



Jacinto Javier Espinosa Gonzalez

Trasmisión patrimonial mortis causa

- REGIMEN JURIDICO SUCESORIO -

PRIMERA PARTE
PANAMA 2014



**AUTORIDADES DE LA
UNIVERSIDAD DE PANAMÁ**

Dr. Gustavo García de Paredes
Rector Magnífico

Dr. Justo Medrano
Vicerrector Académico

Dr. Juan Antonio Gómez
Vicerrector de Investigación y Postgrado

Licda. Ilse Crócamo de Rodríguez
Vicerrectora Administrativa Enc.

Mgtr. María del Carmen T. de Benavides
Vicerrectora de Extensión

Ing. Eldis Barnes
Vicerrector de Asuntos Estudiantiles

Dr. Miguel A. Candanedo
Secretario General

Mgtr. Luís Posso
Director General de los Centros Regionales Universitarios



UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA
2014

Dr. Gilberto Boutin I.

Decano

Dr. Luís Palacios Aparicio

Vicedecano

Lic. Judith Loré

Secretaria Administrativa

Dr. Virgilio Luque C.

Director del Centro de Investigación Jurídica

Investigadores:

Mgtr. Abdiel Algis Ábrego

Lic. Vanessa Campos Alvarado

Dr. Virgilio Luque C.

Mgtr. Auri Morrison C.

Mgtr. Carmen Rosa Robles

Lic. Camilo Rodríguez

Mgtr. Belquis C. Sáez N.

Asistentes de Investigación:

Aracelys Batista

Wilfredo Gómez

Cesibel Jiménez

Thalia León

Katherine Pinto

Eyda Jazmín Saavedra

Dalquis Stanzola

Secretaria

Gisela Espinosa

Soporte Técnico

Eymer Padilla

EDITORES ACADÉMICOS

VIRGILIO LUQUE C.

Director del Centro de Investigación Jurídica

BELQUIS CECILIA SÁEZ NIETO

Directora del Boletín de Informaciones Jurídicas.

CONSEJO EDITORIAL

VIRGINIA ARANGO DURLING

Catedrática de Derecho Penal. Directora del
Departamento de Derecho Penal
Universidad de Panamá.

AURA EMERITA GUERRA DE VILLALAZ

Catedrática de Derecho Penal. Universidad
Santa María La Antigua

BELQUIS CECILIA SÁEZ N.

Catedrática de la Universidad de Panamá.

FRANKLIN MIRANDA

Profesor titular de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Panamá

ROLANDO MURGAS TORRAZA

Dr. Honoris Causa. Universidad de Panamá.

MARCOS GANDÁSEGUI

Dr. en Sociología. Catedrático Universidad de Panamá.

Libro: Trasmisión Patrimonial Mortis Causa-Régimen Jurídico Sucesorio, primera parte/ Editado por el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá. Ultimo Edificio. Planta Baja. Noviembre 2014.

Publicación especial. ISBN 978-9962-05-842-7. Correo Electrónico c_investigacion_juridica@ancon.up.ac.pa.

Las publicación fue recibida y aprobada por el comité editorial y presentada en este número.

PUBLICACIÓN ESPECIAL DEL DR. JACINTO J. ESPINOSA G.

VIRGILIO LUQUE

Director Centro de Investigación Jurídica

Universidad de Panamá

virluco@hotmail.com

BELQUIS CECILIA SÁEZ NIETO

Sub Directora Centro de Investigación Jurídica

Universidad de Panamá

magistrabelquis@gmail.com

DR. JACINTO J. ESPINOSA GONZÁLEZ

Doctor en Derecho con especialidad en Derecho Civil

Centro de Investigación Jurídica

Universidad de Panamá

jacintoespinosa17@hotmail.com

Dr. JACINTO JAVIER ESPINOSA GONZÁLEZ

**TRASMISIÓN PATRIMONIAL MORTIS CAUSA -
RÉGIMEN JURÍDICO SUCESORIO**

PRIMERA PARTE

PANAMÁ, 2014

ÍNDICE

	Pág.
DEDICATORIA	12
AGRADECIMIENTO	13
PRÓLOGO	14
PRESENTACIÓN	16
CAPÍTULO I	
ASPECTOS GENERALES DE LA SUCESIÓN	
I. IDEAS PREVIAS	17
II. JUSTIFICACIÓN DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA	18
III. EL DERECHO DE SUCESIÓN MORTIS CAUSA	19
IV. REQUISITOS DE LA SUCESIÓN	20
V. CARACTERÍSTICAS DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA	21
VI. FASES O ETAPAS PARA ACCEDER AL DERECHO A SUCEDER O HEREDAR	21
1°. LA APERTURA DE LA SUCESIÓN	21
2°. LA DELACIÓN DE LA HERENCIA	22
3°. LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA	23
VII. BIENES OBJETO DE TRASMISIÓN HEREDITARIA	24
VIII. SUJETOS INVOLUCRADOS EN LA RELACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A SUCEDER	25
1°. EL CAUSANTE DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA	25
2°. EL O LOS HEREDEROS	25
3°. EL O LOS LEGATARIOS	25
4°. EL O LOS ALBACEAS	25
5°. LOS PARTIDORES DE LA HERENCIA	25
6°. LOS ACREEDORES DE LA SUCESIÓN	26
7°. LOS ACREEDORES DE LOS HEREDEROS	26
IX. DE LA CAPACIDAD DE HEREDAR	26
X. CAUSAS DE EXCLUSIÓN PARA HEREDAR	28
XI. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA IMPUGNAR LA INCAPACIDAD	28
CAPITULO II	
CLASES DE SUCESIÓN MORTIS CAUSA	
I. SUCESIÓN INTESTADA	29
A. EL PARENTESCO FACTOR DETERMINANTE DEL ORDEN DE SUCEDER INTESTADO	29
B. ORDEN DE SUCEDER FIJADO POR LA LEY	30
B.1. REGLAS APLICABLE A LOS HEREDEROS AB INTESTADO EN LÍNEA DIRECTA DESCENDENTE Y EL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE	30
B.2. REGLAS APLICABLES A LOS HEREDEROS AB INTESTADO EN LÍNEA RECTA ASCENDENTE	30

B.3. REGLAS APLICABLES A LOS COLATERALES COMO HEREDEROS AB INTESTADO	30
B.4. REGLAS APLICABLES A LA SUCESIÓN AB INTESTADO DEL CÓNYUGE	31
B.4.1. SUCESIÓN DEL CÓNYUGE	32
B.4.1.A. EN LÍNEA RECTA DESCENDENTE	32
B.4.1.B. EN LA LÍNEA RECTA ASCENDENTE	32
B.4.1.C. CON LOS COLATERALES DEL CAUSANTE	32
B.4.1.D. DE NO EXISTIR CÓNYUGE SOBREVIVIENTE HEREDARÁ AL CAUSANTE LOS DEMÁS PARIENTES COLATERALES HASTA EL 6 GRADO DE PARENTESCO EN LÍNEA COLATERAL	33
B.4.1.E. DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO A ALIMENTOS	33
B.5. DISPOSICIONES LEGALES ESPECIALES	33
B.6. SUCESIÓN DEL MUNICIPIO DEL ÚLTIMO DOMICILIO DEL CAUSANTE	40
C. EL DERECHO DE ACRECER	40
II. LA SUCESIÓN VOLUNTARIA O TESTADA	42
II. A. LA LIBERTAD DE TESTAR PRINCIPIO ESENCIAL DE LAS TESTAMENTARIAS	42
II.A.1. ESCUELA DE DERECHO NATURAL	42
II.A.2. ESCUELA INDIVIDUAL DE KANT	42
II.A.3. ESCUELA DE LA CONCESIÓN DE LA LEY	42
II.B. EL TESTAMENTO INSTRUMENTO LEGAL PARA DISPONER POST MORTEM	43
II. B.1. CONCEPTO DE TESTAMENTO	43
II.B.2. CARACTERÍSTICAS SOBRESALIENTES DEL TESTAMENTO	44
II.B.3. DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR	45
II.B.4. QUE DEBE CONTENER EL TESTAMENTO	47
II.C. LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y LEGATARIO BAJO CONDICIÓN O A TÉRMINO	49
II.D. DE LAS DIVERSAS CLASES DE CONDICIÓN	51
II.E. CONDICIONES QUE SE TIENEN POR NO PUESTA EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO O LEGATARIO	52
II.F. CONDICIONES QUE PRODUCE LA NULIDAD DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO O LEGATARIO	52
II.G. DE LA REVOCACIÓN, CADUCIDAD E INVALIDEZ DEL TESTAMENTO	52
II.G.1. LA REVOCACIÓN	53
II.G.2. LA CADUCIDAD	54
II.G.3. INVALIDEZ DEL TESTAMENTO	55
II.H. QUIENES PUEDEN IMPUGNAR EL TESTAMENTO	60
II.I. INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS	61

**CAPITULO III
DE LAS CLASES DE TESTAMENTO**

I. GENERALIDADES	64
II. LOS TESTAMENTOS COMUNES	65
II.A. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO	65
II.A.1. CONCEPTO	65
II.A.2. REQUISITO DE VALIDEZ	66
II.A.3. PROTOCOLIZACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO	67
II.B. EL TESTAMENTO ABIERTO	68
II.B.1. CONCEPTO	68
II.B.2. DEL OTORGAMIENTO	68
II.B.3. REQUISITOS	69
II.B.4. EL TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO POR SORDO	69
II.B.5. EL TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO POR CIEGOS	70
II.B.6. EL TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO POR DEMENTE EN ESTADO DE LUCIDEZ	70
II.B.7. EL TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO ANTE TESTIGOS	70
II.B.8. INEFICACIA DE ESTAS MODALIDADES EXCEPCIONALES DE TESTAMENTO ABIERTO	70
II.B.9. INEFICIENCIA DEL TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO SIN LA AUTORIZACIÓN DEL NOTARIO	71
II.B.10. AUTENTICACIÓN DE TESTAMENTO VERBALES	71
II.B.10.A. FINALIDAD DE LA DILIGENCIA	71
II.B.11. NULIDAD DEL TESTAMENTO ABIERTO POR INOBSERVANCIA E INCUMPLIMIENTO DE LAS SOLEMNIDADES ESTABLECIDAS PARA CADA CASO	72
III. TESTAMENTO CERRADO	72
III.A. CONCEPTO	72
III.B. SOLEMNIDADES EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CERRADO	73
III.C. REQUISITOS	73
III.C.1°. TESTAMENTO CERRADO OTORGADO POR SORDOMUDOS QUE PUEDEN ESCRIBIR	74
III.D. DE LA CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO CERRADO	74
III.E. DEBER DE PRESENTAR EL TESTAMENTO CERRADO AL JUEZ COMPETENTE	75
III.F. FECHA DEL TESTAMENTO CERRADO	75
III.G. NULIDAD DEL TESTAMENTO CERRADO	75
III.H. APERTURA Y PROTOCOLIZACIÓN DEL TESTAMENTO CERRADO	76

IV. LOS TESTAMENTOS ESPECIALES	77
IV.A. EL TESTAMENTO MILITAR	77
IV.A.1. REQUISITOS DEL TESTAMENTO MILITAR	78
IV.A.2. INEFICACIA DEL TESTAMENTO MILITAR DE PALABRA	79
IV.A.3. CADUCIDAD DEL TESTAMENTO MILITAR	79
IV.A.4. EL TESTAMENTO MILITAR CERRADO	79
IV.B. EL TESTAMENTO MARÍTIMO	80
IV.B.1. REQUISITOS DEL TESTAMENTO MARÍTIMO	80
IV.B.2. DILIGENCIAS A SURTIRSE LUEGO DE OTORGADO EL TESTAMENTO MARÍTIMO	80
IV.B.3. TESTAMENTO MARÍTIMO OTORGADO EN PELIGRO DE NAUFRAGIO	81
IV.B.4. CADUCIDAD DEL TESTAMENTO MARÍTIMO ABIERTO Y CERRADO	82
IV.B.5. VALIDEZ EN PANAMÁ DEL TESTAMENTO OTORGADO EN BUQUE EXTRANJERO	82
IV.C. EL TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO	82
IV.C.1. TESTAR CONFORME LAS LEYES DEL PAÍS DONDE SE ENCUENTREN	82
IV.C.2. TESTAR CONFORME LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA	82
IV.C.3. OBLIGACIÓN DEL AGENTE DIPLOMÁTICO O CONSULAR PANAMEÑO EN EL EXTRANJERO	83
V. EL TESTAMENTO OTORGADO EN LENGUA EXTRANJERA	83
CAPÍTULO IV	
DE LA EJECUCIÓN TESTAMENTARIA (EL ALBACEA)	
I. DE LA CONSTITUCIÓN DEL CARGO DE ALBACEA COMO RESPONSABLE DE LA EJECUCIÓN TESTAMENTARIA	84
A. EL NOMBRAMIENTO	84
A.1. CLASES DE NOMBRAMIENTO	85
A.1.A. ALBACEA UNIPERSONAL	85
A.1.B. ALBACEA PLURINOMINAL O PLURIPERSONAL	86
A.1.C. ALBACEA MANCOMUNADOS	87
A.1.C.1. ACTUACIÓN DE ALBACEAS MANCOMUNADOS	87
A.1.D. ALBACEAS SOLIDARIOS	88
A.1.D.1. FORMA DE ACTUAR LOS ALBACEAS SOLIDARIOS	89
A.1.E. ALBACEAS SUCESIVOS	90
A.2. INEFICACIA DEL NOMBRAMIENTO	92
A.2.A. CADUCIDAD	92
A.2.B. INCAPACIDAD DEL NOMBRADO	94
A.2.C. NULIDAD	94
A.2.D. REVOCACIÓN	95

B. ACEPTACIÓN DEL CARGO	96
B.1. CARACTERÍSTICAS DE LA ACEPTACIÓN	97
B.1.A. ES VOLUNTARIA	97
B.1.B. ES UN ACTO PURO Y SIMPLE	98
B.1.C. ES UNA DECLARACIÓN UNILATERAL INTER- VIVO	99
B.1.D. ES INDIVISIBLE	99
B.1.E. ES GENERALMENTE IRREVOCABLE	100
B.1.F. NO ES SOLEMNE	100
B.1.G. TIENE QUE HACERSE CON POSTERIORIDAD A LA MUERTE DEL CAUSANTE	100
B.2. CLASES DE ACEPTACIÓN	101
B.2.A. ACEPTACIÓN EXPRESA	102
B.2.B. ACEPTACIÓN TÁCITA	103
B.2.C. ACEPTACIÓN PRESUNTA O POR MINISTERIO DE LA LEY	103
B.3. PLAZO PARA LA ACEPTACIÓN	104
B.3.A. SISTEMA DE PETICIÓN JUDICIAL	105
B.3.B. SISTEMA DE LAGUNA LEGAL	105
B.3.C. SISTEMA DE PLAZO LEGAL	105
B.4. REHUSAMIENTO DEL CARGO	107
B.5. RENUNCIA DEL CARGO	111
B.6. DIFERENCIAS ENTRE EL REHUSAMIENTO Y LA RENUNCIA	112
B.7. SANCIÓN AL REHUSAMIENTO Y LA RENUNCIA SIN JUSTA CAUSA	113
B.7.A. PÉRDIDA POR REHUSAMIENTO	114
B.7.A.1. ALBACEAS LEGÍTIMOS	115
B.7.A.2. LO RECIBIDO POR SUCESIÓN INTESTADA	116
B.7.A.3. DERECHO DE ALIMENTO	116
B.7.B. PERDIDA POR RENUNCIA SIN JUSTA CAUSA	117
B.8. OTROS SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 862	119
B.8.A. TRANSCURSO DEL PLAZO	119
B.8.B. REMOCIÓN DEL ALBACEA	120
B.9. EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN	121
B.9.A. OBLIGACIÓN DE EJERCER EL CARGO	122
B.9.B. FACULTADES DEL ALBACEA	124
BIBLIOGRAFÍA	125

DEDICATORIA

A la memoria de mi padre Jacinto Espinosa Quintero (q. e .p. d.) y de mi hermano Jaime Espinosa González (q. e. p. d.). A mi adorada madre Edelmira González viuda de Espinosa.

A mis hijos Lucas Javier, Juan Carlos y Javier; a mi esposa Kathia, y a mis nietos Diego, Mateo y Leonor. Mi hermano Roberto; y sobrinos Edelmira del Pilar, Roberto, Jaime Antonio, Jacinto Carlos, María Alejandra y Fabiola.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Yakeline Candanedo Ramos por la difícil labor de entender y transcribir mis palabras y llevarlos al conocimiento de los demás, a través del trabajo computacional

PRÓLOGO

El Doctor Jacinto Javier Espinosa González, ha concluido una obra cuyo estudio está centrado en el Régimen Sucesoral, normado en el Código Civil de Panamá. La obra por su naturaleza y desarrollo ordenado, constituye una fuente de consulta obligada, tanto para quienes como estudiantes, atendiendo su responsabilidad formal, como para quienes en su misión como facilitadores cumplen con sentido de pertenencia y competencia su cotidiana labor en el aula.

La obra desarrolla metodológicamente, los temas de rigor científico, yendo de lo general a lo particular. Así lo precisa, cuando aborda como eje central de su investigación, los aspectos generales sobre la sucesión con ocasión del hecho cierto de la muerte y ello la transmisión de derechos de una persona que fallece a otra que le sobrevive.

La hermenéutica legal, atiende los preceptos que el propio código utiliza como sinónimo, v, gr, Sucesión y el Derecho Hereditario, para acceder al análisis de los requisitos de la sucesión, debidamente respaldada en la jurisprudencia y obviamente, con ella las características de la sucesión mortis causa y el análisis de las fases o etapas del fenómeno sucesorio, tal como lo desarrollan, destacados juristas, entre otros, Diego Espin Cánovas, Manuel Albaladejo, siguiendo la legislación civil española, la cual sirvió de orientación a la legislación panameña.

Esta visión, a nivel nacional, también es compartida por el Dr. José María Carrillo (q. e. p. d.), quien fuera también docente en nuestra Facultad de

Derecho y Ciencias Políticas, por lo que la formación en éste ámbito de las ciencias jurídicas ofrece institucionalmente coherente estructural.

El Manual, no sólo, nos proporciona una fuente de consulta, sino que nos abre otros aspectos para desarrollar investigaciones científicas puntuales, como la relativa a la sucesión testada.

Sin pretender un juicio crítico, a la obra del autor, cuyos méritos, por si mismo lo sustentan con suficiencia, consideramos no solo oportuno, sino de interés compartido reconocer con justeza a su autor el empeño y entrega al trabajo y objetivo propuesto por el autor, con sentido lógico, de conocimiento científico.

Dr. Ulises Pitti G.

Profesor Titular de Derecho Civil

PRESENTACIÓN

En esta oportunidad presentamos el libro titulado “TRASMISIÓN PATRIMONIAL MORTIS CAUSA - RÉGIMEN JURÍDICO SUCESORIO”, del Dr. Jacinto Javier Espinosa G., quien es profesor titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Panamá.

Tiene una temática actualizada sobre todo el régimen sucesorio en Panamá y las fases que debe cumplir para que una persona natural o jurídica sea declarada heredera. La transmisión patrimonial post mortem está supeditada a la ocurrencia de un hecho como es el fallecimiento de una persona y en Panamá hay amplia libertad de testar en oposición al sistema de las legítimas que tienen otros países.

El Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá se complace en presentar a la comunidad en general esta obra de nuestro compañero profesor JACINTO JAVIER ESPINOSA G. y auguramos al lector una ilustración muy completa de todo el sistema herencial en Panamá.

VIRGILIO LUQUE

Director del Centro de Investigación Jurídica

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA SUCESIÓN

I. IDEAS PREVIAS

Toda situación tiene un momento en la cual se origina, ello se da por ejemplo en la concepción, en el nacimiento de la persona, en la relación de parentesco, en las fuentes generadoras de obligaciones, en la adquisición de bienes, en el estado civil de las personas y desde luego que en la relación jurídica sucesoria por razón del deceso o fallecimiento de una persona natural, esto no ocurre con las personas jurídicas. Es de suma importancia tener presente la confluencia de ciertos conceptos, términos o expresiones que están interrelacionados por razón de la relación jurídica que se origina por el hecho del fallecimiento de una persona, ello tiene que ver con el patrimonio, el parentesco, la herencia, la sucesión, la autonomía de la voluntad, la libertad de testar, el testamento, la testamentifacción activa, la capacidad para heredar, el haber hereditario, entre otras.

En la relación jurídica que surge por el hecho de la muerte o presunción de la misma juega un papel protagónico el Derecho de bienes, de familia, y sucesiones, a propósito del patrimonio, el parentesco y el llamamiento a suceder por vía testada o intestada.

La transmisión patrimonial post mortem está supeditada a la ocurrencia de un hecho como es el fallecimiento de una persona, que debe ocurrir en un plazo indeterminado, mientras no se de ese hecho no hay llamamiento a heredar, es necesario que se de tal hecho, y que siempre ha de ocurrir, el deceso es un requisito esencial para que haya adquisición del dominio por sucesión mortis causa (ver artículo 628.cc), no hay derecho a suceder, cualquiera sea la vía testada, intestada o mixta, mientras no tenga lugar tal hecho, además es necesario que existan herederos testamentarios o intestados y tenga lugar la aceptación de la herencia pues esta es libre, no hay obligación de hacerlo. En esa relación jurídica sucesoria se conjugan intereses diversos que armonizan e involucran relaciones de familia, como es el parentesco, de bienes como es el patrimonio, de obligaciones como es el crédito adquirido por el causante en vida (deberes) y del estado, a propósito de la sucesión de los municipios por vía intestada o de entidades estatales por designación testamentaria.

II. Justificación de la Sucesión Mortis Causa.

La admisibilidad de ésta obedece a decir de La Cruz Berdejo, José Luis y Santos Rebullida, Francisco de Arias que en su libro de Derecho de Sucesiones Tomo I parte general sucesión voluntaria, por tres razones:

- 1° La heredabilidad de los derechos patrimoniales no personalísimo de toda persona natural, la ley no concibe patrimonio sin titular, a la postre todo patrimonio se transmite a la persona designada por el de cujus, causante o testador o al pariente más próximo según la Ley y en último caso al Municipio del último domicilio del fallecido;
- 2° La intervención de la voluntad del difunto en la designación de la o las personas que le han de suceder, mediante la disposición testamentaria por razón del ejercicio de la libertad de testar, expresión genuina del principio de la autonomía de la voluntad;
- 3° El llamamiento de los familiares más próximos según el orden de suceder determinado por la ley en defecto de testamento, nulidad del mismo, incapacidad o falta de los instituidos herederos.

Se han opuesto a la admisibilidad de la sucesión mortis causa todos aquellos que niegan o no admiten la propiedad como garantía fundamental del hombre. Argumentan que la herencia es contraria a la justicia y desde luego al interés social, da origen a una desigualdad entre las personas; que no se puede permitir porque procede de un hecho completamente extraño a la voluntad y capacidad del beneficiado. Entre los defensores de esta corriente doctrinal cabe mencionar a Pufendorf y Binckershde, Rousseau, Mirabeau, Robespierre, Trouchet, Prudon, entre otros.

Nos dice Antonio De Ibarrola¹ que la negación a la sucesión se debió a la posible inspiración del legislador soviético en la frase de Justiniano: “*Quod principi placuit atque constituit legis furth abit vigorem*” “*Cuanto place al príncipe o por él es dictado, tiene valor de Ley*”.

En contra de las argumentaciones que adversan la sucesión mortis causa tenemos a Teodoro Kipp y Wolf quien afirma que “sin el Derecho de Sucesión la propiedad privada no se hallaría completa en cuanto a los bienes por nosotros adquiridos, no llegaríamos a ser gran cosa, más que usufructuarios vitalicios”. Nos dice Antonio de Ibarrola citando a Alrreus que “El Derecho de testar ha sido reconocido como una emanación del Derecho de Propiedad”, yo agregaría y del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, principio esencial en toda libre y espontánea contratación, pues el causante defiere para luego de su deceso la voluntad a quien quiere que en definitiva el patrimonio logrado en vida se le asigne, ya sea porque así lo dejó expresamente consagrado o bien prefirió que la voluntad

¹ DE IBARROLA, Antonio. Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa | . México. 2008. Pág. 651.

que mande la sucesión sea el orden fijado expresamente por la ley, eso hay que respetarlo, pues se trata de su última voluntad.

Existen principios que sirven de fundamento al derecho de herencia o de suceder y que el ordenamiento jurídico, en un estado de derecho, no puede desconocer tales principios, se refieren al derecho a testar que tiene toda persona natural, el derecho natural de los hijos y cónyuges a heredar a sus padres o al cónyuge intestadamente, así como el deber moral que tienen normalmente los padres de dejar su patrimonio a sus descendientes y su consorte por razón del vínculo jurídico familiar y afectivo que exista, al igual que la prevalencia de la sucesión testamentaria sobre la ab intestato.

