II.—Partición hecha por el causante en virtud de acto testamentario.—El testador no sólo se limita a disponer de sus bienes sino que adjudica a cada heredero o legatario las especies o cuerpos ciertos con que haya de pagarse la asignación. Este es un caso frecuente de partición testamentaria.

El artículo 969 del código judicial prescribe sobre las particiones hechas por testamento: “En caso de que el testador haya hecho la partición, conforme lo permite el artículo 1375 del código civil (debe tenerse en cuenta que dicho texto legal también autoriza la partición por acto entre vivos), el Juez, una vez registrado el decreto sobre posesión efectiva, si no se ha promovido juicio de nulidad o reforma del testamento, debe dictar sentencia aprobatoria de dicho acto, el que ha de quedar inserto en el fallo, con los linderos y ubicación de los predios, y ordenar lo que se dice en el artículo anterior, salvo que haya necesidad de formar lote o hijuela de deudas y gastos, o que haya habido alteraciones en el patrimonio del causante, casos en los cuales se nombra partididor.”

529.—B.—Particiones hechas por personas diferentes al causante.—Pueden tener lugar tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria, pues, el testador ha podido limitarse a dis-

poner de sus bienes sin indicar las especies o cuerpos ciertos con que deba satisfacerse cada asignación testamentaria; también pudo haber hecho una partición parcial, caso en el cual es necesario un partidor para la atribución y adjudicación de los otros bienes; también puede el causante haber hecho por acto entre vivos una partición parcial, evento en el cual es necesario nombrar partidor para distribuir y adjudicar los demás bienes. Y aunque en el momento de testar o disponer por acto entre vivos de sus bienes se hayan tenido en cuenta todos los bienes, puede acaecer que posteriormente adquiera nuevos bienes o cambien los que tenía en ese momento; se hace, entonces, necesario un partidor para distribuir y adjudicar los otros bienes.

530.—Bases fundamentales que debe tener en cuenta todo partidor.—Dos cosas debe tener en cuenta todo partidor. 1º Que bienes van a ser objeto de reparto y su respectivo avalúo; 2º Entre qué personas se van a repartir y en qué proporción.

531.—La primera base. Bienes inventariados y avaluados.—Sólo son objeto de reparto los bienes inventariados en la forma expresada. Es el inventario judicial el que debe tener en cuenta el partidor; no le podrá servir de guía un inventario extrajudicial de aquellos de que se habló al tratar de las medidas preventivas en un juicio de sucesión.

El partidor no podrá partir un bien que no se inventarió aunque le conste que pertenece a la sucesión; tampoco podrá adjudicar créditos no inventariados; y menos deudas. En la formación del lote o hijuela de deudas y gastos de que se habló, no podrá incluir bienes para el pago de deudas no inventariadas.

Además de tener en cuenta únicamente los bienes inventariados, debe tener presente el respectivo avalúo comercial indicado por los peritos o por el perito único cuando los interesados adhieren al perito nombrado por el Síndico Recaudador del impuesto de sucesiones. Según el artículo 1392 del código: "El valor de tasación por peritos será la base sobre la que procederá el partidor para la adjudicación de las especies; salvo que los coasignatarios hayan legítima y unánimemente convenido en otra, o en que se limiten las especies, en los casos previstos por la ley."

Sobre este particular ha dicho la jurisprudencia: "El partidor está obligado a adjudicar los bienes inventariados sobre la base de la tasación hecha por peritos, sin reparar si los bienes inventariados pertenecen o no a la masa partible; las cuestiones sobre la propiedad de todas o de algunas de las especies inven-

tariadas, tócale resolverlas no a él, sino al Juez respectivo. Estando aprobados los inventarios por auto ejecutoriado, el partidor no puede atender la reclamación que, con presentación del respectivo título, le haga el dueño particular de algunos de los bienes indebidamente inventariados, y suspender en consecuencia, la partición; porque esa providencia corresponde dictarla al Juez en el caso del artículo 1388, inciso 2º del código civil." (cas. civ. agosto 4 de 1917, XXVI, 127).

532.—La segunda base. Entre qué personas hace el reparto. Puede decirse que es la principal base que debe tener en cuenta todo partidor. El mismo juicio de sucesión le indicará las personas entre quienes debe repartir la herencia. En esta labor estará obligado a repartir los bienes hereditarios entre los herederos o legatarios reconocidos como tales judicialmente. Únicamente entre ellos; le está prohibido hacer asignaciones diversas.

El mismo juicio de sucesión le indicará la parte o cuota de bienes que a cada heredero debe adjudicar. Si se trata de tres hijos legítimos y dos naturales reconocidos en el juicio de sucesión, debe adjudicar la herencia en forma que a cada hijo legítimo correspondan dos octavas partes de la herencia y a cada hijo natural una octava parte.

Naturalmente que en esta labor se le pueden presentar dificultades ya sobre las personas entre quienes debe repartir los bienes, ya sobre sus respectivas cuotas. Sobre el particular prescribe el artículo 960 del código judicial: "El partidor puede someter al Juez las dudas que le ocurran, y éste las decide, con audiencia de las partes y mediante una articulación."

Y el artículo 1387 del código civil enseña: "Antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios."

La enumeración de este texto legal no es taxativa. Se suspende igualmente la partición cuando a uno de los interesados se discute su título de heredero. Se suspende también cuando se presenta un hijo natural que investiga su paternidad natural después de muerto el causante (Carrizosa, ob. cit. p. 471).

En resumen tenemos: jurídicamente la labor del partidor es sencilla; la diligencia de inventarios y avalúos por peritos le indican los bienes que debe repartir; y los respectivos reconocimientos judiciales de la calidad de herederos o legatarios, en qué proporción debe repartir la masa herencial. Pero prácticamente la partición puede presentar serias dificultades. No debe olvidarse que la primera tarea del partidor es la formación del activo líquido objeto de reparto; para ello debe hacer

la hijuela de gastos y deudas, especialmente de las deudas hereditarias. En todo caso la labor práctica del partidor consiste en integrar cada cuota hereditaria con bienes, en dinero o en especie. Y esta integración presenta dificultades; la ley sobre el particular indica algunas reglas para evitar la arbitrariedad en la adjudicación y para los casos en que los coasignatarios no acordaren otra cosa.

533.—Primera serie de reglas que debe tener en cuenta todo partidor. Remate de bienes que no admitan cómoda división. El pago de los impuestos y el de las deudas de la sucesión en general, cuando no hay dinero en la mortuoria, hará necesario rematar algunos bienes en cantidad suficiente para dicho pago, especialmente cuando ningún coasignatario quiere se le adjudique la hijuela o lote de gastos y deudas.

Además, conforme al artículo 1394 cuando entre los coasignatarios de una misma especie que no admite cómoda división, o cuya división la haga desmerecer, tendrá mejor derecho a la especie el que más ofrezca por ella, siendo base de oferta y postura el valor dado por peritos nombrados por los interesados; cualquiera de los coasignatarios tendrá derecho a pedir la admisión de licitadores extraños y el precio se dividirá entre todos los coasignatarios a prorrata.

No habiendo quien ofrezca más que el valor de tasación o el que de común acuerdo hubieren convenido, los interesados, y compitiendo dos o más asignatarios sobre la adjudicación de una especie, el legitimario será preferido al que no lo sea.

Para comprender mejor las dos reglas primeras del artículo 1394 acabadas de transcribir debe tenerse en cuenta que al ejercer la acción de partición puede ejercerse la de división. Lo que será necesario, cuando ningún coasignatario quiere adjudicaciones proindiviso en una cosa singular. Pero en otras ocasiones habrá necesidad de adjudicar una especie, un inmueble por ejemplo, proindivisamente a los herederos. Así, cuando uno de los bienes herenciales es el inmueble o casa de habitación de la familia, y los herederos quieren seguir viviendo en ella y no toleran su venta, al partidor no le queda más camino que adjudicarla proindivisamente a quienes la usufructúan.

La jurisprudencia nacional en forma clara ha establecido que nada obsta a que a los coasignatarios se completen sus cuotas con derechos proindivisos en cosas singulares. Ello no podrá hacerse cuando los coasignatarios se opusieren a tal cosa.

“El hecho de que el partidor adjudique determinadas especies de la sucesión a todos los asignatarios, o sólo a algunos de ellos con señalamiento de sus respectivas cuotas proindiviso, no se opone al fin esencial de la partición, cual es el poner término

a la indivisión que desaparece desde el momento en que los derechos de los interesados sobre la masa total se concreta sobre determinados bienes, mediante la adjudicación en común de los mismos. Es de observar, además, que la división material de los predios hereditarios supone que el avalúo de estos se haya hecho por lotes, o que conste que las tierras que los constituyen son de valor uniforme, a fin de que el partidor pueda adjudicar esas porciones o formarlas él mismo, mediante la mensura." (cas. civ. agosto 20 de 1913, g. j. N^o 1.179, p. 260).

Si los coasignatarios no están de acuerdo en si se debe o no dividir un bien herencial, ya sea mediante la partición material o la venta en subasta, el Juez dirime el desacuerdo (art. 961 del C. J.).

534.—Segunda serie de reglas relativas a inmuebles.—Son las indicadas en los numerales 3^o, 4^o, 5^o y 6^o del artículo 1394 del código.

1.—"3^a Las porciones de uno o más fundos que se adjudiquen a un solo individuo, serán, si posible fuere, continuas, a menos que el adjudicatario consienta en recibir porciones separadas, o que de la continuidad resulte mayor perjuicio a los demás interesados, que de la separación al adjudicatario.

2.—"4^a Se procurará la misma continuidad entre el fundo que se adjudique a un asignatario, y otro fundo de que el mismo asignatario sea dueño.

3.—"5^a En la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce"; especialmente las servidumbres de tránsito y de aguas.

4.—"6^a Si dos o más personas fueren coasignatarias de un predio, podrá el partidor, con el legítimo consentimiento de los interesados, separar de la propiedad el usufructo, habitación o uso, para darlos por cuenta de la asignación." Regla de ninguna aplicación práctica.

Las reglas anteriores suponen actos de disposición en bienes inmuebles. Para su validez se requiere cuando hay menores: 1^o Que haya mediado autorización judicial para proceder a la partición de dichos bienes; autorización que debe solicitar el respectivo tutor o curador del menor o en su defecto, quien solicitó la partición (art. 1379 del c. c.).

2^o Que el partidor haya sido nombrado por el Juez; o si no fue nombrado por el Juez, sea aprobado por él (art. 1383 del c. c.).

Cumplidas estas dos formalidades —autorización judicial del Juez para hacer la partición y nombramiento judicial del partidor o aprobación del partidor nombrado por los coasignatarios de común acuerdo— no será necesaria la aprobación judi-

cial para llevar a efecto cualquiera de los actos de disposición que recaen en inmuebles y a que se refieren las reglas 3ª, 4ª, 5ª y 6ª del artículo 1394 (art. 1394, regla 10ª).

535.—Tercera serie de reglas: posible igualdad y equivalencia de los lotes o partidas que se adjudican.—La partición es un acto esencialmente igualitario. Cada heredero ha de recibir una porción de bienes a su cuota hereditaria en relación con todos los bienes hereditarios. Esta es la razón de ser de las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394 del código. La primera al prescribir que en la partición de una herencia se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible. Lo que indica que si entre los bienes hereditarios existe dinero, bienes muebles e inmuebles, se ha de procurar, si ello fuere posible, repartir el dinero aisladamente en proporción a las cuotas; en seguida las cosas muebles y finalmente los inmuebles. La jurisprudencia ha sido celosa sobre esta materia: ha dicho que cuando se parte materialmente un predio, se requieren lotes exactamente iguales en el caso de que toda la extensión superficiaria tenga un mismo valor; que los lotes han de ser desiguales si el valor de la superficie no es constante. Lo que interesa es que cada asignatario reciba en bienes un valor equivalente al de su cuota en la herencia. Naturalmente que los coasignatarios pueden convenir otra cosa. En todo caso, una partición puede ser objetada cuando el partidador adjudica a unos herederos bienes suficientemente saneados, por ejemplo, el dinero y determinados bienes urbanos, y a otros, bienes litigiosos o de difícil explotación.

La regla 8ª del citado artículo exige que cuando haya necesidad de formar lotes, se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos; pero se tendrá cuidado de no dividir o separar los objetos que no admitan cómoda división o de cuya separación resulte perjuicio; salvo que convengan en ello unánime y legítimamente los interesados.

Sería objetable la partición cuando a un heredero se adjudican bienes de fácil productividad, por ejemplo, bienes urbanos, y a otros, bienes no productivos, por ejemplo, solares.

Sobre el contenido de las reglas 7ª y 8ª del 1394 ha dicho la jurisprudencia que dentro de los conceptos de semejanza igualdad y equivalencia, el partidador tiene algún campo de amplitud, porque si esto no fuera así, sería muy difícil llevar a cabo una partición, y el error matemático más insignificante, daría al traste con ella (cas. civ., octubre 8 de 1941, LII, p. 429).

536.—Cuarta serie de reglas. Reparto de los frutos.—En cuanto a los frutos percibidos después de la muerte del testador o causante, y durante la existencia de la comunidad hereditaria se dividirán del modo siguiente:

1º Los asignatarios de especies tendrán derecho a los frutos y accesiones de ellas desde el momento de abrirse la sucesión, salvo que la asignación haya sido desde día cierto, o bajo condición suspensiva, pues en estos casos no se deberán los frutos, sino desde ese día o desde el cumplimiento de la condición, a menos que el testador haya expresamente ordenado otra cosa.

2º Los legatarios de cantidades o géneros no tendrán derecho a ninguno de los 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.

3º Los herederos tendrán derecho a todos los frutos y accesiones de la masa hereditaria indivisa, a prorrata de sus cuotas; deducidos, empero, los frutos y accesiones pertenecientes a los asignatarios de especies.

4º Re caerá sobre los frutos y accesiones de toda la masa la deducción de que habla el número anterior, siempre que no haya una persona directamente gravada para la prestación del legado; habiéndose impuesto por el testador este gravamen a alguno de sus asignatarios, éste solo sufrirá la deducción (art. 1395 del c. c.).

5º Los frutos pendientes al tiempo de la adjudicación de las especies a los asignatarios de cuotas, cantidades o géneros, se mirarán como parte de las respectivas especies, y se tomarán en cuenta para la estimación del valor de ella (art. 1396 del c. c.).

537.—Quinta serie de reglas. De la cancelación de los legados o cargas testamentarias.—La partición comprende la adjudicación de los legados que el testador haya hecho. A diferencia de las deudas hereditarias que se cancelan previamente aun antes de estimar la partida de los legitimarios, el pago de las deudas testamentarias, en cambio, sólo se hace una vez discriminadas las partidas de los asignatarios forzosos. Si el partidor observare que dichas cargas o deudas impuestas por el testador no sobrepasan aquella parte de bienes de que pudo disponer libremente, procede a pagarlas.

Normalmente el pago se ordena después de precisar las partidas o lotes de los asignatarios forzosos. Sin embargo, conforme al artículo 1431, cuando la herencia no apareciere excesivamente gravada, podrá satisfacerse inmediatamente a los legatarios que ofrezcan caución de cubrir lo que les quepa en la contribución de las deudas.

Sin embargo, no será exigible la caución cuando la herencia está manifiestamente exenta de cargas que puedan comprometer a los legatarios (art. 1431 del c. c., incisos 2º y 3º).

En cuanto a la cancelación de los legados o deudas testamentarias, es necesario precisar: 1º Si gravan la sucesión o una determinada asignación; 2º Si son canceladas por el partidor o se impone la obligación de cancelarlas a los herederos o legatarios; 3º Si no exceden la parte de bienes de que el testador ha podido disponer libremente.

538.—I.—Cargas testamentarias que gravan la sucesión o una asignación.—Son legados o cargas testamentarias de la herencia o de los herederos en común cuando el testador al imponerlas no hubiere gravado a alguno o algunos de los herederos o legatarios en particular (art. 1417 del c. c., inciso 1º).

Estas cargas de la herencia o de los herederos en común se dividirán entre ellos como el testador lo hubiere dispuesto, y si nada ha dicho de la división, a prorrata de sus cuotas (art. 1417, inciso 2º).

Es decir, que siguen la regla general de la división de las deudas hereditarias.

En cuanto a las cargas o deudas hereditarias impuestas a un heredero o legatario en particular, no se presenta problema: recae sobre su respectiva asignación y no sobre la herencia.

El 1418 reglamenta el pago de los legados de pensiones periódicas. "Los legados de pensiones periódicas se deben día por día, desde aquel en que se defieran; pero no podrán pedirse sino a la expiración de los respectivos períodos, que se presumirán mensuales.

"Sin embargo, si las pensiones fueren alimenticias, podrá exigirse cada pago desde el principio del respectivo período, y no habrá obligación de restituir parte alguna, aunque el legatario fallezca antes de la expiración del período.

"Si el legado de pensión alimenticia fuere una continuación de la que el testador pagaba en vida, seguirá prestándose como si no hubiese fallecido el testador.

"Sobre todas estas reglas prevalecerá la voluntad expresa del testador."

Cuando el legado o carga testamentaria consiste en el usufructo de un bien por una parte, y la desnuda propiedad por la otra, o en la constitución de una propiedad fiduciaria, tanto usufructuario como nudo propietario y fiduciario como fideicomisario, se mirarán como una sola persona para efecto de la responsabilidad que les pueda caber en el pago de las asignaciones forzosas y de las deudas hereditarias, aplicándose las reglas ya expuestas sobre las deudas hereditarias (arts. 1425 y 1429 del c. c.).

539.—II.—Las cargas testamentarias son canceladas por el partidor o por los herederos.—El caso normal debe ser el de la cancelación por el partidor cuando son de la herencia o comunes a los herederos.

Sólo cuando no fueron canceladas por el partidor, se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas si el testador no hizo una división diferente.

A este caso se refiere el artículo 1430 al establecer que los acreedores testamentarios no podrán ejercer las acciones a que les da derecho el testamento, sino conforme al artículo 1417, es decir, demandando a cada heredero por una parte proporcional de la deuda, según la cuota que le cupo en la herencia.

Mas, si en la partición de una herencia se distribuyeren los legados de diferente modo, entre los herederos, podrán los legatarios entablar sus acciones, o en conformidad a esta distribución, o en conformidad al artículo 1417, o en conformidad al convenio de los herederos (art. 1430, inciso 2º).

540.—III.—Cargas testamentarias que exceden el activo de la herencia o la parte de libre disposición.—A. Según el 1433 del código: “No habiendo en la sucesión lo bastante para el pago de todos los legados, se rebajarán a prorrata.” Hipótesis que acaece cuando el testador hizo legados por un valor superior al activo líquido de la herencia.

En el supuesto de que el pasivo de la herencia fuere superior al de los legados, es decir, las deudas hereditarias son superiores a las de las cargas testamentarias o legados, entonces, los legatarios nada recibirán; en ningún caso responden más allá del valor del legado.

B. Los legados pueden exceder la parte de libre disposición. En este caso, al ejecutarse los legados o cargas, se mermarían las asignaciones forzosas. Se aplica la misma regla acabada de enunciar y la explicada: los legados o cargas se rebajarán proporcionalmente. Regla inscrita en el artículo 1419 del código: “Los legatarios no son obligados a concurrir al pago de las legítimas o de las deudas hereditarias, sino cuando el testador destine a legados alguna parte de la porción de los bienes que la ley reserva a los legitimarios, o cuando al tiempo de abrirse la sucesión no haya habido en ella lo bastante para pagar las deudas hereditarias.” “La acción de los acreedores hereditarios contra los legatarios es en subsidio de la que tienen contra los herederos.”

El 1420 establece en qué proporción deben contribuir los legatarios al pago de las deudas hereditarias o de las asignaciones forzosas. “Los legatarios que deban contribuir al pago de las legítimas o de las deudas hereditarias, lo harán a prorrata de

los valores de sus respectivos legados, y la porción del legatario insolvente no gravará a los otros.

“No contribuirán, sin embargo, con los otros legatarios, aquellos a quienes el testador hubiere expresamente exonerado de hacerlo. Pero si agotadas las contribuciones de los demás legatarios quedare incompleta una legítima o insoluta una deuda, serán obligados al pago aun los legatarios exonerados por el testador.

“Los legados a obras pías o de beneficencia pública, se entenderán exonerados por el testador, sin necesidad de disposición expresa; y entrarán a contribución después de los legados expresamente exonerados; pero los legados estrictamente alimenticios, a que el testador es obligado por la ley, no entrarán a contribución sino después de todos los otros.”