III. El Derecho de Sucesión Mortis Causa²

Antes de entrar a ver qué es el derecho de sucesión por causa de muerte, necesario se hace traer a colación ciertos vocablos que guardan relación con el tema, motivo de estudio.

Estos vocablos son herencia, sucesión, legado, delación, vocación, representación, llamamiento, apertura de la sucesión. El diccionario de la Real Académica Española indica, entre una de las acepciones que tiene el vocablo herencia el significado de *“conjunto de bienes, derechos y obligaciones que al morir alguien, son trasmisibles a sus herederos o a sus legatarios”*.

Según el mismo diccionario sucesión significa entre las diversas acepciones que se da el de *“Entrada como heredero o legatarios en la posesión de los bienes de un difunto”* o *“Conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles a un heredero o legatario”*.

Nuestro Código Civil (artículo 628) define sucesión como *“La Transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla”*. A renglón seguido dice el artículo pre-transcrito *“Llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título singular”*. Igualmente establece el Código Civil que la sucesión es intestada cuando es deferida por la ley, en tanto la testada es en virtud de testamento que recoge la voluntad última del testador, más puede presentarse la sucesión de manera mixta, esto es que en una parte se hereda por voluntad del testador y en otra por disposición de la ley (Artículo 629 del Código Civil).

² En la doctrina se habla de la tradición por actos inter vivos y por actos mortis causa. En nuestro ordenamiento jurídico se trata de dos modos de adquirir el dominio independiente, no obstante ser ambos derivativos.

El Código emplea los términos sucesión y derecho hereditario como sinónimo, así queda expresamente establecido en el artículo 630 al indicar a partir de qué momento se abre la sucesión, ello ocurre con el hecho de la muerte del causante o por la presunción de tal hecho debidamente comprobado y declarado judicialmente. No obstante esto, entiendo existe una diferencia entre tales vocablos y ello tiene que ver con la necesidad de darle continuidad patrimonial al conjunto de bienes, derechos y obligaciones alcanzados por el difunto en vida, pues con su deceso se extingue su personalidad; la herencia alude al aspecto económico de la misma representada por el haber y el deber hereditario, se refiere al aspecto objetivo patrimonial. En tanto sucesión alude al aspecto subjetivo de la transmisibilidad patrimonial ocurrida por el fallecimiento y en atención al grado más próximo de parentesco o bien según la designación testamentaria hecha por el causante.

El heredero no suplanta, no ocupa la personalidad del causante³, no es un continuador del difunto, pues la existencia legal de éste concluye con su deceso (artículo 45 del Código Civil), más, el heredero si viene a darle continuidad al patrimonio del de cujus en su aspecto activo y pasivo. Si vemos el Código Judicial en su Libro II, Parte II, Título XIII, Capítulo III Procesos Sucesorios así lo confirma.

IV. REQUISITOS DE LA SUCESIÓN

Para que haya lugar a trasmisión sucesoria por causa de muerte, la ley demanda se den ciertos presupuestos o requisitos como lo son:

- 1° El fallecimiento de una persona o su presunción de muerte debidamente comprobada y declarada mediante sentencia ejecutoriada por la autoridad judicial competente;
- 2° Que tal persona fallecida o presuntamente fallecida tenga un patrimonio (activos y pasivos);
- 3° Que haya herederos o legatarios designados por el fallecido o causante, mediante alguna de las modalidades de testamento, ya sean común o bien especiales y en su defecto o por resultar el mismo nulo en cuyo caso corresponderá a los indicados por el Código Civil según el orden de parentesco más próximo y a falta de estos al municipio del último domicilio del fallecido;
- 4° Que los herederos o legatarios acepten la herencia o legado siempre y cuando sean capaces para suceder, esto es que no estén incurso en

³Ver Fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 12 de julio de 1934 en el Libro de Jurisprudencia Civil, Tomo II del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

causa de incapacidad o de indignidad para suceder post mortem (artículos 635, 637, 640, 641 y 642 del Código Civil).

V. CARACTERÍSTICAS DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA

1° Es un modo derivativo de adquirir el dominio post mortem ya que precisa el fallecimiento de una persona natural o bien se dé la declaración de presunción de muerte mediante sentencia judicial ejecutoriada (Artículo 57 y siguientes del Código Civil).

2° Es un derecho real. Los herederos o legatarios una vez ocurra el deceso de una persona a quien tienen derecho a heredar en virtud del testamento o por disposición de ley (ab intestato) gozan de la acción de petición de herencia para reclamar judicialmente los bienes dejados por el difunto, tal acción se encamina contra el patrimonio, compuesto por activos y pasivos. El carácter real de la herencia está contemplada por el artículo 584 del Código Civil y así lo ha admitido la jurisprudencia, sin embargo, la Corte en fallo último le ha reconocido el carácter de Derecho Personal, criterio que no compartimos, toda vez que en la sucesión no existe persona natural, ya que su existencia termina con el deceso, lo que reclaman los herederos es el patrimonio de un muerto o sea de una persona inexistente por su deceso.

3° En la sucesión mortis causa lo esencial resulta ser el fallecimiento de una persona; la existencia de un patrimonio como universalidad y desde luego que haya herederos o legatarios, ya sea instituidos en virtud de testamento o en su defecto por el orden de parentesco más próximo fijado por la Ley.

VI. FASES O ETAPAS PARA ACCEDER AL DERECHO A SUCEDER O HEREDAR

1° La apertura de la Sucesión: Esta tiene lugar con el hecho del deceso de la persona o de la declaración judicial de presunción de muerte (artículo 630). Este hecho (deceso) es el que da lugar a la apertura de la sucesión y es a partir de este instante que los posibles herederos han de entrar en posesión de los bienes dejados por el difunto.

En el evento que no se presenten o no se conocen posibles herederos del fallecido, el Juez Municipal del lugar donde ocurre el deceso y ante la no existencia de quien se encargue del cuidado y administración de los bienes, ordenará todo lo conducente al entierro y aseguramiento de los bienes, de forma que los mismos queden en depósito provisional (artículo 1479 del Código Judicial). Esta acción judicial conduce ante la no aparición de posibles herederos, a que el Juez competente para conocer de

la sucesión, previo traslado al Agente del Ministerio Público declare yacente la herencia (artículo 1481 del Código Judicial).

La apertura de la sucesión requiere se pruebe el hecho causal de la misma, esto es, que hay que probar la muerte de la persona cuya herencia se pretende. Mientras no se pruebe tal hecho no hay apertura, estamos frente a un hecho esencial para que se de la sucesión, ya sea testada o intestada. Tal hecho se acredita con la respectiva certificación de defunción del Registro Civil o copia de la Constancia de Presunción de muerte (artículo 628 del Código Civil y el artículo 60 de la Ley 31 del 25 de julio de 2006, publicado en gaceta oficial No.25,599 que regula el Registro Civil de las Personas) debidamente registrada.

La probanza de la muerte corresponde a todo aquel que pretenda hacer valer derechos sucesorios e incluso lo pueden hacer los acreedores luego de 2 meses del fallecimiento; tal prueba de defunción hay que acompañarla con la demanda, ya sea testada o intestada (artículo 1525 y 1527 del Código Judicial).

El acta de defunción no solo hace constar el deceso, sino que indica la hora, día, mes, año y lugar en que ocurrió tal hecho.

En cuanto al lugar donde se abre la sucesión, siguiendo los parámetros fijados por el Código Judicial respecto a competencia se refiere (artículo 261) lo será el Juez (Según la cuantía del haber hereditario) del domicilio que en la República tenía el causante al tiempo de su fallecimiento; si fuera el caso que no tenía domicilio fijo o lo tenía en varios lugares o en el extranjero, el juez competente para la apertura lo será el del lugar donde se hallen la mayor parte de los bienes.

La determinación del momento en que tiene lugar la apertura de la sucesión es trascendente por el motivo siguiente:

- Permite saber quiénes tienen posibilidad de heredar dependiendo si existe o no testamento, recordemos que nuestro ordenamiento fija la vía sucesoria acudiendo primero a si hay testamento, luego a la sucesión intentada y finalmente puede la sucesión ser mixta (artículo 629 del Código Civil).

2° La Delación de la Herencia: Es el llamamiento que hace el propio causante mediante testamento o en su defecto la ley para que él o los instituidos herederos o legatarios en virtud de disposición de última voluntad o según el orden de parentesco más próximo acudan a los tribunales, a fin que se les tenga como herederos o legatarios, sin perjuicios de terceros (artículo 1526 y 1530 del Código Judicial).

La herencia se defiende a partir del instante en que tiene lugar el fallecimiento del autor de la misma, los instituidos testamentariamente o por disposición de ley a partir de ese instante adquieren la calidad de tales y están legitimados para reclamar sus derechos (artículo 630 del Código Civil) sin perjuicio de terceros y disponer de tales derechos, como es la venta de derechos hereditarios (artículo 1122 y 1283 del Código Civil).

No es suficiente para que alguien devenga heredero o legatario de un fallecido el simple llamamiento o instituido, sino que es indispensable se de un fenómeno de simultaneidad entre el deceso del causante y la existencia del heredero o legatario (artículo 633 del Código Civil) al tiempo en que se produce tal hecho (la muerte). El heredero debe existir al tiempo del deceso del autor de la herencia. En el caso del natus o del que está por nacer, si es instituido heredero o le corresponde heredar por la proximidad del parentesco, sus derechos como herederos quedan suspensos hasta que tenga lugar el nacimiento, entrando el recién nacido en el goce de los derechos hereditarios como si hubiese existido al tiempo en que la herencia se defiende o sea al momento en que el causante fallece (Artículo 44 del Código Civil).

Es importante destacar que tanto la apertura como la delación de la herencia ocurren en un mismo momento, hay una simultaneidad de ocurrencia de tales hechos, pues la apertura y la delación de la herencia se presentan con la muerte del causante, independientemente que se trate de un llamamiento testado o ab intestato. La delación arranca con el deceso y no antes, tiene necesariamente que mediar tal hecho previamente.

3° La Aceptación de la Herencia: El heredero y legatario en la sucesión testada y el heredero en la intestada, son enteramente libres y autónomos de aceptar o bien repudiar la herencia, se trata de un acto libre, voluntario, espontáneo, autónomo, nadie está obligado a aceptar una liberalidad (artículo 874 del Código Civil). Ambas (herencia o legado) se retrotraen al tiempo de ocurrir el fallecimiento de quien se ha de heredar y no pueden hacerse en parte, ni a plazo o bajo condición, siempre debe existir la certeza del fallecimiento y de tener derecho a la herencia (Artículos 875, 876 y 877 del Código Civil).

No se puede ser heredero o legatario sino media la aceptación de la calidad de tal, que puede ser expresa o tácita; la primera es la que se hace en documento público o privado; y la tácita es la que resulta de actos que suponen la voluntad de aceptar o bien que no habría derecho a ejecutar sino con la calidad de heredero o legatario (Artículo 883 del Código Civil). Los actos de administración o conservación provisional no son expresivos de aceptación de la herencia y no dan lugar al título o calidad de heredero o legatario.

La aceptación es un acto autónomo, libre, voluntario e irrevocable, necesario para que haya lugar a la transmisión patrimonial mortis causa, ella puede tener lugar pura y simple o bien a beneficio de inventario, ésta última forma de aceptación rige supletoriamente en caso de no expresarse la forma bajo la cual se acepta la herencia (Artículo 882 del Código Civil). Producida la aceptación o repudiación de la herencia estas devienen irrevocable y sólo son impugnables por vicios del consentimiento o por aparecer un testamento desconocido. El Código Civil (Artículo 884) establece algunas situaciones en las que entiendo se da la aceptación hereditaria y ello ocurre:

- a. Cuando el heredero vende, dona o cede sus derechos a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos;
- b. Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos;
- c. cuando la renuncia por precio a favor de todos los coherederos indistintamente; pero si esta renuncia fuese gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga, son aquellos a quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia.

VII. BIENES OBJETO DE TRASMISIÓN HEREDITARIA

El artículo 628 del Código Civil al definir la sucesión mortis causa alude a los bienes objeto de transmisión sucesoria y lo refiere a los derechos activos y pasivos dejados por una persona fallecida, de manera que el haber hereditario lo integran tales bienes. Dentro de ese concepto amplio que el Código hace de derechos, comprendido los activos (bienes) y los pasivos (créditos-obligaciones), debemos entender a propósito de los activos todos los bienes, sean corporales o incorporales muebles o inmuebles, presentes y futuros que sean susceptibles de transmisión patrimonial y que hagan parte del patrimonio del difunto incluidos los derechos posesorios (artículo 425 y 428 del Código Civil); no entran en ellos los derechos personales de contenido personalísimo, así como los referentes a los derechos civiles y políticos, ni los que emanan de contratos intuitu personae: igualmente los relacionados con el estado civil de la persona o las acciones para adquirir o se les reconozca un estado civil determinado, el derecho de uso y habitación (artículo 512 del Código Civil), ni el usufructo, salvo en este último caso que el usufructuario fallezca antes de expirar el plazo o de cumplirse el evento de la condición resolutoria, en cuyo caso el usufructo es transmisible a sus herederos (artículo 496, numeral 5 del Código Civil); el derecho a demandar la nulidad del matrimonio, el derecho a demandar la asignación de la patria potestad o el reconocimiento de hijo o hija, el derecho a adoptar, así como el derecho de alimento, los derechos morales de la propiedad de derecho de autor, los bienes que conforman el patrimonio familiar (artículo 62 infine de la Constitución Nacional y el

artículo 475 del Código de la Familia y del Menor) así como los bienes sustraídos del comercio de modo absoluto.

VIII. SUJETOS INVOLUCRADOS EN LA RELACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE SUCEDER

1° El causante de la sucesión mortis causa. El de cujus es quien origina por el hecho de su deceso o fallecimiento la relación jurídica de transmisión patrimonial a sus herederos o legatarios, bien sea que los ha designado mediante testamento o en su defecto corresponderá lo que indica el Código Civil según el grado de parentesco más próximo, ya sea que no hay testamento o existiendo es declarado nulo. Este sujeto siempre será persona natural singular.

2° El o los herederos. Estos vienen instituidos, bien sea por propia voluntad del causante en virtud de testamento o en su defecto por orden de ley según el grado de parentesco más próximo, es decir, ab intestato.

3° El o los legatarios. Estos son designados únicamente por el de cujus, no se dan en la sucesión intestada, se trata de una figura jurídica propia de la sucesión testada, es llamado por la voluntad del causante en virtud de testamento (Ver artículo 818 y s.s. del Código Civil)⁴.

4° El o los albaceas. Este es designado por el testador para que se encargue de velar por la ejecución y cumplimiento de su última voluntad plasmada en testamento, se trata de una figura jurídica propia de las testamentarias, excepcionalmente se da en la intestada. Este puede tener funciones asignadas de administrador e inclusive de partidor, tendrá las funciones que el testador le haya asignado, en su defecto tendrá las asignadas por disposición de ley, como son las siguientes:

- a. Disponer y pagar el funeral del testador según disponga el testamento o bien según las costumbres del domicilio del testador;
- b. pagar los legados con conocimiento de los intestados y autorización judicial;
- c. vigilar sobre la ejecución de todo lo ordenado en el testamento y defender la validez del mismo en juicio o fuera de él,
- d. tomar las medidas necesarias para la conservación física y jurídica, así como la custodia de los bienes con la participación de los herederos y legatarios presentes.

5° Los partidores de la herencia. El testador puede perfectamente designar en el testamento la persona a quien corresponderá llevar a cabo la partición de los bienes que conforma el haber hereditario, la cual ha de ser judicial o extrajudicial según exista o no herederos menores de edad,

⁴ Ver Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Registro Judicial No. 21 enero-diciembre de 1954, página 61,

incapaces o ausente (artículos 913 y 914 del Código Civil). De no haberlo hecho el testador le corresponderá a los herederos y si no se ponen de acuerdo deberán ir a la vía judicial para que a través de esta tenga lugar la partición, en cuyo caso será judicial (artículo 615 del Código Civil).

6° Los acreedores de la sucesión. Estos deben hacer valer sus derechos que tengan contra la sucesión y que harán parte de los pasivos dejados por el difunto, siempre y cuando conste en títulos que tengan valor de título ejecutivo (artículo 1547 del Código Judicial). Estos tienen preferencia en el pago de las deudas hereditarias frente a los acreedores personales de los herederos.

7° Los acreedores de los herederos. Estos tienen el derecho a accionar contra bienes de la herencia, a propósito de la cuota parte que corresponda al heredero deudor, luego que se haya pagado a los acreedores de la masa hereditaria, pues éstos últimos tienen preferencia en el pago que aquéllos.

Para el caso que él o alguno de los herederos repudie la herencia en perjuicio de sus acreedores, estos vienen facultados para requerir al Juez que les autorice a aceptarla en nombre del heredero repudiante hasta el importe de su crédito (artículo 885 del Código Civil).

IX. DE LA CAPACIDAD PARA HEREDAR

Esta debe tenerse al momento que la herencia es deferida (artículo 633 del Código Civil), esto es al tiempo en que se produce la muerte del causante o de la declaración judicial de presunción de muerte mediante sentencia ejecutoriada.

Así como el heredero debe existir al instante en que tiene lugar el fallecimiento de una persona, en ese mismo momento también debe estar revestido de la debida capacidad para heredar. El nasciturus heredará y puede ser instituido heredero en la medida que nazca y viva por un instante separado del seno materno, esto es el cordón umbilical (artículo 41 y 42 del Código Civil).

Toda persona, natural goza de capacidad para suceder o recibir una sucesión testada o ab intestato, salvo prueba en contrario, se presume la capacidad de suceder, quien alegue lo contrario correrá con la carga de la prueba de la incapacidad del llamado.

La incapacidad para heredar está concebida por el legislador con carácter absoluto o bien por vía de indignidad, veamos cuales son las causas en una y otra:

A. Incapacidad Absoluta

1° Las criaturas abortivas. Esto es el feto que no viviere un instante separado del seno materno se trata de inexistencia de persona. El naciturus si es idóneo para heredar con tal que viva por un instante separado del seno materno, esto es que tenga vida propia la cual tiene lugar con el nacimiento (Ver artículo 41 y 42 del Código Civil).

2° Las asociaciones o corporaciones no permitidas por ley.

3° El último confesor del testador a quien éste durante su última enfermedad le instituyó heredero o bien a los parientes de aquél (confesor) dentro del 4° grado o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituido.

4° El notario autorizante de la Escritura contentiva de la última voluntad del testado, así como sus ascendientes, descendientes o herederos y los cónyuges de éstos o de aquellos, o la mujer del notario, los ascendientes descendientes o hermanos de la misma. Cualquier cláusula estipulada en testamento a favor de tales personas son nulas y sin valor jurídico alguno (artículo 1717 del Código Civil).

5° El médico o facultativo que atiende al testador durante su última enfermedad, quien puede influir directamente en la voluntad del testador por su estado de salud, ello debe ser resuelto por la jurisprudencia mediante una aplicación analógica (artículo 13 del Código Civil) como ocurre con el último confesor, visto por el artículo 637 del Código Civil.

B. Incapacidad por Indignidad

Están inmersos en esta incapacidad para suceder:

1° El que abandone a sus hijos o hijas sin calificación filial, les prostituyeren o atentaren a su pudor, ello hay que probarlo por quien impugna la sucesión por tales razones.

2° Quien fuese condenado en juicio por atentar contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

3° Quien hubiese acusado al testador de delito al que la ley señala pena afflictiva y la acusación es declarada calumniosa.

4° El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia si ésta no ha procedido de oficio.

5° El que con fraude, dolo o violencia obliga al testador a hacer testamento o a cambiarlo, tales circunstancias hay que probarlas.

6° El que con fraude, dolo o violencia impidiere a otro hacer testamento o revocar el que hubiere hecho o bien suplantase, ocultare o altere otro posterior, ello precisa probarse.

7° El pariente del fallecido que hallándose en estado demente o abandono, no cuida de recogerlo o hacerlo recoger.

Si bien estas causas producen la incapacidad para suceder hay situaciones en las cuales no se da tal efecto como ocurre cuando el

testador las conocía al tiempo de hacer testamento o bien sabiéndolo después las remite en documento público (Artículo 642 del Código Civil).

Cuando el incapaz de suceder así declarado ha entrado en posesión de los bienes hereditarios, estará obligado a restituirlos con sus accesorios, frutos y rentas percibidas, en la medida que no haya prescrito la acción para impugnar la incapacidad para heredar, tal acción prescribe pasados los 5 años desde que el incapaz está en posesión de la herencia o legado (Artículo 645 del Código Civil).

X. CAUSAS DE EXCLUSIÓN PARA HEREDAR

1° Por incapacidad para heredar o ser declarado indigno.

2° Por repudio de la herencia siempre que el repudiante fuese hijo o descendiente del testador y no tuviere descendientes, si existieren, éstos heredarán por derecho de representación.

3° En virtud de disposición testamentaria expresa y es que, así como el testador puede libremente establecer quienes han de sucederle, igualmente está facultado para estipular quienes no le han de heredar, no obstante la designación de heredero lleva implícito quienes no han de heredar al no designárseles sucesores.

XI. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA IMPUGNAR LA INCAPACIDAD

El término de prescripción de la acción para impugnar la incapacidad de un heredero o legatario es de cinco años y corre a partir del momento en que el incapaz está en posesión de la herencia o legado (artículo 645 del Código Civil).

CAPITULO II

CLASES DE SUCESIÓN MORTIS CAUSA

El artículo 629 del Código Civil contempla la posibilidad que la herencia se defiera de forma Testada, Ab intestato o Mixta, ésta última se da cuando se presenta que la herencia se defiere en parte por voluntad del testador y en parte por disposición de la ley.

I. SUCESIÓN INTESTADA

A. EL PARENTESCO FACTOR DETERMINANTE DEL ORDEN DE SUCEDER INTESTADO

En la sucesión ab intestato el acceder a la transmisión patrimonial post Mortem viene determinada por el parentesco, pues rige la regla que el pariente más próximo en grado del difunto excluye al más distante (artículo 652 del Código Civil), salvo el derecho de representación cuando hay lugar a ello, los parientes en igual grado heredan a partes iguales.

La determinación del parentesco es vital en la sucesión ab intestato toda vez que los primeros llamados a suceder resultan ser los descendientes del causante y su consorte, lo que obliga a probar el vínculo de parentesco y del matrimonio o unión de hecho con cinco años o más de duración, precisa se pruebe y reconozca judicialmente el matrimonio de hecho para tales efectos (artículo 53 y 56 del Código de la Familia).

La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones y cada una de éstas hace un grado.

La serie de grados hacen la línea, ya sea directa o bien colateral.

La línea directa está formada por la serie de grados entre personas que descienden una de otras.

La línea colateral está formada por la serie de grados entre personas que proceden de un tronco común.

La línea recta puede ser descendiente o ascendiente. La línea recta descendiente vincula a la cabeza de familia con los que descienden de él. La línea recta ascendente vincula a una persona con aquella de quienes desciende (Ver artículo 646, 647, 648 del Código Civil).

B. ORDEN DE SUCEDER FIJADO POR LA LEY

B.1° Reglas aplicables a los herederos ab intestato en línea recta descendente y el cónyuge sobreviviente.

- a. Los descendientes en igualdad de parentesco concurren en igualdad de derechos.
- b. Los hijos sin distinción de filiación (los habidos dentro del matrimonio, fuera del mismo o adoptivos) y sus descendientes heredan a sus padres y otros descendientes igualitariamente.
- c. Los hijos y el consorte supérstite heredan por derecho propio y la herencia debe adjudicarse y dividirse por igual.
- d. Los nietos heredan por derecho de representación.
- e. Si a la herencia comparecen hijos y descendientes de otros hijos fallecidos se debe aplicar el derecho de representación para estos últimos y los hijos heredan por derecho propio.

B.2° Reglas aplicables a los herederos ab intestato en línea recta ascendente

- a. A falta de hijos y descendientes del fallecido le heredan los ascendientes con exclusión de los colaterales.
- b. El padre y la madre heredan por partes iguales al difunto hijo y si sólo existe uno sucederá en toda la herencia, sin perjuicio de los derechos que le corresponden al cónyuge supérstite como se verá más adelante⁵.
- c. A falta de padres, heredarán los ascendientes más próximos en grado. Siendo varios de igual grado y de la misma línea, la herencia se dividirá por cabezas y si fueren de líneas diferentes y de igual grado, la mitad es para los ascendientes paternos y la otra para los maternos.

B.3° Reglas aplicables a los colaterales como herederos ab intestato

- a. Estos sólo heredan ab intestato en caso que no haya herederos en líneas recta descendente o ascendente.
- b. Si sólo existen hermanos heredarán por partes iguales.
- c. Si a la herencia concurren hermanos con sobrinos hijos de hermanos, los hermanos heredarán por cabezas y los sobrinos por estirpe.
- d. Si concurren hermanos de doble vínculo con medios hermanos, ambos les corresponderá igual porción en la herencia⁶.

⁵ Ver I.B.4°, pág. 24.

⁶ Ver fallo de la Corte Suprema de Justicia de 19 de febrero de 2004 en Gaceta Oficial de 6 de julio del mismo año, que se pronunció sobre la inconstitucionalidad del artículo 680 del Código Civil en cuanto a la desigual distinción que el legislador le daba a como debía distribuirse la herencia en el llamamiento intestado de hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo, lo que reñía con el artículo 56 de la Constitución Nacional que consagra la igualdad de vínculo entre hermanos y deben heredar igualitariamente.

- e. Cuando concurren medio hermano, unos por parte de padre y otros por parte de madre, todos heredarán igualitariamente.
- f. Los hijos de medios hermanos heredarán por cabezas o por estirpe.
- g. De no existir hermanos, ni hijos de éstos heredarán los demás colaterales.
- h. La sucesión de colaterales sólo alcanza hasta el 6 grado de parentesco en línea colateral.

B.4 Reglas aplicables a la sucesión ab intestato del cónyuge.

Para que el cónyuge suceda a su consorte fallecido es necesario se cumplan ciertas exigencias fijadas por la Ley y que son:

- a. Que el cónyuge no esté divorciado (a), o separado (a) de cuerpo.
- b. Que no medie sentencia firme que decrete tal situación.

Tratándose de una unión de hecho en que se pruebe que la misma cumplía las exigencias para el matrimonio de hecho, como son la singularidad, estabilidad y el tiempo mínimo fijado por el Código de la Familia, 5 años consecutivos y así se comprobare judicialmente ante los juzgados seccionales de familia mediante proceso especial, el consorte sobreviviente tiene derecho a heredar por derecho propio.

Antes de ver las reglas aplicables al cónyuge sobreviviente, necesario es destacar cuál es el régimen económico que convinieron los cónyuges por razón del matrimonio y si no se estipuló capitulación matrimonial, preciso es determinar si se trata de matrimonios celebrados bajo la vigencia del Código de la Familia y del Menor o si fue bajo el Código Civil, ya que ambos cuerpos legales fijan un régimen económico supletorio distinto, pues el Código Civil establece el sistema de separación de bienes (Ver artículo 1168), en tanto que el de la Familia y Del Menor establece el sistema de participación en las ganancias, como régimen supletorio legal (Artículo 82).

El cónyuge supérstite casado o declarado judicialmente en matrimonio de hecho heredará conforme las reglas indicadas Infra⁷. Por razón del matrimonio al cónyuge sobreviviente le corresponde por derecho propio una cuarta parte del patrimonio final del consorte fallecido en concepto de participación en las ganancias (artículo 111 del Código de la Familia y del Menor), esto en los matrimonios celebrados bajo la vigencia del Código de la Familia y del Menor que tiene lugar a partir del año 1995.

Para la determinación de ese patrimonio final habrá que inventariar los bienes y derechos de que sea titular el autor de la herencia al momento de

⁷ Ver pág. 26.

su deceso, con deducción de las obligaciones no satisfechas aún, las cuales si son reclamadas deberán cubrirse con el haber hereditario. Esa cuarta parte que del patrimonio final del consorte fallecido le corresponde al supérstite no es parte del patrimonio hereditario del causante de la herencia, lo que hace necesario que antes de inventariar los bienes de la herencia se debe liquidar el régimen de participación en las ganancias, ya que ese porcentaje le pertenece por derecho propio al cónyuge supérstite por razón del matrimonio y su régimen legal de participación en las ganancias, bien convenido o supletoriamente establecido por la ley.

B. 4.1. SUCESIÓN DEL CÓNYPUGE

B.4.1.a. En línea recta descendente.

1° En esta línea el cónyuge sobreviviente hereda con los hijos del difunto, nietos (por derecho de representación) y demás descendientes en igual proporción que cada uno de los hijos.

B.4.1.b. En la línea recta ascendente.

1° Si los padres del difunto existieren el cónyuge sobreviviente heredará por partes iguales con éstos, debiendo la herencia dividirse en tres partes.

2° De existir uno sólo de los padres del fallecido, el cónyuge sobreviviente heredará con este en toda la herencia o sea por partes iguales, debiendo la herencia adjudicarse y dividirse en dos.

3° De no existir padre y madre, el cónyuge heredará con los ascendientes, de existir, más próximos en grado del causante.

En tal caso la herencia deberá dividirse así:

- a. Si fuesen varios los ascendientes del difunto de igual grado y de la misma línea el cónyuge sobreviviente heredará con ellos por partes iguales.
- b. Si en cambio fuesen de línea diferentes, la herencia deberá dividirse en tres partes, una para los ascendientes paternos, otra para los maternos y una para el cónyuge.

B.4.1.c. Con los colaterales del Causante.

De no existir descendientes o ascendientes del difunto, el cónyuge sobreviviente heredará con los colaterales del causante en el orden siguiente:

- a. Con los hermanos de doble vínculo o medio hermanos⁸ o sobrinos del difunto le corresponderá la mitad y la otra parte a los hermanos del causante.

⁸ Vale recordar que la Corte Suprema de Justicia en fallo de 19 de febrero de 2004, declaró que es discriminatorio e inconstitucional la distinción que hace el artículo 680 del Código Civil entre hermanos de doble vínculos y vínculo sencillo.

- b. Si no existen colaterales el cónyuge sobreviviente heredará en todos los bienes al causante consorte.

B.4.1.d. De no existir cónyuge sobreviviente heredará al causante los demás parientes colaterales hasta el 6 grado de parentesco en línea colateral.

En todos estos casos debe excluirse de la distribución y adjudicación la cuarta parte que le corresponda al cónyuge sobreviviente en concepto de participación en las ganancias de ser este el régimen económico convenido por capitulación matrimonial o bien rija supletoriamente en caso de no existir capitulación (ver el artículo 111 del Código de La Familia y Del Menor).

B.4.1.e. Derechos del Cónyuge viudo a alimentos.

Sobre el particular es pertinente el artículo 813 del Código Civil, el cual dispone para que tenga lugar un porcentaje de la herencia (una quinta parte) del consorte fallecido le sea asignada por razón de alimento al cónyuge sobreviviente suceda lo siguiente:

- 1° Que uno de los cónyuges fallezca;
- 2° Que el viudo o viuda al morir su consorte no estuviere separado, divorciado o lo estuviere por culpa del cónyuge fallecido; siempre y cuando soliciten los alimentos durante el proceso del divorcio.
- 3° Que el cónyuge viudo o viuda carezca de lo necesario para su congrua subsistencia, lo que significa que si tiene medios no ha lugar al reclamo de tal porcentaje;
- 4° Se le adjudique hasta una quinta parte de la herencia en concepto de alimentos⁹.

B.5. DISPOSICIONES LEGALES ESPECIALES

- a. Ley 55 de 23 de mayo de 2011 (Por la cual se adopta el Código Agrario de la República de Panamá) al respecto es pertinente el Título V, Capítulo I, del Libro I del referido cuerpo legal. El artículo 146 de la referida excerta legal dice: *“La sucesión agraria es la transmisión de los derechos activos y pasivos utilizados para la realización de una actividad agraria por el causante a la persona que sobrevive, a la cual la Ley o el testador llama para recibirla”*. La innovación que introduce el referido Código Agrario en el ámbito sucesoral, distinción que no entra a hacer el Código Civil, es que los activos o pasivos estén adscrito a una actividad agraria por el causante previo a su deceso. Es importante destacar que la Ley agraria no puede

⁹ Véase fallo de la Corte Suprema de Justicia de 6 de marzo de 1998 en el Código Civil Actualizado, octubre 2011 de Mizrachi & Pujol. Página 395

desconocer la autonomía sucesoral fijada por el causante a través de su última voluntad expresada en testamento, ésta es la ley de la sucesión y no puede desconocerse sobre la base de distinción de bienes de naturaleza agraria y no agraria; el patrimonio general o personal es uno y está compuesto por los activos y pasivos sin distingo de ninguna naturaleza. La distinción que hace el referido cuerpo normativo atenta contra la autonomía de la voluntad del principio de economía procesal, la libertad de testar y la primacía de ésta sobre el llamamiento por disposición de ley, dando lugar a conflicto de competencia jurisdiccional, establecidas por el Código Judicial. El aludido cuerpo legal trata de aclarar la situación señalando en el artículo 147 que si en una sucesión (juicio) existen solo bienes agrarios en la masa sucesoral, que sólo se viene a saber cuando el proceso sucesorio testado o intestado está en la fase de inventario y avalúo, debiendo pasar el proceso a la jurisdicción agraria, ello implicaría mayores costos para el Estado y dilación del trámite, lo que no ocurre cuando hay bienes de naturaleza agraria y no agraria, pues hay competencia a prevención de la jurisdicción agraria y la civil. Existe una incongruencia normativa del Código Agrario en sus artículos 146 y 147, así como con los artículos 2 que ofrece una acepción legal de los términos **bien agrario** y el 11 que define **actividad agraria**. Veamos que dicen:

“Artículo 2:

3° **Bien Agrario.** *El que se dedique o destine a la realización de una actividad agraria”.*

“Artículo 11: *La actividad agraria es aquella que se realiza en desarrollo del ciclo biológico, vegetal o animal ligado directa o indirectamente con el aprovechamiento de los recursos naturales y que se resuelve en la producción, transformación, industrialización y comercialización de productos agrarios”.*

El artículo 12 indica que el bien tutelado por el Código Agrario es la *“Actividad Agraria Rural o Urbana”.*

Lo que interesa al Código Agrario en materia de transmisión mortis causa es la continuidad de la actividad agraria, independientemente si el haber hereditario está compuesto por activos y pasivos agrarios, esto es bienes agrarios o

pasivos (deudas) agrarios destinados a la actividad agraria. De allí que para garantizar la continuidad de tal actividad, la trasmisión de bienes agrarios se debe hacer conforme las reglas que establece el artículo 148 y que son, a saber:

1° El juez de la causa, ya sea de oficio o bien a instancia de parte interesada en cualquier etapa del proceso, tomará las medidas conservatorias necesarias a fin de precaver la continuidad de la actividad agraria;

2° Que no existan herederos testamentarios instituidos o de existir, el testamento es declarado nulo o estar incurso en causa de indignidad, los bienes se asignarán según las reglas de sucesión intestada vista y establecidos en el Código Civil.

3° El juez, previo a la adjudicación de bienes puede instar a los herederos intestados, no así a los herederos instituidos por el causante en testamento a que de común acuerdo designe a uno o varios de ellos para continuar la actividad agraria del finado, ello con el propósito de que no se fraccionen los bienes agrarios. Se trata de una exhortación y no de compelación, por lo que los herederos son libres de acatar o no el requerimiento del Juez, no es una orden.

4° Coetáneo a la partición de la herencia, el Juez adjudicará los bienes agrarios a los herederos con mayor aptitud para seguir la actividad agraria. Esta regla se presta abusos, arbitrariedades y desconocimiento del orden sucesoral fijado por el Código Civil y que el propio Código Agrario reconoce como norma aplicable, pues el artículo 146 de la citada excerta legal agraria admite y dispone el principio de que los primeros llamados a suceder son los instituidos en el testamento y a falta de este o por su nulidad declarada judicialmente o por indignidad de los herederos entre a regir la intestada.

- b. Ley 64 de 10 de octubre de 2012, sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Esta ley en su artículo 59 dispone que el derecho patrimonial, luego de consagrar este tipo de propiedad especial (derecho de autor) genera derechos morales y patrimoniales, dura la vida

del autor y setenta (70) años más, luego del deceso del autor, los cuales se transmiten a los herederos instituido en testamento o según el orden de parentesco más próximos fijados por la ley. Lo que significa que tales derechos patrimoniales (comunicación pública, reproducción, modificación y distribución) se transmiten a los herederos por vía testada o ab intestado según lo que ha decidido o no el autor al tiempo de su deceso hasta por 70 años y no más, pero si por menos según la voluntad del autor causante. Esto no ocurre en los demás bienes que deje el causante, pues no hay un plazo en que los bienes deben permanecer en manos de los herederos, ellos pueden ser transmitido de generación en generación y no pasar al dominio público del Estado como ocurre con tales derechos patrimoniales (artículo 64 de la Ley 64) en la propiedad de derecho de autor. Otro aspecto digno de ver en este estudio es lo referente a partir de qué momento ocurre ese plazo de los 70 años que indica el artículo 59 de la citada ley. A este respecto la ley fija ese momento atendiendo al tipo de obra intelectual de que se trate, así tenemos que:

- En las obras en colaboración el plazo de duración de la transmisión de los derechos patrimoniales (70 años) se cuenta a partir del momento en que el último coautor fallece;
 - En las obras anónimos o seudónimos el plazo de los 70 años se cuenta a partir año de su divulgación, salvo que antes de cumplirse dicho lapso de tiempo el autor revele su identidad en cuyo caso el plazo de los 70 años corre a partir del deceso del autor;
 - En los programas de ordenador, obras colectivas, obras audiovisuales los derechos patrimoniales tienen un plazo de duración de 70 años contados a partir de su primera publicación o en su defecto al de su terminación.
- c. Ley 42 de 7 de agosto de 2012 sobre Pensión Alimenticia.
Antes de ver que dispone la Ley 42, es necesario traer a colación que nos dice el Código Civil a propósito de la libertad de testar en su artículo 778, que le impone al testado la obligación de dejar asegurados los alimentos de los hijos con derecho a ello, de sus padres, de su consorte, hijos discapacitados cuando los necesiten. La obligación de dar

alimento y el procedimiento para su exigencia viene determinada y regida por el Código de la Familia y del Menor, así como por Ley 42 de 2012, sobre Pensión Alimenticia.

En caso que el testado no cumpliera con esta obligación fijada por ley (artículo 778) los herederos instituidos testamentariamente no recibirán de los bienes sino lo que reste, luego de darles a los alimentistas lo necesario para asegurar sus alimentos. Esta restricción a la libertad de testar aplica en la medida que los alimentistas carezcan de bienes necesarios o bastante para suplir sus necesidades de alimento. Las pensiones alimenticias a que tengan derecho los causahabientes dentro de los procesos sucesorales serán de competencia a prevención de los Jueces Municipales de Familia, Municipales de Niñez y Adolescencia y de los Corregidores (artículo 37 de la Ley 42), debiendo el Juez Civil de la sucesión suspender el proceso sucesorio a petición de parte o de la autoridad competente en alimento, mientras se decide lo referente a la pensión alimenticia. Lo que se reclame en concepto de alimento no afecta lo que se tenga derecho por vía de testamento o por el orden de parentesco más próximo fijado por la ley, esto es que hay el derecho a reclamar alimento si se carece de bienes necesarios y también heredar. La Constitución Nacional en su artículo 60 *“infine”* indica que *“La Ley reconocerá los derechos de los hijos menores o inválidos y de los padres desvalidos en las sucesiones testadas”* este derecho reconocido por el precepto constitucional no ha sido desarrollado mediante ley en favor de susodichas personas, por lo que sólo podrían reclamar lo que les haya instituido herederos en el testamento, en cuyo caso pueden reclamar con carácter prioritario lo que les asiste como alimento, deducidos éstos del haber hereditario gozan del derecho a participar como herederos testamentarios en el resto del patrimonio hereditario del fallecido.

d. El Código de Trabajo de 1972.

Este cuerpo normativo de la relación Jurídica entre el capital y el trabajo dedica dos artículo (155 y 156), a resolver la situación del trabajador fallecido a quien al tiempo de su deceso se le adeudan salarios, vacaciones completas o

proporcionales acumuladas, así como prestaciones derivadas del contrato a que tuviera derecho, debiendo el empleador remitir el importe correspondiente al Juez Seccional de Trabajo competente o de no hacerlo voluntariamente se le pueden exigir por el interesado para que el juez haga la entrega de la suma de dinero correspondiente cuando su importe fuere menos de B/.1,500.00, no siendo necesario el proceso de sucesión; dicha suma se debe entregar primeramente a los hijos menores de edad, en su defecto al cónyuge o al conviviente permanente al tiempo del deceso del trabajador.

En defectos de las personas indicadas los importes adeudados al trabajador fallecido en concepto de salario, vacaciones y décimos tercer mes le deben ser entregados a la madre o al padre en su orden. Esta regla de entregar a los padres las sumas adeudadas al trabajador fallecido altera la regla del orden de suceder fijado por el Código Civil que indica que los padres del fallecido suceden después del cónyuge y sus hijos sin distinción de edad de éstos.

Otra solución nos brinda el Código de Trabajo en el evento que lo adeudado al trabajador fallecido en concepto de salarios, vacaciones completas o proporcionales o cualquier otra prestación laboral, como décimo tercer mes, prima de antigüedad, etc., rebase los B/.1,500.00, en ese caso el Juez Seccional de Trabajo deberá hacer la entrega de la suma correspondiente según lo indicado arriba, siempre que haya pruebas suficientes a criterio del Juez, debiendo publicarse un edicto ordenando la comparecencia a estar en derecho en el proceso a todos los interesados en el término de cinco días a partir de la última publicación del último edicto y ello se tramitara mediante incidente. Para el caso que no comparezcan hijos menores de edad, cónyuges, convivientes permanentes o la madre o padre del trabajador fallecido a hacer valer sus derechos, el Juez Seccional de Trabajo deberá hacer entrega de las sumas de dinero adeudados a la persona o personas que le asista derecho a suceder según las normas del Código Civil sin necesidad de proceso sucesorio, en cuyo caso se hace necesario determinar si hay testamento y quién o

quiénes son los instituidos herederos o en defecto de testamento o si este es declarado nulo o los instituidos herederos resultan indignos entrará a regir la sucesión intestada según el orden de parentesco más próximo. Todo ello puede dar lugar a controversias estériles e interminables, cuando el propósito de la norma es dar respuesta a necesidades actuales de los beneficiarios surgidos inmediatamente al deceso del trabajador, como alimento para los hijos menores, el cónyuge o conviviente, gastos de funerales, etc.

- e. Ley 10 de 22 de enero de 1998 que establece el procedimiento para reclamar los salarios, vacaciones, décimo tercer mes y cualquier otro derecho acumulado que tengan los servidores públicos fallecidos sin necesidad del proceso sucesorio. Lo dispuesto en la presente ley demanda que se den los presupuestos siguientes:

1° Que tenga lugar el deceso o fallecimiento de una persona natural que al tiempo de tal hecho fungía como servidor público del Estado en su acepción amplia, según el Código Judicial (artículo 1940 inciso 1°);

2° Que se le adeudare los salarios, vacaciones completas o proporcionales acumuladas o no y cualquier otra prestación a que tuviera derecho;

3° Dichos importes deben ser remitidos por la entidad pública del Estado en el que trabajaba el servidor público al Juez de Circuito del último domicilio del fallecido y si no hubiere, al Juez Municipal del domicilio del fallecido;

4° Si la entidad pública no remite voluntariamente al Juez competente lo adeudado al servidor público fallecido, el interesado podrá exigirlo y así el Juez haga la entrega de tales cantidades si son inferiores a B/.1,500.00;

5° Tales sumas de dinero los debe entregar el Juez competente, sin que medie juicio sucesorio, primeramente a los hijos menores a través de quiénes tengan su representación legal;

6°En defecto de hijos menores las sumas adeudadas al servidor público fallecido deben ser entregadas al cónyuge supérstite o al conviviente permanente del servidor fallecido;

7°En defecto de los llamados indicados en los casos anteriores, las sumas adeudadas al servidor público fallecido deberán ser entregadas a la madre o padre del servidor público;

8°Si las sumas adeudadas en concepto de prestaciones sociales al servidor público fallecido son superiores a B/1,500.00 el Juez deberá entregarla, previa comprobación y valoración de las pruebas y publicación de un edicto por cinco días para que todo interesado comparezca a estar en derecho en el proceso a quienes corresponda heredar, ya sea que se les instituyó herederos en testamento o que les corresponda suceder por el orden de parentesco más próximo fijado por la Ley o sea según las reglas de suceder ab intestado consagradas en el Código Civil.

B.6. SUCESIÓN DEL MUNICIPIO DEL ÚLTIMO DOMICILIO DEL CAUSANTE

En el orden de suceder ab intestato el Municipio del último domicilio del de cuius es el último, valga la redundancia, en el llamamiento a suceder. Esto confirma la expresión de que todo causante tiene un heredero y por tanto no vale entender que una herencia no reclamada hace los bienes tránsito a cosa res nullius, el municipio los adquiere como heredero intestado y no como bienes vacantes o mostrencos (Ver artículo 360 y 361 del Código Civil) y le debe preceder, para tener tal carácter de heredero, declaración judicial, debiendo adjudicarle los bienes por falta de otros herederos (artículo 693).

C. El Derecho de Acrecer

A este tema se refiere el Capítulo IX del Título II del Libro III del Código Civil particularmente los artículos 693 “a”-693 “f”.

El Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española define acrecer como “*Dicho de un partícipe: percibir el aumento que le corresponde cuando otro partícipe pierde su cuota o renuncia a ella*”¹⁰

El Derecho de acrecer es una figura jurídica propia de la sucesión testada (artículo 693 del Código Civil) y surge a consecuencia de quien repudie o no quiere o no puede suceder, en cuyo caso lo que le correspondería acrecerá a los demás herederos instituidos.

Para que haya lugar al acrecimiento es necesario se den los siguientes presupuestos:

1º Que exista una pluralidad de instituidos herederos en una misma herencia o a una misma posición de ella, sin particular designación de partes.

2º Que uno de los llamados premuera al testador sin tener cónyuge o descendiente o bien renuncie a la herencia o resulte incapaz de recibirla.

Es importante destacar a propósito del primer presupuesto que el legislador dispone, para que no haya dudas, que “la designación por partes” sólo tendrá lugar cuando “el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero”. El hecho que se empleen frases “por mitad o por partes iguales” u otras que, aunque designen partes alícuotas no fijan esta numéricamente o por señales que haga a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separados”, ello también da lugar a que se le dé el derecho de acrecer (ver artículo 693 del Código Civil).

Los herederos beneficiados con la acreencia herencial suceden en todos los derechos y obligaciones que le correspondiera a quien no quiso o no pudo recibir la herencia instituida a su favor.

Cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido heredero, en defecto de heredero sustituido designado, le corresponderá a los herederos legítimos del testador con las mismas cargas y obligaciones.

El derecho de acrecer aplica a legatarios y usufructuario resultantes de designación testamentaria con las mismas reglas fijadas para los herederos.

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española. Tomo I, Vigésima Segunda Edición. España. 2001. Pág. 36.

II. LA SUCESIÓN VOLUNTARIA O TESTADA

II. A. La Libertad de testar principio esencial de las testamentarias.

La Libertad de testar es la manifestación de la libertad como principio, valor y derecho fundamental del hombre y la mujer. El creador del universo le da a toda persona libre albedrío, poder discernir entre el bien y el mal, así como poder expresar su último deseo y qué espera se haga con lo que logró en vida luego de su deceso, por ello la ley reconoce la facultad de que sea la voluntad del hombre plasmada en testamento la que fije el orden de suceder en la sucesión voluntaria y en su defecto el orden sucesorio está determinado en la intestato por el orden más próximo de parentesco¹¹.

Tres corrientes doctrinales han tratado de justificar la admisibilidad de la sucesión testamentaria y que muy bien recoge en su obra *Cosas y Sucesiones* el autor ANTONIO DE IBARROLA¹².

II.A.1° Escuela del Derecho Natural. Para ésta la libertad de testar es una derivación del derecho de propiedad, pues si el hombre es libre de transferir sus bienes en vida igualmente puede disponer de ellos para luego de su deceso.

II.A.2° Escuela Individual de Kant. Según esta escuela filosófica la muerte hace cesar todos los derechos de la persona y la herencia deviene en res nullius la cual es ocupada por los parientes más próximos en grado parental. No han faltado quienes critiquen el testamento como justificación de la testamentaria al punto que MIRABEAU citado por IBARROLA indica “*Cuántas veces, exclama, el testador cumple caprichos que no hubiera osado cambiar en vida a nadie y toma el sepulcro, como un abrigo al ridículo o a las censuras*”. Objetando esta manifestación GEREMÍAS BETHAN citado por IBARROLA responde “*Puede ciertamente hacerse mal uso del testamento, pero ello es la excepción, vemos que, en la vida, hasta los padres más corrompidos luchan denodadamente por sus hijos, y la ley debe guiarse por el curso ordinario de las cosas*”.

II.A.3° Escuela de la Concesión de la Ley. Los defensores de esta escuela parten de la interrogante “¿por qué otra causa producirá efectos la voluntad cuando ya no existe?”. Sobre el particular cabe destacar que una cosa es la disposición, lo cual tiene lugar en vida del disponente y otra la ejecución de esa voluntad, que se cumpla al ocurrir el deceso, se trata de un acto de efectos diferidos post mortem.

Estamos frente a un acto jurídico subordinado al hecho de la muerte, el cual es esencialmente revocable antes que esta llegue.

¹¹Véase Supra I Capítulo II, Páginas 16 y siguientes.

¹²DE IBARROLA, Antonio. *Óp. Cit.* Página 679-680.