541.—De los legados con causa onerosa.—Sobre estos legados deben hacerse estas observaciones:

1ª El legatario obligado a pagar un legado, lo será sólo hasta concurrencia del provecho que reporte de la sucesión; pero deberá hacer constar la cantidad en que el gravamen exceda al provecho (art. 1421 del c. c.).

2ª Los legados con causa onerosa, que puedan estimarse en dinero, no contribuyen sino con deducción del gravamen, y concurriendo las circunstancias que van a expresarse:

a) Que se haya efectuado el objeto.

b) Que no haya podido efectuarse sino mediante la inversión de una cantidad determinada de dinero.

Una y otra circunstancia deberán probarse por el legatario, sólo se deducirá por razón del gravamen la cantidad que constare haberse invertido (art. 1424 del c. c.).

3ª El legatario que en virtud de una hipoteca o prenda sobre la especie legada, ha pagado una deuda hereditaria con que el testador no haya expresamente querido gravarle, es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos.

Si la hipoteca o prenda ha sido accesoria a la obligación de otra persona que el testador mismo, el legatario no tendrá acción contra los herederos (art. 1423 del c. c.).

542.—Dificultad en la legislación colombiana para partir ciertos bienes del causante.—Ningún texto legal regula la inclusión en los inventarios de los bienes herenciales de ciertos bienes de afección, entre los cuales se encuentran principalmente los títulos profesionales, medallas, condecoraciones, cartas de gran valor histórico, manuscritos inéditos, etc.

Si no son incluidos en los inventarios, tampoco podrán ser objeto de partición o adjudicación. Sin embargo, como el pro-

blema presenta su interés, es necesario indicar, por lo menos las soluciones de la doctrina y las más modernas legislaciones, a fin de que sean tenidas en cuenta cuando a un partidor se ofrezca una dificultad de tal naturaleza. El artículo 842 del código de Napoleón dispone que las propiedades de orden afectivo pertenecen al que tiene más parte en la herencia o al heredero que los demás hayan elegido como depositario, sin perjuicio de que puedan ser utilizados por los otros. El código de Rumania dispone, que en defecto de acuerdo entre los herederos, serán depositados en los archivos del Estado; y aquellos que consistan en títulos, podrán ser dados en copia a los herederos que lo soliciten. El código alemán de 1900 dispone en su artículo 2047 que los manuscritos que conciernen a las relaciones personales del difunto, a su familia, seguirán siendo comunes. El código suizo en su artículo 613 habla más concretamente del caso, al preceptuar que los "papeles de familia y las cosas que tienen un valor de afección no serán vendidas si uno de los herederos se opone. Si los herederos no pueden entenderse, la autoridad decide la venta o la atribución de estos objetos teniendo en cuenta los usos locales y en defecto de usos, la situación personal de los herederos" (Valverde y Valverde, ob. cit. V. p. 591, nota 1).

III

Objeciones a la partición y su aprobación judicial

543.—Una vez que el partidor ha realizado su trabajo debe presentarlo al Juez. Según el artículo 964 del código judicial "Presentada la partición al Juez, éste la aprueba de plano si los interesados se la piden unánimemente.

"Si no se hace la unánime petición de que habla el inciso anterior, se da traslado de la partición a los interesados por un lapso prudencial que no pase de diez días.

"Si dentro de ese término ninguno objeta el trabajo, el Juez debe proceder como se indica en el primer inciso.

"Si, por el contrario, alguno lo objeta, se sustancia el punto como una articulación.

"Si el Juez encuentra fundada alguna objeción, ordena al partidor que rehaga la cuenta, y, si por el contrario, la estima infundada, aprueba la partición."

544.—De las objeciones que pueden proponerse a una partición.—Según el artículo 1391: "El partidor se conformará en la adjudicación de los bienes a las reglas de este título; salvo que

los coasignatarios acuerden legítima y unánimemente otra cosa."

Lo cual indica que la no aplicación de las reglas que enuncia el título 10 del libro 3º del código (artículos 1374 s.) por el partidor dan motivo a una objeción o reclamo por parte de los interesados. Además, la regla 9ª del artículo 1394 establece que cada uno de los coasignatarios podrá reclamar contra el modo de composición de los lotes.

Entre las principales objeciones que pueden hacerse a un trabajo de partición y que han sido objeto de decisiones jurisprudenciales mencionaremos las siguientes.

1º Según el 1393 del código, todo partidor está obligado a formar un lote o hijuela de gastos y deudas; la omisión de ese deber da motivo a una objeción.

a) No es objetable la partición de bienes herenciales porque el partidor no haya determinado la persona a quien se adjudica la hijuela de gastos; en tal caso son los herederos los que deben atender al pago de las deudas con los valores señalados en la hijuela (cas. civ. dic. 4 de 1923, XXX, 212). La no formación de dicha hijuela, cuando en el inventario existe constancia de deudas y gastos, es fundamento para objetar la partición; mas no es requisito esencial que esa hijuela tenga adjudicatario especial (cas. civ. mayo 16 de 1929. XXXVI, 451).

b) El partidor ha de atenerse, para formar la mencionada hijuela de deudas, a lo que aparezca en el inventario; no tiene por qué tener en cuenta las deudas no inventariadas (cas. civ., agosto 28 de 1930, XXXVIII, p. 85).

c) No es objetable una partición cuando el lote o hijuela de bienes para gastos y deudas resultare excesivo o insuficiente. Porque cuando cancelados los gastos y deudas con los bienes destinados para tal fin sobra dinero, el excedente se reparte entre los herederos a prorrata de sus cuotas; y cuando falta, los mismos interesados a prorrata deben suplir el déficit, porque precisamente a ellos es a quienes más interesa la terminación del juicio de sucesión. "Sería en verdad muy difícil que una partición pudiera aprobarse, si se aceptara que el partidor debe de una manera matemática calcular el importe de los gastos futuros" (cas. civ. oct. 8 de 1941, LII, p. 431).

d) Ello no quiere decir que el partidor pueda en forma arbitraria formar la hijuela de deudas y gastos. Si manifiestamente los bienes indicados para la hijuela son insignificantes, la partición puede ser objetada, pues, la ley dice en forma expresa que la hijuela debe indicar bienes suficientes. En el caso contrario también puede ser objetada la partición, es decir, cuando no hay proporción entre las deudas y el bien indicado

para su pago, y especialmente cuando pueden indicarse bienes de cuantía inferior. Así, habiendo muebles de fácil realización que cubran el valor de las deudas, no es dable al partidor formar la hijuela con un inmueble de gran valor. Es objetable la hijuela cuando las deudas son de \$ 1.000, y la forma con un inmueble de \$ 15.000,00, por ejemplo. Tampoco debe olvidarse que la hijuela debe formarse preferentemente con los dineros dejados por el causante. Sin embargo, los interesados pueden unánimemente acordar otra cosa.

2º El partidor puede reformar la partición que hubiere hecho el testador cuando por sentencia judicial ha sido reformado el acto testamentario. Efectivamente: si por sentencia judicial se reforma el testamento en el sentido de reducir los legados proporcionalmente e indicar una hijuela de gastos para impedir la disminución de una legítima, el partidor debe hacer la partición en la forma indicada por la sentencia. Los legatarios en un caso semejante no pueden objetar la partición (cas. civ. dic. 6 de 1930, XXXVIII, 370).

3º La adjudicación de bienes a un copartícipe que ha muerto, pero de cuyo fallecimiento no haya constancia en autos, se entiende hecha a favor de sus herederos, y no es motivo legal para objetar la partición (cas. civ. dic. 4 de 1923, XXX, 213).

4º La objeción sobre desigualdad de los lotes que se adjudican a los herederos se refiere al valor de la asignación y no a la extensión, cuando lo adjudicado es un predio (cas. civ. marzo 25 de 1941, LI, p. 152).

5º El partidor sólo puede tomar en cuenta para repartir los bienes inventariados; si omite alguno de ellos o si lo distribuye por un valor diferente al pericial o al que hayan convenido de común acuerdo los interesados, estos pueden objetar la partición.

545.—Tiempo dentro del cual pueden formularse objeciones al trabajo de partición.—Las objeciones deben formularse durante el término de traslado a los interesados del trabajo de partición. Según el art. 964 del C. J. este término no puede ser superior a diez días.

Si el Juez encuentra fundada una objeción, ordena al partidor que rehaga el trabajo; de lo contrario lo aprueba. En el caso de improbarse una partición por encontrarse fundadas una o varias objeciones en el nuevo trabajo presentado por el partidor, sólo ha de examinarse si él se amolda a lo ordenado en el auto que improbo la partición; lo que vale decir que no pueden alegarse nuevas objeciones (cas. civ. mayo 16 de 1929. XXXVI. 452).

Reformada una partición en los términos ordenados por el Juez, no vuelve ya en traslado a las partes para que tornen a proponer objeciones, sino que se procede a aprobarla, si la reforma se hizo como estaba dispuesto (cas. civ. jul. 30 de 1913, XXIII, 195; cas. civ. febr. 4 de 1924, XXX, 257).

Lo cual indica que las objeciones a una partición sólo pueden formularse ante el Juez de primera instancia durante el término de traslado de que habla el 964 del C. J.

546.—Sentencia aprobatoria de la partición.—El Juez debe aprobar el trabajo de partición en los siguientes casos: 1) Cuando los interesados solicitan unánimemente la Juez su aprobación al presentar el partidor su trabajo; 2) Cuando no hicieron dicha solicitud, pero en el término de traslado no propusieron objeciones; 3) Cuando se formularon pero el Juez las rechaza; 4) Cuando se formularon y algunas o todas prosperaron, motivo por el cual el Juez ordenó al partidor rechacer el trabajo; ante el nuevo trabajo del partidor, el Juez sin necesidad de nuevo traslado, aprueba el trabajo si se ajustó al auto judicial.

Sobre este particular y contemplando el aspecto procesal, tan íntimamente ligado con el sustantivo en materia de particiones de herencias, debe distinguirse claramente: a) Los autos judiciales en virtud de los cuales se acepta o rechaza una objeción o reclama la partición hecha por el partidor; b) La sentencia aprobatoria de una partición.

El primero es un auto interlocutorio y toma cierta sustantividad procesal cuando es negatorio de objeciones; desde este punto de vista es apelable. La sentencia aprobatoria de la partición tiene estos recursos: 1º El de apelación; 2º Cuando el valor de los bienes partidos y adjudicados en su conjunto es superior a cinco mil pesos procede, además, el recurso de casación (art. 519 Nº 2º del C. J.).

Bien claro: contra los autos judiciales que se refieren a objeciones a una partición, sólo procede el recurso de apelación; es contra la sentencia aprobatoria de la partición que pueden proceder los dos recursos enunciados: el de apelación y el de casación.

Esta cuestión puede ser criticable desde un punto de vista técnico procesal por la sencilla razón de que la sentencia aprobatoria de la partición se fundamenta invariablemente en la misma partición y en las objeciones que se le hicieron. El recurso de casación hubiera debido organizarse contra el respectivo auto judicial que decide objeciones o reclamos a la partición. Mas no es así. En consecuencia: si procesalmente los autos debidamente ejecutoriados no pueden revisarse, en materia de partición nuestra jurisprudencia ha hecho una importante ex-

cepción consistente en que interpuesto el recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición de un tribunal, implícitamente pierden su fuerza los respectivos autos ejecutoriados que sirvieron de soporte a la sentencia.

547.—Varias sentencias de la Corte han defendido y puntualizado este problema. En la sentencia de la Sala de Casación Civil de abril 28 de 1938 se establece (g. j. t. XLVI, 321): Presentada una partición al Juez, pueden tener lugar entre otros los siguientes casos: **Primer caso:** el trabajo no es objetado por ninguno de los interesados y estos, siendo capaces, piden su aprobación; el Juez entonces aprueba el trabajo de plano. **Segundo caso:** los interesados no piden la aprobación de la partición, pero dejan transcurrir sin objetarla el término del traslado; entonces, el Juez también la aprueba. **Tercer caso:** Alguno o algunos de los interesados objetan el trabajo; entonces, previa la tramitación legal del caso, el Juez decide sobre el particular; su decisión es apelable, y cuando conoce en segunda instancia el Tribunal, el fallo que profiera éste aprobando el trabajo, es susceptible del recurso de casación cuando la cuantía es superior a cinco mil pesos. **Cuarto caso:** cuando un Tribunal halla infundadas dos objeciones y fundada una, entonces en firme la sentencia del Tribunal, queda reducido el asunto a que el partidador rehaga la partición en los términos señalados por el sentenciador, y reformada la partición en este sentido, la misión del Juez se limita a aprobarla por cuanto el asunto está ya estudiado y fallado. **Quinto caso:** cuando se interpone el recurso de casación, respecto de una sentencia aprobatoria de una partición, la misión de la Corte es la de estudiar y decidir todo lo que fue materia de las objeciones. En la casación de un juicio de sucesión no puede alegarse ejecutoria de las decisiones del Tribunal que resuelven las objeciones de una partición. De otra suerte, el recurso de casación carecería de objeto en la mayor parte de los casos.

En la sentencia de septiembre 18 de 1936 (g. j. t. XLIV, 335) se hace un resumen de toda la jurisprudencia sobre este particular. Cuando una sentencia aprobatoria de una partición, se dice en dicha sentencia, se revisa, por cualquier recurso, la revisión lleva necesariamente al estudio del trabajo de partición, para examinar si está o no ajustado a las normas establecidas por los artículos contenidos en el título décimo del libro 3º del código civil, pues de otra manera no habrá medio de decidir si la sentencia se ajusta o no a derecho. No es pues sólo el auto judicial, la sentencia, lo que debe estudiarse, sino el acto de la partición. Si éste se acomoda a la ley, consecuentemente la sentencia que lo aprueba resulta jurídica, y por el contrario, una sentencia

aprobatoria de una partición en que se han descononido los preceptos legales que la reglamentan no puede subsistir.

En materia de partición de bienes, un auto ejecutoriado no puede primar sobre los preceptos que reglamentan la partición, pues, se desconocerían los derechos de las partes. Mas, dada la trascendencia de esta doctrina, es necesario por vía de aclaración, señalarle las siguientes limitaciones:

a) Son las decisiones ejecutoriadas de los Tribunales las que no impiden el recurso de casación, pero no las decisiones ejecutoriadas del Juez de primera instancia, cuando este fenómeno de ejecutoria se ha verificado por no haber interpuesto la parte el recurso de apelación, porque entonces la ejecutoria proviene de que el interesado no hizo valer los remedios legales, por lo cual de un lado debe considerarse que abandonó las objeciones o las retiró o desistió tácitamente de ellas y de otro, que no es procedente el recurso de casación en cuanto que para que él sea admisible, es necesario que en las instancias del juicio se hayan agotado todos los remedios ordinarios de defensa;

b) Cuando alguna de las partes deja ejecutoriar el fallo que declara infundadas unas objeciones y viene luego la sentencia aprobatoria de la partición, como consecuencia de ese fallo, tampoco procede el recurso, porque se entiende que la parte no hizo ninguna gestión ni entabló ningún recurso contra ese fallo, lo consintió;

c) Es necesario que las objeciones hayan sido materia de controversia anterior en el juicio y que no sean medios nuevos; porque el recurso de casación no es ocasión para formular contra la sentencia aprobatoria de una partición objeciones distintas de las que los interesados hicieron valer efectivamente, durante el traslado y que en instancia se les dio de ella.

548.—Lo que debe contener la sentencia aprobatoria de una partición.—El Juez, establece el 967 del C. J., en la misma sentencia aprobatoria de una partición, debe mandar que ésta y aquélla se inscriban en el libro de causas mortuorias del Circuito en donde se siguió el juicio y en el mismo libro de aquellos Circuitos en que están ubicados los inmuebles adjudicados.

También debe ordenar en la misma providencia que el expediente se protocolice en una Notaría de preferencia en la que pidan los interesados.

La inscripción en el registro, de que trata el inciso primero de este artículo, se hace en vista del mismo expediente; pero si los lugares correspondientes están distantes, o se presentan dificultades de cualquier género, puede hacerse mediante la presentación de las respectivas hijuelas expedidas por el Notario en cuya oficina se hizo la protocolización del proceso.

Para facilitar la partición, o cuando ello sea necesario para pagar las deudas hereditarias o testamentarias, si los herederos capaces de disponer libremente de lo suyo no se ponen de acuerdo en la venta de bienes de la sucesión, o si entre ellos hay personas incapaces, puede pedirse al Juez que, previos los trámites de una articulación, autorice la venta en pública subasta de determinados bienes.

Esta venta, una vez decretada, se hace en la forma establecida en el artículo 962, y mientras ella se realiza, se suspende la partición.

549.—Sentencia aprobatoria cuando la partición fue hecha por el testador o sólo hay legatarios.—En estos casos si el testamento no es reformado ni anulado, no hay necesidad de nueva partición; y el Juez sin más actuación aprueba la partición que conste en el respectivo acto testamentario (arts. 969 y 970 del C. J.). El sólo instituir en un testamento legatarios, equivale a partición de los bienes hereditarios.

550.—De la partición extra-judicial.—En todos los casos anteriores hemos supuesto que los coasignatarios han tenido necesidad de promover el juicio de sucesión; como remate de dicho juicio viene la sentencia judicial aprobatoria de la partición.

Pero la partición puede hacerse extra-judicialmente. Esta, como se comprende, no se ajusta a las reglas del título 10º del libro 3º del código civil. “Estas reglas generales que gobiernan la actividad del partidor, sufren la excepción consistente en que los copartícipes acuerden legítima y unánimemente otra cosa, ya sea para adjudicar los bienes sin sujeción a las reglas de la ley civil sino conforme a las que ellos prefieren, o para tener como base de las adjudicaciones, no el valor dado a los bienes en los inventarios, sino el que ellos voluntariamente convengan o el que resulte de la licitación de esos bienes. Siendo todos los asignatarios mayores, no hay inconveniente de carácter legal para que puedan realizar en forma extrajudicial la división y distribución de los bienes hereditarios, para lo cual les basta, pero les es indispensable, el acuerdo sobre la manera de llevar a cabo las operaciones de la partición” (cas. civ. abr. 5 de 1940, XLIX, p. 489).

CAPITULO CUARTO

Efectos de la partición

551.—Toda partición crea a favor de los asignatarios en virtud de la adjudicación, derechos singulares de propiedad o

derechos proindiviso en cosas singulares. La partición extingue la comunidad hereditaria cuando son varios los herederos; y en todo evento extingue definitivamente la herencia considerada como universalidad jurídica.

En esta forma, y analizando las cosas desprevenida y prácticamente, el derecho concreto que se adjudica a un heredero o legatario tiene dos fuentes: una mediata, la sucesión por causa de muerte; y otra inmediata, la partición. En virtud de la primera, se adquiere un derecho hereditario en forma abstracta, un derecho a uno o varios bienes hereditarios, los que se concretarán mediante la partición. En virtud de la segunda, o sea la partición, se adquieren bienes *ut singuli*, la propiedad especialmente.

El derecho hereditario que se adquiere por la sucesión por causa de muerte no es el derecho de propiedad sobre ésta o aquella otra cosa o bien de la herencia. En esto se encuentra conforme tanto la doctrina como la jurisprudencia. Hasta cierto punto es un derecho personal a ciertos bienes de la herencia. En todo caso, es bastante difícil y hasta conduciría a equívocos, el calificar de real o personal el derecho hereditario. La herencia en sí misma considerada como universalidad jurídica ha sido calificada de derecho real por nuestro código en lo cual se comete una impropiedad de lenguaje.

De manera que la partición en lo que se refiere a la propiedad o derechos singulares adquiridos por la adjudicación tiene carácter atributivo; es un modo de traslación de esos derechos; pero mirando a la fuente mediata, o sea la sucesión por causa de muerte, tiene carácter declarativo por cuanto la calidad de heredero o legatario se adquiere en el momento de la apertura de la sucesión; y dicha calidad es el origen de la herencia y de la partición.

En ocasiones es necesario hacer predominar el carácter atributivo o traslativo de la partición, en otras su carácter declarativo. Nosotros creemos positivamente que es imposible hacer predominar en forma absoluta uno u otro de los caracteres enunciados. Sin embargo, observaremos en seguida que en las legislaciones y en la doctrina se discute vivamente cuál de los dos caracteres debe hacerse primar en la partición.