En el Derecho Romano el testador gozaba de una libertad absoluta para disponer de sus bienes, empero en la práctica tal principio, a decir de IBARROLA¹³, sufrió dos restricciones:

- a. Una de carácter formal, el testador tenía que instituir o desheredar expresamente a los descendientes.
- b. De carácter material, ya que el testador tenía que dejar una parte del patrimonio, la conocida parte legítima o portio legible dictada a ciertos próximos parientes

Nuestro Código Civil acoge el principio de la libertad de testar en el artículo 778 al disponer: *“Toda persona hábil puede disponer por testamento libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurado los alimentos de los hijos que tengan derecho a ellos de acuerdo con la ley, durante el tiempo a que se refiere el artículo 233 de la presente Ley y los de sus padres, los de su consorte e hijos inválidos, mientras los necesiten.*

Si el testador omite cumplir esta obligación de alimentos, el heredero recibirá de los bienes sino lo que sobre, después de darse al alimentista, previa estimación de peritos, lo bastante a asegurar sus alimentos.

Si los hijos, los padres o el consorte tuviesen al morir el testador, bienes bastantes, no está obligado éste a dejarles alimentos”.

La norma en referencia plasma expresamente la plena libertad que goza toda persona de disponer libremente y sin apremio de su patrimonio pleno, con la limitante que deje asegurado los alimentos de los hijos con derecho a ello, de sus padres, consorte e hijos inválidos en la medida que lo necesiten. El derecho de alimento no es una restricción a la libertad de testar, como son las legítimas, si no se hiciera la precaución que señala el artículo 778 de dejar asegurado los alimentos a que estuviere obligado el testador, el heredero solo recibirá lo que sobre, luego de dársele al alimentista, previa estimación de peritos lo que baste para asegurar los alimentos, ello para el caso que estos no dispongan de bienes suficientes. No existe mecanismo legal que impida al testador hacer uso de esa plena libertad de testar respecto de sus bienes, el derecho a los alimentos habrá que reclamarlos en proceso de alimento distinto al de las testamentarias.

II.B. El Testamento-Instrumento Legal para disponer Post Mortem

II.B.1. Concepto de Testamento

Algunas definiciones sabias encontramos en los orígenes del testamento a decir de MODESTINO *“Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam, fieri velit”* y de ULPIANO *“Est mentis*

¹³DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. Página

nostrae justa contestatio, in id solemniten facta, est post mortem nostram valet".

El Código Civil en el artículo 699 establece que *"El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento"*. Esta definición merece ciertas críticas, entre las cuales cabe destacar que el testamento no sólo contiene disposición de contenido patrimonial, como es el caso de la designación de heredero o legatario, sino que también prevé la designación de tutores, albaceas, administradores, partidores, reconocimiento de paternidad o de maternidad, se reconocen deudas. Tampoco recoge la definición el carácter unipersonal que tiene el testamento, así como la revocabilidad del mismo, que es de la esencia de todo testamento. Igualmente no destaca dicha definición el hecho de que se trata de un acto jurídico personalísimo, lo que tuvo que venir a suplir el artículo 702, al consagrar dicha nota distintiva.

Igualmente no recoge la definición el hecho de que se trata de un acto jurídico, se limita a decir simplemente que se trata de un acto, no se sabe que tipo de acto, inferimos por la ubicación de la temática y el contenido global de la normativa que se trata como hemos señalado de un acto jurídico unilateral (unipersonal), se prohíbe el testamento mancomunado (Artículo 701).

II.B.2. Características sobresalientes del Testamento

- a. Se trata de un acto jurídico solemne. El testamento requiere se otorgue con el lleno de ciertas formalidades mínimas y se haga ante determinado funcionario (notario) y en presencia de testigos, dependiendo del tipo de testamento que se otorgue pues el testamento ológrafo no requiere tal presencia.
- b. Se trata de un acto jurídico unipersonal. Nuestro Código Civil (artículo 701) prohíbe *"Testar a dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento"* independientemente de a quien se pretende beneficiar.
- c. Es un acto jurídico personalísimo. El testador no puede delegar esta potestad, sólo la puede ejercer él, no vale la representación, ni la actuación por poder, existe una prohibición expresa de la ley. Así el artículo 702 del Código Civil dispone *"...no podrá dejarse su formación en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidas nominalmente"*.

- d. Es esencialmente revocable. Esta nota está expresamente recogida en el artículo 771 del Código Civil, al extremo que le está vedado al testador establecer la irrevocabilidad y si lo hiciera estamos frente a una clausula que se tiene por no puesta, sin valor jurídico alguno.
- e. En el testamento no es necesario que se comprenda la totalidad de los bienes del testador. No olvidemos que nuestro ordenamiento fija el llamamiento a suceder por voluntad del difunto (designación por testamento), por disposición de la ley, según el orden más próximo de parentesco en defecto de testamento válido y de manera mixta (artículo 629). A esto cabe agregar que el testador puede disponer de los bienes de manera total o bien en parte.
- f. Surte efectos jurídicos con el deceso, fallecimiento o sentencia de presunción de fallecido del testador. Se trata de un acto jurídico en que sus efectos están diferidos para luego del deceso del testador, no produce efectos en vida de éste, congruo con ello su carácter esencialmente revocable.

Los instituidos herederos o legatarios en el testamento sólo tienen una expectativa de derecho supeditada a que no se les revoque su designación y muera el testador, que no se sabe cuándo, dónde y cómo ha de ocurrir, pero que tendrá lugar por ser la muerte un hecho cierto sujeta a un plazo indeterminado.

II.B.3. De la Capacidad para Testar

El Código Civil patrio exige una capacidad para disponer post Mortem distinta a la requerida para los actos jurídicos en general al disponer en el artículo 695 que no pueden testar:

- a. Menores de edad de doce años de ambos sexo.
- b. Quienes no se encuentren en su juicio cabal.

A propósito de la capacidad negocial es pertinente el artículo 1114 del Código Civil el cual indica que no pueden prestar consentimiento:

- a. Los menores no emancipados, esto es los menores de 15 años de ambos sexos (Artículo 355 del Código de la Familia y del Menor) y
- b. Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir.

La edad antes referida no vale para el testamento ológrafo que precisa el otorgante sea mayor de edad, o sea debe tener 18 años, estamos ante una excepción a la regla general (Artículo 720 del Código Civil).

En otras legislaciones se fijan la edad para testar en más años que va para unos a los 14 años, otros a los 16 años y algunos a los 18 años.

La historia recoge situaciones excepcionales en que los cuerpos legales de ese momento permitían a los pupilos de 10 años de edad testar por razones de enfermedad y a los hidalgos se les permitió testar a la edad de 7 años.

Nuestro Código Civil permite que el demente en estado lúcido pueda disponer por testamento, siempre que se tomen las previsiones siguientes:

- a. Que el notario designe dos facultativos que previamente le reconozcan, debe tratarse a nuestro juicio de médicos especialistas que puedan dictaminar fehacientemente el estado actual de la capacidad psíquica del demente;
- b. Que los facultativos respondan de la capacidad del otorgante;
- c. Que se de fe de su dictamen en el testamento;
- d. Que los facultativos suscriban el testamento al igual que los testigos.

Aquellas personas que fallecen antes de la edad fijada para llegar a testar (12 años) como regla general y los menores de edad que hacen testamento ológrafo o el enajenado que jamás tuvo momentos de estado de lucidez sólo pueden ser heredados por la vía de la sucesión ab intestato, no hay sucesión voluntaria toda vez que no existe testamento válido que la justifique¹⁴.

Las causas de imposibilidad de testar supra indicadas obedecen a ciertas razones como son:

1° Siendo el testamento un acto jurídico voluntario y personalísimo su otorgamiento precisa que el otorgante goce de una edad mínima.

2° Quien no se halle en su juicio cabal, ya sea temporal o permanente, comprende enfermedades que alteren la condición mental como ocurre entre otras con el delirio febril, la embriaguez total, el sonambulismo, la sugestión hipnótica y desde luego todas aquellas enfermedades que afectan la capacidad mental total y con carácter permanente.

El notario hará constar en el testamento, que a su juicio el testador se encuentra con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, esta dación de fe del notario no es determinante de la capacidad del testador, carece de valor absoluto, se trata de una presunción iuris tantum de la capacidad del otorgante, lo que exige de quien impugna el acto testamentario pruebe la falta de capacidad del de cujus.

¹⁴ Para la celebración del matrimonio civil, el Código de la Familia y del Menor (artículo 33) exige una edad de 16 años para los varones y 14 para las mujeres.

La capacidad del testador hay que apreciarla al momento en que el mismo otorga el testamento, no antes ni después¹⁵, de allí la importancia y necesidad de la fecha de otorgamiento.

II.B.4. QUE DEBE CONTENER EL TESTAMENTO

El testador goza de plena y absoluta facultad de ordenar en el testamento todo lo relacionado con el destino final de su patrimonio, visto a propósito de los activos (bienes) y los pasivos (obligaciones). Determinar el contenido del testamento es fijar el objeto del mismo.

La transmisión patrimonial mortis causa, como hemos visto, puede ser a título universal, tal como ocurre con la institución de herederos y de legado a título singular.

Nuestro Código Civil en el artículo 779 indica que *“El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.*

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos”.

Por otro lado el artículo 783 expresa que *“El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario”.*

La institución de heredero fue en el Derecho Romano eje y razón del testamento, era su esencia. En los tiempos modernos la validez o la nulidad del testamento no se afecta con la validez o la nulidad de la institución de herederos, así lo confirma las causas de indignidad para suceder (artículo 641) y de manera expresa lo matiza el artículo 779 del Código Civil indicado supra.

El heredero sucede a título universal en tanto que el legatario a título singular.

El testador es libre de distribuir la totalidad de sus bienes en legados en cuyo caso serán considerados como herederos y se debe prorratar las deudas y gravámenes entre los legatarios en proporción de sus cuotas, salvo que el testador disponga otra cosa. Sobre este particular el jurista mexicano Ernesto Gutiérrez y González ¹⁶ a propósito del derecho de su país destaca que *“en este caso se podría dar lugar a que el autor de la*

¹⁵En el Derecho Romano el testador debía ser capaz, no solo al tiempo de hacer testamento, sino incluso al momento de su deceso y en el periodo intermedio.

¹⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho Sucesorio: Inter Vivos y Mortis causa. Séptima edición. Editorial Porrúa. México 2008. Pág. 199.

herencia buscara, que los legatarios no respondieran a las deudas que pudiera quedar, y de esa manera tratar de defraudar a sus acreedores, pues el legatario por regla general no responde de las deudas de su causante”.

El testador puede designar herederos individualmente o colectivamente, estos últimos designados debe entenderse como si fueran individualmente, a menos que otro haya sido el querer del testador.

Cuando el testador instituye herederos a sus hermanos, los tiene carnales, y de padre o madre solamente, la herencia se dividirá entre ellos como se distribuye en la intestada (Ver artículo 681).

Para el caso que el testador instituya herederos a una persona y a sus hijos, debe entenderse que fueron instituidos simultáneamente. Los herederos deben ser designados en el testamento por sus nombres y apellidos; de existir con igual nombre debe señalarse alguna circunstancia que identifique al instituido.

En el testamento el testador no sólo dispone del destino de sus bienes, de quienes le han de suceder, sea a título universal o singular, sino también quien llevará la responsabilidad de velar por la validez y ejecución de su última voluntad (albacea) (artículo 854 y s.s.), así como a quién corresponderá la partición de la masa hereditaria y por cuánto tiempo se mantendrá la herencia indivisa. Igualmente está facultado para designar herederos sustitutos en caso que el o los instituidos le premueran, no quieran o no puedan aceptar la herencia. El número de designados sustitutos o a quienes se les sustituya es asunto del testador.

El testador no sólo viene facultado para imponer cargas y condiciones al o los instituidos herederos principales, sino también a los sustitutos, salvo disposición en contra o que los gravámenes o condiciones sean personales del instituido.

El testamento puede contener designación de herederos en todo o parte de la herencia y asignación a otros del usufructo de los bienes. Para el caso que sean varios los usufructuarios designados sucesivamente, ésta surtirá efecto en la medida que se constituya a favor de personas que vivan al momento del deceso del testador.

El testador puede disponer en su testamento que su cuerpo, órganos o tejidos sean legados para fines humanísticos, científicos, terapéutico. Esto lo permite la ley que regula la donación de órganos (Ley 52 de 12 de diciembre de 1995 y Ley 3 de 8 de febrero de 2010).

Para la eficacia de la institución de herederos se requieren:

- a. La subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, principales o sustituto, la designación de las porciones en que haya de suceder no pueden dejarse al arbitrio de un tercero (artículo 702). Se trata de una facultad privativa y personalísima del testador lo que le hace indelegable;
- b. La institución de herederos o legatarios es propia del testamento, ello se hace a través de este instrumento legal no aplica en la ab intestato; acá rige la proximidad de parentesco;
- c. Que el o los herederos o legatarios instituidos sean designados nominalmente, es que el Código exige que el testador designe al heredero por su nombre y apellido (artículo 787), sin excluir la posibilidad de una designación por circunstancias, como es el caso de la institución por apodo o de los hijos de determinado hermano.

Si el testador omite el nombre del heredero y lo designa de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido, la designación vale y debe producir los efectos legales correspondientes. El error en el nombre, apellido o cualidades del heredero o legatario, no vicia la institución cuando pueda probarse cuál es la persona nombrada.

Si entre las personas con el mismo nombre y apellido se presenta igualdad de circunstancias y no se puede distinguir el instituido, ninguno tendrá la calidad de heredero testamentario.

II.C. LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y LEGATARIO BAJO CONDICIÓN O A TÉRMINO

El testador está facultado para instituir herederos o legatarios de forma pura y simple o bien bajo condición, sus efectos se darán, según el caso, cuando la sucesión se causa o bien al realizarse la modalidad subordinadora del llamamiento. En la institución pura y simple los derechos del testador se transmiten con la muerte y en la condicional se defiere para cuando se dé el hecho constitutivo de la condición suspensiva.

El testador es libre de establecer condiciones a los instituidos herederos o legatarios, lo cual puede hacer subordinando la efectividad de la institución, ya sea bajo condición potestativa, casual, mixta, suspensiva, incluso es válida la institución de herederos o de legatarios en que se hace

la designación de día o de tiempo en que ha de comenzar o cesar los efectos de la misma (ver artículos 806, 807, y 808 del Código Civil)¹⁷.

Mientras llegue el término señalado o bien éste concluya, se tiene por llamado el sucesor legítimo y no podrá entrar en posesión de los bienes sino presta caución suficiente con intervención del instituido. Más no puede el testador subordinar la institución de heredero o legatario a condiciones imposibles, contrarias a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres a la moral, cualquier estipulación en sentido contrario se tiene por no puesta y sin valor jurídico alguno. En este orden de ideas encontramos que no le es permitido al testador subordinar la institución a una condición de no contraer primero o ulterior matrimonio, cualquier estipulación en sentido contrario carecerá de efecto jurídico, salvo que se establezca al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste. Igualmente carece de valor jurídico y por ende se considerará nula toda disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario estipule en su testamento alguna disposición a favor sea del testador o bien de otra persona.

La liberalidad condicional del testador se da cuando su efecto se subordina a la realización de una condición, ya sea suspensiva o bien potestativa. En tanto la liberalidad con cargas se da cuando el beneficiado queda obligado a emplear el objeto, bien parcial, ya total, según lo ordene el testador, se refiere a una liberalidad onerosa y está afectada por una condición implícita. Si el legatario no las lleva a cabo queda expuesto a la resolución de la liberalidad, se trata de la acción de rescisión, que equivale a la condición resolutoria tácita implícita en los contratos sinalagmáticos.

Sobre el particular es pertinente el artículo 1009 del Código Civil que señala “*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso que uno de los obligados no cumpliese lo que le incumbe*”.

En las liberalidades sujetas a condición la adquisición de los derechos, al igual que la resolución o pérdida de los adquiridos, depende del acontecimiento que constituya la condición.

No se puede subordinar una liberalidad a una condición imposible, contraria a las buenas costumbres ni a las prohibiciones de la ley o al orden público o la moral. Cualquier estipulación en ese sentido se tiene por no puesta y en nada perjudicará al heredero o legatario, aun cuando el testador estipulase otra cosa.

¹⁷En el derecho mejicano (artículo 1380 del Código Civil Mexicano) no está permitida la afectación a término de la institución de heredero y si se hace se tendría como si fuera pura y simple.

II. D. DE LAS DIVERSAS CLASES DE CONDICIÓN

La doctrina, legislación extranjera y nacional hablan de condiciones posibles, imposibles, suspensivas, resolutorias, potestativas, casuales, mixtas, positivas o negativas.

La imposibilidad de la condición puede provenir de un hecho físico o de la propia ley en cuyo caso si se trata de una condición de hacer o de no hacer una cosa imposible, se tiene por no puesta y en nada afecta a heredero o legatario. Cuando el heredero es instituido bajo condición suspensiva se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que el hecho constitutivo de la condición se cumpla o exista certeza de que no se cumplirá.

Igual solución debe dársele al legado, en cuyo caso la cosa legada debe permanecer en poder del albacea (artículo 864 del Código Civil) salvo que el legatario preste la fianza de que habla el artículo 807 del Código Civil. Tan pronto se cumpla el hecho constitutivo de la condición suspensiva, la liberalidad hecha por el testador se retrotraerá al momento de su deceso y desde ese momento deberá abonarse los frutos de la herencia o legado, salvo disposición en contrario.

Las condiciones que dependen absolutamente del heredero o legatario se le conocen como puramente potestativas, y a ellas se refiere los artículos 802 y 807 del código civil que dicen así:

“Artículo 802: La condición puramente potestativa impuesta al heredero o legatario ha de ser cumplida por estos, una vez enterados de ella, después de la muerte de testador.

Exceptúase el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse.

Artículo 807: Si la condición potestativa impuesta al heredero o legatario fuere negativa, o de no hacer o no dar, cumplirán con afianzar que no harán o no darán lo que fue prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido con sus frutos e intereses.”

Para las liberalidades hechas bajo condición puramente potestativa no aplica lo dispuesto por el artículo 1000 del Código Civil ello obedece a que “si por el mecanismo de la condición la institución de heredar depende de la exclusiva voluntad de éste, es evidente que lo que en realidad está sucediendo es que deja a su arbitrio aceptar o no la herencia”¹⁸.

¹⁸DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit pág. 795.

II.E. CONDICIONES QUE SE TIENEN POR NO PUESTA EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO O LEGATARIO

- a. Las que conllevan una condición imposible, contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, a la moral o al orden público (artículo 799 del Código Civil).
- b. La condición absoluta de no contraer matrimonio (artículo 800 del Código Civil).
- c. La de no dar o no hacer.
- d. La de no enajenar, pues todos los bienes son de libre enajenación (Artículo 292 de la Constitución Nacional).
- e. La de no impugnar el testamento o alguna de las disposiciones testamentarias.
- f. La impuesta al heredero o legatario de tomar o dejar de tomar estado (artículo 800 del Código Civil).
- g. Las cláusulas derogativas de las disposiciones futuras y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales.

II. F. CONDICIONES QUE PRODUCE LA NULIDAD DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO O LEGATARIO

- a. La disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición a favor del testador o bien de otra persona (artículo 801 del Código Civil).
- b. La condición que imponga al heredero o legatario que teste mancomunadamente, esto está prohibido por el Código Civil (artículo 701).
- c. La condición que compele al heredero o legatario a dejar la formación en todo o en parte de su testamento al árbitro de un tercero o la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las posiciones en que hayan de sucederles.

II.G. DE LA REVOCACIÓN, CADUCIDAD E INVALIDEZ DEL TESTAMENTO

No cabe confundir la revocación, caducidad de los testamentos con la nulidad del mismo, tienen como fuente causa o móviles distintos. El testamento que adolece de nulidad, el mismo carece de valor jurídico desde el día en que se otorgó y no producirá efecto jurídico alguno, una vez se haya decretado judicialmente la nulidad, la cual debe pedir el interesado en la invalidación del testamento, no procede de oficio la declaración de nulidad. La revocación y la caducidad del testamento suponen un

testamento válido susceptible de producir sus efectos jurídicos y se desvanece por una causa posterior imputable al propio testador o bien a un hecho ajeno a éste.

Veamos por separado cada uno de los puntos o tópicos arriba enunciados.

- II. G.1° La Revocación: Esta es de la esencia del testamento, cualquier cláusula que el testador establezca en el testamento en sentido contrario (la irrevocabilidad) se tiene por no puesta. Ello obedece a que la voluntad del testador puede variar hasta el último momento de su vida, de allí que el artículo 771 del Código Civil contempla la ineficacia de cualquier cláusula testamentaria que contemple la irrevocabilidad, indicando que se tendrá “por no puesta”. La revocación del testamento no admite pacto o estipulación en contrario, el testador es absolutamente libre de modificar su voluntad en cualquier momento, forma y términos conforme le parezca.

La revocabilidad del testamento es una garantía de la libertad de testar que permite al testador la efectividad de su última voluntad al venir autorizado por Ley a revocar total o parcialmente el testamento con las solemnidades necesarias para disponer post Mortem. La revocación puede ser además, expresa cuando viene así enunciado por el propio testador o bien tácita al otorgarse un testamento posterior. (Vean el artículo 773 del Código Civil).

En esta materia es necesario tener presente ciertas premisas o situaciones a presentarse al tiempo de evaluarse la vigencia, validez o no de un testamento y ello se refiere:

- a. La revocación del testamento total o parcial exige que se haga con el lleno de las formalidades para testar;
- b. El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto si el testador no indicase en éste su voluntad de que subsista en todo o en parte aquél. Basta la existencia de un testamento posterior válido para que se tenga por revocado todos los anteriores. Para revocar un testamento en todo o en parte se requiere otorgar otro con las solemnidades exigidas para testar;
- c. El testamento anterior recobra su fuerza en la medida que el testador revoque el posterior y declare expresamente que vale el primero;
- d. La revocación produce efectos aunque el segundo testamento caduque por incapacidad o renuncia del heredero o legatarios (artículo 774 del Código Civil);
- e. El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo tal reconocimiento (artículo

- 773 del Código Civil). Ello obedece a que se trata de un asunto de interés público como es el de reconocimiento de la paternidad, pues en materia de familia sus normas son de orden público y de interés social (Ver artículo 3 del Código de la Familia y Del Menor);
- f. El testamento cerrado se presume revocado cuando aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan. Estamos frente a una presunción iuris tantum, pues el testamento será válido en la medida que se pruebe:
- Que el desperfecto se dio sin la voluntad del testador;
 - Que hallándose el testador en estado de demencia y apareciese rota la cubierta o quebrantados los sellos, se hace necesario probar la autenticidad del testamento para que sea válido.
- g. Cuando el testamento se hallase en poder de otra persona, se entiende que el vicio proviene de ella y para que el mismo sea válido habrá que probar la autenticidad;
- h. Si la cubierta estuviese rota o los sellos quebrantados y si una y unos estuvieren íntegros, con las firmas raspadas, borradas o enmendadas, el testamento será válido, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el propio testador.
- II. G. 2° La Caducidad: Esta tiene que ver con la pérdida de la eficacia del testamento motivada por causas ajenas a la voluntad del testador. La misma se puede producir por la propia naturaleza de las disposiciones constituidas en el testamento, bien por causas ajenas a las mismas o por un acto voluntario de los herederos.

Pueden generar la caducidad testamentaria los casos siguientes:

- a. las disposiciones testamentarias hechas en testamento mancomunado no produce efecto, salvo el caso de reconocimiento de hijo, toda vez que está prohibida esta manera de testar, tal como lo establece el artículo 701 del Código Civil.
- b. No son válidas las disposiciones testamentarias hechas a favor de personas inciertas, pues el artículo 787 del Código Civil exige que el testador designe al heredero por su nombre y apellido o indicar alguna circunstancias por la que se conozca al instituido;
- c. No produce efectos las disposiciones testamentarias que hiciere el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote, pastor que en ella le hubiese confesado, de los parientes de éste dentro del cuarto grado o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto (artículo 637 del Código Civil). Igual trato, por analogía, debe tener el caso del médico que atiende al testador durante su última enfermedad; su grado de influencia es determinante en la voluntad del testador;

- d. La hecha a favor del notario autorizante del testamento por tener un interés directo al ser designado, así como de sus ascendientes, descendientes o hermanos y los cónyuges de estos o aquellos o la mujer del notario, los ascendientes, descendientes o hermanos de ésta (artículo 1717). Igual prohibición jurídica ocurre para los testigos que intervienen en el testamento ya sean testigos instrumentales o bien testigos de conocimiento.

En ambos casos una designación testamentaria a favor de dichas personas carecería de efectos jurídicos;

- e. Las disposiciones testamentarias hechas por el menor a favor de su tutor, salvo después de terminada la tutela y aprobadas las cuentas de administración (Ver artículo 450, numeral 3 del Código de familia y del Menor);
- f. Por la premoriencia del instituido toda vez que el Código exige que el heredero exista al tiempo en que se defiere la sucesión, esto es al momento en que fallece el causante o testador (artículo 633 del Código Civil)
- g. Por la muerte del heredero antes que se cumpla el hecho constitutivo de la condición suspensiva y no existiere coherederos u herederos sustituto designados;
- h. Cuando el heredero instituido renuncia y no hay lugar a que se le herede por derecho de representación (artículo 644 del Código Civil);
- i. Cuando falla la condición suspensiva o se hace imposible su cumplimiento y el instituido fallece previo a ello.

II.G. 3º Invalidez del Testamento: La validez del testamento demanda que el testador tenga plena capacidad para testar, esto es la edad mínima exigida (12 años de edad) y encontrarse en su juicio cabal (artículo 695 del Código Civil). Además de ello es necesario que el testador emita personalmente su voluntad libremente y sin apremio de ninguna naturaleza; se cumpla con las formalidades establecidas para cada una de las modalidades del testamento, ya sean comunes, especiales y la intervención del notario y los testigos de rigor.

El testamento inválido es aquel que la ley se encarga de no reconocerle efecto jurídico alguno, bien sea al testamento en su totalidad o en parte, respecto de alguna de sus cláusulas. El Código Civil se refiere a este tema en el Capítulo X, Título III, Libro III al regular lo referente a la revocación e ineficacia de los testamentos. No hay que olvidar que la invalidez del testamento y sus cláusulas hay que pedirla al tribunal competente, mientras ello no tenga lugar el testamento se presume válido en todas sus partes y produce todos sus efectos.

Son causas que produce la invalidez del testamento:

- a. **El no otorgarse el testamento con las solemnidades y el lleno de los requisitos necesarios para su validez.** La confección del testamento es de suma importancia para su validez, esto puede afectar el documento en su totalidad o en parte. Tales solemnidades deben observarse según el tipo de testamento de que se trate, pues la ley es rigurosa al respecto. Hay que recordar que el acto de testar es un acto unipersonal, personalísimo y solemne que no admite representación (artículo 707 del Código Civil), tanto el que testa como el que se instituye heredero o legatario deben estar plenamente identificados por su nombre y apellido e indicarse la hora, día, mes, año y lugar en que se otorga y en presencia de quien o quienes, así como en calidad de qué.

La falta de cumplimiento de las solemnidades exigidas acarrea la nulidad del testamento y la ley no permite que ese acto nulo se sane por confirmación o ratificación, así lo permite inferir el artículo 5 del Código Civil. El acto que no se acoge a las solemnidades fijadas por la ley es un acto que atenta contra el orden público, por tanto es nulo. A propósito del testamento cerrado el artículo 747 dispone que “*Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en este capítulo*”; más valdrá como testamento ológrafo si la totalidad del contenido del testamento estuviere escrito a puño y letra debidamente firmado por el testador, siempre y cuando cumpla las demás exigencias del testamento ológrafo.

- b. **Por el testador variar su voluntad.** Estamos frente a un caso de revocación testamentaria y aplica lo dispuesto por el artículo 773 párrafo inicial que dice “*El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte*”.
- c. **Cuando el Código Civil priva de eficacia a ciertos actos de última voluntad, reconociendo caducada la disposición testamentaria.** Al respecto el artículo 777 del Código Civil indica que “*caducarán los testamentos o serán ineficaces, en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código*”. Y es que puede ocurrir que se pida la nulidad de unas disposiciones testamentarias, quedando subsistentes las otras, es más es válida la cláusula de reconocimiento de hijo aún cuando se revoque el testamento o el mismo se declare nulo (artículo 775 del Código Civil).
- d. **Si el fin perseguido por el testador en su testamento no es lícito.** Estamos frente a una nulidad absoluta del acto, toda vez que se opone a las leyes, a la moral y al orden público (artículos 1126 y 1141 del Código Civil). Vale destacar que siendo el testamento un acto de disposición patrimonial de mera liberalidad, la “*causa se*

presume que existe y que es lícita” salvo prueba en contrario (Ver artículo 1128). La expresión de una causa falsa en el testamento o contrario a derecho, aunque sea verdadera se tendrá por no escrita y sin efecto (artículo 782 del Código Civil)

- e. **El testamento otorgado con violencia, dolo o fraude es nulo de nulidad absoluta.** Al respecto es pertinente lo dispuesto en las causas de indignidad para suceder previstas en el artículo 641, numerales 6 y 7, así como el artículo 706 que pierden el derecho a heredar. Empero la sanción que impone el Código no sólo es la incapacidad para heredar por indigno al valerse de tales medios, como dolo, fraude, violencia, para impedir que se otorgue testamento, se cambie, impidiere, revocase o suplantase, ocultar o alterar un testamento, ello acarreará la nulidad del testamento y sus cláusulas de instituido (artículo 705 del Código Civil).

A propósito de la violencia ella puede manifestarse a través de la vis compulsiva o la vis psíquica, en tanto que el dolo su manifestación puede tener lugar a través de lo que la doctrina denomina bajo las expresiones de captación o de sugestión. La captación se presenta cuando se hace un legado a favor de una persona con el fin de inducirlo a que haga otro por su parte, ya sea a favor de quien lo indujo o bien a nombre de otra persona. Al respecto es pertinente lo dispuesto en el artículo 801 del Código Civil que dice así:

“Artículo 801: Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición a favor del testador o de otra persona”.

Tanto la captación como la sugestión son manifestaciones dolosas, conllevan fraude, no procede la liberalidad sino la especulación, media la hipocresía o la simulación, bien proviniendo del cariño o del apego.

- f. **Por la incapacidad del testador.** Ya hemos dicho supra que el testador debe reunir la edad requerida por el Código para testar (12 años) (artículo 695 del Código Civil) como regla general, para el ológrafo se debe ser mayor de edad (18 años) (artículo 720 del Código Civil) y encontrarse en su juicio cabal. Un testamento otorgado por persona que no cumpla con las exigencias previas es un testamento que nace viciado por no gozar de la testamentifacción activa o sea la capacidad de testar. Estamos frente a una nulidad absoluta del testamento tal como lo prevé el numeral 3 del artículo 1141 del Código Civil y puede ser declarada de oficio por el Juez sin que medie petición de parte, la misma es manifiesta en el acto (artículo 1143 del Código Civil).
- g. **Por vicios de la voluntad del testador.** El testador, cualquiera sea la clase de testamento de que se valga, debe gozar de plena libertad para expresar libre y cierta su voluntad, no debe tener obstáculos que le impidan hacer uso de tal libertad, como es que en su otorgamiento el acto esté rodeado de violencia, o bien la voluntad se manifiesta con

cierto grado de confusión, no es clara, media error o está presente el dolo. Pasemos a ver cada uno de los motivos que producen vicios del consentimiento:

- El error: Este es motivo de vicio del consentimiento en la medida que se refiera a la subsistencia de la cosa que fuere objeto de la transmisión patrimonial sucesoria o sobre aquellas condiciones que hubieren dado lugar al otorgamiento del acto testamentario.

El error en la persona del instituido heredero o legatario es vicio del consentimiento en el testamento por ser un acto de mera liberalidad y el mismo se otorga en consideración a la persona, siendo esta la causa (la liberalidad) principal que motiva tal disposición testamentaria¹⁹.

En relación a este tópico son pertinentes los artículos 782, 787 y 788 que se refieren a la causa falsa en la institución de heredero o del nombramiento de legatario, la cual se considerará como no escrita y aun cuando sea verdadera la expresión de una causa contraria a derecho se tiene por no escrita. Tanto heredero como legatario deben ser designados por el testador con su nombre y apellido o bien señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido, v. g. un apodo y es que el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero o legatario no conduce a vicio del consentimiento y por ende a nulidad de la institución si existe manera como probar con certeza quién es la persona nombrada.

- El dolo: Este es causa de vicio del consentimiento en el testamento, toda vez que induce a error, conlleva fraude, en el cual no habría incurrido el testador de no haber mediado tal maquinación. El artículo 1120 del Código Civil nos indica que “*Hay dolo cuando, con palabras o maquinación insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no hubiera hecho*”. Para que el dolo vicie el consentimiento del testador debe ser grave y provenir de un tercero que tenga interés en que se le instituya heredero o legatario o bien se designe a una persona en particular.

Ya hemos dicho supra que el dolo puede tener dos manifestaciones, la de captación y la de sugestión. Nos dice DE IBARROLA²⁰ “*entendemos por captación los medios, más o menos indicadores, con que se atrae el cariño o la benevolencia de alguien con el fin de inducirlo a realizar determinadas liberalidades*”. Sigue

¹⁹Ver Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Registro Judicial No. 5 de enero, febrero, abril de 1970, así como el de abril de 1997.

²⁰DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. Pág. 741.

comentando el autor en cita, quien a su vez cita a LAURENT²¹ “La sugestión y la captación no son medios propios y particulares para anular las disposiciones testamentarias, sino una forma y una consecuencia del dolo que debe servirles de fundamento”.

Nos dice el autor precitado que el dolo puede consistir en:

- “a. Inspirar odio en contra de los herederos naturales o fomentar aversiones anteriores;
- b. Hacer nacer en provecho del culpable afección basada en causas ficticias”

Son manifestaciones que conllevan actitud dolosa aquellas que conducen a la interceptación de correspondencia, mensajes, calumnias contra la familia, injerencias mal intencionadas y continuas en los asuntos del testador. La historia de la humanidad está llena de casos de testamentos en que la voluntad del testador está viciada por mediación inducción del testador a instituir herederos, que de no mediación tal maquinación no se la hubiera favorecido con la liberalidad.

- Violencia: Estamos frente a un hecho capaz de producir la alteración de la voluntad del testador y que acarrea la nulidad del acto jurídico (testamento). La violencia puede ser física o psíquica, lo que la doctrina denomina vis compulsiva y vis psíquica. Sobre este tópico son pertinentes los artículos 706 y 1118 del Código Civil que dicen así:

“Artículo 706: El que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, perderá su derecho de herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido”.

Hay violencia “Artículo 1118: Cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.

Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo y a la condición de la persona”. (Lo subrayado es nuestro)

La voluntad arrancada al testador mediante la comisión de violencia, cualquiera sea la misma, genera una falta absoluta de ella, hay una completa ausencia de voluntad del testador, estamos frente a una nulidad absoluta, ya que está ausente el

²¹Ídem

consentimiento emitido libremente y sin apremio de ninguna naturaleza, el mismo es producto de la fuerza, de la intimidación, ello lleva consigo la infracción del numeral 1º del artículo 1141 del Código Civil.

Adoleciendo el testamento de nulidad absoluta, ésta debe pedirse y declararse en un plazo no mayor de 15 años desde el otorgamiento del testamento (artículo 1151 del Código Civil) y la acción de rescisión sólo durará cuatro años y el tiempo corre para el caso de intimidación o violencia desde el día en que estos cesaron.

El testador a quien se le arrancó la voluntad mediante la comisión de violencia no ha expresado espontánea y libremente el consentimiento, no es su voluntad, por tanto el testamento así otorgado carece de validez. No cabe la confirmación o ratificación de un acto, como es el testamento, que nació nulo por estar la voluntad viciada.

El testador si bien viene facultado para revocar dicho testamento, el hecho que no lo haga no significa que haya una confirmación tácita del testamento objeto de violencia. El problema en el caso presente es que no se sabe cuando cesa la violencia, sobre todo si estamos ante un caso de intimidación, eso lo sabe el testador, nadie más, pues él es el coaccionado, intimidado, presionado, ello puede extenderse hasta el hecho de la muerte y a posteriori y es que el artículo 705 del Código Civil indica que el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude es nulo sin calificar que tipo de nulidad, lo que nos induce a pensar que estamos frente a una nulidad absoluta, puesto que el mismo debe emitirse libre y espontáneamente, de mediar fuerza no hay consentimiento emitido libremente, se obtiene con vicio, nace viciado, no hay consentimiento.

II.H. QUIENES PUEDEN IMPUGNAR EL TESTAMENTO

Lo pueden hacer todos aquellos que tienen un interés legítimo en la herencia del testador como son:

- a. El heredero por ministerio de la Ley (Heredero Intestado) es idóneo para impugnar la institución de heredero o legatario;
- b. El heredero sustituto para ocupar la posición del o de los primeros instituidos o designados;
- c. El heredero instituido en un testamento puede impugnar el testamento posterior;

- d. El coheredero con derecho a acrecer puede impugnar la institución de otro heredero;
- e. El gravado con un legado;
- f. El Ministerio Público en interés de la moral o de la Ley.

II. I. INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS

Cuando la voluntad del testador está diáfana expresada en su testamento, la cual no se presta a ambigüedades, ni hay ideas oscuras que discernir, innecesario es tener que acudir a tribunales o árbitros para escudriñar el deseo, la voluntad del causante. La voluntad del testador consignada en su testamento es la ley de la sucesión y ella debe cumplirse conforme su real y genuino deseo, de allí la necesidad que el testador deje claramente establecido en el testamento su última voluntad. La interpretación persigue discernir la voluntad que presenta dudas, e incognoscible por contener expresiones ininteligibles. La voluntad del difunto manifiesta en testamento debe ser respetada y no debe abrirse camino a que a través de la interpretación se altere, modifique o quede sin efecto. Recordemos que la disposición por testamento es un acto personalísimo, unipersonal, voluntario y no puede delegarse a un tercero tal potestad.

El testador puede establecer todas las cláusulas y condiciones que a bien tenga en el testamento, siempre que no contravenga la moral, la ley, las buenas costumbres o el orden público. Siendo la voluntad del testador clara, la interpretación huelga, simple y llanamente debe cumplirse aquella.

En materia de interpretación testamentaria nos dice ROJINAS VILLEGA citado por DE IBARROLA²² hay dos posiciones doctrinales:

- a. *La de la voluntad interna o subjetiva: En esta el Juez debe investigar a través de las palabras empleadas la verdadera intención del testador;*
- b. *La de la voluntad declarada u objetiva, que invoca la seguridad dinámica respecto a los terceros, a fin de que exista seguridad en las transacciones y todo el mundo sepa a que atenerse al entrar en relaciones con aquél que finca sus derechos en el tenor literal de un documento, contrato o testamento”.*

Nuestro Código Civil en el artículo 707 sigue la primera corriente al disponer respecto de la interpretación del testamento *“Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del*

²²DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. Pág. 756.

testador, según el tenor del mismo testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por ley". (El subrayado es nuestro).

Si la voluntad del testador no es clara hay la necesidad de discernir a través de la interpretación el sentido y alcance de la voluntad de aquél y para ello se impone estudiar, analizar y evaluar las circunstancias bajo las cuales se concibió ese negocio jurídico, conocido como testamento, sin olvidar que dicha voluntad es la ley suprema de las testamentarias; en la interpretación testamentaria la voluntad del testador está por encima de las palabras, aquella prevalece sobre éstas. Las palabras en el testamento deben ser entendidas llanamente, estas deben estar a merced de la intención del testador manifestada en el testamento.

El intérprete viene obligado a escudriñar la interioridad de la intención del testador y para ello debe tener presente las circunstancias que rodean el momento del otorgamiento del testamento, el lugar, la presencia o no de personas allegadas o contrarias al testador, edad, padecimiento, cultura, idiosincrasia, costumbre y usos del lugar de otorgamiento, lenguaje común del otorgante y del domicilio.

Nos dice MANRESA citado por DE IBARROLA²³ que en este tópico se impone observar las reglas siguientes:

- a. Hay que atender más la voluntad que a las palabras literales, hay que considerar siempre la educación y medio de vida del testador;
- b. Si la cláusula es ambigua debe interpretarse a favor de la validez de la disposición o del legado según el caso;
- c. Debe tenerse en cuenta la costumbre y el modo conocido que el testador tenía de entender las cosas y de expresarse;
- d. Si alguna de las disposiciones es oscura, deben interpretarse juntas todas las que aparezcan en beneficio de determinada persona;
- e. Si el testador quisiere que surtan efectos dos disposiciones contradictorias, quedarán ambas sin él;
- f. Si no se alcanza a conocer el sentido, debe decidirse a favor del que tenga que ejecutar la disposición testamentaria;
- g. Principio de menor transmisión de derechos;
- h. Si la duda es respecto de las diferentes cláusulas de la disposición y no sólo sobre el legado, debe interpretarse más bien dando la extensión a la voluntad del testador que restringiéndola;
- i. Cuando el legatario ha prestado buenos servicios al testador o es su pariente la cláusula debe interpretarse a su favor;

²³DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. Pág. 758, 759 y 770.

- j. Si se deja un legado a una persona y hay varias del mismo nombre y apellido, debe tenerse en cuenta el parentesco, la amistad, las relaciones sociales;
- k. El error en el nombre, apellido o cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cual sea la persona nombrada;
- l. Cuando se deja a una persona alimentos, se entienden los que según su clase necesita para subsistir.

Nuestro Código Civil se refiere a ciertas reglas que deben observarse al interpretar un testamento:

- a. Cuando el testador llame a la sucesión de su persona a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultáneamente y no sucesivamente (artículo 786); y sin distinción de hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, todos son iguales ante la ley.
- b. Las disposiciones testamentarias hechas en términos vagos a favor de los parientes del testador, se tienen hechas a favor de los parientes más próximos en grado de parentesco con el testador (artículo 652);
- c. El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario (artículo 783);
- d. Si el testador nombra unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijese: “*instituyo por mis herederos a N. y a N. y sus hijos*”, los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, a no ser que conste de un modo claro que haya sido otra la voluntad del testador (artículo 784);
- e. Los herederos instituidos sin designación de cuotas, heredarán por partes iguales (artículo 780);
- f. El error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, no vicia la institución si de alguna otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada (artículo 788);
- g. Las disposiciones hechas a favor de las iglesias, cabildos, comunidades o instituto, de los pobres en general sin designación de persona o de su alma, se entenderán hecha en favor de establecimientos benéficos del domicilio del difunto y en su defecto, para los del distrito (artículos 638 y 703);
- h. El legado de cosa ajena es nulo si el testador ignoraba tal situación, no obstante valdrá si adquiere la cosa luego de otorgado el testamento (artículo 822).
- i. El artículo 700 del Código Civil indica que:
“*Artículo 700: ...
En la duda, aunque el testador no haya usado la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición hecha a título universal o de herencia*”.

CAPÍTULO III

DE LAS CLASES DE TESTAMENTO

I. Generalidades.

Atendiendo a las formas de los testamentos, nuestro Código Civil (artículo 708) al igual que otros Códigos como el Español, el Argentino, el Mexicano, el Francés, clasifican los testamentos en comunes y especiales²⁴. En los comunes se exige formalidades ordinarias y en los especiales formalidades o circunstancias excepcionales o extraordinarias. Los testamentos comunes comprenden al ológrafo, abierto y cerrado, mientras que los especiales se refiere al testamento marítimo, el militar y el hecho en país extranjero.

El testamento común cualquiera sea su tipo debe siempre constar por escrito, no vale el testamento verbal²⁵ salvo la excepción que indicaré adelante, pues fue excluido en el Código, éste sólo se admite en los testamentos especiales, como en el militar y el marítimo en determinadas circunstancias ya sea en batalla, asalto, combate, en peligro próximo de acción de guerra (artículo 752), peligro de naufragio (artículo 763), en cuyo caso se podrá otorgar testamento verbal ante dos testigos. También lo contempla el Código en el testamento abierto, a propósito de situaciones excepcionales como ocurre en los casos contemplados en los artículos 732 y 733, en situaciones de inminente peligro de muerte o en caso de epidemia que podrá hacerse verbalmente.

El Derecho Romano contempló aparte del testamento, el codicilo que era una forma de testar menos solemne que el testamento propiamente tal. La paternidad de esta figura jurídica de disposición post mortem se le imputa a LUCIO LENTULO²⁶. Se refiere a escritos cortos que el testador hace luego de haber hecho el testamento para ampliar, disminuir o cambiar las mandas que había hecho en el testamento. Se trataba de modificaciones o adiciones hechas por el testador a su última voluntad recogida en su testamento.

Las memorias testamentarias modifican o aclaraban un testamento. En estas el testador podía, a decir de IBARROLA²⁷ *“en algunas cláusula remitirse algún escrito simple, ordenando se tuviera como parte de su*

²⁴La legislación mexicana habla de testamentos ordinarios y especiales en los artículos 1500 y 1501 del Código Civil.

²⁵Se le conoce también con la denominación “Nuncupativo”

²⁶DE IBARROLA, Antonio. Óp. Cit. Pág. 699.

²⁷IBIDEM Pág. 700

testamento, y a ese escrito se le llamaba memoria testamentaria, en ella antiguamente podía declararse el nombre del heredero no instituido en el testamento o en el poder para testar, y las condiciones o gravámenes que se anunciaron, pero que no se expresaron en esos documentos. La memoria tenía que estar escrita por el testador y citarse en el testamento”, ninguna de estas figuras jurídicas están previstas por nuestro ordenamiento jurídico, la única forma de disponer post mortem según el Código Civil es a través del testamento.

En los contratos de seguros de vida, las compañías de seguro en sus pólizas suelen establecer que el asegurado designe el beneficiario de la póliza en caso de deceso.

La Ley de Seguros Social también prevé la designación de beneficiarios del asegurado. En estos casos no se trata de un testamento propiamente tal, ya que ni siquiera se ajusta tal designación a las exigencias formales mínima para testar, sin embargo esa era la voluntad del asegurado convenida en la póliza y las aseguradoras deben cumplir la ley del contrato (artículo 1108 del Código Civil).

II. LOS TESTAMENTOS COMUNES

II. A. El Testamento Ológrafo.

II.A.1. Concepto: Esta modalidad de testamento tiene sus raíces en el Derecho Romano.

Nuestro Código Civil define este testamento en el artículo 710 al decir: *“Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo, en la forma y con los requisitos que determina este Código”*.

En esta modalidad de testamento resulta esencial la forma como el testamento debe constar para que tenga validez y es que debe estar escrito en su totalidad a mano por el propio testador, nos dice el artículo 720 que para su validez *“deberá estar escrito de puño y letra del testador y firmado por él”*. Aquí no cabe firma a ruego, ni la huella digital sustituye la firma, ésta es indispensable y necesaria, tal exigencia es de la esencia en este tipo de testamento que se agregue la huella digital a la firma viene a demostrar y confirmar que se está ante el testamento del testador, la persona que no sabe escribir no puede valerse de esta modalidad de testamento para

disponer post mortem, debe acudir al testamento abierto para la seguridad, validez y eficacia de su última voluntad.

II.A.2. Requisitos de Validez:

- a. Que el testador sea mayor de edad (artículo 720, párrafo primero)

La Constitución Nacional fija la mayoría de edad en dieciocho (18) años (artículo 131) sin distinción de sexo, quienes reúnan la misma y estén en su juicio cabal (artículo 695, numeral 2), pueden testar a través de esta forma de testamento.

La interrogante que salta a la vista es si una persona emancipada, sea por el matrimonio (emancipación legal) o si la pide quien tenga la tutela, la patria potestad o el propio menor mayor de 15 años (emancipación judicial) puede o no hacer uso de esta forma de testamento para disponer de su patrimonio post mortem. El Código de la Familia y del Menor en su artículo 358 nos dice, a propósito de los efectos de la emancipación que ésta “*habilita al menor de edad para regir su persona y bienes, como si fuera mayor de edad*” y que ella “*le pone fin a la patria potestad o a la tutela*” (artículo 359).

Por otro lado también dice el Código que el menor beneficiado con la emancipación adquiere el “*beneficio de la mayoría de edad*” (artículo 350) más no se extiende a los derechos políticos (artículo 361 del Código de la Familia y del Menor) y que el emancipado puede enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor, aprobar las cuentas de su tutor, ejecutar actos con los bienes de sus hijos o hijas con previa autorización judicial (artículo 362). Siendo ello así no cabe duda que el menor emancipado puede hacer uso de esta forma de testamento para disponer de su patrimonio post mortem y no requiere autorización judicial, pues los efectos del testamento son post mortem.

- b. El testamento debe estar escrito en su totalidad de puño y letra del testador y firmado por él. No vale la huella digital, ni la firma a ruego, así como tampoco vale como tal el escrito a máquina o en computadora o cualquier otro mecanismo o procedimiento, todo esto significa que el testamento ológrafo está reservado para aquellas personas que saben o pueden escribir, quien carezca de esta destreza no podrá hacer uso de esta modalidad de testamento.

Si el documento contiene palabras tachadas, enmarcadas o entre renglones, entre paréntesis, el testador las debe salvar bajo su firma para que así el documento no se vea afectado y puesto en riesgo la validez de su última voluntad. En cuanto a ellas se refiere, eso no

vicia el testamento en sí, más si ese aspecto si no se ha convalidado con la firma del propio testador. Cualquier párrafo, cláusula, frase, palabra puesta en el documento por personas ajenas al testador da lugar a la nulidad en cuanto a ese aspecto se refiere, debiendo subsistir el resto del documento por ser esa la voluntad emitida por el de cujus.

- c. El testamento ológrafo puede ser escrito en papel común o notarial y dejarse abierto o bien colocarse en una cubierta (artículo 721).
- d. El documento contentivo del testamento debe indicar el día, hora, mes, año y lugar en que se otorgó (artículo 720).