552.—Origen de las discusiones sobre el carácter declarativo o atributivo de la partición.—Los juristas romanos dominados siempre por un criterio realista y lógico de sus construcciones afirmaron que la partición tenía carácter atributivo de la propiedad y de los demás derechos singulares adjudicados. La apertura de la sucesión y su aceptación creaba a favor del heredero un derecho abstracto de cuota; pero en manera alguna derechos

singulares y concretos sobre los bienes singularmente considerados. La partición fue mirada como el modo de adquisición de la propiedad y demás derechos reales y personales. Desde este punto de vista la partición representa una traslación o tradición del derecho de dominio; una especie de cesión o permuta del derecho abstracto de cuota herencial por uno o varios derechos singulares. Con razón anotan los autores que en el sistema romano la partición era una operación conmutativa análoga a una permuta o cesión. Cada asignatario permutaba su derecho herencial de cuota sobre toda la herencia por derechos singulares en cada cosa que se les adjudica. "Cada uno abandona a los demás los derechos virtuales que le corresponden sobre todos los elementos de la herencia que no hayan quedado incluidos en su lote, al mismo tiempo que por abandonos equivalentes por parte de sus copartícipes, constituye en su persona una propiedad distinta y exclusiva de los elementos comprendidos en su porción hereditaria." (Planiol, etc. IV, p. 692).

Las consecuencias más importantes de esta concepción son:

a) Esa permuta o cesión extingue la comunidad hereditaria o la herencia simplemente cuando sólo hay un heredero sin retroactividad. La partición traslativa presupone dos cosas importantes: 1) Cada heredero en su derecho abstracto o virtual de su herencia es un sucesor del causante o difunto; 2) Pero en lo relativo a cada derecho singular que se le adjudica por la partición, es un sucesor de los demás herederos, pues, de ellos los deriva.

Por tal motivo si alguno de los herederos había gravado un bien con derechos reales, por ejemplo una hipoteca, y en la partición se adjudica a otro heredero, éste tenía que tolerar dichos gravámenes, pues, es su sucesor.

b) Por la partición no hay cambio en la situación jurídica de los bienes adjudicados.

553.—Los inconvenientes del efecto traslativo y su corrección por el efecto declarativo.—A simple vista se observa que los efectos de la partición traslativa fueron exagerados. En todo caso, los antiguos juristas franceses trataron de remediarlos. No era justo que a un asignatario se adjudicase un bien gravado con una hipoteca, por ejemplo, por otro de los herederos, y la tuviese que soportar. Para obviar este inconveniente se dijo que la partición no tenía efecto traslativo sino simplemente declarativo. Se consideró a cada heredero como un sucesor inmediato del causante o difunto, tanto en el derecho abstracto de cuota herencial como en los derechos singulares que se le adjudicaban en la partición. En una palabra: la partición tiene efecto retroactivo; se presupone que cada asignatario ha sucedido al

difunto en la propiedad; que la comunidad hereditaria se borra retroactivamente, se supone no haber existido jamás.

Por tal motivo, no siendo los herederos continuadores del dominio que se les adjudica de los otros herederos, los derechos reales que se hayan constituido en cosas que en la partición no se les adjudica, se miran como gravámenes en cosa ajena. Si uno de los herederos vendió una cosa singular que después se adjudica a otro, nos encontramos ante el caso de venta de cosa ajena.

554.—Las explicaciones sobre el efecto declarativo de la partición.—No existe unanimidad de pareceres sobre lo que debe entenderse por efecto declarativo de las particiones.

I.—Según una primera tendencia, la partición en sí misma tiene carácter atributivo; es título traslativo del dominio de los bienes adjudicados. Es imposible negar que con la partición el heredero trueca su derecho herencial de cuota por uno o varios derechos singulares. El efecto declarativo no representa otra cosa sino una pura ficción. Eliminar a los demás herederos y suponer que el adjudicatario ha adquirido los derechos singulares que le caben por la partición del causante. En una palabra: la partición tiene efecto retroactivo en cuanto al dominio adjudicado.

II.—Según otra tendencia, el efecto declarativo de la partición no es una ficción sino el carácter propio de tal acto. Al fallecimiento del *de cujus* los herederos tienen apenas un derecho indeterminado; la partición lo determina. Sin embargo, en este caso no se elimina la ficción. Además, decir que antes de la partición el derecho de los herederos es indeterminado equivale a falsear el concepto práctico del derecho hereditario. En el momento de la apertura de la sucesión, los bienes que la integran son susceptibles de valorización; y en esa comunidad o indivisión hereditaria está bien precisado el derecho de cuota de cada heredero; y por tal motivo es susceptible de comerciar con él, mediante la venta, donación, etc.

III.—Finalmente, otros han explicado el efecto declarativo afirmando que cada coheredero se reputa propietario bajo condición suspensiva de los bienes comprendidos en la porción, y bajo condición resolutoria de los comprendidos en la porción de los demás. La retroactividad de las dos condiciones es lo que produce el efecto declarativo.

Esta explicación no es satisfactoria, máxime si se tiene en cuenta que el problema de la retroactividad de las condiciones se encuentra en plena discusión en el derecho moderno (VI Obligaciones, Nos. 72 y 73).

Veremos en seguida que el verdadero carácter de toda partición es el de ser atributiva; que sólo excepcionalmente se organiza el efecto declarativo como una ficción original; que en esta ficción es necesario evitar hasta donde sea posible la arbitrariedad. Finalmente veremos que no es estrictamente necesario el efecto declarativo dentro de una organización racional y técnica del derecho hereditario.

555.—La solución de nuestro código.—Cuando fue elaborado el código de Napoleón de 1804, la tesis de la partición declarativa se encontraba en boga y fue consagrada expresamente en el artículo 883; Bello tradujo dicho texto legal a nuestra legislación y corresponde al 1401 de nuestro actual código. "Cada coasignatario se reputará 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.

"Por consiguiente, 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."

Mas, al reglamentar la posesión en el libro 2º siguió Bello muy de cerca los principios romanos y en el artículo 765 se consagró la tesis romanista del efecto traslativo de la partición. Efectivamente: según el mencionado texto legal, son traslativos de dominio aquellos títulos "que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos". Y agrega el mismo texto legal: "Pertenece a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición." El principal acto legal de partición es precisamente la sentencia aprobatoria de la partición.

El asunto es claro: conforme al 765 del código, la partición es traslativa, pues, constituye un título traslativo de dominio de la misma naturaleza que la venta o la permuta. Es más aún: el mismo texto legal precisa qué títulos son simplemente declarativos en lo que jamás ha habido discusión y de que son ejemplo las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos y las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes.

Así las cosas, es inútil todo ensayo de conciliación de los mencionados textos legales; es imposible adoptar la posición de nuestra jurisprudencia en sus vanos ensayos de hacer primar el artículo 1401 del código que predica el efecto declarativo de las particiones. Nuestro código en forma neta predica las dos tesis: la del efecto traslativo en el artículo 765 y la del efecto declarativo en el 1401.

556.—¿Debe primar en la legislación en forma absoluta alguna de las dos tesis enunciadas?—El principal error de los intérpretes del derecho romano fue el pensar que la tesis del efecto traslativo de la partición debía aplicarse en forma absoluta con todas sus consecuencias; así se incurrió en el defecto contrario: creer que el problema sólo podía resolverse con la tesis del efecto declarativo.

La tesis normal, la tesis del derecho común es la de que la partición tiene efecto traslativo o atributivo; que es, conforme al artículo 766 del código, un verdadero título traslativo de dominio. Pero ante ciertos inconvenientes de esta tesis, debe en ocasiones y restrictivamente, aplicarse el efecto declarativo, el cual se traduce en decir que la partición produce sus efectos con efecto retroactivo; que se supone según prescribe el 1401 que el adjudicatario adquiere el dominio directamente del causante, en el momento de la apertura de la sucesión.

Así las cosas, vamos a precisar qué condiciones se necesitan para aplicar la tesis del efecto declarativo y en qué casos se aplica; en seguida observaremos los efectos propios de la partición, o sea la traslación propia del dominio, especialmente el fenómeno de los vicios de derecho.

I

La aplicación del efecto declarativo de la partición

557.—Todo lo que pretende resolverse con el efecto declarativo de las particiones es el de que no se modifique la situación jurídica de los bienes hereditarios entre el día de la apertura de la sucesión y el día de la partición y adjudicación a los herederos. Que el bien que se adjudica al heredero no tenga más cargas sino las que le fueron impuestas por el causante; que queden sin valor las impuestas por éste o el otro heredero.

Estudiaremos: 1) Actos regulados por el efecto declarativo; 2) Casos a los que se aplica dicho efecto; 3) Efectos de la partición declarativa.

558.—I.—**Actos regulados por el efecto declarativo.**—Unánimemente la jurisprudencia francesa exige para la aplicación del efecto declarativo de las particiones que se trate de un acto oneroso entre los herederos a fin de extinguir la comunidad hereditaria. Se requiere, como advierte Jossierand, una "convención a título oneroso entre todos los coherederos y únicamente entre ellos, haciendo cesar la indivisión en forma completa y definitiva" (III, p. 735).

Toda partición supone una convención en virtud de la cual

cada heredero no se empobrece ni enriquece, es decir, a título oneroso. En consecuencia: los bienes singulares recibidos por un heredero deben ser equivalentes a su derecho de cuota parte en toda la herencia.

Por tal circunstancia no se aplica el efecto declarativo sino el traslativo en los casos en que la comunidad hereditaria se extingue por la donación de unos herederos a favor de otros. En otras palabras: la terminación de la comunidad hereditaria por sucesivas donaciones no conlleva el efecto declarativo sino el traslativo. De donde se deduce: si uno de los herederos donantes había constituido un gravamen sobre un bien, y después dona su derecho herencial, el donatario tiene que tolerar el gravamen; si no quiere someter dicho gravamen le bastará no aceptar la donación.

Se exige igualmente que los actos onerosos de partición se realicen entre los herederos y no entre extraños. En el evento de que un tercero vaya comprando a cada coheredero su derecho de cuota parte y así las concentre todas en forma que la comunidad se extinga, un caso semejante no se gobierna por el efecto declarativo sino por el traslativo.

Se ha presentado el problema de resolver qué suerte corren las adjudicaciones hechas de uno o varios de los bienes mediante subastación pública cuando es necesario recolectar dinero para pagar las deudas hereditarias y demás cargas de la sucesión o cuando el partidor, con base en los Nos. 1º y 2º del 1394 realiza la partición *ad valorem*. Se dice que cuando el adjudicatario es un tercero, se aplica el efecto traslativo; que cuando es uno de los mismo herederos se aplica el efecto declarativo. Dar una u otra solución no es indiferente. Si lo adjudicado es un inmueble, el que había sido hipotecado por uno de los herederos, tendremos, según la tesis enunciada: si quien remata es un tercero, no se extingue la hipoteca; si remata uno de los coasignatarios diferente al constituyente de la hipoteca, ésta se extingue.

Esta solución pertenece a la jurisprudencia y a la doctrina francesas. La explican así Planiol y Ripert: "La licitación en favor de un coheredero equivale a la partición, sean cuales fueren su carácter y causas, y háyase celebrado ante los tribunales o ante Notario. La licitación en favor de un tercero, equivale, en cambio, a una venta: conserva su carácter natural."

Esta solución trae aparejadas importantes consecuencias: 1) En caso de no pago del precio, el extraño adquirente queda sometido a la acción resolutoria, mientras que la adjudicación a uno de los herederos no da lugar a esa condición; 2) El vendedor o vendedores quedarán obligados a dar la garantía del

derecho al adquirente según las reglas de la venta cuando el licitador fue un extraño; y si fue uno de los herederos deberán la garantía con un fundamento en las reglas de la partición. (Ob. cit. IV, p. 700.)

559.—Condiciones de los actos regulados por el efecto declarativo.—Dos condiciones importantes deben concurrir en los actos que pretenden terminar la comunidad hereditaria para que pueda aplicarse el efecto declarativo: 1) Terminación completa de la comunidad hereditaria; 2) Que todos los interesados concurren al acto.

I.—No existe acuerdo en qué sentido se exige la terminación completa de la comunidad hereditaria. Según una tesis, el efecto declarativo se aplica cuando la comunidad hereditaria termina completamente respecto a todos los herederos y a todos los bienes hereditarios. "Si la indivisión no termina o si, terminando respecto a algunos de los copartícipes o a ciertos elementos del caudal, subsistiera respecto a otros, no hay efecto declarativo alguno" (Planiol, Ripert, etc., IV, p. 704). Con fundamento en esta tesis el efecto declarativo no se aplica en estos casos: a) Al acto por el cual se reparten sumas de dinero a los herederos a fin de completar sus derechos, si el resto de los bienes hereditarios continúa en indivisión; b) A la cesión de derechos hereditarios hecha en favor de varios herederos conjuntamente, por la que el cedente quedaba fuera de la indivisión pero permaneciendo en ella los demás; c) A la licitación celebrada en favor de varios coherederos conjuntamente (Planiol, Ripert, etc., IV, p. 704).

Según otra tesis se aplica el efecto declarativo cuando termina la comunidad hereditaria totalmente respecto a un bien determinado (Josserand, III, p. 736). La jurisprudencia francesa actual predica la primera tesis. Sin embargo los autores estiman que debe aplicarse el efecto declarativo respecto a aquellos actos sucesivos que tienen por fin la terminación de la comunidad hereditaria. No se exige un sincronismo perfecto en las operaciones que realizan la partición; así la licitación de un cuerpo cierto para facilitar el pago de las deudas hereditarias se beneficia del efecto declarativo cuando se realiza como una etapa preparatoria de la partición total de los bienes hereditarios. (Más detalles, Josserand, III, p. 736 s.; Planiol, Ripert, etc. IV, p. 704 s.).

II.—Todos los coasignatarios deben intervenir en el acto de partición. No se aplica a los actos colectivos en donde falta la intervención de uno o varios de los interesados.

560.—II.—Casos a los cuales se aplica el efecto declarativo.—Como lo hemos dicho el efecto tiene aplicación para sostener la si-

tuación jurídica de cada uno de los bienes entre el momento de la apertura de la sucesión y el de la partición. Ello desde luego no se opone a la plena validez de los actos de disposición consentidos en forma unánime por todos los herederos y a los de disposición por un heredero cuando el bien enajenado o gravado se le adjudica.

I.—El campo propio de aplicación del efecto declarativo se limita a los actos de disposición por un heredero o varios sobre un bien que es adjudicado a otro heredero extraño a esos actos. En este caso el adjudicatario tiene derecho a alegar el efecto declarativo a fin de desconocer el acto de disposición de otro de los herederos.

Todos los herederos de común acuerdo pueden enajenar o gravar con derechos reales uno' o varios bienes; dichos actos de disposición no se rigen por el efecto declarativo. Se comprenderá que el bien enajenado unánimemente dejó de pertenecer a la comunidad hereditaria y por tanto no será objeto de partición. El gravado con derechos reales puede ser adjudicado a uno de los mismos herederos. Si el gravamen real fue una hipoteca y el bien se adjudica a uno de los constituyentes de esa hipoteca, tendremos que el adjudicatario es deudor hipotecario por aquella parte del crédito de que se lucró; y en cuanto al bien será un tercer adquirente al que se aplican las reglas que gobiernan tal situación (VII-VIII, Contratos. Derecho de crédito, Nos. 641 s.).

Tampoco hay lugar a alegar el efecto declarativo cuando el bien enajenado o gravado por heredero se adjudica a él mismo.

561.—III.—Efectos de la partición declarativa.—Esencialmente consiste en suponer que el dominio u otro derecho cualquiera que es adjudicado al heredero es adquirido desde la apertura de la sucesión. No se comienza a ser dueño desde la partición sino desde la muerte del causante. En una palabra: la partición produce efecto retroactivo.

Desde un punto de vista lógico se supone igualmente que no existió comunidad hereditaria entre los herederos ni herencia alguna. Por lo menos algunos autores así lo reconocen en forma enfática. El derecho herencial de cuota parte en la universalidad jurídica herencial se borra retroactivamente.

Nos encontramos desde luego ante una pura ficción legal. Efectivamente el 1401 del código prescribe que por la partición los adjudicatarios se reputan sucesores inmediatos del difunto, "y no haber tenido parte alguna en los otros efectos de la sucesión".

Esta es la parte doctrinaria del efecto declarativo. El aspecto práctico que pretende resolverse se resume así: 1) Son válidas

las enajenaciones o gravámenes de un bien cuando es adjudicado al heredero que dispuso de él; por cuanto la adjudicación retroactiva hace que su antecesor en el dominio sea directamente el causante y los demás herederos; 2) Dichas enajenaciones o gravámenes carecen de valor cuando la adjudicación se hace a un heredero extraño (art. 1401, inc. 2º). Al adjudicatario se le reputa como dueño exclusivo desde la apertura de la sucesión y la enajenación de cosa ajena; el gravamen como gravamen de cosa ajena.

562.—Así las cosas, caemos en cuenta que se ha exagerado la tesis del efecto declarativo en cuanto a los problemas prácticos que pretende resolver. El primer problema o sea el de las enajenaciones o gravámenes realizadas por un heredero sobre un bien que posteriormente se le adjudica pueden resolverse con otros textos legales y otras reglas.

Recordemos lo prescrito por el artículo 1875: "Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición." Dicho texto legal puede aplicarse a cualquier otra clase de enajenación de un bien hereditario antes de la partición si posteriormente es adjudicado al enajenante. No teniendo el heredero sino un derecho de cuota parte en la herencia y no derechos singulares sobre estos o aquellos bienes hereditarios, justamente los actos de disposición de la naturaleza de los que se contemplan constituyen auténticas enajenaciones de cosa ajena.

En cuanto al segundo problema o sea el de la invalidez de las enajenaciones de bienes hereditarios que no se adjudican al enajenante, puede resolverse en una forma aún más sencilla: mediante una terminante prohibición del legislador. Prohibición que existe en nuestra legislación tácitamente. Efectivamente: el 757 del código refiriéndose a los inmuebles dice que la posesión legal de la herencia no habilita al heredero para disponer de un inmueble mientras no preceda el decreto de posesión efectivamente registrado.

Bastaría ampliar esa prohibición a toda clase de bienes hereditarios. Es más aún: la posesión efectiva es una institución que tiende a desaparecer por su manifiesta inutilidad frente a las adjudicaciones que se siguen con ocasión de la partición.

Y sin necesidad de la prohibición: el heredero que dispone de una cosa de la herencia antes de la partición, ha dispuesto de una cosa ajena por cuanto no es el dueño. Invariablemente se trata de disposición sobre cosa ajena, sea que medie la adjudicación al mismo o a uno extraño. Si media al mismo, la enajenación se revalida conforme a la doctrina del 1875 del

código; si se realiza a uno extraño no existe revalidación de la enajenación de cosa ajena.

Ahí tenemos resumido todo lo del efecto declarativo de la partición. Lo que constituye una manifiesta equivocación en la interpretación de los textos romanos.

563.—Es necesario advertir que algunos autores predicán que el efecto declarativo es necesario; que se trata de una ficción útil, aunque arbitraria; que de esta ficción no puede despojarse el sistema jurídico mientras exista la actual organización hereditaria de tipo latino. Que es conveniente adoptar un sistema diferente, por ejemplo, el germano que instituye la comunidad hereditaria en una propiedad colectiva con suficiente personalidad jurídica y en la que cada heredero tiene apenas una acreencia. De manera que el derecho de cuota antes que un derecho real es un simple derecho personal. Indudablemente que este sistema reúne mejores condiciones lógicas y técnicas para explicar las consecuencias de la partición. Pero queremos poner de presente que dentro del actual sistema positivo es posible prescindir de la ficción del efecto declarativo con las advertencias hechas.

II

Los efectos atributivos de la partición (efectos normales)

564.—Hemos dicho que la partición es un acto esencialmente igualitario. Cada heredero ha de recibir una porción de bienes que corresponda a su cuota en relación con el haber herencial. Si la herencia ha de repartirse entre tres hijos cada uno debe hacerse igualmente más rico en virtud de la sucesión por causa de muerte. A esta razón obedecen las reglas 3ª y 8ª del 1394; y en forma especial la regla del 1402 sobre la obligación de los herederos de sanear el derecho transmitido a semejanza de lo que sucede en la venta. Lo que demuestra claramente que en este aspecto cada heredero es un sucesor de los demás herederos; que en consecuencia la partición produce el efecto de ser atributiva de los derechos adjudicados; que el efecto declarativo no puede aplicarse aquí sino excepcionalmente para las hipótesis expresamente reguladas por él. Por otra parte, con el efecto declarativo de la partición se haría muy difícil la cancelación de las deudas hereditarias; en cambio, el efecto atributivo permite su fácil y rápido pago mediante la partición. Finalmente, el único medio de probar la adquisición de la propiedad y demás derechos de la herencia es el título de adjudicación. De donde cabe concluir que es un verdadero título traslativo de dominio. Retendremos nuestra atención sobre la

evicción en toda partición y sobre el efecto atributivo del reparto de deudas.