Esta exigencia permite valorar la capacidad del testador al tiempo del otorgamiento del testamento, así como la competencia del juez para su protocolización (artículo 722).

II.A.3. Protocolización del Testamento Ológrafo:

Una vez fallecido el testador su testamento ológrafo deberá protocolizarse ante el Juez de Circuito de su último domicilio o del lugar de su fallecimiento, debiendo ello darse dentro de los 5 años corridos a partir del día del deceso. La protocolización es necesaria para la eficacia y validez del testamento ológrafo, mientras ello no tenga lugar no se puede hacer valer la voluntad del testador.

Todo aquel que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo al Juez competente una vez tenga noticia del deceso del testador y si no lo verifica dentro de los diez días siguientes, responderá de los daños y perjuicios que cause por tal dilación. Se trata de un plazo fatal, si no lo hace la sanción que lleva aparejado es de carácter pecuniario, los daños y perjuicios causados, los que hay que probar por los afectados. Comprende también a los herederos, legatarios, albaceas, o cualquier otra persona que tenga un interés legítimo presentarlo.

En el proceso de protocolización del testamento ológrafo se hace necesario previamente acreditar el fallecimiento del testador y presentar el testamento, el cual el Juez abrirá si estuviere en pliego cerrado, debiendo verificar todas sus hojas y luego debe ordenar que se protocolice en la notaria correspondiente, y dársele a los interesados las copias que soliciten.

Una vez se haya protocolizado el testamento, aquél que tenga interés actual en ello podrá demandar la falsedad del mismo, mediante proceso ordinario declarativo, cuyo propósito principal, entre otros, es evitar que se lleve a cabo su ejecución.

El testamento ológrafo constituye la expresión más auténtica y genuina de la última voluntad del testador por llevar su sello personal traducido en la escritura y firma de aquel, que debe ser la que acostumbra o bien la plasmada en la cédula de identidad personal. Se recomienda que el documento esté firmado con ambas firmas para así evitar futuros conflictos sobre el particular. Esto en el caso, que tenga firma usual o habitual y legal.

Nos dice DE IBARROLA²⁸ a propósito de la legislación alemana que “*se inclina a creer que cuando la firma sea con el nombre solo o con la expresión de la situación familiar o de otra manera, es válida si puede ser identificada inequívocamente como procedente del causante, y garantizar suficientemente la seriedad de la declaración*”.

II.B. El Testamento Abierto.

II.B.1. Concepto:

El artículo 711 del Código Civil nos dice “*Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enterados de lo que en él se dispone*”. Por otro lado el artículo 726 del Código aunado a lo expresado antes indica ante quien debe otorgarse este tipo de testamento al expresar “*deberá ser otorgado ante notario y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales, uno, al menos, sepa y pueda escribir*”.

El testamento es abierto porque la voluntad del testador es conocida por el notario y los testigos, la misma es expresada ante estos.

II.B.2. Del Otorgamiento:

El testamento debe ser redactado conforme la voluntad del testador indicando el lugar, mes, año, día y hora de su otorgamiento, debiendo leerse en alta voz a efecto que el testador exprese si es conforme con su voluntad y proceda a firmarlo con los testigos que puedan hacerlo.

Si el testador no sabe o no puede firmar, lo deberá hacer por él y a su ruego, uno de los testigos instrumentales o bien otra persona, debiendo el notario dar fe de ello. Igual ocurre si alguno de los testigos no puede firmar.

El notario deberá hacer constar siempre, que a su juicio el testador goza de la capacidad legal necesaria para testar. El testador puede presentarle por escrito al notario su disposición de última voluntad, debiendo éste

²⁸DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. Pág. 704.

redactar el testamento conforme a ella, leerlo en voz alta, en presencia de los testigos, para que el testador manifieste si su contenido es la expresión de su última voluntad o bien expresarla verbalmente al notario y los testigos de rigor presentes.

II.B.3. Requisitos:

- a. La capacidad del otorgante es la requerida para disponer post mortem, esto es 12 años de edad sin distinción de sexo y encontrarse en su juicio cabal (artículo 695);
- b. Que el testador exprese oral y directamente al notario y los tres testigos su última voluntad (se trata de una manifestación nuncupativa) o bien presente por escrito su última voluntad, debiendo el notario redactar el testamento a tenor de lo dispuesto por el testador;
- c. Que el testamento se otorgue ante notario y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, debiendo por lo menos uno de ellos poder firmar.
- d. Tanto el notario autorizante como dos de los testigos instrumentales deben conocer al testador y si no lo conocieren se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del notario y de los testigos instrumentales. Esos testigos se les denomina de conocimiento o de abono;
- e. Que el testamento lo firme el propio testador y si no supiere o no pudiere firmar lo hará por él a su ruego uno de los testigos instrumentales u otra persona, al igual que el notario también deben firmar el testamento los testigos instrumentales que puedan hacerlo.
- f. Que medie la unidad de acto. En esto el Código es sumamente riguroso al disponer el artículo 731 que *“Todas las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero”*;
- g. Que el notario de fe al final del testamento de haberse cumplido con todas las formalidades y de conocer al testador o a los testigos de conocimiento de haberse valido de estos para identificar al testador.

II.B.4. El Testamento Abierto otorgado por Sordo:

Este deberá leerlo por si mismo, para el caso que no sepa o no pueda debe designar dos personas que lo lean en su nombre en presencia de los testigos y del notario, tal circunstancia debe hacerla constar en el testamento el notario.

II.B.5. El Testamento Abierto otorgado por Ciegos:

Debe dársele lectura al testamento dos veces, una por el notario según lo dispuesto y visto en el artículo 727 y otra en igual forma por uno de los testigos o por otra persona que el testador designe.

II.B.6. El Testamento Abierto otorgado por demente en estado de Lucidez:

A esta forma nos hemos referido en páginas supra²⁹

II.B.7. El Testamento Abierto otorgado ante Testigos:

El Código contempla tres situaciones excepcionales al rigor de la formalidad que debe observarse en el testamento abierto y ello ocurre:

- a. En los lugares en que no hubiere notario o en que falte éste funcionario y sus suplentes podrá otorgarse testamento abierto ante cinco testigos que cumplan con las exigencias fijadas por el Código. No hay que olvidar que los secretarios de los Consejo Municipales donde no hay notario tienen funciones notariales (artículo 1718 del Código Civil), el no acudir a éstos y valerse de la forma excepcional prevista por el artículo 731^a no invalida el testamento, puesto que se está ante una norma especial para un caso particular;
- b. El testador que se hallare en peligro inminente de muerte está autorizado a otorgar testamento ante cinco testigos idóneos;
- c. En caso de epidemia puede otorgarse testamento ante tres testigos mayores de dieciséis años de edad.

En estos dos últimos casos de ser posible se escribirá el testamento, no obstante el testamento valdrá aún cuando los testigos no sepan escribir, estamos ante una modalidad de testamento verbal provocado por las circunstancias excepcionales que lo condujeron.

II.B.8. Ineficacia de estas modalidades excepcionales de Testamento Abierto.

El testamento otorgado bajo las circunstancias referidas en los supuestos supra queda ineficaz luego de dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte o cesado la epidemia. Si el testador falleciere dentro de dicho lapso de tiempo y no se acude al Juez competente dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento para que se eleve a escritura pública,

²⁹Véase página 48 supra sobre disposición por testamento del demente en estado lúcido.

ya se haya otorgado por escrito o verbalmente, el testamento no tendrá eficacia jurídica (artículo 735).

II.B.9. Ineficacia del Testamento Abierto otorgado sin la autorización del Notario:

En estos casos el testamento es ineficaz si no se eleva a escritura pública y se protocoliza tal como lo prevé el Código Judicial (artículos 1498 al 1502)

II.B.10. Autenticación de Testamento Verbales:

Al fallecer una persona que ha otorgado testamento verbal cualquier interesado en la sucesión puede solicitar al Juez de Circuito donde se otorgó que haga practicar las diligencias conducentes a la autenticación del testamento. Debe presentarse prueba del deceso o de presunción de muerte del testador, indicarse cuales de los interesados en la sucesión residen en el circuito, quienes fueron testigos y cuales otras personas son sabedoras de los hechos.

Tratándose de testamento otorgado en peligro de naufragio, la autenticación deberá solicitarse al Juez de Circuito o Municipal que existe en el primer puerto a que lleguen los testigos o en la población más próxima a dicho puerto.

El Juez deberá citar a los interesados que residen en el circuito y examinará los testigos lo antes posible.

II.B.10.a. Finalidad de la Diligencia:

Esta persigue averiguar los hechos siguientes:

- i. Condiciones personales de los testigos y si les comprende motivos de sospecha y si saben escribir.
- ii. El nombre, apellido, domicilio, lugar de nacimiento, nacionalidad, edad del testador y circunstancias que hacían creer que su vida estaba en inminente peligro de riesgo que no daba tiempo a otorgar testamento en otra forma.
- iii. El nombre y apellido de quienes figuran como testigos y de las demás personas que estaban presentes.
- iv. El lugar, día, mes y año del otorgamiento.
- v. El lugar, día, mes y año de la muerte del testador.
- vi. Si el testador parecía estar en su sano juicio.
- vii. Si manifestó claramente la intención de testar.

- viii. Cuáles fueron sus disposiciones testamentarias.
- ix. Si los testigos estuvieron presente desde el principio hasta el fin y que otras personas también estuvieron presente.
- x. Por qué motivos no fue posible escribir el testamento.

Cuando el testamento se otorgue en lugar distinto de la cabecera de circuito, el Juez de éste comisionará al Municipal para que reciba las declaraciones y le dará instrucción para el mejor desempeño de la comisión, esto en el evento que el interesado no se ofrezca a presentar los testigos en el despacho del juez competente.

Para el caso que el juez que practicó la diligencia no fuere el del último domicilio del testador se las deberá enviar a éste último.

El Juez del último domicilio examinará las diligencias practicadas, pudiendo complementarlas y si encontrase claramente comprobada la última voluntad del testador, lo declarará así, especificando una a una las disposiciones que le constituya y decretará las que valgan como testamento del difunto y ordenará su protocolización.

II.B.11. Nulidad del Testamento Abierto por Inobservancia e Incumplimiento de las solemnidades establecidas para cada caso:

Ya hemos dicho que el testamento es un acto jurídico esencialmente solemne, lo que obliga al Notario a ser extremadamente diligente en la observancia y cumplimiento de las solemnidades que para cada caso prevé el Código, haciéndolo responsable de los daños y perjuicios que deriven de su falta de malicia, negligencia o ignorancia inexcusable, ello desde luego al ser declarado nulo el testamento por falta de cumplimiento con las solemnidades establecidas de parte del Notario autorizante (artículo 737).

III. Testamento Cerrado

III.A. Concepto:

El Código define esta forma de testamento al indicar (artículo 712) que “*es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se haya contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto*”. Esta forma de testamento también se le ha identificado como místico o secreto y presenta la seguridad de que el Notario y los Testigos reciben la última voluntad en un pliego cerrado.

III.B. Solemidades en el Otorgamientos del Testamento Cerrado

- a. El papel que contiene el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta.
- b. El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el notario que ha de autorizarlo y tres testigos idóneos, de los cuales dos, al menos han de poder firmar.
- c. En presencia del notario y los testigos, el testador manifestará que el pliego que presenta contiene su testamento, indicando si está escrito, y firmado por él, o si está escrito de mano ajena, firmado y rubricado por él al final y en todas sus hojas, o si por no saber o no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona.
- d. En la cubierta del testamento extenderá el notario la correspondiente acta de su otorgamiento, indicando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, dando fe de haberse observado todas las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador o de haberse identificado a su persona en la forma expresada en el artículo 717 y 718 y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.
- e. Extendida y leída el acta, la firmará el testador y los testigos que sepan firmar y la autorizará el notario con su sello y firma.
- f. Para el caso que el testador no sepa o no pueda firmar lo hará a su nombre uno de los testigos instrumentales o bien otra persona designada por el testador.
- g. El acta de otorgamiento debe indicar, además, el lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

III.C. Requisitos:

- a. Puede ser escrito por el propio testador o por otra persona a su ruego. No dice el Código que debe ser escrito de puño y letra del propio testador, lo que significa que puede ser escrito a mano o bien empleando otros medios de escribir, como la máquina, en computadora.
- b. Este tipo de testamento exige que se emplee, a diferencia del ológrafo, papel sellado hoy papel notarial, de la clase que establezca el Código Fiscal. Este tipo de papel no existe hoy día, por lo que puede usarse papel notarial o común pero hay que ponerle los timbres fiscales de rigor, esto es timbre de B/.8.00 por página.
- c. El testamento debe indicar el lugar, día, mes y año en que se escribe.

- d. El testamento cerrado y sellado lo debe presentar el testador al notario y los tres testigos con la observancia de las solemnidades expresadas en el artículo 739 visto.
- e. Una vez que se autoriza el testamento cerrado, el notario lo deberá entregar al testador, luego de insertar en el protocolo copia del acta de otorgamiento.
- f. La escritura en que se inserta el acta de otorgamiento debe ser firmada por las personas que concurrieron al otorgamiento, esto es el testador si sabe y puede firmar, sino por uno de los testigos instrumentales o bien un tercero designado al efecto por el testador, el notario y por lo menos dos de los testigos instrumentales.
- g. El testamento cerrado podrá quedarse en poder del propio testador o bien encomendársele su guarda a persona de confianza del testador o depositarlo en poder del notario autorizante para que lo guarde en su archivo.
- h. Siendo el notario depositario del testamento cerrado deberá dar recibo al testador y hacer constar al margen o a continuación de la escritura que el testamento queda en su poder y si el testador lo retirase después, deberá firmar un recibo a continuación de dicha nota.

III.C.1°. Testamento Cerrado otorgado por Sordomudos que puedan escribir

Estos pueden otorgar testamento cerrado siempre que se cumpla con los requisitos siguientes:

- a. El testamento debe estar escrito y firmado por el testador con expresión del lugar, día, mes y año de su otorgamiento.
- b. Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, en presencia del notario y los testigos, que aquel pliego contiene su testamento y que está escrito y firmado por él.
- c. A continuación de lo escrito por el testador, se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el notario de haberse cumplido lo indicado en el requisito anterior y los demás que establece el artículo 739 supra visto.

III.D. De la capacidad para otorgar Testamento Cerrado

Para hacer uso de esta forma de testamento el Código exige que el testador reúna la misma capacidad exigida para testar en general, esto es:

- a. Que el testador o testadora tenga la edad mínima de 12 años;
- b. Que se encuentren en su juicio cabal.

A los ciegos y quienes no sepan o no puedan leer les está vedado hacer testamento cerrado. Quien no sabe o no puede leer, desde luego, está imposibilitado de comprobar por sí mismo su exacta y verdadera declaración de voluntad, por ello no puede otorgar este tipo de testamento (artículo 740).

III.E. **Deber de presentar el testamento Cerrado al Juez Competente.**

Todo aquel, ya sea el notario o la persona que tenga en su poder un testamento cerrado deberá presentarlo al juez del domicilio del causante una vez tenga conocimiento del fallecimiento y tal obligación deberá darse dentro de los 10 días siguientes al conocimiento de tal hecho, su incumplimiento los hace responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia. Habrá que probar los daños y perjuicios causados y la negligencia imputable. Quien con dolo deje de presentar el testamento cerrado que se encuentre en su poder en el término preindicado, no solo es responsable de los daños y perjuicios ocasionados por tal conducta dolosa, sino que pierde el derecho a la herencia, ya sea testada o intestada, bien sea en calidad de heredero o legatario (artículo 744 y 745 del Código Civil).

Igual sanción experimentará quien sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda o depósito y quien lo oculte, rompa o inutilice, sin perjuicio de la responsabilidad penal que proceda (artículo 745 in fine).

III.F. **Fecha del Testamento Cerrado**

Esta será la que debe indicar el testador al tiempo en que escribe por sí mismo el testamento o le pide a otro que lo escriba por él, pues el testamento cerrado exige se haga constar las circunstancias de lugar, día, hora, mes y año en que se escribe, que puede o no coincidir con la fecha en que el testador presente al notario y los testigos el pliego contentivo de su testamento y así lo hace constar.

III.G. **Nulidad del Testamento Cerrado**

Este deviene nulo si en su otorgamiento no se observan todas las formalidades preindicadas y ello hace responsable al notario de los daños y perjuicios que ocasione, de probarse que la falta proviene de la notaría, cuya, negligencia o ignorancia inexcusable. Valdrá como testamento ológrafo si estuviere todo escrito de su puño y letra y firmado por el testador y cumplierse con las otras exigencias de este tipo de testamento, no debe olvidarse que a estos testamentos también le son aplicables las otras causas de nulidad vista supra³⁰.

³⁰ Véase página 47 y s.s.

III.H. Apertura y Protocolización del Testamento Cerrado

Todo aquel que tenga en su poder un testamento cerrado, o quien tenga interés en la sucesión testada y sepa que en poder de otra persona existe testamento cerrado otorgado por el de cujus tiene el deber y el derecho a pedir y obligar a tales personas a que presenten al juez del domicilio del fallecido el testamento cerrado en su poder. Con la solicitud de presentación del testamento cerrado debe acompañarse:

- a. Prueba fehaciente del deceso del causante o copia de la sentencia declaratoria de presunción de muerte;
- b. Prueba sumaria de que el testamento cerrado está en poder de la persona de quien se reclama. Esto puede probarse con la constancia del acta de otorgamiento a que se refiere el artículo 739 del Código Civil o con testigos u otros medios de prueba que conduzca a quien en definitiva tiene en su poder el testamento.

Una vez presentado el pliego de testamento cerrado para su apertura, el secretario del Juzgado del domicilio del causante deberá poner una nota al pie del escrito de presentación, indicando el estado en que se halla dicho pliego, debiendo estampar su firma el Juez, el Secretario y el presentante del pliego. El Juez a la mayor brevedad posible deberá fijar día y hora para la práctica de la diligencia con citación del notario y los testigos ante quienes se otorgó el testamento cerrado. Tanto el notario como los testigos deberán expresar bajo juramento si reconocen la firma que aparece en el pliego y si lo hallan en el mismo estado en que se encontraba cuando lo firmó.

Para el caso que el notario o alguno de los testigos hubieren fallecido o estén ausentes, se les deberá preguntar a los testigos sobrevivientes si lo vieron poner su firma y se examinará a otras personas que conozcan la firma del fallecido o ausente, acerca de su semejanza con la puesta en el pliego.

Si las firmas no han sido reconocidas y debidamente abonadas por no haber sido esto posible o bien si de las declaraciones resultare que en el pliego o cubierta no esté cerrado, marcado y sellado como en el acto del otorgamiento, el juez procederá a su apertura, pero no ordenará su protocolización, sino mediante los trámites del proceso sumario, que podrá promover cualquiera de los interesados en la sucesión testada contra cualquiera de los heredero ab intestato, cuya finalidad es ventilar la validez del testamento.

Una vez determinado que el pliego es auténtico, el juez procederá a abrir y extraer el testamento, dándole lectura en voz alta de modo que oigan todos

los concurrentes al acto y pondrán su firma el juez al igual que el secretario en cada una de las hojas del testamento.

Para el caso que el testamento se otorgó en lugar distinto de la residencia del juez competente para la sucesión, se comisionará la práctica de las diligencias de apertura al juez del lugar donde se otorgó y se tomarán las medidas necesarias para impedir que el documento sea cambiado por otro. Una vez abierto el testamento cerrado, el juez deberá ordenar su protocolización ante el notario que autorizó su otorgamiento, entiéndase notaria, pues la función de notario no es vitalicia, junto con las diligencias practicadas para la apertura.

IV. **LOS TESTAMENTOS ESPECIALES:**

Esta clase de testamento comprende el testamento militar, el marítimo y el hecho en país extranjero. La especialidad de estas modalidades de testamento viene dada por razón del lugar y las circunstancias que lo rodean, así cómo y ante quien se otorgan. DE IBARROLA, Antonio³¹ clasifica los testamentos especiales en cuatro grupos. El primer grupo lo hace atendiendo a la persona del testador, incluyendo en estos el testamento del loco, el testamento hecho en lengua extranjera, el testamento del sordo, el testamento del sordomudo y del mudo que sabe escribir, y el hecho en inminente peligro de muerte. El segundo grupo los clasifica en testamentos especiales por razón del lugar donde se otorga, y los ordena en testamento hecho en país extranjero, y el testamento marítimo. El tercer grupo lo comprenden los testamentos especiales por razón del tiempo e incluye al testamento otorgado en tiempos de epidemia. El cuarto grupo se refiere al testamento especial por razón de la persona, del lugar y del tiempo, referido este grupo al testamento del militar.

Veamos a continuación las diferentes modalidades de testamento especial que contempla nuestro ordenamiento.

IV.A. **El Testamento Militar:**

Debo empezar por señalar que en nuestro país no hay ejército (artículo 310 de la Constitución Nacional), empero para la conservación del orden público, la protección de la vida, honra y bienes y para la prevención de hechos delictivos existe el Servicio de Policía necesario. Igualmente existe el Servicio Especial de Policía para la protección de las fronteras y espacios jurisdiccionales de la República ante amenazas de agresión externa (artículo 310 de la Constitución Nacional).

³¹DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. Pág. 719-731.

Este tipo de testamento viene regulado por el Código Civil en el Libro II, Título III; Capítulo VII y específicamente el artículo 748 que indica quienes pueden otorgar testamento militar y bajo qué circunstancias y ante quién, veamos el contenido de la norma citada:

“Artículo 748: En tiempos de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan éste, podrán otorgar su testamento ante un oficial o Jefe. Es aplicable esta disposición a los individuos de un ejército que se halle en país extranjero y a los de la Policía Nacional. Si el testador estuviese enfermo o herido, podrá otorgarlo ante el facultativo que lo asiste. Si estuvieren en destacamento, ante el que lo mande. En todos los casos de este artículo, será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos” (Lo subrayado es nuestro).

Estamos frente a una forma de testamento excepcional por razón del estatus del otorgamiento, ha de ser un militar en campaña, voluntario, rehenes y demás individuos empleados en el ejército o sigan a éste y los miembros de la Policía Nacional, en tiempos de guerra y el testador estuviese herido o enfermo puede otorgar testamento militar ante el facultativo que lo asista y si estuviere en destacamento, ante el que lo mande.

Esta forma de testamento se permite por el riesgo y peligro de la campaña, así como por la imposibilidad de cumplir con las formalidades del abierto o cerrado común. No hay que olvidar que el militar puede hacer uso del testamento ológrafo, siempre que cumpla con los requisitos de tal forma de testar.

Los Romanos identificaron esta forma de testamento “in Procinctu” que significa (acuartelamiento). Las partidas y el fuero juzgo le identifican como caballeros en huestes. En tiempos normales los militares o miembros de la policía y demás individuos vinculados a estos servicios deben hacer uso de las formas de testamento común.

IV.A.1. Requisitos del Testamento Militar:

- a. Ser militar, voluntario, rehén y demás individuos empleados en el ejército o que sigan a éste o ser miembro de la Policía Nacional. Dentro de este requisito debe comprenderse a los corresponsales de prensa, fotógrafos, reporteros de radio o televisión que se encuentren en el campo de batalla.
- b. Que exista un estado de conflagración bélica, esto es un estado de guerra. El Código nos habla de “*tiempo de guerra*”, lo que significa un momento circunstancial, calamitoso por la incertidumbre que se vive.

La Constitución Nacional adscribe la facultad de declarar la guerra al órgano Legislativo (Inciso 5 artículo 159 de la Constitución Nacional)

- c. Que el militar o miembros de la policía esté en campaña, aún cuando el individuo de un ejército que se halle en país extranjero.
- d. Que el testador este enfermo o herido.
- e. Que el testamento se otorgue ante el facultativo que lo asista o ante el jefe del destacamento que lo mande, siempre será necesario la presencia de dos testigos idóneos.
- f. También puede otorgarse esta forma de testamento en la modalidad de cerrado ante un habilitado que ejercerá las funciones de notario, debiendo observarse las solemnidades del artículo 739.
- g. En caso de batalla, asalto, combate o en peligro próximo de acción de guerra puede otorgarse testamento militar de palabra, siempre que se haga en presencia y ante dos testigos, lo que significa que también puede otorgarse por escrito, sólo es necesario que se declare la voluntad ante dos testigos o bien que les entregue a éstos el pliego cerrado contentivo de su última disposición firmada de su puño y letra.

IV.A.2. Ineficacia del Testamento Militar de Palabra:

Este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó, aún cuando no se salvase será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el auditor de guerra. No dice el Código en qué plazo debe formalizarse, en cuyo caso entendemos debe aplicarse por analogía el fijado en el artículo 744 del Código Civil, a propósito del cerrado, que es de 10 días.

IV.A.3. Caducidad del Testamento Militar:

El Código establece un periodo de caducidad de cuatro (4) mese luego que el testador haya dejado de estar en campaña (Artículo 751 del Código Civil).