565.—A) Del saneamiento por evicción en las particiones.—Al hablar de la compraventa expusimos la obligación que tiene todo enajenante de garantizar al adquirente la transmisión de un derecho sano, que si la propiedad transmitida tuviere vicios o gravámenes en virtud de los cuales fuere perturbado el adquirente en la posesión, el enajenante queda obligado a sanearlo. Que la obligación de saneamiento se da no sólo en la traslación de la propiedad mediante la compraventa, sino, además, en su traslación mediante cualquier otro título. Que igualmente se daba en la constitución del derecho de usufructo.

En la sucesión por causa de muerte precisa distinguir: el causante no garantiza a sus herederos el estado jurídico de sus derechos; en el caso de que los herederos sufran una perturbación en la posesión de los bienes hereditarios, los herederos no tienen a quién denunciar la perturbación y en el caso de que sean evictos no tienen a quién reclamar una indemnización.

Si diésemos un carácter absoluto a la regla del efecto declarativo de la partición tendríamos que en ningún caso el adjudicatario que sufra una perturbación en la posesión del bien que se le ha transmitido a consecuencia de derechos alegados por terceros, podría dirigirse contra sus coherederos a fin de que le protejan el derecho o lo indemnicen si es vencido. Lo cual nos demuestra claramente que el efecto normal de toda partición es el de ser atributiva de derechos y sólo excepcionalmente y mediante una excepción tiene efecto declarativo. En consecuencia, cuando el partidor hace la adjudicación de los bienes procurando guardar la debida igualdad y adjudica un bien en la creencia de que pertenecía al causante o que estaba libre de gravámenes, es decir, que le transmite una posesión quieta y pacífica, dicho adjudicatario tendrá a su favor la garantía de un derecho sano. Es imposible abandonar a cada adjudicatario a su propia suerte en la posesión de los bienes que se le adjudican. Podemos suponer que el partidor integra o completa una cuota hereditaria con un inmueble; si más tarde ese inmueble es reivindicado por un tercero que vence, el heredero perdería su derecho hereditario, sería desheredado prácticamente.

Esta regla es enunciada por el 1402 del código: "El partícipe que sea molestado en la posesión del objeto que le cupo en la partición, o que haya sufrido evicción de él, lo denunciará a los otros partícipes para que concurran a hacer cesar la molestia, y tendrá derecho para que le sancen por evicción."

566.—De las condiciones del saneamiento en las particiones.—

1ª Debe tratarse de un ataque al derecho de propiedad u otro derecho adjudicado en virtud del derecho alegado por un tercero. No se toman en consideración las perturbaciones a la posesión proveniente de vías de hecho de tercero, pues, todo el mundo está expuesto a ellas y debe defenderse personalmente.

Debe tratarse de un vicio del derecho adjudicado. En materia de particiones no se contempla el saneamiento en virtud de los vicios ocultos de la cosa o bien ("vicios redhibitorios") como acción independiente de la lesión que estudiaremos después.

2ª El derecho o acción alegado por un tercero debe ser anterior a la partición. Se toman en cuenta los derechos alegados por terceros que tienen su causa en el mismo difunto; también se toman en consideración los derechos constituidos a favor de terceros por un heredero o por varios. No se toman en cuenta las molestias a la posesión que provienen de una "causa sobreveniente a la partición" (art. 1403, Nº 1º).

3ª La acción de saneamiento es renunciable; por tanto no hay lugar a ella cuando en forma expresa fue renunciada por el adjudicatario (art. 1403, Nº 2º).

4ª La evicción no debe provenir del hecho o culpa del adjudicatario (art. 1403, Nº 3º).

567.—Etapas de la acción de saneamiento.—Lo mismo que en la compraventa el saneamiento de las particiones comprende dos etapas: la defensa del derecho adjudicado por los demás herederos; y en caso de evicción la respectiva indemnización de perjuicios.

I.—El adjudicatario que fuere molestado por un tercero deberá denunciar el embarazo a sus coherederos. Estos deben salir a la defensa del derecho.

II.—En caso de salir vencido el adjudicatario demandado tiene acción de indemnización de perjuicios.

El pago del saneamiento se divide entre todos los asignatarios a prorrata de sus cuotas. Si son tres hijos legítimos y dos naturales los asignatarios entre quienes se repartieron los bienes herenciales según las reglas de la sucesión intestada y quien sufrió la evicción fue uno de los hijos legítimos, el valor de la evicción se divide en cuatro partes iguales: una que sufre el vencido en razón de su propia cuota; dos que le pagan los otros dos hijos legítimos; y una que pagan los dos hijos naturales.

Si uno de los adjudicatarios fuere insolvente, su cuota grava a todos a prorrata de sus cuotas, incluso el que ha de ser indemnizado (art. 1404 del c. c.).

568.—Prescripción de la acción de saneamiento.—La obligación de sanear el derecho transmitido prescribe en el tiempo

que sea necesario para que prescriba el derecho que alegue o pueda alegar un tercero. Si se adjudicó una cosa que no pertenecía al causante, el saneamiento prescribe en el tiempo necesario para que sea ganada la cosa por usucapión. Se cuenta el tiempo que la cosa estuvo en poder del causante y el que estuvo en poder del adjudicatario.

Producida la evicción se genera la obligación de indemnizar conforme prescribe el artículo 1404 del código. Esta acción prescribe en cuatro años, contados desde la evicción (art. 1402, inciso 2º).

569.—Semejanzas y diferencias entre la acción de saneamiento de la compraventa y la de las particiones.—I.—Semejanzas.

1.—En cuanto a las condiciones de una y otra acción son las mismas. En ambas se exige que se trate de un embarazo al derecho proveniente de una causa anterior a la adquisición del derecho; en la venta la causa debe ser anterior a la venta; en la partición anterior a la misma (arts. 1895 y 1403 del c. c.). En ambas es viable la acción sea que el comprador o adjudicatario sean privados total o parcialmente de la posesión de la cosa o sufra una merma el derecho transmitido, por ejemplo, por la existencia de una servidumbre.

2.—En cuanto a la naturaleza del saneamiento es una misma en la venta y en las particiones. En primer lugar hace parte de la venta o la partición; lo que indica que existe aunque no se estipule. En segundo lugar es renunciable; pero para que valga la renuncia se requiere que se exprese concretamente la causa posible de perturbación. La mala fe deja sin efectos la renuncia.

3.—En ambas el saneamiento comprende dos etapas: la de la denuncia de la acción introducida por un tercero para que el transmitente o transmitentes salgan a la defensa; y en caso de evicción, la obligación de indemnizar el valor del derecho perdido o su menoscabo.

4.—En ambas la prescripción obedece a unas mismas reglas.

II.—Diferencias. En la venta existe el saneamiento del derecho transmitido y de los vicios redhibitorios; en la partición sólo existe el saneamiento del derecho o saneamiento por evicción.

En la venta se dan reglas precisas sobre lo que comprende la obligación de indemnizar en caso de evicción. En la partición la ley guarda silencio. Mas es imposible aplicar a la partición todas estas reglas. "Los copartícipes se garantizan sólo la igualdad en el acto partitivo, y esta idea, fundamento de la acción debe resonar en sus consecuencias, y por ende, la obligación de sanear debe reducirse al precio que la cosa tenía al momento de partir, y nada más" (Carrizosa, ob. cit., p. 490-491).

570.—B)—La adjudicación de los créditos y deudas tiene carácter atributivo.—En la legislación colombiana a semejanza de lo que sucede en las legislaciones de Francia y Argentina, se presenta una manifiesta contradicción entre estos dos textos legales: el 1411 que predica la división de plano de las deudas hereditarias entre los herederos a prorrata de sus cuotas, y el 1401 que declara que la partición tiene efecto declarativo. En la legislación francesa se presenta el mismo problema entre los artículos 1220 y 883; en la argentina entre los artículos 3509 y 3503.

Efectivamente: si de plano las deudas se dividen entre los herederos desde el momento de la apertura de la sucesión, tendríamos que al hacer mediante la partición su adjudicación a un heredero atribuyéndole el lote o hijuela de gastos y deudas, dicha adjudicación al tener efecto declarativo se retrotraería al momento de la apertura de la sucesión; caso en el cual sobraría el art. 1411 y el principio de la división de las deudas; o bien no podría hacerse una adjudicación semejante, caso más grave aún, pues los acreedores quedarían desamparados al obligárseles en todos los eventos a dirigir sus acciones contra cada heredero por la parte que le pueda corresponder en la deuda. Diferentes teorías se han expuesto entre los autores para resolver el conflicto planteado (Cons. Rébora, ob. cit., I, p. 365 s.); pero la única que resuelve en forma satisfactoria el problema es la que considera que los efectos normales de una partición son translativos o atributivos; que la adjudicación de las deudas tiene esencialmente dicho carácter.

Las dos disposiciones legales —1411 y 1401— se aplican sucesivamente. El artículo 1411 regula todo el período de la indivisión hereditaria; el 1401 se aplica sin efecto retroactivo. En una palabra la adjudicación de las deudas no puede tener carácter declarativo, sino atributivo.

El artículo 1411 se aplica antes de verificarse la partición; y persigue el evitar que un acreedor hereditario cobre de uno solo de los herederos todo el crédito; también para que cada heredero procure ir cancelando dichas deudas. También para que el heredero pueda compensar en parte la deuda hereditaria que se le cobra con el crédito que tiene a su favor del deudor hereditario.

Pero a partir de la partición las relaciones entre los herederos y los acreedores hereditarios se rige por las adjudicaciones de los créditos y deudas hechas por el partidor. “La partición, en tanto recae sobre los créditos, no es declarativa, sino simplemente atributiva” (Josserand, III, p. 742).

CAPITULO QUINTO

Reforma, nulidad y rescisión de la partición

571.—Aparentemente la partición es un acto unilateral; ya sea la hecha por el causante, ya la hecha por un partidor que nombran los interesados de común acuerdo o en su defecto el Juez. Sin embargo, es necesario escudriñar más a fondo la verdadera naturaleza de una partición. Es un acto unilateral en el sentido de que proviene de una sola voluntad; pero un acto unilatral que define intereses colectivos contractuales, es decir, intereses encontrados de varios. Bien podemos suponer que la partición sea hecha de común acuerdo por los mismos asignatarios. En este caso se realizan varias convenciones onerosas: cada asignatario conviene en tomar determinados bienes a buena cuenta de su derecho abstracto de cuota y hacer abandono de su derecho sobre los demás bienes. En consecuencia existen tantas convenciones como herederos haya. Estas convenciones son verdaderos contratos realizados a título oneroso: cada heredero mira lo que recibe como equivalente a lo que abandona.

Es precisamente la dificultad que suele presentarse en que los herederos por sí mismos procedan a concluir esta serie de contratos onerosos para dar fin a la comunidad hereditaria, lo que hace necesaria la intervención de un tercero. Este tercero o partidor es un verdadero mandatario de cada uno de los herederos. Mandatario convencional cuando de común acuerdo es nombrado por los asignatarios; mandatario judicial cuando es nombrado por el Juez; mandatario testamentario cuando es nombrado por el causante; mandatario legal cuando entre los asignatarios uno o varios son incapaces; pero mandatario en todo caso. No es un árbitro, pues no va a decidir controversia jurídica alguna; simplemente va a concluir una serie de contratos en representación de los propios asignatarios.

La representación o apoderamiento del partidor encuentra su reglamentación en la propia ley o en el común acuerdo de los interesados. Es, por tanto, un mandatario de naturaleza especial.

En consecuencia: la partición es irregular, cuando el partidor no obedece las instrucciones indicadas por la ley y cuando su voluntad incurre en un vicio del consentimiento (error, dolo, violencia, lesión).

572.—I.—Irregularidades que hacen relación a la partición en sí misma considerada.—Las sanciones para las irregularidades en una partición son de dos órdenes: unas que generan la nulidad y otras que fundamentan una objeción por parte de los herederos.

1.—Las primeras hacen relación en forma especial a las condiciones que debe reunir el partidor. Son nulas: a) Las particiones hechas por uno de los coasignatarios cuando la ley prohíbe que lo sean, por ejemplo, cuando correspondiendo al Juez nombrarlo por no estar de acuerdo los interesados; b) Cuando habiendo incapaces el nombramiento de partidor no es aprobado por el Juez; c) Cuando entre los partícipes hay incapaces indebidamente representados (cas. civ., julio 30 de 1920, XXVIII, 99).

2.—Otras irregularidades fundamentan el derecho de objetar la partición de que ya se habló.

573.—Nulidad de la partición por vicios del consentimiento. El partidor puede incurrir en un vicio del consentimiento: error, dolo, violencia y lesión.

Conforme al artículo 1405 del código, las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. Si bien es verdad que en éstos excepcionalmente se contempla la lesión en lo relativo a particiones en forma expresa la reglamenta la ley.

574.—A) Nulidad de la partición por error.—El Código de Napoleón excluye el error como vicio del consentimiento en la partición; lo excluye con justa razón por cuanto los casos de error en esa legislación se sancionan con medidas diferentes. Vamos a indagar si en nuestra legislación se justifica la anulación de una partición por error. Para ello debemos contemplar las diferentes clases de errores posibles en una partición.

575.—1) Error sobre los bienes que deben repartirse o error sobre la masa partible.—En dos ocasiones puede incurrir el partidor en un error sobre los bienes que debe repartir: adjudicando bienes que no pertenecían a la masa partible o dejando de adjudicar bienes que pertenecen a dicha masa.

a) Cuando adjudica bienes en la creencia que eran hereditarios en estricta verdad el error no es del partidor sino del denunciante de bienes en la diligencia de inventarios y avalúos. Por tal motivo en ningún caso se organiza la sanción de nulidad para un caso semejante. El heredero adjudicatario no necesita anular la partición; la ley pone en sus manos la acción de saneamiento que debe dirigir contra sus copartícipes.

b) Cuando deja de adjudicar bienes hereditarios en la creencia de que pertenecían a terceros, tampoco se organiza la nulidad, pues el 1406 del código establece que el haber omitido involuntariamente algunos objetos, no será motivo para rescindir la partición. Aquella en que se hubiere omitido se continuará después, dividiéndolos entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos.

576.—2) Error sobre el número e identidad de los adjudicatarios.—El partidor puede haber omitido a uno de los herederos reconocido judicialmente o puede haber incluido a otro no reconocido formalmente. Sólo en estos casos cabe hablarse de error en la partición; porque no lo es cuando un heredero es preterido por no haberse hecho reconocer su carácter de tal en el respectivo juicio de sucesión o cuando ilegalmente el Juez reconoció dicha calidad a quien no la tenía.

El heredero olvidado por el partidor tiene a su favor la acción de reforma de la partición; ya objetándola en el término del traslado, ya pidiendo esa reforma posteriormente para que los demás coasignatarios le completen con bienes su cuota hereditaria.

En cuanto al heredero que no se hizo presente y por tanto fue preterido, tiene la acción de petición de herencia.

En cuanto al que fue reconocido como heredero sin serlo, los demás herederos tienen acción para impugnar dicho reconocimiento; si triunfan, el vencido debe devolver los bienes recibidos, los que se reparten entre los vencedores, siguiendo el criterio indicado por el 1406 del código.

577.—3) Jurisprudencia sobre la teoría del error en las particiones.—La Corte Suprema decidió que el hecho de hacer figurar a una persona como heredera sin serla, no fundamentaba la anulación del acto partitivo. No se trata de un error *in negotio* del que habla la primera parte del artículo 1510 del código.

Igualmente la circunstancia de incluir bienes ajenos como hereditarios, no fundamenta la anulación de la partición por un error *in corpore* (cas. civ., febr. 28 de 1936, XLIII, p. 535).

4) Finalmente, en cuanto al error que puede recaer sobre el avalúo de los bienes hereditarios, la ley organiza para caso semejante la acción rescisoria por lesión.

De donde cabe concluir que en el derecho colombiano no tiene ningún interés práctico la teoría del error como causal de nulidad; la ley lo contempla pero lo sanciona con acciones diferentes.

578.—B). Rescisión de la partición por lesión.—Ningún problema se presenta con el dolo y la violencia en donde se aplican las reglas generales expuestas.

La rescisión por lesión se otorga a quien ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota. La lesión en las particiones guarda semejanzas con la lesión en la compraventa; pero también existen diferencias.

1) En la venta y en la partición se toma en cuenta sólo la denominada lesión enorme. En la mayor parte de las legisla-

ciones extranjeras (Francia, España, Italia, etc.) constituye lesión el haber sido perjudicado un heredero en más de la cuarta parte de la cuota que le corresponde; nuestra legislación siguió el criterio tradicionalmente predicado para la venta.

2) Se diferencian en que en la venta la lesión sólo se contempla en relación con los inmuebles no teniendo cabida para los muebles; en la partición, en cambio, la lesión vale para toda adjudicación sea de muebles o inmuebles.

579.—Condiciones de la rescisión por lesión.—a) Para precisar si existe lesión o no en la adjudicación de determinados bienes es necesario tener en cuenta su valor en el momento de la partición; b) Es necesario relacionar dicho valor con el valor total de todos los bienes hereditarios.

Así, si una herencia que vale comercialmente \$ 180.000,00, y debe repartirse integralmente entre cuatro hijos legítimos por partes iguales, habrá lesión para un heredero si se le adjudica un inmueble avaluado por los peritos en la suma de \$ 20.000,00, cuando en realidad vale \$ 45.000,00. De donde se desprende que la lesión rara vez se presentará en el error que cometa un partidor de hacer mal sus cálculos numéricos; sino en la circunstancia del avalúo dado a los bienes hereditarios por los peritos.

580.—Cómo puede atajarse la rescisión por lesión.—Si uno de los herederos triunfare en el ejercicio de la acción rescisoria el Juez ordenará un nuevo trabajo de partición. Pero podrán los otros partícipes oponerse a tal rescisión ofreciendo al vencedor y asegurándole el suplemento de su porción en numérico (art. 1407 del c. c.).

581.—Quiénes pueden ejercitar la acción de nulidad o rescisión.—1) La nulidad por violencia o dolo es relativa, luego sólo puede ser solicitada por los directamente interesados, es decir, los adjudicatarios; 2) La nulidad absoluta puede ser alegada por todo el que justifique un interés en su declaración; 3) Los legatarios pueden alegar la nulidad, pero no en nombre de la sucesión sino en su nombre personal (cas. civ., sept. 20 de 1920, XXVIII, 204).

4) No podrá intentar la acción de nulidad o rescisión el partícipe que haya enajenado su porción en todo o parte, salvo que la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo, de que le resulte perjuicio (art. 1408 del c. c.).

582.—Prescripción de la acción de nulidad o rescisión.—La acción de nulidad o de rescisión prescriben según las reglas generales (art. 1409 del c. c.).

Por tanto, la nulidad por vicios del consentimiento o la rescisión por lesión enorme, prescriben en cuatro años los que se cuenten siguiendo el mismo criterio que se sigue para los contratos.

Se extingue la acción de nulidad por confirmación según las reglas generales.

Finalmente, prescribe el artículo 1410, que el partícipe que no quisiere o pudiere intentar la acción de nulidad o rescisión, conservará los otros recursos legales que para ser indemnizado le correspondan. Así, la prescripción de la acción de nulidad no indica la prescripción de la acción de saneamiento.

Inversamente: cuando no se ha objetado un trabajo de partición o las objeciones propuestas no prosperaron, no indica que posteriormente no pueda pedirse la nulidad o la rescisión (cas. civ., abr. 20 de 1925, XXXI, 195).

QUINTA DIVISION

DONACIONES

CAPITULO PRIMERO

Reglas generales

583.—Todo el derecho hereditario se fundamenta en el título gratuito, es decir, en las donaciones. El causante es el donante; los herederos o legatarios, los donatarios. Efectivamente: el título gratuito supone que una persona se desprende de uno o varios elementos de su patrimonio a favor de otro; pero se desprende de ellos sin recibir nada en cambio; vale decir: se empobrece a favor de otro que se enriquece. La sucesión por causa de muerte presenta el máximo empobrecimiento para una persona; empobrecimiento que engendra una serie de enriquecimientos para las personas a quienes se transmiten los bienes hereditarios.