IV.A.4. El Testamento Militar Cerrado:

En el otorgamiento de esta forma de testamento es imperativo se observe las solemnidades exigidas para el testamento común cerrado contempladas en los artículos 738 y 739. Con la salvedad que se otorgará ante un oficial y dos testigos, debiendo firmar todas las actas de otorgamiento y el testador si pudiere, de no ser así lo firmará la persona que indique el testador a su ruego.

IV.B. El Testamento Marítimo:

Esta forma de testamento se puede otorgar a través de las modalidades de testamento abierto, cerrado y ológrafo con las solemnidades del Capítulo VIII del Título III del Libro III referido al Testamento Marítimo, y ello puede ser durante un viaje marítimo o en río navegable a bordo de un buque de guerra o mercante ante el comandante o el capitán, o quien haga sus veces según la naturaleza del navío y con la asistencia de dos testigos idóneos elegidos entre los pasajeros que vean y entiendan al testador. Y por lo menos uno de ellos pueda firmar, que lo hará por sí y el testador si éste no sabe o no puede hacerlo.

IV.B.1 Requisitos del Testamento Marítimo:

- a. Que se otorgue durante un viaje marítimo estando en alta mar o en río navegable adentro, esto es estando el navío lejos del puerto de zarpe o de arribo.
- b. Que el otorgante del testamento, sea abierto, ológrafo o cerrado, esté a bordo de un buque de guerra o mercante.
- c. Que el testamento abierto o cerrado se otorgue por el testador ante el comandante del buque de guerra o ante el capitán si el navío es mercante o ante quien ejerza sus funciones.
- d. Que el acto de otorgamiento se lleve a cabo con la asistencia y presencia de dos testigos idóneos, debiendo uno de ellos por lo menos poder firmar, que lo hará por sí y por el testador de no saber o no poder firmar.
- e. Que en el caso de otorgamiento de testamento marítimo abierto se observen las solemnidades establecidas en el artículo 727 y para el cerrado lo indicado en el Capítulo VI del Título III del Libro III, excluyéndose lo relativo al número de testigos y del notario, ya que los comandantes o capitanes de buques tienen funciones notariales.
- f. El testamento del comandante del buque de guerra y del capitán del buque mercante lo debe autorizar quien deba sustituirlos en el cargo y precisa la asistencia y presencia de dos testigos idóneos.
- g. El testamento marítimo abierto será custodiado por el comandante o por el capitán y se debe hacer mención de ello en la bitácora o diario de navegación, igual mención se hará del ológrafo y del cerrado.

IV.B.2 Diligencias a surtirse luego de otorgado el testamento marítimo:

- a. Una vez el navío llegue a puerto extranjero donde haya agente diplomático o consular panameño, el comandante o el capitán, según la naturaleza del buque deberá entregar a dicho agente copia del testamento abierto o del acta de otorgamiento del cerrado y de la nota tomada en la bitácora o diario de navegación.

- b. La copia del testamento o del acto de otorgamiento deberá llevar las firmas que lleva el original si viven y se encuentran a bordo los que lo firmaron, en otro caso será autorizado por el contador o capitán que hubiese recibido el testamento, o que haga sus veces, firmándolo los que estén a bordo que intervinieron en el testamento.
- c. El agente diplomático o consular extenderá por escrito diligencia de entrega, cerrada y sellada la copia del testamento o del acto de otorgamiento, si fuese cerrado, la remitirá con la nota del diario al Ministerio de Gobierno, que deberá ser depositada en una notaria.
- d. Es deber del comandante o del capitán, según el caso, que haga la entrega y recoger del agente diplomático o consular certificación de haberla verificado y así lo debe hacer constar en la bitácora o diario de navegación.
- e. Cuando el buque arribe a puerto panameño, el comandante o el capitán, según el navío, deberá entregar el testamento original, cerrado y sellado, a la autoridad marítima local, con copia de la nota tomada de la bitácora y de haber fallecido el testador, certificación que acredite tal hecho.
- f. Habiendo fallecido el testador del testamento marítimo abierto, el Ministerio de Gobierno remitirá el testamento al Juez del último domicilio del difunto y no siéndole conocido al Juez competente de los de la capital para que de oficio cite a los herederos y demás interesados en la sucesión, para que éstos soliciten que se eleve a escritura pública y se protocolice conforme lo dispuesto por el Código Judicial (artículos 1490 y 1499). Otra es la situación siendo el testamento cerrado, el Juez deberá proceder de oficio a la apertura en la forma prevista en el Código Judicial (artículo 1498) con citación e intervención del Ministerio Público y luego de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.
- g. Siendo el testamento marítimo ológrafo y el testador falleciese en el viaje, el comandante o el capitán, según el navío, deberá recoger el testamento para su custodia, dejando constancia de ello en la bitácora o diario de navegación debiendo entregarlo a la autoridad marítima local en la forma y para los efectos contemplados en el artículo 759 del Código Civil, cuando el buque arribe a puerto panameño.
- h. Si el testamento es otorgado por un extranjero en buque de nacionalidad panameña, el Ministerio de Gobierno deberá remitir el testamento al Ministerio de Relaciones Exteriores para que por la vía diplomática se le imprima el curso que corresponda.

IV.B.3. Testamento Marítimo otorgado en peligro de Naufragio

Los tripulantes y pasajeros pueden hacer testamento marítimo verbal ante dos testigos. Más este testamento perderá eficacia jurídica si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó o a pesar de no salvarse no se

formaliza por los testigos ante un Juez del primer puerto a que arribe (Ver artículo 753 del Código Civil).

IV.B.4. Caducidad del Testamento Marítimo Abierto y Cerrado

Estos testamentos tienen un periodo de caducidad de 4 meses corridos a partir que el testador desembarque en un puerto donde pueda testar en la forma ordinaria o común según los Capítulos IV, V y VI del Título III del Libro III del Código Civil.

IV.B.5 Validez en Panamá del Testamento otorgado en Buque Extranjero

Nuestro ordenamiento (artículo 764 del Código Civil) da validez al testamento marítimo otorgado en buque de otras nacionalidades si el mismo es otorgado conforme las disposiciones del Capítulo VIII del Título III del Libro III o se hiciera de acuerdo a las leyes del país de la nacionalidad del buque en la medida que la entrega del testamento se surta conforme lo dispuesto por los artículos 757 y 758 del Código Civil.

IV.C.EL TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO:

Los panameños en el extranjero podrán acogerse a alguna de las formas para testar que a continuación se indican:

IV.C.1. Testar conforme las formas establecidas por las leyes del país donde se encuentren; esta posibilidad comprende testar en alta mar durante un viaje en buque de nacionalidad extranjera sujetándose a las leyes de la nacionalidad del buque.

Los panameños en el extranjero o a bordo de un buque de nacionalidad extranjera pueden otorgar testamento común en sus diferentes formas, ológrafo, abierto y cerrado, más les está vedado testar mancomunadamente, aún cuando las leyes del país donde se hallen lo permita, de hacerlo no tendrá validez en nuestra jurisdicción.

IV.C.2. Testar bajo las formas de testamento abierto o cerrado previsto por nuestro ordenamiento jurídico ante el agente diplomático o consular de Panamá residente en el lugar de otorgamiento. El agente diplomático o consular funge de notario y deberá observarse todas las formalidades dispuesta en los Capítulos V y VI del Título III del Libro III para los testamentos abiertos y cerrados, obviándose el domicilio de los testigos.

IV.C.3. Obligación del agente diplomático o consular ante quien se otorgó testamento abierto o cerrado por panameño en el extranjero.

- a. Remitir por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores copia del, con su firma y sello, testamento abierto o del acta de otorgamiento del cerrado al Ministro (a) de Gobierno para que se deposite en su archivo.
- b. El agente diplomático o consular en cuyo poder se hubiere depositado un testamento ológrafo o cerrado lo deberá remitir a través del Ministro (a) de Gobierno una vez fallezca el testador con el respectivo certificado de defunción, en cuyo caso el Ministro hará publicar en el periódico oficial (Gaceta Oficial) la noticia del deceso, a fin que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y tramitar la protocolización en la forma prevista por el Código Judicial (artículos 1503-1507)

V. EL TESTAMENTO OTORGADO EN LENGUA EXTRANJERA (artículo 716):

Autores como SANCHEZ ROMÁN, MURCIUS SEVOLA, DE IBARROLA, VALVERDE a propósito del Derecho Español y Mexicano consideran que es perfectamente factible hacer testamento cerrado en lengua distinta al castellano. Nosotros nos inclinamos a pensar que la posibilidad de testar en lengua extranjera no se limita al testamento abierto, sino que comprende al ológrafo y al cerrado, ya que el contenido y texto escrito de éstos se viene a conocer luego del deceso, lo que no sucede en el abierto, en cuyo caso tendrá que hacerse la traducción al español en el momento de surtirse la apertura y protocolización de dichos testamentos ológrafos o cerrados.

La exigencia de la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador que traduzcan la última voluntad de éste al castellano y que se escriba en las dos lenguas obedece a la necesidad de que tanto el notario como los testigos instrumentales entiendan al testador al manifestarles este su último deseo y se plasme así en el testamento que se otorga; es un deber del notario y los testigos que el testamento se redacte con arreglo a la voluntad expresada por el testador.

CAPÍTULO IV

DE LA EJECUCIÓN TESTAMENTARIA (EL ALBACEA)

Varias denominaciones se le han dado a quien tiene la responsabilidad por encargo de última voluntad de asegurar la ejecución y cumplimiento de lo dispuesto por el testador, así como defender la validez del testamento, en juicio o fuera de él. Al responsable de ello se le llama albacea, cabezalero, testamentarios, ejecutores. Se le ha querido confundir e identificar con la figura del fiduciario, lo que no es posible ya que al albacea no se le transmite el patrimonio del testador, lo que si ocurre en el fideicomiso, pues es de la esencia la transmisión de bienes al fiduciario (Ver artículo 1, 9, 11, 13, 14 y 15 de la Ley 1 de 5 de enero de 1984 que Regula el fideicomiso en Panamá).

En el Derecho Romano, particularmente a propósito del “*testamentum per aes et libram*” el testador en presencia de cinco testigos del “*libripens mancipa*” transfiere su patrimonio hereditario al “*familiae emptor*” quien adquirirá la propiedad en herencia. Para los inicios del imperio romano surge una modalidad de testamento mancipatorio, que limita los derechos del “*familiae emptor*”, su derecho de propiedad de la herencia es meramente aparte, pues viene obligado a responder de la totalidad de la herencia para con las personas indicadas en las “*tabulae testamenti*” deviniendo en ejecutor testamentario³².

Siendo el albacea la persona indicada por el testador para que se encargue de velar por la ejecución, cumplimiento y validez del testamento, corresponde a éste hacer que la voluntad del testador vertida en el testamento se cumpla al pie de la letra y es que su voluntad es la ley de la sucesión³³.

I. De la Constitución del cargo de Albacea como responsable de la ejecución testamentaria.

Precisa de dos actos jurídicos separados; el nombramiento y la aceptación del cargo.

A. El nombramiento: Este puede tener lugar en el mismo testamento en que se instituye herederos o legatarios o bien

³² DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. Pág. 867

³³ Véase pág. 72 sobre Interpretación de los Testamentos.

en testamento separado, pero referido al que ha de hacer cumplir la voluntad del testador. El nombramiento alude a una declaración hecha en testamento que cumpla con las exigencias legales para su validez y eficacia, debe hacerse de forma expresa, explícita o implícita, basta que de las disposiciones del testamento se infiera la intención inequívoca del testador de nombrar albacea.

El nombramiento de albacea es una facultad del testador (artículo 854), pero para el caso que el designado fallezca, devenga, imposibilitado, renuncie, sea removido, por vencimiento del plazo y sus prórrogas fijadas por el testador, por la ley, los interesados y por no aceptar el albacea el cargo, el Código (La Ley) dispone que corresponde a los herederos llevar a cabo la ejecución de la voluntad del testador (artículo 873), de no existir otros albaceas o de albacea sustituto.

La designación de albacea generalmente se hace de manera nominativa, mediante nombre y apellido, más no existe impedimento que se haga bajo determinadas circunstancias, como por ejemplo atendiendo al desempeño de un puesto, cargo o función que no sea incompatible con la designación.

En esta clase de designación es aplicable por analogía las disposiciones referentes a la institución de herederos, vale traer al respecto el artículo 787 del Código Civil que indica *“El testador designará al heredero (entiéndase albacea)”* *“por nombre y apellido”* y *“el error en el nombre y apellido o cualidades del heredero” (entiéndase albacea) “no vicia la institución cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cual sea la persona nombrada”* (artículo 788).

A.1 Clases de Nombramiento:

A.1.a. **Albacea Unipersonal:** También se le identifica como albacea singular, ejercicio o actuación individual y albaceazgo unipersonal.

El Código Civil se refiere a esta en el artículo 854 al indicar que el testador puede nombrar uno o más albaceas, sean herederos o bien extraños a la herencia.

Esta categoría de albacea se presenta cuando el testador sólo designó a una persona, correspondiendo a ella y solo a ella la ejecución del testamento, y en caso de que se den las causas de terminación del cargo previstas por el artículo 872 corresponderá a los herederos, según el artículo 873, la ejecución del testamento. Es la ley quien hace en estas circunstancias la designación por mediar causas que dan lugar a ello.

El albaceazgo unipersonal puede tener lugar aun cuando exista pluralidad de designados, ello cuando el testador distribuya las funciones entre los diferentes designados, de modo que cada albacea pueda actuar dentro del marco de sus atribuciones con total independencia de los demás sin involucrarse en el ámbito de las competencias de los demás³⁴.

A.1.b. Albacea Plurinominal o Pluripersonal: Estamos hablando de una pluralidad de albaceas nombrados, en que se hace necesario discernir del testamento el por qué de tal nominación, el grado de responsabilidad por la actuación, cómo deben tomarse las decisiones, y cómo responden por los daños y perjuicios que en la ejecución del cargo ocasionen a los herederos o legatarios. La posibilidad de tal designación está prevista por el Código (artículo 854). Aquí cabe destacar la posibilidad de albaceas mancomunados solidarios y sucesivos.

³⁴ PUIG FERRIOL, Luis. El Albaceazgo. Casa Editorial Boch. Barcelona, España. 1967. Pág. 78.

Veamos cada una de estas modalidades de albaceazgo plurinominal o pluripersonal.

A.1.c. **Albaceas Mancomunadas:** El Código Civil alude a esta en el artículo 856 cuando dice “*los albaceas podrán ser nombrados mancomunada, sucesiva o solidariamente*”. El albaceazgo mancomunado implica la designación mínima de dos o más personas en el cargo y de manera conjunta, se trata de una pluralidad de personas designadas que concurren a la realización de un propósito, de un fin común, que es la conclusión de la voluntad última del testador vertida en su testamento y que debe ser la ley de su sucesión.

Estamos frente a una designación plural de personas para un mismo cargo sin particularizar funciones.

A.1.c.1. **Actuación de Albaceas Mancomunadas (artículo 857)**

b.1.a.1. Actuación por unanimidad.

b.1.a.2. Actuación por aceptación o autorización.

b.1.a.3. Actuación por mayoría.

b.1.a.4. Actuación en caso de empate. Hay tres sistemas en caso de empate:

- i. Sistema de caducidad (Código Civil de Portugal).
- ii. Sistema de arbitraje judicial. Corresponde a los tribunales discernir la falta de acuerdo. Siguen este sistema, Alemania, Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, Italia, El Salvador.
- iii. Sistema de laguna legislativa. Siguen este sistema España, Francia, Guatemala.
- iv. Legislación Nacional. El asunto debe estar resuelto por el propio testador y en su defecto lo hace el Código Civil en el artículo 852 al indicar que frente al desacuerdo corresponderá a los tribunales discernir la situación

b.1.a.5. Actuación en caso de suma urgencia. Requiere que medie:

- i. Suma urgencia.
- ii. Dar cuenta inmediata a los demás.
- iii. Que obre bajo su responsabilidad personal.

A.1.d. **Albaceas Solidarios:** A este tipo de albaceas se refiere el Código Civil en los artículos 856 y 859. El Código los contempla, más no dice en qué consiste y cómo éstos han de cumplir sus atribuciones cuando el testador no ha determinado el orden en que deben desempeñar el cargo, por lo que el propio artículo 859 dispone que se entenderán nombrarlos mancomunadamente³⁵.

Para la constitución del albaceazgo solidario no es necesario *“que el difunto emplee el adjetivo solidario, cuando su declaración de voluntad no admite más interpretación que la de querer los efectos de una actuación solidaria”*³⁶. El citado autor comentando sentencias emitidas por el Tribunal Supremo de España expresa que se *“admite la designación solidaria de albacea cuando el difunto les haya facultado para actuar tanto a juntas como a solas y cuando emplee la frase juntos y separados”*.

El albaceazgo solidario implica pluralidad de sujetos designados que pueden ejecutar la voluntad del difunto de manera conjunta por quienes concurren a ejercer el cargo o bien separados, siendo válido en principio, lo que haga uno de ellos en calidad de solidario.

³⁵ Ver tesis doctoral de ESPINOSA, Jacinto Javier. Constitución y Remuneración del Albaceazgo en el Derecho Positivo Panameño. Universidad Complutense, Madrid, España. 1974. Pág. 38 y siguientes.

³⁶ PUIG FERRIOL, Luis. Ob. Cit.

El albaceazgo solidario es una de las variantes de albaceas plurinominales, lo que conlleva una pluralidad de designados para la ejecución del cargo, obligación que en principio debe llevarse a cabo conjuntamente cuando concurren todos, empero lo que caracteriza a este tipo de albaceazgo es que cualquiera de los designados puede llevar a cabo por sí solo la total ejecución de las atribuciones asignadas, siendo válido en principio lo que ha hecho, siempre “que los demás no hayan significado oportunamente su propósito de intervenir y no se oponga otro albacea, bien por haberse prescindido de él, bien por no haberse hecho lo procedente conforme al testamento, correspondiendo entonces a Tribunales declarar la validez o nulidad de los actos realizados. Todo albacea solidario que no se abstenga, tiene el deber de cooperar”³⁷.

A.1.d.1. Forma de actuar los Albaceas Solidarios: Lo característico del albaceazgo solidario radica en la posibilidad que tiene de actuar cualquiera de los albaceas designados sobre la totalidad de las funciones atribuidas sin ser preciso que medie una deliberación previa entre los designados, lo ideal es que se dé. Dada la circunstancia que la solidaridad expresa pluralidad de sujetos que concurren simultáneamente a la ejecución del cargo, tal principio puede resultar restringido cuando concurren dos o más albaceas, debiendo actuar conjuntamente para que las funciones encomendadas se cumplan dentro de la mayor colaboración, armonía y unidad de criterio, pues la solidaridad comprende no solo la forma de actuar, sino también la responsabilidad que surge por los daños y perjuicios que por culpa, negligencia, dolo o impericia se causa a herederos o legatarios, lo cual se extiende respecto de los terceros de que se hubieren valido para el desempeño del cargo. A pesar de la concurrencia de dos o más albaceas en la ejecución del cargo y en la realización del mismo, ello no da lugar a la actuación conjunta, por lo que se hace necesario solicitar al tribunal de las testamentarias que divida entre ellos las atribuciones, toda vez que nada les obliga a actuar conjuntamente como sucede en los mancomunados.

³⁷ ROCA SASTRE, Ramón María. Derecho de Sucesiones. Editorial Reus. Madrid, España. Pág. 269.

El albaceazgo solidario no requiere que medie una previa autorización para que se obre, actúe en representación del resto de los designados, puesto que la solidaridad se basa en que cualquiera de los albaceas puede llevar a cabo la totalidad de las atribuciones asignadas, pensando sobre todo en la responsabilidad que pudiera surgir por cualquier perjuicio que aquel hubiese ocasionado (artículo 1028 del Código civil).

A.1.e. Albaceas Sucesivos: A esta modalidad alude el artículo 856 del Código Civil sin indicar cómo estos han de cumplir el cargo. Es necesario que el testador determine el orden en que los nombrados deben desempeñar el cargo. Es así que el artículo 859 del Código Civil dispone *“si el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas, ni fija el orden en que deban desempeñar su encargo, se entenderán nombrados mancomunadamente y desempeñarán el cargo como previenen los dos artículos anteriores”*.

La sucesividad del albaceazgo depende de la voluntad del testador, es necesario que de las disposiciones del testamento se infiera la intención que tuvo el testador al designar sus albaceas para que actúen sucesivamente, esto es, uno después de otro u otros en defecto de aquél o aquellos, no existiendo tal declaración de voluntad, el albaceazgo sucesivo escapa a la realidad, toda vez que la ley presume la mancomunidad y han de entenderse designados mancomunadamente, sujetándose a las reglas que el Código fija para el albaceazgo mancomunado. Y es que la *“actuación sucesiva supone establecimiento de una preferencia entre los nombrados que, naturalmente, no puede presumirse”*³⁸.

³⁸ PIUG BRUTA, José. Fundamentos de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch. Barcelona, España. 1963. Pág. 469.

El fundamento del albaceazgo sucesivo radica en la libertad de testar, así como el testador es enteramente libre de designar a una persona albacea, igualmente puede nombrar sustitutos, para el caso que el o los principales designados premueran, repudien, rehúsen, renuncien o sean removidos del cargo.

Lo que el causante persigue al designar albaceas sucesivos, no es más que sea una persona de su entera confianza quien cumpla o vele por su última voluntad, ya que cabe que el primer designado premura al causante, rehúse el cargo, renuncie al mismo o sea incapaz para desempeñarlo, en cuyo caso, no habiendo el causante nombrado albacea sucesivo, corresponderá a los herederos desempeñar el cargo por ministerio de la ley (artículo 873 del Código Civil).

La sucesividad del albaceazgo puede resultar establecida por el difunto³⁹, ya sea como dice ROCA SASTRE⁴⁰ *“bien para que la sucesión se produzca a base de vencimiento de plazos o cumplimiento de condiciones, o para que por faltar un albacea le suceda el sustituto”*. Cosa distinta es cuando el difunto nombra albacea sustituto existiendo varios albaceas titulares y no especifique si en caso que falte uno de los albaceas, si podría el sustituto entrar a ocupar el puesto del albacea que falte o no.

En materia de sustituciones hereditarias la regla es que la sustitución precede al acrecimiento, principio que de ser aplicado al albaceazgo, bastaría que faltase uno de los albaceas titulares para que el sustituto pasara a ocupar su lugar⁴¹. Pero no han faltado autores como PUIG FERRIOL⁴² que entienden: *“parece que en el albaceazgo la solución ha de ser la contraria, puesto que con arreglo al artículo 897 del Código Civil Español (artículo 859 del Código Civil de Panamá), la entrada del albacea sucesivo se contempla como un supuesto excepcional, o sea, para cuando faltan todos los designados en primero o anterior lugar”*. El profesor ALBALADEJO⁴³ compartiendo el razonamiento de PUIG FERRIOL agrega: *“la solución dada al caso de las sustituciones hereditarias, no sirve de apoyo al de albaceazgo, puesto que ni el derecho de acrecer -y su presunto*

³⁹ GOMEZ ISABEL, Justo José. Problemas Fundamentales del Ejercicio del Albaceazgo. Instituto Editorial Reus. Madrid, España. Pág. 77. Piensa que la sucesividad responde a hechos externos y actos del propio albacea nombrado, independientes de la voluntad del testador y a actos del mismo testador, quien crea la circunstancia o hecho determinante de la sucesividad.

⁴⁰ ROCA SASTRE, Ramón María. En notas a KIJAP, Derecho de Sucesiones Pág. 225.

⁴¹ ALBALADEJO, Manuel. El Albaceazgo en el Derecho Español. Editorial Tecnos. Madrid, España. 1963 Pág. 52. También en Sustituciones Hereditarias. Editorial Graficas Summa. Oviedo, España. 1956. Pág. 60.

⁴² PUIG FERRIOL, Luis. Ob. cit. Pág. 90.

⁴³ ALBALADEJO, Manuel. Ob. cit. Pág. 53.

choque con la sustitución- en aquella tiene igual papel que en éste, ni la ley habla de cuándo se dé semejante derecho de acrecer en el cargo (no en la recompensa) entre albaceas”. Prosigue diciendo el mencionado autor “que suprimido tal argumento de presunta analogía, no queda sino que nombrados varios albaceas y un sustituto, sin especificar que sustituya a cualquiera que falte, hay que entender que...sólo entra a sustituir si faltan todos”

Entendemos, que el razonamiento dado por los citados autores tiene completa aplicación en nuestro ordenamiento. No cabe duda que esta solución guarda íntima relación con el fundamento del albaceazgo sucesivo, puesto que en este caso lo que el difunto persigue es que en el supuesto que falten los albaceas titulares, que son los de su entera confianza, absorba el cargo el albacea sustituto. Prueba de ello es que de haber sido otra la intención del causante hubiese designado el sustituto de tal forma que de faltar uno de ellos le correspondería ocupar su lugar, es decir, no emplearía la frase designo como sustituto de mis albaceas a Pedro.