Pero no sólo es la muerte la única causa del título gratuito o donaciones; además, una persona puede empobrecerse voluntariamente en vida y enriquecer a otras. Estas son las donaciones irrevocables. Las otras son las donaciones por causa de muerte o donaciones **mortis causa**.

Las donaciones entre vivos debieran estudiarse al lado de los otros contratos entre vivos, como la compraventa, la permuta, el arrendamiento. Pero nuestro código siguiendo el plan del código de Napoleón las estudia al lado de las sucesiones por causa de muerte. Si desde algunos puntos de vista es inconveniente este plan, desde otros es favorable, pues nada más natural que estudiar en un solo libro todas las transmisiones patrimoniales a título gratuito. Sin embargo el código no sigue sobre el particular un sistema riguroso, pues algunos contratos a título gratuito son estudiados en otras partes como sucede con la constitución de los derechos reales de uso y habitación, con el comodato, la remisión, etc.

Las donaciones son, pues, de dos clases: donaciones por causa de muerte y donaciones entre vivos. Las primeras deben

revestir la forma testamentaria, a excepción de las que pueden hacerse los cónyuges: las segundas necesariamente han de constar en un acto entre vivos. Y siendo todo el testamento esencialmente revocable, dedúcese que ninguna donación por causa de muerte puede ser irrevocable; de ahí el motivo por el cual se las conozca con el nombre de "donaciones revocables". Las entre vivos siguen las reglas de los contratos de la misma naturaleza; no pueden revocarse por el acto unilateral de una sola de las partes; por tal motivo son irrevocables. Este el motivo por el cual se las conozca con el nombre de "donaciones irrevocables".

El código da ciertas reglas generales sobre las donaciones revocables en el capítulo 7º del título 4º del libro 3º; y en el mismo libro por el título 13 se reglamentan las donaciones irrevocables o donaciones entre vivos.

584.—Definición de las donaciones.—El artículo 1443 del código define las donaciones irrevocables así: "La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra que la acepta." Con ese mismo criterio pueden definirse las donaciones revocables diciendo que son aquellas en virtud de las cuales una persona transfiere a título gratuito y mediante la formalidad testamentaria una parte de sus bienes a otra.

Antes de precisar cada una de estas definiciones debemos analizar el elemento común que existe en ellas: el título gratuito.

Tradicionalmente se ha indicado un criterio objetivo de orden económico para diferenciar el título gratuito del oneroso. El título gratuito debe realizar voluntariamente el empobrecimiento en un patrimonio el cual es causa del enriquecimiento en otro; es decir, cuando una de las partes procura a otra una ventaja apreciable en dinero sin recibir nada en cambio. Ambos elementos se requieren para calificar un acto de donación. Tal es el criterio seguido por nuestro código en el artículo 1455: "No hay donación si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento; como cuando se da para que un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna utilidad apreciable en dinero."

Con este criterio económico es definida la donación en el artículo 516 del código alemán: una atribución patrimonial gratuita en virtud de la cual una de ella enriquece de su patrimonio a la otra. Mas el criterio objetivo de orden económico no ha sido mirado como el único. En verdad dos elementos deben acompañar conjuntamente a un acto para poderlo calificar de donación;

1.—Un elemento psicológico, el **animus donandi**. Motivo por el cual los empobrecimientos que produzcan enriquecimientos pero que no sean voluntarios no constituyen la donación.

2.—El elemento objetivo: un empobrecimiento que sea la causa de un enriquecimiento. Para precisar este elemento bastará verificar el estado de los patrimonios antes de la donación y una vez realizada; si uno de ellos aparece aumentado y el otro disminuído, hay donación; si uno aparece disminuído pero el otro no aparece aumentado, no hay donación; si uno aparece aumentado pero el otro no aparece disminuído, tampoco hay donación.

Estudiaremos sucesivamente las donaciones revocables y las irrevocables.

CAPITULO SEGUNDO

Donaciones revocables.

585.—Una persona puede donar condicionalmente: su donación debe producir plenos efectos a su muerte. Son las donaciones por causa de muerte o donaciones revocables.

El artículo 31 de la Ley 57 de 1887 prescribe que el otorgamiento de las donaciones revocables se sujeta a las reglas del artículo 1056. Y este texto legal dice 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 del testamento. La única excepción está indicada por las donaciones entre cónyuges, las que siempre son revocables. Por tal motivo debemos distinguir las donaciones revocables entre cónyuges de las demás donaciones de la misma especie.

586.—A) **Donaciones revocables entre cónyuges.**—El artículo 3º de la Ley 28 de 1932 establece que “son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial”.

Hoy día, según tuvimos ocasión de advertirlo (III-IV, Derecho de Familia.—El régimen económico matrimonial Nº 432), se presenta un problema de interpretación del citado artículo 3º de la Ley 28 en relación con los artículos 1195 y 1196 del código.

Efectivamente: el inciso 3º del 1195 prescribe que las donaciones de que no se otorgare instrumento alguno, valdrán como donaciones entre vivos, es decir, que serán irrevocables, en lo que fuere de derecho; “menos las que se hicieren entre cónyuges, que podrán siempre revocarse”. El inciso 3º del 1196

dice a su vez que las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables.

En pocas palabras: en el sistema del código los cónyuges podían hacerse donaciones revocables; en ningún caso irrevocables. Las que se hicieran con este último carácter valdrían como revocables. El artículo 3º de la Ley 28 de 1932 no prohibió las donaciones revocables entre cónyuges; se limitó a decir que las que se hagan con el carácter de irrevocables quedan atacadas de nulidad absoluta, es decir, que no valen siquiera como donaciones revocables.

Mas al artículo 3º de la Ley 28 no debe darse un alcance diferente al del sistema del código. En primer lugar porque no aparece la intención clara del legislador de derogar las reglas del código en materia de donaciones; en segundo lugar, porque no se ve qué motivo tuviera la nueva ley para modificar dicho sistema; la finalidad social perseguida por el artículo 3º de la Ley 28 fue la de proteger a los acreedores del marido o la mujer, evitar que uno de éstos haga transpasos simulados al otro.

Aceptando esta interpretación tenemos en resumen:

1º Los cónyuges sólo pueden hacerse donaciones revocables, es decir, donaciones que sólo se perfeccionan por la muerte;

2º Las donaciones que se hagan con el carácter de irrevocables no valen sino como revocables;

3º Dichas donaciones pueden hacerse siguiéndose las formalidades de las testamentarias; también pueden hacerse por un acto entre vivos.

587.—B) Las demás clases de donaciones revocables.—Invariablemente han de constar en un acto testamentario. Y en cuanto a la capacidad para donar y para recibir por causa de muerte, se aplican las mismas reglas que se necesitan para hacer legados por testamento o para recibir por el mismo (art. 1196 del c. c.).

Las donaciones revocables o testamentarias pueden revestir las mismas formas y clases de las asignaciones testamentarias. Pueden ser a título singular o a título universal.

588.—I.—Donaciones revocables a título singular.—Las donaciones revocables a título singular son legados anticipados, y se sujetan a las mismas reglas que los legados.

Recíprocamente, si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable (art. 1119 del c. c.).

Las donaciones revocables preferirán a los legados de que no se ha dado el goce a los legatarios en vida del testador, cuando los bienes que éste deja a su muerte no alcanzan a cubrirlos todos (art. 1200 del c. c.).

Sin embargo podrá el donatario de todos los bienes o de una cuota de él, ejercer los derechos de usufructuario sobre las especies que se le hubieren entregado (art. 1201 del c. c.).

589.—II.—Donaciones revocables a título universal.—La donación revocable de todos los bienes o de una cuota de ellos se mirará como una institución de heredero que sólo tendrá efecto desde la muerte del donante.

Sin embargo, podrá el donatario de todos los bienes o de una cuota de ellos ejercer los derechos de usufructuario sobre las especies que se le hubieren entregado (art. 1201 del c. c.).

590.—Donaciones irrevocables en donde el donante se reserva la facultad de revocarla.—Según el inciso 2º del art. 1195 “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, será necesario para que subsista después de la muerte del donante, que éste la haya confirmado expresamente en un acto testamentario; salvo que la donación sea del uno de los cónyuges al otro.”

Aquellas donaciones de que no se otorgue instrumento alguno, valdrán como donaciones entre vivos, en lo que fuere de derecho (art. 1195, inc. 2º).

591.—Donaciones revocables seguidas de la tradición de la cosa donada.—Estatuye el 1198 del código: “Por la donación revocable, seguida de la tradición de las cosas donadas, adquiere el donatario los derechos y contrae las obligaciones de usufructuario.

“Sin embargo, no estará sujeto a rendir la caución de conservación y restitución a que son obligados los usufructuarios, a no ser que lo exija el donante.”

592.—Revocación, caducidad y confirmación de las donaciones revocables.—1.—La revocación de una donación mortis causa puede ser expresa o tácita, de la misma manera que la revocación de las herencias o legados (art. 1204).

2.—Las donaciones revocables caducan por el mero hecho de morir el donatario antes que el donante (art. 1202 del c. c.).

3.—Las donaciones revocables se confirman y dan la propiedad del objeto donado, por el mero hecho de morir el donante sin haberlas revocado, y sin que haya sobrevenido en el donatario alguna causa de incapacidad o indignidad, bastante para invalidar una herencia o legado (art. 1203).

593.—Donaciones revocables a herederos y a extraños.—Si los el donante tuviere asignatarios forzosos, las donaciones revocables siguen esta suerte según se hagan a los asignatarios forzosos o a extraños:

1º Las donaciones revocables a los asignatarios forzosos se imputarán a su legítima rigurosa o a la cuarta de mejoras según las reglas ya expuestas.

2º Las donaciones revocables a extraños se imputarán a aquella parte de bienes de que el testador puede disponer libremente; en lo que sobrepasaren dicha parte no valdrán.

CAPITULO TERCERO

Donaciones irrevocables

Nº 1º.—Naturaleza y caracteres de la donación entre vivos

594.—La donación entre vivos es un contrato, pues se requiere el acuerdo de dos voluntades: la del donante y la del donatario. Desde este punto ha sido criticado el término “acto” empleado por el artículo 1443 del código; dicese que dicho término se usa en el sentido de acto unilateral y para contraponerlo al de contrato; parece efectivamente que los redactores del código de Napoleón emplearon el verdadero término de “contrato”, pero el mismo Napoleón lo encontró exorbitante y fue cambiado por el de “acto”.

La donación entre vivos es esencialmente un título traslativo de dominio a semejanza de lo que sucede con la venta. En la donación una persona se obliga a transmitir a otra el dominio sobre una cosa a título gratuito; en la venta y en la permuta una persona se obliga a transmitir el dominio a otra a título oneroso. La diferencia esencial entre la donación, por una parte, y la venta y la permuta, estriba en el título gratuito u oneroso.

Concluido el contrato de donación, las relaciones entre donante y donatario son de la misma naturaleza a las del vendedor y comprador una vez celebrada la venta. El donante queda obligado a transmitir el dominio al donatario. De manera que en toda donación entre vivos es preciso distinguir el contrato de la tradición, es decir, el título del modo, empleando los términos más usados. En cuanto a la tradición de la cosa donada se emplean exactamente las mismas reglas expuestas que gobiernan la tradición de la cosa vendida, de la cosa permutada, de la cosa aportada en propiedad a una sociedad, etc.

Desde este punto de vista es criticable la definición del artículo 1443 al decir que la donación entre vivos es un acto por el cual una persona “transfiere”; ha debido decirse simplemente: “La donación entre vivos es el contrato por el cual una persona se obliga a transferir... etc.”

595.—Apreciación del título gratuito en las donaciones irrevocables.—Nuestro código ha seguido de cerca el concepto ro-

manista sobre donaciones. Exige como el derecho romano dos elementos para que pueda hablarse de donación: 1º Que del del patrimonio del donante salga efectivamente un elemento patrimonial; 2º Que ese elemento patrimonial entre efectivamente al patrimonio del donatario y pueda apreciarse en dinero.

I.—La ley positiva es celosa en el sentido de exigir que sea del estado actual del patrimonio del donante de donde deba salir un elemento patrimonial. No son en consecuencia donaciones todas las renunciaciones a obtener ciertas ventajas si ella no se había involucrado al patrimonio.

1.—Conforme a la idea expuesta no dona quien repudia una herencia o legado, como tampoco quien no acepta una donación, aunque dicha repudiación o renuncia enriquezca el patrimonio de otro u otros (art. 1451 del c. c.).

2.—Tampoco hay donación en el comodato de un objeto cualquiera, aunque su uso o foce acostumbre a darse en arriendo (art. 1452 del c. c.). Pero si hay donación cuando entregado un objeto en arriendo el arrendador condona al arrendatario los precios que se le deben, por cuanto dichos precios son ventajas patrimoniales que se encontraban dentro del patrimonio del donante.

3.—Por el mismo motivo no hay donación en el mutuo sin interés. Pero si la hay en la renuncia o condonación de los intereses corridos, cuando un capital fue colocado a interés (art. 1452, incs. 2º y 3º).

4.—Por el mismo motivo se establece que los servicios personales gratuitos no constituyen donación, aunque sean de aquellos que ordinariamente se pagan (art. 1453 del c. c.). Pero el trabajador que renuncia el cobro de los salarios vencidos hace una donación a su patrón.

5.—El 1454 establece: "No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca mientras está solvente el deudor; pero hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe." Tampoco hay donación en dejar de interrumpir la prescripción (art. 1456).

II.—El elemento patrimonial de que se desprende el donante debe entrar al patrimonio del donatario. "No hay donación si habiendo por una parte disminución del patrimonio, no hay por otra aumento; 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" (art. 1455 del c. c.).

III.—Finalmente, tanto el elemento patrimonial que sale efec-

tivamente del patrimonio del donante y entra al patrimonio del donatario debe ser susceptible de apreciarse en dinero.

No importa la clase de elemento patrimonial que sale de un patrimonio y entra a otro. Puede consistir en la transmisión del derecho de propiedad sobre una cosa; en la transmisión del derecho real de usufructo; en la constitución de una servidumbre predial, dada la circunstancia de que un gravamen de esta naturaleza empobrece pecuniariamente el patrimonio del predio sirviente y enriquece el del predio dominante; en la renuncia de un usufructo o servidumbre; en la constitución de un crédito o remisión del mismo.

No hay donación, en cambio, en el pago de una obligación natural.

Por el motivo enunciado no constituye donación la renuncia a favor de otro de ciertas ventajas morales no apreciables en dinero, por ejemplo la autorización para que una persona use un apellido que no le corresponde.

Nº 2º—Condiciones de fondo para la validez de las donaciones

596.—I.—Capacidad para donar.—En este sentido la capacidad para donar entre vivos es diferente a la requerida para donar por causa de muerte. Es capaz para donar *mortis causa* quien tiene capacidad para hacer testamento; es capaz para donar entre vivos quien goza de la capacidad de derecho común para ejercer sus derechos, especialmente para contratar. Esta es la razón de ser de los artículos 1444 y 1445 del código: “Es hábil para donar entre vivos toda persona que la ley no haya declarado inhábil.” “Son inhábiles para donar los que no tienen la libre administración de sus bienes; salvo en los casos y con los requisitos que las leyes prescriben.”

Lo que equivale a decir: son capaces para donar los mayores de veintiún años; incapaces los menores de veintiuno, y los interdictos judicialmente. Si hace una donación entre vivos el menor adulto, su acto quedará atacado de nulidad relativa; si la hace un impúber el acto quedará atacado de nulidad absoluta.

597.—Capacidad para recibir una donación.—Según el 1446 “Es capaz de recibir entre vivos toda persona que la ley no ha declarado incapaz.” El 1447 establece: “No puede hacerse una donación entre vivos a una persona que no exista en el momento de la donación.

“Si se dona bajo condición suspensiva, será también necesario existir al tiempo de cumplirse la condición, salvo las excepciones indicadas en los incisos 3º y 4º del artículo 1019.” Estos incisos establecen que son capaces de recibir una asignación

testamentaria las personas que se espera lleguen a existir a condición de que existieren dentro de los veinte años siguientes; e igualmente se prescribe por los citados incisos la validez de las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante aunque no existan en el momento de hacerse la donación.

El 1448 establecía que las incapacidades para recibir herencias o legados, según el artículo 1021, se extienden a las donaciones entre vivos. El 1021 prescribía que las comunidades, corporaciones, asociaciones y entidades religiosas no tenían capacidad para recibir bienes por causa de muerte, aunque tuviesen el carácter de personas jurídicas. Pero tuvimos ocasión de advertir que el 1021 había sido derogado por el artículo 27 de la Ley 57 de 1887; lo que da por resultado que también el 1448 se encuentra derogado.

Finalmente, el 1449 crea una incapacidad para recibir donación al curador del donante, antes que haya exhibido las cuentas de la curaduría y pagado el saldo, si lo hubiere en su contra.

598.—II.—Del consentimiento en las donaciones entre vivos.

a) La donación entre vivos es un contrato; necesita, pues, el acuerdo pleno de dos voluntades, es decir, el consentimiento de dos voluntades, es decir, el consentimiento del donante y el donatario.

Al hablar de los contratos en general, advertimos que las simples ofertas en ciertas ocasiones tenían la virtud de vincular al oferente o por lo menos establecer en su contra la obligación de indemnizar los perjuicios por un retiro injustificado de la oferta. Bien: el contrato de donación entre vivos constituye una manifiesta excepción a la regla dicha; el artículo 1469 del código establece que “mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio”.

Dos condiciones se requieren conforme al texto legal transcrito para el perfeccionamiento del contrato de donación: 1) La simple oferta no es suficiente; se requiere la aceptación del donatario; 2) Sólo hay aceptación cuando ésta llega al conocimiento del oferente.

b) Otra calidad del consentimiento en las donaciones entre vivos es la de que debe ser siempre expreso. El 1450 establece: “La donación entre vivos no se presume sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes.”

En cuanto a la aceptación dice el 1468: “Nadie puede aceptar sino por sí mismo o por medio de una persona que tuviere poder especial suyo al intento, o poder general para la administración de sus bienes, o por medio de su representante legal.

“Pero bien podrá aceptar por el donatario, sin poder general, cualquier ascendiente o descendiente legítimo suyo, con tal que sea capaz de contratar y de obligarse.”

En cuanto a la oferta de donación, también puede proponerse mediante apoderado según las reglas generales. Un poder general para administrar no sirve de apoderamiento para donar; se requerirá siempre un poder especial.

599.—El 491 del código regula lo relativo a las donaciones de los representantes legales (tutores y curadores): a) No se puede hacer donación de los bienes raíces del pupilo, aun con previo decreto judicial; b) Sólo con previo decreto judicial podrá hacerse donación en dinero u otros bienes del pupilo, y no las autorizará el Juez 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 menoscabo importante los capitales productivos; c) Los gastos de poco valor para objetos de caridad o de lícita recreación, no están sujetos a la precedente prohibición. El 492 da una regla innecesaria al decir que la remisión gratuita de un derecho se sujeta a las reglas de la donación.

El inciso final del 1468 prescribe que las reglas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de herencias y legados, se extienden a las donaciones. Dichas reglas son en síntesis:

1) Todo donatario puede aceptar o repudiar libremente (art. 1282 del c. c.). No se puede aceptar o repudiar condicionalmente, ni hasta o desde cierto día (art. 1284 del c. c.).

2) No se puede aceptar una parte o cuota de la donación y repudiar el resto. En las donaciones entre vivos no se aplica el derecho de transmisión de que trata el artículo 1014 del código (art. 1472 del c. c.). Por esta circunstancia el artículo 1286 no puede aplicarse integralmente a las donaciones.

3) En caso de varias donaciones conjuntas, se puede aceptar una y repudiar otra; pero no se podrá repudiar la donación gravada y aceptar las otras, a menos que se defiera separadamente.

4) El donatario que vende, dona o transfiere, de cualquier modo, a otra persona el objeto que se le ha donado, se entiende que acepta.

5) El donatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia se entenderá que repudia (art. 1290 del c. c.).

6) La aceptación, una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por dolo o fuerza (art. 1291 del c. c.).

7) Los que no tienen la libre administración de sus bienes, es decir, los incapaces, no pueden repudiar una donación a tí-

tulo universal, ni una donación de bienes raíces o de bienes muebles que valgan más de mil pesos, sin autorización judicial, con conocimiento de causa (art. 1293 del c. c.).

8) Los acreedores del donatario, que repudia, podrán ser autorizados por el Juez para sustituirse a un deudor que así lo hace hasta concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero (art. 1451 del c. c.).

600.—De la aceptación en las donaciones fiduciarias.—Las donaciones con cargo de restituir a un tercero, se hacen irrevocables en virtud de la aceptación del fiduciario, con arreglo al artículo 1468.

El fideicomisario no se halla en el caso de aceptar hasta el momento de la restitución; pero podrá repudiar antes de ese momento (art. 1470 del c. c.).

Aceptada la donación por el fiduciario y notificada la aceptación del donante, podrán los dos, de común acuerdo, hacer en el fideicomiso las alteraciones que quieran, sustituir un fideicomisario a otro, y aun revocar el fideicomiso enteramente, sin que pueda oponerse a ello el fideicomisario.

Se procederá, para alterar en estos términos la donación, como si se tratase de un acto enteramente nuevo (artículo 1471 del c. c.).

601.—III.—El objeto y la causa.—El objeto de las donaciones entre vivos es de naturaleza semejante al de las asignaciones testamentarias. Ese objeto puede ser de cosas singulares o de todo el patrimonio o una cuota; es decir, que las donaciones pueden serlo a título singular o universal.

Y en general las mismas modalidades que pueden afectar el objeto de una donación.

La teoría de la causa en las donaciones juega su papel normal; siendo de advertir que la causa impulsiva o determinante adquiere una importancia mayor en la organización de los contratos a título gratuito.

Nº 3º.—Formalidades y distintas clases de donaciones.

602.—Donaciones a título universal y a título singular.—Hemos puesto de presente que por acto entre vivos sólo existen transmisiones a título singular; que las transmisiones de los bienes a título universal, es decir, de todo el patrimonio o de una cuota de él sólo se da en la sucesión por causa de muerte.

Sin embargo, en las donaciones entre vivos se contemplan ambas clases de títulos (art. 1464 del c. c.); aunque el título universal se desvirtúa notablemente.

603.—I.—Formalidades de una donación a título universal,

Ya se trate de todos los bienes del donante, ya de una cuota de ellos, la validez de esta clase de donaciones exige estas formalidades: 1) La insinuación; 2) La escritura pública; 3) Un inventario solemne.

1.—Se entiende por insinuación la autorización del Juez competente solicitada por el donante o donatario.

El Juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal (art. 1458 del c. c., incs. 1º y 2º).

No importa la cuantía de los bienes que se donan; toda donación a título universal, sea de todos los bienes o de una cuota de ellos, requiere la insinuación.

2.—Haya o no haya inmuebles en la donación a título universal se requiere la formalidad de la escritura pública. Si existen inmuebles debe inscribirse en la respectiva oficina de registro público de la ubicación de los inmuebles.

3.—Sin inventario solemne de los bienes que se donan a título universal no vale la donación (art. 1464 del c. c.). Este requisito ha hecho pensar a muchos autores que las donaciones a título universal en sí mismas carecen de valor: o mejor, que no están autorizadas en nuestra legislación. Por cuanto sólo tiene valor la donación respecto a los bienes que se relacionen como cuerpos ciertos en el inventario. Además, según el 1464 “si se omitiere alguna parte de los bienes en este inventario, se entenderá que el donante se los reserva, y no tendrá el donatario ningún derecho a reclamarlos”.

Empero es necesario no extremar las ideas; justamente toda asignación testamentaria a título universal se compone de cuerpos ciertos; lo único es que en ellas no se requiere el inventario riguroso de todos los bienes. Y es un hecho indiscutible que una persona puede hacer el reparto de todos sus bienes, vale decir, de su patrimonio mediante donaciones entre vivos, a condición de que enumere el estado de su patrimonio en el momento de las donaciones; dicho reparto puede hacerse a favor de los hijos, por ejemplo. Entre hacer dicho reparto por testamento o por donaciones entre vivos, bien poca diferencia práctica existe. Una es preciso hacer resaltar no obstante: en el testamento mediante asignaciones a título universal se puede disponer no sólo de los bienes presentes sino también de los que se adquieran en el futuro; en las donaciones entre vivos no: sólo se puede disponer de los bienes presentes. Sobre el particular prescribe el artículo 1466 que las donaciones a título universal no se extenderán a los bienes futuros del donante aunque éste disponga lo contrario.

604.—Según el 1465 del código el que hace una donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia; y si omitiere hacerlo podrá en todo tiempo obli-

gar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a este efecto, a título de propiedad o de usufructo vitalicio, lo que se estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados.

605.—Donaciones a título singular. Sus formalidades.—Estas donaciones son de la misma naturaleza que los legados: comprenden cuerpos ciertos.

606.—1.—Donaciones de bienes inmuebles.—Estas donaciones requieren estas formalidades: a) Escritura pública e inscripción en el respectivo registro de instrumentos públicos (art. 1457 del c. c.). Se mira como una donación de esta clase la remisión de una deuda consistente en un bien inmueble, por ejemplo, cuando el comprador renuncia a exigir el inmueble que ha comprado al vendedor (art. 1457, inc. 2º). b) Si el valor del inmueble fuere superior a dos mil pesos se requiere la insinuación, es decir, la autorización judicial del Juez competente.

607.—2.—Donaciones de bienes muebles.—Toda donación entre vivos cuyo valor sea superior a dos mil pesos requiere la insinuación. Si no se llenare este requisito la donación tendrá valor hasta concurrencia de esta suma; será nula en el exceso (art. 1458 del c. c.). En una palabra: las únicas donaciones entre vivos desprovistas de toda formalidad son las de bienes muebles cuyo valor no es superior a dos mil pesos.

608.—3.—Donaciones de rentas o pensiones periódicas.—Cuando lo que se dona es el derecho de percibir una cantidad periódicamente, será necesaria la insinuación, siempre que la suma de las cantidades que han de percibirse en un decenio excediere de dos mil pesos (art. 1459 del c. c.).

609.—4.—Donaciones a plazo o bajo condición.—No producirán efecto alguno, si no constare por escritura privada o pública en que exprese la condición o plazo; y serán necesarias en ellas la escritura pública y la insinuación e inscripción en los mismos términos que las donaciones de presentes (art. 1460 del c. c.).

610.—5.—Donaciones con causa onerosa.—Las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abrace una carrera o estado, o a título de dote, o por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa; y no siendo así se considerarán como donaciones gratuitas.

Si su valor excediere a dos mil pesos, será necesaria, además, la insinuación; si consistieren en rentas periódicas, será necesaria la insinuación, siempre que la suma de las cantidades que han de percibirse en un decenio excediere a la mencionada suma (art. 1461 del c. c.).

611.—6.—Donaciones con gravamen.—Las donaciones en que se impone al donatario un gravamen pecuniario, o que pueden apreciarse en una suma determinada de dinero, no están sujetas a insinuación sino con descuento del gravamen (art. 1462 del c. c.).

612.—7.—Donaciones por causa de matrimonio.—Estas donaciones sólo exigen que consten en las capitulaciones matrimoniales, cualquiera que sea la clase o valor de las cosas donadas. No requieren insinuación (art. 1463 del c. c.).

613.—8.—Donaciones remuneratorias.—Por tales se entienden las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean los que suelen pagarse.

Si no constare por escritura privada o pública, según los casos, que la donación ha sido remuneratoria, o si en la escritura no se especificaren los servicios, la donación se entenderá gratuita (art. 1490 del c. c.).

Las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados, no son rescindibles ni revocables, y en cuanto excedan a este valor deberán insinuarse (art. 1491 del c. c.).

En todo lo demás las donaciones se sujetan a las formalidades de las donaciones entre vivos (art. 1493 del c. c.).

Nº 4º.—De las obligaciones del donante

614.—La donación entre vivos es un contrato de enajenación de la misma naturaleza que la venta, la permuta, el aporte a una sociedad, etc. Perfeccionado el contrato de donación, el donante adquiere la obligación de hacer tradición del dominio y la de entregar la cosa al donatario. Sin embargo, sobre este particular las obligaciones del donante se han estructurado sobre bases diferentes a las del vendedor. En una palabra: son diferentes las obligaciones del enajenante a título oneroso a las del enajenante a título gratuito.

I.—En primer lugar, el enajenante a título gratuito goza del beneficio de competencia cuando el donatario exige el cumplimiento de las obligaciones contraídas. El 1474 del código establece: “El donante de donación gratuita goza del beneficio de competencia en las acciones que contra él intente el donatario, sea para obligarle a cumplir una promesa o donación de futuro, sea demandando la entrega de las cosas que se le han donado de presente.”

Al estudiar las obligaciones dijimos que beneficio de competencia era el consistente en no obligar a ciertos deudores a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles, en conse-

cuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna (art. 1684 del c. c.).

Y según el N^o 5 del artículo 14 de la Ley 95 de 1890 goza de beneficio de competencia el donante en cuanto se trate de hacerle cumplir la donación prometida.

Importante aplicación podrá tener el beneficio de competencia cuando se trata de una donación de todos los bienes o de una parte considerable de ellos.

El 1684 del código hace consistir el beneficio de competencia en que al donante se dejen bienes que le garanticen una modesta subsistencia. Sin embargo, conforme al 1465 del mismo código, el que hace una donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia. De manera que al interpretar un poco exegéticamente los textos legales citados tendríamos que cuando se trata de donaciones de una cuota de los bienes o varios cuerpos ciertos, el donante sólo gozaría del beneficio de competencia por aquellos bienes que le sirvan para una "modesta subsistencia"; y que cuando se trate de donación de todos los bienes gozaría del beneficio por los bienes que le sirvan para una "congrua subsistencia". Estas dos clases de subsistencia pueden variar considerablemente. Parece más equitativo interpretar en una forma amplia el beneficio de competencia de que goza un donante y extenderlo siempre a aquellos bienes que le sirvan para una "congrua subsistencia."

II.—Una de las principales obligaciones del vendedor es la de garantizar al comprador un derecho sano y una cosa exenta de vicios redhibitorios. Bien: estas obligaciones por lo general no pesan sobre el donante. Según el 1479 "El donatario de donación gratuita no tiene acción de saneamiento, aun cuando la donación haya principiado por una promesa." Y según el 1480: "Las donaciones, con causa onerosa no dan acción de saneamiento por evicción, sino cuando el donante ha dado una cosa ajena a sabiendas.

"Con todo, si se ha impuesto al donatario gravámenes pecuniarios o apreciables en dinero, tendrá siempre derecho para que se le reintegre lo que haya invertido en cubrirlos, con los intereses corrientes, que no parecieren compensados por los frutos naturales y civiles de las cosas donadas.

"Cesa en lo tocante a este reintegro el beneficio de competencia del donante."

En cuanto a los vicios redhibitorios tampoco se compromete la responsabilidad del donante. Pero si la cosa donada lo fuere con causa onerosa y el vicio interno de la cosa la hiciere de un valor inferior al gravamen cumplido por el donatario, tendrá acción de indemnización de perjuicios conforme a lo prescrito

por el artículo 1480 del código. Solución pedida por elementales motivos de equidad.

En cuanto al donatario que sufre evicción de la cosa que le ha sido donada en remuneración de servicios de los que suelen pagarse, tendrá derecho a exigir el pago de los servicios que el donante propuso remunerarle con ella, en cuanto aparecieren haberse compensado por los frutos (art. 1492 del c. c.).

615.—Observación importante sobre saneamiento por evicción.—Es posible que el donante mediante donaciones entre vivos haya hecho un reparto de sus bienes a favor de sus legítimos forzosos, excluyendo así la forma testamentaria. En una palabra: puede tratarse de una partición realizada mediante actos entre vivos según tuvimos ocasión de exponer. En un caso semejante es necesario aplicar las reglas del saneamiento estudiadas para la partición; sólo que el obligado al saneamiento no es el donante, sino los donatarios entre sí.

Nº 5º—Obligaciones y responsabilidad de los donatarios

616.—A) De las obligaciones del donatario.—En todos los casos en que el donatario se hubiere impuesto una carga u obligación (donaciones con causa onerosa) deberá cumplir la carga u obligación en los mismos términos en que debe cumplirse cualquier obligación.

Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, tendrá derecho el donante o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación.

En este segundo caso será considerado el donatario como poseedor de mala fe para la restitución de las cosas donadas y los frutos, siempre que sin causa grave hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta.

Se abonará al donatario lo que haya invertido hasta entonces en desempeño de su obligación y de que se aprovechara el donante (art. 1483).

En una palabra se aplica el derecho común.

La resolución de la donación, denominada de rescisión por el código en tratándose de donaciones, prescribe en cuatro años contados desde el día en que el donatario haya sido constituido en mora de cumplir la obligación impuesta (art. 1484 del c. c.).

Pero la acción tendiente a obligar al donatario a que ejecute la carga de la donación prescribe según las reglas generales.

617.—B) Responsabilidad del donatario en razón de las deudas del donante.—Es preciso distinguir según se trate de una donación a título universal o a título singular.

I.—En las donaciones a título universal el donatario adquiere la obligación de pagar las deudas del donante (art. 1475 del c. c.). Lo cual es apenas lógico, pues, sucede al donante no en determinados bienes, sino en su patrimonio o una cuota de él. Lo cual indica que los acreedores del donante podrán enderezar sus acciones de persecución sobre los bienes que queden al donante o sobre los del donatario. Se realiza una sucesión de deudas de naturaleza parecida a la que se realiza respecto a los herederos respecto al causante. Sin embargo la responsabilidad de los donatarios a título universal se limita en el sentido de que en ningún caso responden con sus bienes propios sino únicamente hasta concurrencia del valor de los que recibieren; o lo que es lo mismo, las donaciones a título universal se aceptan con beneficio de inventario (art. 1478 del c. c.). El valor de las cosas donadas a efectos de la responsabilidad del donatario debe constar por inventario solemne o por otro instrumento auténtico.

Los acreedores, pues, pueden perseguir el pago de sus acreencias de donante o del donatario. Pero sólo podrán perseguir al donatario cuando lo han reconocido como deudor, aceptando un pagaré, prenda, hipoteca o fianza del dicho donatario, o un pago parcial de la deuda (art. 1476 del c. c. y 1437 Nº 1º).

Conforme al 1475 la responsabilidad del donatario a título universal sólo se extiende a 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.

II.—En las donaciones a título singular el donatario no adquiere responsabilidad alguna respecto a las deudas del donante. Pero en una de estas donaciones puede imponerse al donatario el gravamen de pagar las deudas del donante, con tal que se exprese una suma determinada hasta la cual se extienda el gravamen. Los acreedores, sin embargo, conservarán sus acciones contra el primitivo deudor; también podrán ejercerlas contra el donatario. Pero si aceptan al último como deudor en las mismas condiciones que puedan aceptar como deudor exclusivo al donatario a título universal, entonces no podrán perseguir al primitivo deudor, es decir, al donante (art. 1477 del c. c.). El donatario de cosa singular en ningún caso responderá más allá del valor de las cosas que recibe (art. 1478 del c. c., inc. 2º).

Nº 6º.—Nulidad, resolución, rescisión y revocación de las donaciones entre vivos

618.—Estos cuatro términos representan cosas diferentes. 1º La nulidad indica una irregularidad en el contrato de donación: la falta de alguna de las formalidades prescritas para su validez,

un vicio del consentimiento, una causa irreal o ilícita, un objeto de la misma naturaleza. Decretada la nulidad viene el restablecimiento del estado anterior en su totalidad. 2º La resolución debe tener en materia de donaciones entre vivos el mismo sentido que tiene en los contratos. Así, que el fenómeno contemplado por el artículo 1483 con el nombre de rescisión, debe denominarse "resolución"; efectivamente, dicho texto legal no otra cosa es sino una aplicación al contrato de donación de la condición resolutoria tácita del artículo 1546 del código. El artículo 1481 en términos aceptables contempla un caso de resolución de la donación: "La donación entre vivos no es resoluble porque después de ella le hayan nacido al donante uno o más hijos legítimos, a menos que esta condición resolutoria se haya expresado en escritura pública de la donación." 3º El término de rescisión tendremos que emplearlo para indicar los casos en que sin ser nula la donación, ni resoluble conforme a las reglas generales, no obstante es necesario tenerla sin efecto en todo o en parte por constituir una lesión a las legítimas forzosas. 4º Finalmente, el código contempla un caso de revocación de la donación en virtud de la declaración unilateral de la voluntad del donante.

Retendremos nuestra atención sobre los fenómenos de la rescisión y la revocación.

619.—A) Rescisión de las donaciones entre vivos.—Nosotros ya tuvimos ocasión de contemplar el fenómeno de la reducción de las donaciones entre vivos en los casos en que se lesionan las asignaciones forzosas. El artículo 1482 del código prescribe: "Son rescindibles las donaciones en el caso del artículo 1245." Este texto legal se refiere al caso en que el donante mediante donaciones entre vivos o extraños o a los mismos asignatarios lesiona la asignación forzosa de un legítimo.

I.—Podemos contemplar una primera hipótesis en que se lesiona ya la mitad legitimaria, ya la cuarta de mejoras cuando existen titulares de dicha cuarta, mediante donaciones entre vivos a extraños. Como cuando el donante hizo en vida donaciones por valor de \$ 100.000.00 a extraños; al morir deja un patrimonio de \$ 100.000.00 el que ha de repartirse según las reglas del primer orden hereditario. Al acumular previamente las donaciones a extraños al acervo dejado por el causante tenemos que la mitad legitimaria fue respetada pero no la cuarta de mejoras (\$ 50.000.00); en este evento las donaciones deben reducirse en tal forma que la cuarta de mejoras quede entre los titulares de ella.

II.—Una segunda hipótesis puede ser aquella en donde mediante donaciones entre vivos a los mismos legítimos se menoscaba concretamente la legítima rigorosa de uno de ellos.

III.—Bien: en la primera hipótesis se da aplicación al citado artículo 1245: los legitimarios tienen derecho para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo contra los donatarios en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes. Debe tenerse en cuenta, además, que la insolvencia de un donatario no gravará a los otros.

En la segunda hipótesis se aplica un procedimiento diferente: se escudriña que legitimarios llevan excesivamente cuotas superiores a su legítima efectiva y se rebajan hasta completar la legítima a que tiene derecho el legitimario lesionado.

620.—B) Revocación de las donaciones.—Según el artículo 1485 “La donación entre vivos puede revocarse por ingratitud.

“Se entiende por acto de ingratitud cualquier hecho ofensivo del donatario que le hiciere indigno de heredar al donante.”

“En la restitución a que fuere obligado el donatario por causa de ingratitud, establece el 1486, será considerado como poseedor de mala fe desde la perpetración del hecho ofensivo que ha dado lugar a la revocación.”

Según el 1487 la acción revocatoria 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, o que el hecho ofensivo haya producido la muerte del donante o ejecutándose después de ella.

En estos casos la acción revocatoria se transmitirá a los herederos.

Finalmente, conforme al 1488 “Cuando el donante por haber perdido el juicio, o por otro impedimento, se hallare imposibilitado de intentar la acción que se le concede por el artículo 1485, podrán ejercerla a su nombre mientras viva, y dentro del plazo señalado en el artículo anterior, no sólo su guardador, sino cualquiera de sus descendientes o ascendientes legítimos o sus cónyuges.”

621.—Las acciones anteriores frente a terceros.—En este particular se tiene en cuenta la buena fe de los terceros, contra esta clase de terceros no procede la acción para que se cancelen los gravámenes que el donatario ha constituido o se invaliden las enajenaciones hechas.

1) En cuanto a las donaciones de cosas muebles que no consten en escritura, en ningún caso los terceros adquirentes del dominio o algún otro derecho real sobre la cosa donada, serán obligados a restituir la cosa o tolerar la extinción del gravamen, salvo que se acredite que tenían conocimiento de la ac-

ción de nulidad que afectaba el contrato de donación o la rescisión del mismo.

2) En cuanto a la donación de inmuebles o de cosas que se ha hecho constar en escritura pública inscrita en el competente registro si no se hizo constar ninguna condición resolutoria, ni aparece la prohibición de enajenar las cosas, los derechos adquiridos por terceros serán respetados (art. 1489, Nº 1º).

3) Los derechos de terceros serán perjudicados si la enajenación o gravamen se realizó cuando la respectiva acción había sido introducida ante los jueces y de ello tuvo conocimiento el tercero (art. 1489, Nº 3º).

4) Igualmente serán perjudicados los derechos de terceros cuando antes de las enajenaciones o de la constitución de los derechos o gravámenes, se ha notificado a los terceros interesados que el donante u otra persona a su nombre se propone intentar la acción resolutoria, rescisoria o revocatoria contra el donatario (art. 1489, Nº 2º).

5) En los casos en que el donante no pudiese ejercer su acción contra terceros poseedores o pudiéndolo hacer no quisiere, podrá exigir al donatario el precio de las cosas enajenadas, según el valor que hayan tenido a la fecha de la enajenación (art. 1489, inc. final).

INDICE GENERAL

PRIMERA DIVISION

LA HERENCIA

(Parte general del derecho hereditario o sucesorio)

	Págs.
1.—Transmisión de los derechos por causa de muerte	7
2.—Plan de estudio de la parte general	8

TITULO PRIMERO

La herencia considerada en sus elemento, en su sujeto
y fundamento

3.—Herencia y sucesión	9

Capítulo Primero.—Naturaleza jurídica de la herencia

4.—La herencia es una universalidad de derecho	9
5.—Los elementos patrimoniales que integran la herencia	10
6.—Algunas acciones que no tienen carácter patrimonial	11
7.—Utilidad de la construcción jurídica de la herencia como universalidad	12

Capítulo Segundo.—El sujeto o titular de la herencia

8.—Las personas llamadas a recibir la herencia	13
9.—I.—La determinación del sujeto de la herencia	13
0.—Una misma herencia puede dar lugar a la sucesión intestada ..	13
1.—II.—Noción del sujeto de la herencia	14
2.—Los herederos y distintas concepciones	14
3.—Noción del heredero en el derecho romano	14
4.—Las principales consecuencias de esta concepción del heredero ..	15
5.—La transformación del principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del causante	16
6.—La segunda concepción del heredero: continuador o sucesor en los bienes del causante	17

	Págs.
17.—Las críticas del principio de que el heredero es un continuador de la personalidad	18
18.—La concepción del heredero en la legislación positiva nacional	19
19.—Textos legales que se acomodan con el principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del difunto	19
20.—Textos legales que no se acomodan con el anterior principio ..	19
21.—Apreciación crítica del sistema colombiano	20
22.—La noción del legatario	21
23.—Conclusión sobre el sujeto de la herencia	21

Capítulo tercero.—Los fundamentos del derecho hereditario

24.—Las tres bases del derecho hereditario moderno	22
25.—La propiedad como fundamento del derecho hereditario	22
26.—La familia, otro de los fundamentos del derecho hereditario ...	23
27.—El principio de la autonomía de la voluntad	23
28.—La propiedad y la familia tienden a predominar como bases del derecho hereditario	24
29.—Críticas al derecho hereditario	24
30.—Otras críticas al derecho hereditario	26

TÍTULO SEGUNDO

De los requisitos para suceder

31.—Cuáles son los dos requisitos fundamentales	28

Capítulo primero.—La muerte del causante

32.—La muerte real por presunción	28
33.—La sucesión por causa de muerte presunta	29

Capítulo segundo.—Capacidad para ser sujeto de la herencia

34.—Regla general sobre la capacidad de goce de los derechos hereditarios	30
35.—El desarrollo de la regla y excepciones	31
36.—Sujetos de la herencia que no existen pero se espera existan ..	31
37.—Herencia del hijo póstumo y herencia de las personas que se espera que existan	32
38.—Asignaciones en premio de un servicio importante	32
39.—Herencias o legados bajo condición suspensiva	32
40.—Crítica de las asignaciones a personas futuras	32
41.—Herencias o legados a personas que han muerto	33
42.—Incapacidad para recibir una herencia o legado	34
43.—Incapacidades absolutas	34
44.—Incapacidades relativas	34
45.—Nulidad de la asignación hecha a una persona incapaz	35
46.—La incapacidad como excepción	36

Capítulo tercero.—De la indignidad

47.—La indignidad considerada como una pena	36
48.—Las causales de indignidad	37
49.—Primera causal de indignidad: el homicida del causante	37
50.—Segunda causal de indignidad: atentados graves	38
51.—Tercera causal de indignidad: consanguíneos que no socorrieron al causante	38
52.—Cuarta causal de indignidad: la fuerza o dolo	39
53.—Quinta causal de indignidad: ocultación del testamento	39
54.—Sexta causal de indignidad: artículo 1026	39
55.—Séptima causal de indignidad: artículo 1027	40
56.—Octava causal de indignidad: artículo 1028	41
57.—Novena y última causal de indignidad: art. 1029	41
58.—Otras causales de indignidad	41
59.—La indignidad debe ser declarada judicialmente	42
60.—Los efectos principales de la indignidad y su naturaleza	43
61.—Del perdón tácito de la indignidad	44
62.—De la purga de la indignidad	45

TITULO TERCERO**Apertura de la sucesión y delación de la herencia**

63.—Qué indica la apertura de la sucesión	46
64.—Noción de la delación de la herencia	46
65.—Momento en que se realiza la delación de la herencia	47
66.—Otras notas sobre apertura y delación	48
67.—El contenido del derecho de delación es transmisible a los herederos	48

TITULO CUARTO**Aceptación o repudiación de la herencia****Capítulo primero.—Naturaleza de la aceptación**

68.—Es momento diferente al de la apertura y delación	50
69.—El sistema actual de la ley positiva se ha integrado de elementos de diversos sistemas jurídicos antiguos	51
70.—Las consecuencias de estos principios opuestos	52
71.—Punto central de discusión: ¿de qué principio es tributaria la legislación colombiana?	53
72.—Sentido propio de la delación y aceptación en el derecho nacional	54

	Págs.
Capítulo segundo.—Caracteres de la aceptación o repudiación	
73.—Se enuncian estos caracteres	55
Capítulo tercero.—Formas de la aceptación	
74.—La aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita ...	56
75.—Aceptación tácita de la herencia	57
76.—Actos relacionados con la herencia que no son actos de heredero	57
77.—Actuaciones que normalmente constituyen actos de heredero ...	58
78.—La aceptación tácita debe hacerse con previo inventario solemne	59
Capítulo cuarto.—Libertad para aceptar o repudiar y restricciones de esta libertad	
79.—Libertad del heredero para aceptar y formas de la aceptación	59
80.—Límites a la libertad de aceptar con beneficio de inventario ...	60
81.—Igualdad de los derechos hereditarios a los herederos	61
82.—Restricciones a la libertad de aceptar	61
Capítulo quinto.—Plazo dentro del cual se debe aceptar o repudiar (repudiación tácita)	
83.—En principio no hay plazo alguno	62
84.—Los interesados pueden constreñir a la aceptación	62
85.—Sanción de la mora en la aceptación o repudiación	63
86.—Libertad del heredero para repudiar y restricciones	63
87.—Repudiación de una asignación condicional	63
Capítulo sexto.—Requisitos de la aceptación o repudiación de los incapaces	
88.—La aceptación es un acto jurídico	63
89.—Requisitos para la validez de la aceptación	64
89-bis.—Sanción para el no cumplimiento de los requisitos	64
90.—Requisitos para la validez de la repudiación	64
91.—Sanción para la inobservancia de los requisitos sobre repudiación	65
Capítulo séptimo.—Nulidad y revocación de la aceptación o revocación	
92.—Causales de nulidad de la aceptación o repudiación	66
93.—Vicios del consentimiento	66
94.—Rescisión de la aceptación por lesión	67
95.—Revocación tanto de la aceptación como de la repudiación me- diante el ejercicio de la acción pauliana	67
96.—Dos requisitos de la acción pauliana en las sucesiones	68

Capítulo octavo.—Efectos de la aceptación de la herencia

97.—La representación de la herencia por los herederos aceptantes	69

TITULO QUINTO

Efectos de la aceptación de la herencia

98.—El sentido de estas medidas	71

Capítulo primero.—Conservación de los bienes herenciales

99.—Medidas de simple administración	71
100.—Guarda y fijación de sellos	71
101.—El secuestro de los bienes	72
102.—El inventario de los bienes de la sucesión	73
103.—Nombramiento de un curador a ciertas herencias	74
104.—Curador para la herencia yacente	74
105.—Requisitos para declarar yacente una herencia	75
106.—Las obligaciones del curador de la herencia yacente	75
107.—Cuándo termina la herencia yacente	76
108.—Curador a la herencia del que está por nacer	76
109.—Otras curadurías de herencias	76

Capítulo segundo.—Medidas que impiden la confusión de la herencia con bienes del heredero

110.—Conservación de la identidad de la herencia	77
111.—Derogación del principio de que el heredero es un continuador de la personalidad del causante	77
112.—En beneficio de quién se ha instituido el beneficio de inventario	78
113.—Críticas a la reglamentación actual tanto del beneficio de inventario como al de separación de bienes	79
114.—La noción del beneficio de inventario	79
115.—La utilidad del beneficio de inventario	80
116.—Herencias que deben aceptarse con beneficio de inventario	81
117.—El beneficio de inventario obra de plano en favor de los incapaces	82
118.—Aceptación beneficiaria cuando hay varios herederos	83
119.—Conflicto cuando un heredero ejecuta "actos de heredero" y otros no	84
120.—De la confección del inventario	84
121.—Sólo un inventario es suficiente	85
122.—Sanción para los inventarios confeccionados de mala fe	85
123.—Personas que pueden asistir a la confección del inventario	86
124.—Efectos de la aceptación beneficiaria	86

	Págs.
125.—El beneficio de inventario convierte al heredero en un tercero frente al difunto	86
126.—Adquisición de nuevos derechos	87
127.—El heredero beneficiario es extraño a las deudas	88
128.—Administración y liquidación de las herencias aceptadas con beneficio de inventario	88
129.—Realización de la responsabilidad del heredero antes de la adjudicación de los bienes herenciales	88
130.—Responsabilidad del heredero después de la adjudicación	89
131.—Extinción de la responsabilidad del heredero beneficiario	90
132.—La facultad de abandono de los bienes	90
133.—Del beneficio de separación de patrimonios. Noción	91
134.—El beneficio de separación crea un privilegio	92
135.—Quiénes son titulares del beneficio de separación	93
136.—Quiénes son titulares de este beneficio	94
137.—Naturaleza del beneficio de separación de patrimonios	94
138.—El beneficio de separación es un privilegio sobre todos los bienes	95
139.—Los efectos del beneficio de separación	95
140.—Efectos que se producen respecto de terceros	96
141.—Efectos y prescripción de la acción pauliana del 1441	97

Capítulo tercero.—Acciones del heredero y del legatario

142.—Los efectos normales de la sucesión hereditaria	98
143.—Confusión de acciones y derechos. Casos en que no se produce	100
144.—Excepciones a las reglas anteriores	100
145.—La acción de petición de herencia es una nueva excepción	101
146.—Acciones personales. Créditos a favor de la herencia	101
147.—Créditos en contra de la sucesión	102
148.—Créditos que constan en un título que presta mérito ejecutivo ..	103
149.—Las acciones reales. Las acciones posesorias	103
150.—2º Las acciones reales propiamente tales	103
151.—Relaciones entre el heredero que reivindica y el demandado poseedor	105
152.—Acciones reales contra la herencia	105
153.—La acción de petición de herencia	106
154.—Naturaleza jurídica de la acción de petición de herencia	106
155.—El sujeto de la acción	107
156.—El demandante debe legitimar su título	108
157.—El demandante en la acción de petición de herencia	109
158.—Efectos de la acción de petición de herencia	109
159.—Devolución de los bienes con indemnización de perjuicios	110
160.—Indemnizaciones a favor del heredero aparente	111
161.—Derecho de retención de las cosas hereditarias	112
162.—Efectos de la acción de petición de herencia en sus relaciones con terceros	113

Págs.

163.—Enajenaciones de inmuebles con fundamento en el decreto de posesión efectiva	113
164.—Aplicación de la regla anterior a las enajenaciones de los herederos aparentes	114
165.—Enajenación de efectos hereditarios una vez realizada la adjudicación judicial	114
166.—Enajenaciones sin el decreto de posesión efectiva o sin la sentencia de adjudicación	115
167.—Prescripción de la acción de petición de herencia	115

TITULO SEXTO

De la ley que rige la sucesión

168.—Se enuncia el problema	117
169.—Dos soluciones extremas sobre la materia	117
170.—El principio de la territorialidad de la ley	117
171.—El sistema de la personalidad de la ley	119
172.—La solución del código civil	120
173.—La primera excepción: aplicación de la ley nacional del causante	120
174.—La segunda excepción: aplicación del principio de la territorialidad	121
175.—La tercera excepción: aplicación de la ley nacional	122
176.—Resumen	122

SEGUNDA DIVISION

SUCESION INTESTADA

177.—Las reglas de la sucesión intestada	124
178.—Importancia de la sucesión intestada	124
179.—El fundamento de la sucesión intestada	124
180.—Exposición de la doctrina clásica. Principio de la autonomía de la voluntad	125
181.—Crítica de la doctrina clásica y exposición de la doctrina moderna	126
182.—Plan de exposición	127

TITULO PRIMERO

Reglas generales de la sucesión intestada

183.—Casos en que tiene lugar la sucesión intestada	128
183-bis.—El primer caso de sucesión intestada	128
184.—Distribución de los bienes en las sucesiones parte testadas y parte intestadas	129
185.—Segundo caso de la sucesión intestada	130
186.—Tercer caso de la sucesión intestada	130

	Págs.
187.—Bases seguidas por el legislador en la distribución de los bienes	131
188.—La primera base: total unidad del patrimonio herencial	131
189.—La segunda base: los sujetos de la herencia son herederos	132
190.—Tercera base: la comunidad familiar	133
191.—Cuarta base: partes iguales para parientes en un mismo grado; los órdenes hereditarios	134
192.—Dentro de cada orden hereditario los parientes más próximos excluyen a los más lejanos	136

TITULO SEGUNDO

De la representación

193.—Precisión de la representación en derecho hereditario	137
194.—Noción y origen de la representación hereditaria	138
195.—A quiénes se puede representar	140
196.—Representación de los padres vivos	140
197.—Representación de los padres indignos	140
198.—Representación del desheredado	140
199.—Representación del que repudia una herencia	141
200.—Los fines de esta clase de representación	141
201.—Representación de los padres muertos	141
202.—Quiénes pueden ser representantes	142
203.—La cuota hereditaria de los herederos que concurren en representación de su padre	143
204.—Condición esencial para que haya representación	143
205.—La representación se aplica cuando un grado no se encuentra vacante, pero sí uno o varios puestos	144

TITULO TERCERO

De los órdenes hereditarios

206.—I.—La sucesión del hijo legítimo	145
207.—Primer orden hereditario: descendientes legítimos	145
208.—El sistema del código civil	145
209.—El sistema efímero de la Ley 57 de 1887	146
210.—Sistema del art. 88 de la Ley 153 de 1887	146
211.—El sistema actual de la Ley 45 de 1936	146
212.—El primer orden hereditario está integrado por los descendientes legítimos	147
213.—Aclaraciones sobre este primer orden hereditario	148
214.—Aplicaciones de las ideas expuestas	150
215.—Segundo orden hereditario.—Los ascendientes legítimos	151
216.—Observaciones generales sobre el segundo orden hereditario	151
217.—El tercer orden hereditario: los hijos naturales	152
218.—Observaciones sobre el tercer orden hereditario	152

Págs.

219.—Cuarto orden hereditario: los hermanos legítimos y el cónyuge	153
220.—Quinto orden hereditario: colaterales en 3º y 4º grados	154
221.—Aclaración sobre este orden hereditario	154
222.—Sexto y último orden hereditario: el municipio	155
223.—II.—La sucesión del hijo natural	155
224.—III.—Observaciones generales sobre los órdenes hereditarios	157
225.—Ejemplos para el segundo orden hereditario	158
226.—Un caso de sucesión legal	159
227.—Ejemplos para el tercer orden hereditario	159
228.—Un caso de sucesión legal	161
229.—Necesidad de corregir el tercer orden hereditario	161
230.—IV.—Derechos herenciales de los hijos naturales en concurrencia con derechos de los hijos legítimos	161
231.—La Ley 45 de 1936 no puede ser retroactiva	162
232.—Cómo resolvió la Ley 45 este problema	162
233.—Conclusiones	164

TERCERA DIVISION

SUCESION TESTAMENTARIA

234.—Plan de exposición	165

TITULO PRIMERO

Del testamento

Sección Primera.—Naturaleza y caracteres del testamento

235.—Del fundamento del testamento	166
236.—El sistema ecléctico de la legislación nacional	167
237.—Definición del testamento	169
238.—El testamento es un acto unilateral	169
239.—Es un acto personalísimo	169
240.—El testamento es siempre solemne	171
241.—Es un acto esencialmente revocable	171
242.—Es un acto de disposición de bienes por causa de muerte	172

Sección Segunda.—Los elementos del testamento

243.—Cuáles son estos elementos	173
244.—De la capacidad para testar	173
245.—Aclaraciones sobre la capacidad para testar	174
246.—Las enfermedades mentales excluyen la capacidad de testar	175
247.—Los sordomudos que no saben leer ni escribir no pueden testar	176
248.—Sanción para los testamentos provenientes de incapaces	177
249.—Existencia de una voluntad exenta de vicios	177
250.—Nulidad por vicios del consentimiento	179

	Págs.
251.—Del objeto del testamento	179
252.—La causa en el testamento	179
 Sección Tercera.—Clases de testamentos y sus formalidades	
253.—Plan de exposición	180
 Capítulo primero.—De los testigos en los testamentos solemnes	
254.—Todo testamento solemne es escrito	181
255.—Primera clase de personas que no pueden ser testigos	181
256.—Segunda clase de personas: incapaces moralmente	181
257.—Tercera clase de personas: vinculaciones de parentesco	181
258.—Cuarta clase de personas: vínculos de dependencia	182
259.—Quinta clase de personas: amanuenses del notario	182
260.—Sexta clase de personas: herederos y legatarios	183
261.—Séptima clase de personas: extranjeros.	184
262.—El sacerdote que ha sido confesor habitual	185
263.—Testigos parientes de los otros testigos	185
264.—Habilidad putativa en algunos de los testigos	185
265.—Otros requisitos que deben reunir los testigos	185
 Capítulo segundo.—El testamento público o abierto	
A) Del testamento público ante notario.	
266.—Los requisitos para la validez de este testamento	186
267.—Personas que deben intervenir y esencia del testamento	186
268.—Formalidades del testamento abierto	186
269.—Personas que sólo pueden testar nuncupativamente	187
B) Del testamento público ante testigos	
270.—Formalidades de este testamento	187
271.—Testamento de carácter excepcional	188
 Capítulo tercero.—Testamento solemne cerrado	
272.—En qué consiste este testamento	188
273.—Redacción de un escrito	189
274.—El depósito del escrito ante un Notario en presencia de los testigos	189
275.—El Notario deberá extender una escritura pública del acto del depósito y del otorgamiento	190
276.—Personas que sólo pueden otorgar esta clase de testamento ...	190
 Capítulo Cuarto.—Apertura del testamento solemne y sanción por ausencia de requisitos	
277.—De la apertura del testamento	191
278.—Sanción para las irregularidades	192
279.—I.—Irregularidades que acarrearán la invalidez del testamento ...	193

280.—Primera condición fundamental para la invalidez de un testamento solemne: el testamento debe ser obra del testador	194
281.—Segunda condición fundamental: el otorgamiento en sí	195
282.—Del otorgamiento en los testamentos cerrados	196
283.—Tercera condición fundamental: presencia de los testigos	196
284.—Cuarta condición: intervención de un Notario	197
285.—Algunas otras formalidades	197

Capítulo quinto.—Del testamento solemne otorgado en país extranjero

286.—Formas de testar de los colombianos en el exterior	199
287.—Testamento otorgado según las formalidades de la ley extranjera	199
288.—Testamento en el exterior según la ley nacional	200
289.—Apertura del testamento otorgado en el extranjero	201

Capítulo sexto.—Testamentos privilegiados

290.—Son testamentos de carácter excepcional	201
291.—Formalidades comunes a los testamentos privilegiados	202
292.—Formalidad del otorgamiento	202
293.—1º—Del testamento verbal	202
294.—Caducidad del testamento verbal	203
295.—Necesidad de hacer constar el testamento verbal por escrito ...	203
296.—Necesidad de decreto judicial aprobando el testamento verbal	204
297.—2º—Del testamento militar	204
298.—Caducidad del testamento militar	205
299.—3º—Del testamento marítimo	205
300.—Caducidad del testamento marítimo	206

Sección cuarta.—Revocación y caducidad de los testamentos

301.—Diferencia entre nulidad, caducidad y revocación del testamento	206
302.—La revocación del testamento puede ser total o parcial	207
303.—Efectos de la revocación del testamento	208
304.—Revocación tácita de un testamento	208

TITULO SEGUNDO

Del sujeto del testamento (asignatarios testamentarios)

305.—Necesidad del asignatario de bienes en un testamento	209

Capítulo primero.—Institución del asignatario y condiciones que debe reunir

306.—Sin asignatarios no hay testamento	209
307.—El asignatario debe ser una persona cierta y determinada	210
308.—El asignatario debe ser designado personalmente por el testador	211
309.—Excepción a las reglas expuestas	211

	Págs.
310.—1º—Asignaciones a los pobres	211
311.—2º—Asignaciones al alma del testador	212
312.—3º—Asignaciones dejadas a la beneficencia	212
313.—4º—Asignaciones a los parientes	212
314.—Personas incapaces de recibir asignaciones testamentarias	213

Capítulo segundo.—Asignatarios sustitutos (sustitución)

315.—El asignatario debe sobrevivir al testador	213
316.—De la sustitución directa o vulgar	214
317.—De la sustitución recíproca	215
318.—Naturaleza de la sustitución vulgar	216
319.—Efectos de la transmisión sustitutoria	216
320.—De la sustitución fideicomisaria	216
321.—Diferencia entre la asignación fideicomisaria y el usufructo	217
321-bis.—Regla final sobre sustitución fideicomisaria	218

Capítulo tercero.—Derecho de acrecer

322.—Cuándo se realiza este derecho	218
323.—Se requiere un llamamiento simultáneo	218
324.—Una misma asignación atribuida a varios sin división de partes	219
325.—Naturaleza de la asignación que da lugar al acrecimiento	220
326.—Necesidad de que uno o varios de los asignatarios falte	220
327.—El acrecimiento tiene lugar en la sucesión testada y en la in- testada	221
328.—Naturaleza y efectos del derecho de acrecer	221

Capítulo cuarto.—Ejecutores testamentarios o albaceas

329.—Origen y naturaleza de los albaceazgos	222
330.—El albacea es un mandatario nombrado por causa de muerte ...	222
331.—El mandato por causa de muerte se diferencia del mandato en- tre vivos	224
332.—Quiénes pueden ser nombrados albaceas	225
333.—Aceptación o repudiación del albaceazgo	225
334.—El testador no puede modificar la ley	226
335.—Facultades del albacea	226
336.—Facultades de simple conservación o administración	226
337.—Cumplimiento del albaceazgo	227
338.—Facultades de disposición del albacea	228
339.—El albacea como representante de la herencia	229
340.—Cumplimiento del encargo cuando hay varios albaceas	229
341.—Albaceas con tenencia de bienes	230
342.—Actos que le están prohibidos al albacea	231
343.—El albacea como mandatario del testador	231
344.—El albacea como curador cuando incapaces	232
345.—Responsabilidad y obligaciones del albacea	233

	Págs.
346.—Obligación de rendir cuentas	233
347.—Duración del albaceazgo y medios de extinción	234
348.—Expensas a favor del albacea y su remuneración	234

Capítulo quinto.—De los albaceas fiduciarios.

349.—Noción de estos albaceas	235
350.—Condiciones generales de los encargos secretos	236

TITULO TERCERO

Objeto del testamento (asignaciones testamentarias)

351.—Necesidad de una o varias asignaciones testamentarias	237

**Capítulo primero.—Asignaciones a título universal
o herencias**

352.—Prescripción de las asignaciones a título universal	238
353.—Los herederos son de dos clases: universales y de cuota	238
354.—Conflictos que pueden surgir cuando concurren varios herederos de cuota	239
355.—Caso en que el testador instituye herederos sobrepasando la unidad	240

Capítulo segundo.—Asignaciones a título singular

356.—El legatario es un sucesor en los bienes	242
357.—La responsabilidad del legatario	242
358.—Puntos que deben tratarse en el estudio de los legados	243
359.—Condiciones generales de los legados	243
360.—Legados de cosas propias del testador y legados de cosas ajenas	244
361.—El sistema nacional sobre legado de cosa ajena	245
362.—Caso en que la cosa legada pase a dominio del legatario antes de que surja la obligación de entregársele	246
363.—Caso de un legado en donde el testador no tenía toda la pro- piedad de la cosa legada	246
364.—Las cosas legadas deben ser determinadas	247
365.—Legados de géneros	247
366.—Legados de cosas por el sitio donde se encuentren	248
367.—Legados de cosas fungibles	248
368.—Precisión sobre el legado de cosa fungible en el caso del artículo 1170 del código	248
369.—Legados de cosas futuras	249
370.—La cosa legada debe ser susceptible de enajenación	249
371.—Las distintas clases de legados	250
372.—Legados de dar, hacer y no hacer	250
373.—Legados de la propiedad	250
374.—Legado de una casa o hacienda	251

	Págs.
375.—Legados de cosas muebles y cosas universales	252
376.—Legado de una cuota proindiviso	253
377.—Legados de los derechos reales de usufructo, uso o habitación ..	253
378.—Legados de educación, pensiones o alimentos	253
379.—Legados de créditos, deudas y acciones	254
380.—Reglas especiales relativas al legado de créditos del testador ...	253
381.—Reglas especiales relativas a las deudas del testador	256
382.—Las deudas confesadas en el testamento	256
383.—De los derechos y acciones que pertenecen al legatario	257
384.—Dos tesis sobre la adquisición del legado. Exposición de la pri- mera	257
385.—Exposición de la segunda tesis	258
386.—Las acciones y derechos del legatario	259
387.—En qué estado debe entregarse al legatario la cosa legada	259
388.—De la extinción de los legados	260

Capítulo tercero.—De las modalidades de las asignaciones testamentarias

389.—Cuáles son estas modalidades	261
390.—A) Asignaciones testamentarias condicionales	261
391.—Asignaciones sometidas a condición suspensiva	261
392.—Condiciones resolutorias	261
393.—Reglas generales sobre toda clase de condiciones	262
394.—B) Asignaciones testamentarias a día	263
395.—Reglas sobre las asignaciones a día	263
396.—C) Asignaciones modales	264
397.—Naturaleza de la asignación modal	264
398.—Personas gravadas con un modo	264
399.—Modos imposibles o ilícitos	264
400.—Determinación del modo	265
401.—De la cláusula resolutoria	265

TITULO CUARTO

Asignaciones forzosas

402.—Restricciones a la libertad de testar	266
403.—Justificación de estas restricciones	267
404.—Plan de exposición	268

SECCION PRIMERA

Las asignaciones forzosas en sí mismas consideradas

405.—Se enumeran las asignaciones forzosas	268

Capítulo Primero.—Alimentos que se deben a ciertas personas

406.—Qué personas tienen derecho a alimentos	269

	Págs.
407.—Cómo se hace efectiva la pensión de alimentos	270
408.—Naturaleza de la asignación forzosa de alimentos	270
409.—Asignación voluntaria de alimentos	270

Capítulo segundo.—La porción conyugal

410.—Nº 1º—Naturaleza y origen de la porción conyugal	271
411.—Cónyuges que no tienen derecho a la porción conyugal	272
412.—Nº 2º—Determinación de la porción conyugal	273
413.—Cuantía de la porción conyugal en el primer orden hereditario	273
414.—La porción conyugal en los demás órdenes hereditarios	274
415.—Sentido de la cuarta parte de bienes que corresponden al cónyuge	274
416.—La otra idea fundamental que gobierna la porción conyugal ...	276
417.—En qué momento se aprecia el valor de los bienes propios del cónyuge	276
418.—Nº 3º—Facultad de abandono de los bienes del cónyuge	277
419.—Caracteres de la facultad de abandono	278
420.—Nº 4º—Pago de la porción conyugal y responsabilidad por deudas de la herencia	278
421.—Cómo se hace el pago de la porción	278
422.—Responsabilidad por deudas de la herencia	279

Capítulo tercero.—De las legítimas o mitad legitimaria

423.—Lo que se entiende por esta asignación forzosa	280
424.—Quiénes son los legitimarios	280
425.—Cuantía de la legítima rigorosa	281
426.—Naturaleza de las legítimas rigurosas	282
427.—De la representación en materia de legítimas	283
428.—Qué se entiende por cuarta de mejoras	283

Capítulo cuarto.—De la cuarta de mejoras

428.—Qué se entiende por cuarta de mejoras	283
429.—Asignatarios de la cuarta de mejoras	284
430.—Modo de calcular la cuarta de mejoras	285
431.—Bienes de que puede disponer libremente el testador	285
432.—Sentido racional de la cuarta de mejoras	286
433.—Acciones que protegen la cuarta de mejoras	286

Capítulo quinto.—Aplicaciones de las reglas sobre asignaciones forzosas

434.—Los casos normales de aplicación de las reglas expuestas	286
435.—Primera clase de ejemplos para el primer orden hereditario ...	287
436.—El primer ejemplo	287
439.—Segundo ejemplo	289
438.—Segunda clase de ejemplos para el segundo orden hereditario ...	298
439.—Ejemplos para los demás órdenes hereditarios	294

SECCION SEGUNDA

Medios de defensa de los legitimarios para hacerse asignar
sus legítimas y privación de ellas

440.—Las asignaciones forzosas obedecen a motivos de orden público 294

Capítulo primero.—Reglas sobre sucesión contractual

441.—Bienes que se toman en cuenta para calcular las asignaciones 295

442.—Fraude y simulación en el derecho hereditario 296

443.—Condiciones para atacar un acto por fraude pauliano 297

444.—De los actos simulados 298

445.—De las donaciones a personas extrañas a los legitimarios 298

446.—El estatuto de las donaciones irrevocables 299

447.—El verdadero sentido de los 1244 y 1245 del código 300

448.—Avalúo de las donaciones irrevocables 301

449.—Condiciones de la acción de restitución 302

450.—Donaciones que no se toman en cuenta para la acumulación ... 303

451.—Anticipo de las legítimas o de la cuarta de mejoras por acto en-
tre vivos 304

452.—Contratos entre los asignatarios forzosos y el futuro causante .. 305

453.—Puede la sucesión contractual reemplazar completamente la legal
o testada 305454.—Reglas aplicables para computar las legítimas rigurosas cuando
el futuro causante dispuso de bienes a favor de sus herederos
forzosos 306

455.—Acumulación imaginaria, colación e imputación 307

456.—Relaciones entre lo dado en razón de legítimas y el resto del
patrimonio 308457.—Caso en que a un asignatario forzoso se haya anticipado bienes
no equivalentes a la cuantía que le corresponde 309

458.—Donaciones revocables o irrevocables a título de legítima.....310

459.—Donaciones a quien tenía la calidad de legitimario pero se ex-
tingue 310

460.—Desembolsos para el pago de las deudas del legitimario 311

461.—Gastos de un legitimario que no se imputarán 311

462.—Promesa de asignar a un descendiente la cuarta de mejoras ... 311

463.—Partición de los bienes por acto entre vivos 312

Capítulo segundo.—Acciones de los asignatarios forzosos por
desconocimiento de sus asignacionesNº 1º.—Naturaleza y caracteres de la acción de reforma
del testamento

464.—Cuáles son estas acciones 312

465.—Noción de la acción de reforma del testamento 313

466.—Los caracteres de la acción de reforma del testamento 315

**Nº 2º—Quiénes son titulares de la acción de reforma
del testamento**

467.—Únicamente los asignatarios forzosos	316
468.—Los legitimarios	316
469.—II.—Los titulares de la cuarta de mejoras	316
470.—III.—El cónyuge sobreviviente	317

Nº 3º—Lo que comprende la acción de reforma y sus efectos

471.—La acción de reforma se dirige a obtener el complemento de la asignación	317
472.—Los efectos de la acción de reforma	317

Nº 4º—De la extinción de la acción de reforma

473.—La acción de reforma es renunciabile y prescriptible	318

Capítulo tercero.—Del desheredamiento

474.—Noción del desheredamiento	319
475.—Las causales del desheredamiento	319
476.—Las causales para los descendientes legítimos e hijos naturales	320
477.—Causales para los otros legitimarios	320
478.—Requisitos para la validez del desheredamiento	321
479.—Efectos del desheredamiento	321
480.—Revocación del desheredamiento	322

CUARTA DIVISION

PARTICION Y ADJUDICACION DE LA HERENCIA

**Capítulo primero.—Comunidad hereditaria y naturaleza
de la partición**

481.—Momento en que se forma la comunidad hereditaria	323
482.—Noción de la comunidad hereditaria	324
483.—La comunidad hereditaria es una indisión	324
484.—Régimen jurídico de los coherederos sobre los bienes hereditarios	324
485.—Actos de administración	324
486.—El principio de la representación en la herencia	325
487.—De la representación en materia de posesión	325
488.—Régimen jurídico de los coherederos sobre su cuota parte ...	326
489.—Las consecuencias de la anterior tesis	326
490.—La acción de partición tiene por finalidad terminar con la co- munidad	326
491.—Del ejercicio de la acción de partición	327
492.—Tiempo dentro del cual debe pedirse la partición	327
493.—Quiénes pueden ejercer la acción de partición	328
494.—Ejercicio de la acción de partición cuando hay incapaces	329

**Capítulo segundo.—Formación del activo herencial
objeto de reparto**

495.—Necesidad de formar el activo de la herencia	329
496.—Medidas necesarias para formar el activo. Inventarios y avalúos	329
497.—Quiénes pueden solicitar la práctica de las diligencias de inventarios	329
498.—Lo que comprende la diligencia y modo de practicarla	330
499.—Práctica de la diligencia de inventarios	330
500.—Práctica de la diligencia de avalúos	331
501.—Inventarios adicionales	332
502.—De la formación de la masa partible	332
503.—Liquidación de los bienes herenciales cuando se encuentran confundidos con otros bienes	332
504.—Liquidación de la sociedad conyugal	332
505.—Confusión de los bienes hereditarios con bienes de otras personas	333
506.—Derechos discutidos por terceros	333
507.—Del pasivo de la herencia	334
508.—Los impuestos sobre la masa global hereditaria	335
509.—De las deudas de la sucesión	335
510.—Regla que rige el pago de las deudas hereditarias	335
511.—La regla se aplica a las deudas garantizadas con una seguridad real o personal	336
512.—División de las deudas entre herederos usufructuarios y fiduciarios	337
513.—El testador puede hacer la división de las deudas hereditarias	338
514.—De la confusión de las deudas del causante y las de los herederos	338
515.—Naturaleza de la regla de la división de las deudas	338
516.—Del pago de las deudas hereditarias dentro de la partición ...	339
517.—Colación de los bienes donados	340

Capítulo tercero.—De la partición en sí misma considerada

518.—Puntos que es necesario precisar	341
519.—1º—Quién hace la partición. El partidor	341
520.—Quiénes pueden ser partidores	341
521.—Quién nombra el partidor	342
522.—El cargo de partidor es de libre aceptación	342
523.—Tiempo dentro del cual el partidor debe cumplir su encargo ...	342
524.—De la responsabilidad del partidor	343
525.—2º—Reglas que deben seguirse en toda partición	343
526.—La partición hecha por el causante	343
527.—Partición hecha por acto entre vivos	344
528.—Partición testamentaria	345
529.—Particiones hechas por personas diferentes al causante	345

	Págs.
530.—Bases fundamentales que debe tener en cuenta todo partidor ..	346
531.—La primera base: bienes inventariados y avaluados	346
532.—La segunda base: entre qué personas se hace el reparto	347
533.—Segunda serie de reglas que debe tener en cuenta el partidor ...	348
534.—Segunda serie de reglas relativas a los inmuebles	349
535.—Tercera serie de reglas: igualdad y equivalencia de los lotes ...	350
536.—Cuarta serie de reglas: reparto de los frutos	351
537.—Quinta serie de reglas. Cancelación de las deudas y legados ...	351
538.—Cargas testamentarias que gravan la sucesión o una asignación	352
539.—Quién es el encargado de cancelar las cargas testamentarias ...	353
540.—Cargas testamentarias que exceden el activo de la herencia	353
541.—De los legados con causa onerosa	354
542.—Dificultad para partir ciertos bienes de afección	354
543.—3º—Objeciones a la partición y su aprobación judicial	355
544.—Qué objeciones pueden hacerse a una partición	355
545.—Tiempo dentro del cual pueden formularse objeciones	357
546.—Sentencia aprobatoria de la partición	358
547.—Jurisprudencia nacional sobre partición	359
548.—Lo que debe contener la sentencia aprobatoria de una partición	360
549.—Sentencia aprobatoria cuando la partición fue hecha por el tes- tador	361
550.—De la partición extrajudicial	361

Capítulo cuarto.—Efectos de la partición

551.—Naturaleza de los efectos de la partición	361
552.—Origen de la discusión sobre el carácter declarativo o atributivo de la partición	362
553.—Los inconvenientes del efecto traslativo y su corrección por el efecto declarativo	363
554.—Las explicaciones sobre el efecto declarativo	364
555.—La solución de nuestro código	365
556.—¿Debe primar en forma absoluta algunas de estas dos tesis? ...	366
557.—La aplicación del efecto declarativo de la partición	366
558.—Actos regulados por el efecto declarativo	366
559.—Condiciones de los actos regulados por el efecto declarativo ...	368
560.—Casos a los cuales se aplica el efecto declarativo	368
561.—Efectos de la partición declarativa	369
562.—Exageración del efecto declarativo	370
563.—Controversias sobre la ficción del efectos declarativo	371
564.—Los efectos atributivos de la partición	371
565.—Del saneamiento por evicción en las particiones	372
566.—De las condiciones del saneamiento en las particiones	373
567.—Etapas de la acción de saneamiento	373
568.—Prescripción de la acción de saneamiento	733

	Págs.
569.—Semejanzas y diferencias entre la acción de saneamiento de la compraventa y la de las particiones	374
570.—La adjudicación de los créditos y deudas tiene carácter atributivo	375
Capítulo quinto.—Reforma, nulidad y rescisión de la partición	
571.—La partición es un acto unilateral	376
572.—Irregularidades que hacen relación a la partición en sí misma considerada	376
573.—Nulidad de la partición por vicios del consentimiento	377
574.—Nulidad de la partición por error	377
575.—Error sobre los bienes que deben repartirse	377
576.—Error sobre el número e identidad de los adjudicatarios	378
577.—Jurisprudencia sobre la teoría del error en la particiones	378
578.—Rescisión de la partición por lesión	378
579.—Condiciones de la rescisión por lesión	379
580.—Cómo puede atajarse la rescisión por lesión	379
581.—Quiénes pueden ejercitar la acción de nulidad o de rescisión ..	379
582.—Prescripción de la acción de nulidad o de rescisión	379

QUINTA DIVISION 1

Capítulo primero.—Reglas generales

583.—El título gratuito en el derecho hereditario	381
584.—Definición de las donaciones	382

Capítulo segundo.—Donaciones revocables

585.—Las donaciones por causa de muerte son revocables	383
586.—Donaciones revocables entre cónyuges	383
587.—Las demás clases de donaciones revocables	384
588.—Donaciones revocables a título singular	384
589.—Donaciones revocables en que el donante se reserva la facultad de revocarla	385
590.—Donaciones revocables a título universal	385
591.—Donaciones revocables seguidas de la tradición de la cosa	385
592.—Revocación, caducidad y confirmación de las donaciones revocables	385
593.—Donaciones revocables a los herederos y a extraños	385

Capítulo tercero.—Donaciones irrevocables

594.—1º—Naturaleza de las donaciones entre vivos	386
595.—Aplicación del título gratuito en las donaciones irrevocables ..	386
596.—Condiciones de fondo para la validez de las donaciones. Capacidad	388
597.—Capacidad para recibir una donación	388
598.—Consentimiento en las donaciones	389

	Págs.
599.—Reglas sobre donaciones de los incapaces	390
600.—Aceptación de las donaciones fiduciarias	391
601.—Del objeto y la causa en las donaciones	391
602.—Donaciones a título universal y a título singular. Formalidades	391
603.—Formalidades de las donaciones universales	391
604.—Donaciones de todos los bienes	392
605.—Formalidades de las donaciones a título singular	393
606.—Donaciones de bienes inmuebles	393
607.—Donaciones de bienes muebles	393
608.—Donaciones de rentas o pensiones periódicas	393
609.—Donaciones a plazo o bajo condición	393
610.—Donaciones con causa onerosa	393
611.—Donaciones con gravamen	394
612.—Donaciones por causa de matrimonio	394
613.—Donaciones remuneratorias	394
614.—De las obligaciones del donante	394
615.—Observación importante sobre saneamiento por evicción	396
616.—De las obligaciones del donatario	396
617.—Reponsabilidad del donatario en razón de las deudas del donante	396
618.—Nulidad, resolución, rescisión y revocación de las donaciones entre vivos	397
619.—Rescisión de las donaciones	398
620.—Revocación de las donaciones	399
621.—Las acciones anteriores frente a terceros	399