Ineficacia del nombramiento

La designación de ejecutor testamentario puede resultar inválida por cuatro razones fundamentales: caducidad, incapacidad del nombrado, nulidad y revocación del nombramiento. Estas causales de ineficacia serán estudiadas en tanto tengan que ver con el nombramiento de albaceas, a fin de conseguir una mejor comprensión del tema:

A.2.a.Caducidad: Es una de las causas que genera la ineficacia de un testamento originariamente válido en virtud del transcurso del tiempo. Por eso el Código en el artículo 735 correlacionado con los artículos 732 y 733 que se refieren al testamento otorgado en inminente peligro de muerte y en caso de epidemia, respectivamente, considera ineficaz el testamento otorgado bajo esas circunstancias transcurrido dos meses después que el testador haya superado el peligro de muerte o cesado la epidemia. Pero el testamento otorgado bajo esas circunstancias también puede resultar sin ningún efecto, según dispone el párrafo final del artículo 735 del Código Civil, al fallecer el testador dentro del plazo de los dos meses antes mencionado, si dentro del plazo de tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Juez para que se eleve a escritura pública.

Por otro lado, en lo que al testamento militar se refiere, hay que distinguir entre el testamento otorgado en campaña y el otorgado en peligro próximo de acción de guerra; entendiéndose caducado el primero a los cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña (artículo 751), y el otro por el hecho de haber pasado el peligro en cuya consideración testó (artículo 752). Pero habiendo muerto el testador, para que el testamento sea válido es preciso que los testigos lo formalicen ante el Auditor de Guerra (artículo 752, párrafo final).

En cuanto al testamento marítimo, ya sea abierto o cerrado, el artículo 762 los considera caducado una vez que hayan transcurrido cuatro meses desde que el testador desembarque en un puerto donde pueda testar en la forma ordinaria. Por otra parte, el artículo 763 fija la caducidad del testamento marítimo otorgado en peligro de naufragio por haberse salvado el testador del peligro. El citado artículo considera sin valor el testamento otorgado en tales circunstancias a pesar que el causante no se salvara, cuando los testigos no lo formalicen ante el Juez del primer puerto a que arriben.

También se entiende caducado el testamento ológrafo si no se protocoliza dentro de los cinco años siguientes a la muerte del causante (artículo 722)⁴⁴.

En otro orden de ideas, pero correlacionado con los conceptos previamente apuntados y que es lo que aquí interesa, cabe decir que teniendo el albaceazgo un matiz testamentario, pudiéndose nombrar albacea en cualquiera de las formas de testamento⁴⁵ que admite el Derecho patrio, la ineficacia del nombramiento de albaceas en atención a la caducidad, surge por vía de consecuencia, esto es, que solo hay que entender caducado el testamento en el cual se hizo el

⁴⁴ Cfr. ALBALADEJO, Manuel. Compendio de Derecho Civil. Librería Bosch. Barcelona, España. 1970 Pág. 587 y 588 y OSSORIO MORALES, Juan. Manual de Sucesión Testada. Instituto de estudios Políticos. Madrid, España. 1957Págs. 489 y ss.

⁴⁵ Véase Capítulo III, pág. 63 y ss., pág. 10 y ss.

nombramiento para inferir que tal designación resulta inválida por el mero transcurso del tiempo. Así pues, solo tiene que darse la caducidad del testamento en el cual se hizo el nombramiento de ejecutor testamentario para entender caducada la designación del albacea⁴⁶.

A.2.b.Incapacidad del nombrado: No hay duda que aun siendo válido el nombramiento de albacea, puede resultar sin ningún efecto, esto es, ineficaz, porque el designado carece de aptitud, de idoneidad para realizar el cargo. Es más, ni siquiera lo puede aceptar por carecer de capacidad para realizar la misión encomendada, correspondiendo en tal caso la ejecución del testamento, salvo que exista albacea sucesivo o pluralidad de albaceas, a los herederos (artículo 873). Solo pueden ser albaceas quienes gocen de la capacidad para obligarse (Artículo 855 del Código Civil) la cual se adquiere con la mayoría de edad (Artículo 1114 del Código Civil), salvo el caso de los menores emancipados que pueden prestar consentimiento, mas no los menores no emancipados, ni los locos, demente, sordomudos que no sepan escribir.

A.2.c.Nulidad: La ley establece que el nombramiento de albacea tiene que hacerse en testamento (artículo 854), lo que permite deducir que “la nulidad del testamento conlleva la nulidad del nombramiento de albacea”⁴⁷. Así pues, cualquier vicio que afecte al testamento en el cual se hizo la designación del ejecutor testamentario, es causa suficiente para producir la nulidad del nombramiento, pero la invalidez no solo ha de provenir por vicios en el testamento, sino que también puede darse por cualquier defecto en la designación de albacea.

A decir de ALBALADEJO⁴⁸: *“la validez del nombramiento supone la validez del testamento (que ya implica capacidad de testar del que lo otorga) y la concurrencia de declaración y voluntad, así como la*

⁴⁶ Cfr. GATTI, Hugo. Albaceas, Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. universidad de Montevideo. Uruguay. 1956. Pág. 118.

⁴⁷ RICCI, Francisco. Derecho Civil Teórico y Prácticos. Traducidos por Eduardo Ovejero. Publicaciones La España Moderna. Madrid, España. Sin año. Tomo VIII. Pág. 730.

⁴⁸ ALBALADEJO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 138.

ausencia de vicios en la disposición singular en estudio". Continúa diciendo el citado autor: "se trata, ni más ni menos, que de aplicar la teoría de la validez de las disposiciones testamentarias, que excluye, en primer término, la invalidez del testamento como un todo, y, en segundo lugar, la invalidez de la singular disposición contemplada".

A.2.d.Revocación: Es el cuarto y último supuesto de ineficacia del nombramiento de albaceas, que responde a la libertad de testar y al carácter mortis causa que tiene el albaceazgo. El testador es libre de modificar, enmendar y retractar sus disposiciones testamentarias hasta el momento en que cesa su existencia en la vida terrenal⁴⁹. Así como es libre para designar a determinada persona como su albacea, también goza de la misma libertad para revocar el nombramiento. Se trata de un acto discrecional del causante que tiene su raíz en la facultad de disponer por testamento.

Esta potestad que tiene el testador de dejar sin efecto el nombramiento de executor testamentario, tiene su asidero jurídico en el artículo 771, párrafo I del Código Civil cuando dice: "todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas" (subrayado es nuestro).

Si bien el testador goza de la facultad unilateral de dejar sin efecto el nombramiento de albacea mediante la revocación, tal potestad no puede entenderse en la manera que a él le plazca, puesto que viene restringida por la necesidad de que se realice conforme a las solemnidades establecidas para testar (artículo 772). De allí que ALBALADEJO⁵⁰ sostenga: "el nombramiento sólo puede revocarse en la forma que sea posible revocarse el acto en que se contiene".

⁴⁹ Cfr. COLIN, Ambrosio y H. CAPITANT T., VIII. Pág. 106; OSSORRIO MORALES, Juan Ob. Cit., págs. 35, 36, 479 y ss.; DE RUGGIERO, Roberto, II. Instituciones de Derecho Civil. Traducciones de la 4ª Ediciones Italiana. Anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suárez y José Santacruz Teijeiro. Instituto editorial Reus. Tomo II. Volumen II. pág. 471.

⁵⁰ ALBALADEJO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 139.

Hay que entender revocado el nombramiento una vez que el causante haya otorgado otro testamento, sin que sea necesario manifestar en este último testamento el deseo de que no se tenga como albacea al designado en el primer testamento, ya que el Código exige que el difunto exprese su voluntad de que se tenga como albacea a la persona designada en el testamento revocado⁵¹. Por ello, el artículo 773, párrafo I del Código Civil preceptúa: “*El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte*”. Así pues, para que no se entienda revocado el nombramiento hecho en el primer o anterior testamento, es preciso que se manifieste en el último testamento la voluntad de que se tenga por albacea al designado en el testamento revocado, mientras no se dé esta manifestación de voluntad, la Ley presume revocado todo lo dispuesto en un testamento anterior.

B. ACEPTACIÓN DEL CARGO

Es el otro instante, momento, cuya concurrencia es imprescindible para la constitución del cargo de albacea, mientras esta manifestación de voluntad no se produzca el albaceazgo no ha quedado constituido. Existirá en todo caso un albaceazgo en potencia, en espera de que la persona designada manifieste su conformidad. Mediante la aceptación es cuando el nombrado reviste el carácter de albacea; antes de la aceptación no se le puede reputar que es un ejecutor testamentario; solo mediante esta declaración de voluntad se asume el papel de protagonista de tal cargo.

Procurando enlazar con las ideas previamente expuestas, trataré de enunciar una definición de aceptación. Estamos ante una declaración unilateral de voluntad intervivos, en virtud de la cual el

⁵¹ En el derecho extranjero encontramos legislaciones que mantienen un principio contrario en materia de revocación al sustentado por el legislador nacional. Así tenemos que el Derecho alemán (artículo 2.258 del B.G.B.), argentino (artículo 3.828 del C.C.A) e italiano (artículo 682 del C.C.I.), establecen que un testamento posterior revoca el anterior en la medida que las disposiciones de éste sean incompatibles con las de aquél. En el mismo orden de ideas, GATTI, Hugo, Ob. Cit. pág. 119 sostiene respecto al Derecho uruguayo que: “*la circunstancia de que existan testamentos distintos con designación de diferentes albaceas, no es suficiente, en principio, por sí sola, para sostener que ha sido revocado el albacea designado en el primer testamento, ya que la existencia de uno o más testamentos posteriores no revoca el primero, sino existe manifestación expresa del testador al respecto o incompatibilidad entre las distintas disposiciones testamentarias*”.

designado manifiesta su conformidad para llevar a cabo la misión que le ha sido encomendada por el causante, o, en su defecto por la Ley, deviniendo obligado, al desempeño en virtud de tal manifestación.

B.1. Características de la Aceptación

Presenta varios rasgos que tanto la doctrina extranjera como legislaciones, se han encargado de confirmar.

B.1.a. Es voluntaria: No existe dudas que la aceptación del albaceazgo reviste un carácter voluntario, puesto que nadie está obligado a hacer algo en contra de su propia voluntad⁵².

La voluntariedad radica en que la persona designada es libre de aceptar o rehusar el cargo. Por ello, el artículo 860 del Código Civil sanciona que: “*el cargo de albacea es de voluntaria aceptación*”. La voluntariedad responde a que el designado puede optar entre aceptar o rehusar el cargo, declaración que es preciso se haga dentro de los seis días siguientes al de la notificación de su nombramiento (artículo 860). Por ello PUIG BRUTAU⁵³ destaca que la voluntariedad hay que entenderla en el sentido de que puede repudiarse el cargo dentro del plazo que señala el artículo 860.

Así, pues, la aceptación reviste un carácter voluntario, pero tal voluntariedad no puede entenderse en sentido absoluto⁵⁴, puesto que existen ciertos supuestos en los que la persona designada albacea puede verse constreñida a aceptar el cargo, con lo que la aceptación perdería esa nota caracterizadora. Por ello, el artículo 862 dispone que: “*el*

⁵² Cfr. LOPEZ VILAS, Ramón. Configuración Jurídica del Albacea en el Derecho español en estudios de Derecho Civil en honor al Profesor Castán Tobeñas. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España. 1983. Tomo VI. Pág. 394 y OSSORIO MORALES, Juan, Ob. Cit. pág. 431.

⁵³ PUIG BRUTAU, José V. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo V. Vol. I. Casa Editorial Bosch. Barcelona, España. 1961. Pág. 457.

⁵⁴ En la doctrina española, GOMEZ YSABEL, Justo José, Ob. Cit. pág. 12, No.3 entiende: “*la libertad del nombrado albacea, para aceptar o rechazar el cargo, es relativa. Se debe esto al influjo de los factores de hecho (compromiso de amistad, etc.) en el Derecho; inevitable tal influjo desde el momento en que el Derecho no es un producto lógicamente puro, sino una realidad humana. En el caso que nos ocupa, el Derecho mismo contribuye a esta situación, al sancionar la no aceptación con la pérdida de lo dejado por el testador al albacea, lo que, de hecho, puede, sin duda, disminuir la libertad abstracta del nombrado para rechazar el cargo*”.

albacea que no acepta el cargo...perderá lo que le hubiese dejado el testador". Esta disposición viene a disminuir el carácter voluntario que le atribuye el artículo 860 a la aceptación, ya que existiendo una asignación a favor de la persona designada albacea, si ésta no acepta el cargo, pierde lo que en tal concepto le dejó el testador, lo que evidencia que en cierto modo la persona designada ejecutor se encuentra obligada a aceptar el cargo con tal de no perder lo que le dejó el causante. Igual cosa sucedería cuando el nombramiento recae en los herederos, que de no aceptar el cargo, serían objeto de la sanción que señala el artículo 862⁵⁵. Pero no solo existen estos supuestos en que se disminuye el carácter voluntario de la aceptación que le atribuye el artículo 860, sino que también viene disminuido tal carácter en el caso de la aceptación presunta a que se refiere el artículo 860 in fine, donde ni siquiera el llamado ha manifestado si acepta o no el cargo, sino que la ley lo presume aceptado por el mero transcurso de los seis días fijados para la aceptación, lo que lo obliga a desempeñarlo, salvo que lo renuncie por causa justa al arbitrio del juez.

B.1.b. Es un acto puro y simple: A través de la aplicación analógica el artículo 876 in fine del Código Civil y la opinión dominante de la doctrina extranjera⁵⁶ procede decir que la aceptación del albaceazgo no puede hacerse bajo condición o a término y, de hacerse en tales circunstancias, se estaría incurriendo en ineficacia, puesto que constituiría una flagrante violación del artículo 876.

Este criterio también viene reforzado por el Derecho comparado. Así, encontramos, que en el Código Civil italiano de 1.942 (artículo 702, párrafos 2º) y el B.G.B (artículo 2.202)

⁵⁵ ESPIN CANOVAS, Diego V., Manual de Derecho Civil Español. Tomo V (Sucesiones). Tercera Edición. editorial Revista de Derecho privado. Madrid, España. 1970. pág. 359.

⁵⁶ ALBALADEJO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 148. BARBERO DOMENICO T., V. Sistema de Derecho Privado. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1967. Pág. 313; CASTAN VASQUEZ, José María, La Constitución del Albaceazgo en el Derecho Comparado y en el Derecho español. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1962, pág. 419; CICU, Antonio. El Testamento. editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1959. pág. 352; GANGI, CALOGERO, II, pág. 542; KIPP, Theodor, V, pág. 223; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, I, pág. 769 y PUIG FERRIOL, Luis, pág. 115.

establecen que la aceptación no puede ser sometida a condición o a plazo.

B.1.c. Es una declaración unilateral inter-vivo: Esta nota es una de las más caracterizadoras de la aceptación y responde a que solo se exige la concurrencia de la declaración de voluntad de la persona nombrada. El cargo se constituye en virtud de dos declaraciones unilaterales de voluntad, una por parte del causante y la otra por el nombrado, teniendo que darse esta última después del fallecimiento del testador, lo que evidencia que no concurre en la aceptación más voluntad que la del aceptante. De allí el carácter mortis causa que tiene el albaceazgo⁵⁷.

B.1.d. Es indivisible: El carácter indivisible que tiene la aceptación emerge de la aplicación analógica del artículo 876 del Código Civil, lo que nos obliga a entender que la aceptación del cargo de executor testamentario debe hacerse de manera total e indivisible, excluyéndose todo intento de aceptación parcial⁵⁸.

La doctrina admite que habiéndose nombrado a una persona heredero y albacea a la vez, se puede aceptar el cargo y repudiar la herencia. A esto debo agregar, que ante una situación análoga, para adquirir la condición de heredero, sería indispensable que se aceptase el cargo de executor (excepto que se alegue justa causa); no mediando esta declaración de voluntad se perdería insofactamente de iure la categoría de heredero⁵⁹, puesto que cabría pensar que se trata de una herencia condicional.

⁵⁷ ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. 147; DIEZ PICAZO, Luis. Luciones de Derecho Civil Español. Tercera edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1987. IV, pág. 359; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, I, pág. 769.

⁵⁸ ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. 149; CASTAN VASQUEZ, José María, Ob. Cit. pág. 419; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, Ob. Cit. pág. 869, y PUIG FERRIOL, Luis, Ob. Cit.

⁵⁹ Dentro del término heredero hay que entender comprendido al de legatario.

B.1.e. Es generalmente irrevocable: Este rasgo viene recogido en el artículo 861 del Código Civil que señala como obligación principal una vez que se ha aceptado el cargo la de desempeñarlo, deber que solo cesa (aparte de las causas de terminación del albaceazgo que establece el artículo 872) mediante la alegación de justa causa.

Este carácter irrevocable de la aceptación también se consolida con la aplicación analógica⁶⁰ del artículo 881 del Código Civil. Si bien este artículo confirma la irrevocabilidad, también deja abierta la posibilidad de que la aceptación pueda impugnarse cuando existan vicios que invalidan el consentimiento.

B.1.f. No es solemne: La ley no exige forma alguna como debe hacerse la aceptación, al punto que admite la aceptación tácita, o sea, el desempeño efectivo del encargo y la aceptación presunta en que el silencio por parte de la persona designada se considera como una declaración de voluntad de aquiescencia una vez transcurrido el plazo de los seis días que fija el artículo 860 para que la persona nombrada manifieste si acepta o rehúsa el cargo⁶¹. En el fideicomiso la aceptación del Fiduciario debe ser expresa, constar por escrito en documento privado o en escritura según los bienes que se transmiten (ley 1 de 5 de enero de 1984).

B.1.g. Tiene que hacerse con posterioridad a la muerte del causante: En nuestro ordenamiento no existe una disposición semejante al artículo 202 del B.G.B. que dispone: “...*la declaración sólo puede ser emitida después de la producción de la muerte del causante...*”. Pero en el Derecho patrio no hace falta una disposición similar para que la aceptación revista este carácter, puesto que a diferencia del derecho

⁶⁰ Cfr. ALABALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. 148; KIPP, YHEODOR T., V, pág. 223 y PUIG FERRIOL, Luis, Ob. Cit. pág. 115.

⁶¹ ALABALADEJO, Manuel, Ob. Cit. y DIEZ PICAZO, Luis T., Ob. Cit. IV, pág. 359.

alemán, el nombramiento de albacea tiene que darse en testamento sin que pueda hacerse pacto sucesorio (artículo 1.122, Ord. 2º). Esta característica surge del carácter testamentario que tiene el albaceazgo, el cual puede ser revocado al igual que toda disposición testamentaria en cualquier momento anterior a la defunción del causante (artículo 771). Así, pues, en atención al carácter testamentario y aplicando el artículo 877 del Código Civil hay que entender sin ningún valor la aceptación hecha con anterioridad a la muerte del testador, puesto que como afirma PUIG FERRIOL⁶² “*el albacea no puede entrar a desempeñar el cargo en tanto no cobre eficacia la disposición de última voluntad del causante*” y esta tiene lugar con el deceso del testador, pues tanto herederos, legatarios y albaceas no pueden aceptar sea la herencia, legado o el cargo de albaceas sin “*estar cierto de la muerte de la persona a quien han de heredar*” o representan (Artículo 877 del Código Civil)

B.2. Clases de Aceptación

La doctrina no mantiene un criterio uniforme en cuanto a las diferentes formas como puede hacerse la aceptación.

Un primer sector sostiene que la aceptación del albaceazgo puede hacerse en forma expresa o tácita. Este grupo doctrinal no admite la aceptación presunta o por ministerio de la ley, mejor dicho, no es que no la admita, sino que la asimila a la tácita, al entender que esta última se produce cuando el nombrado deja transcurrir el plazo de seis días que fija el artículo 860 sin excusarse. Esta clasificación es la seguida por la legislación chilena, cuyo Código Civil en el artículo 1.278 dispone que: “*aceptado expresa o tácitamente el cargo...*”. También se anexan a este sistema la legislación colombiana (artículo 1.335 C.C.C.) y la uruguaya (artículo 968 C.C.U.).

⁶² PUIG FERRIOL, Luis, Ob. Cit. pág. 117.

Un segundo sector, en cambio, mantiene una postura distinta al admitir que la aceptación puede darse de tres diferentes maneras: expresa, tácita y presunta o de adquisición ex lege, como le suele llamar ALBALADEJO⁶³.

Este último criterio es el acertado y el que tiene plena cabida en la legislación nacional, precisamente, porque no cabe confundir una situación de hecho, como es la aceptación tácita, que consiste en el ejercicio efectivo del cargo una vez que se le haya notificado su nombramiento, con la aceptación presunta en que el legislador presume aceptado el cargo por el mero transcurso del plazo de los seis días que fija el artículo 860 dentro del cual debe manifestarse si se acepta o no el cargo.

b.2.a. Aceptación Expresa: Este tipo de aceptación se da cuando la persona nombrada albacea manifiesta por escrito u oralmente al Tribunal su deseo de asumir el papel de albacea.

El Código no dice ante quién se tiene que dar esta declaración de voluntad, lo que si hace el legislador alemán⁶⁴, italiano⁶⁵ y puertorriqueño⁶⁶, obligándonos a acudir al Código Judicial para ver qué pautas sienta este cuerpo legal.

⁶³ ALBALADEJO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 153.

⁶⁴ B.G.B., artículo 2.202, párrafo 2º: “la aceptación así como la repulsa del cargo se realizan por declaración frente al Tribunal del caudal relicto”.

⁶⁵ C.C., artículo 702, párrafo 2º: “tanto la aceptación como la renuncia al nombramiento de ejecutor testamentario deben ser declaradas al Secretario del Juzgado del lugar en que se haya abierto la sucesión y ser inscrita en el Registro de las Sucesiones...”. (La traducción es nuestra)

⁶⁶ Código de Enjuiciamiento Civil, artículo 597: “todo albacea que acepte el nombramiento hecho a su favor en un testamento, deberá entregar al funcionario en cuya oficina se haya protocolizado el testamento, una aceptación del cargo por escrito, acompañada de un juramento, también por escrito, comprometiéndose a cumplir del mejor modo que le fuere dable, sus obligaciones como albacea sin lo cual no podrá hacerse cargo de los bienes del finado. La Sala del Tribunal Superior de la última residencia del finado o del lugar en que radican sus bienes, mediante la presentación de una certificación del notario u otro funcionario competente, en que conste hacerse archivado dicha aceptación y juramento oficial, expedirá cartas testamentarias a favor del albacea, las cuales constituirá prueba de su autoridad. Tan pronto como un administrador haya prestado su fianza y juramento oficial, el Juez o Tribunal que lo hubiere nombrado expedirá a su favor cartas de administración bajo su sello, en testimonio de su autorización”.

El artículo 860 del Código Civil permite deducir que la persona nombrada albacea no puede aceptar el cargo hasta tanto no se le notifique su nombramiento⁶⁷, notificación que ha de ser proferida, según el artículo 1.617 del Código Judicial, por el Tribunal que ha declarado abierta la sucesión. Así, pues, armonizada estas dos disposiciones cabe concluir que en el ordenamiento patrio la aceptación del cargo de ejecutor testamentario tiene que hacerse ante el Tribunal que ha declarado abierta la sucesión⁶⁸, es decir, el que está conociendo del juicio sucesorio.

b.2.b. Aceptación Tácita: Es la segunda modalidad como puede darse la aceptación. Se puede definir como aquella en que la persona nombrada albacea, una vez que se le haya notificado el nombramiento realiza actos que hacen suponer la intención de aceptar el cargo y que no los hubiere realizado de no existir tal nombramiento. Esta variante de aceptación se da en virtud de la acción de la persona nombrada, se trata de una aceptación de hecho en el que el albacea actúa sin declarar al Tribunal que acepta el cargo, permitiendo inferir que lo ha aceptado.

b.2.c. Aceptación presunta o por ministerio de la Ley: A ésta se refiere el artículo 860 del Código Civil cuando dice: “*se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñar el cargo si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que se le notifique su nombramiento*”. Esta disposición le atribuye al silencio del nombrado para el cargo el valor de una aceptación; si el designado no quiere devenir albacea es necesario que se excuse dentro de este plazo a fin de que su silencio no se

⁶⁷ En la doctrina española, BORREL Y SOLER, Antonio. Derecho Civil Español. Casa editorial Bosch. Barcelona, España. 1954. Tomo V, pág. 231, sostiene que: “*en realidad, la certeza de haber sido nombrado definitivamente albacea no la podrá adquirir hasta que pueda examinar el testamento que resulte ser el último otorgado según la certificación del Registro de últimas voluntades, el cual no puede obtenerse sin haber presentado la partida de defunción del testador*”. En nuestro medio no existe un Registro de última voluntades como al que se refiere el citado autor.

⁶⁸ Véase pág. 34.

traduzca en aceptación presunta⁶⁹. Cuando en este caso el llamado se convierta en albacea por ministerio de la ley, hay que entender que es perfectamente renunciable, mediante la alegación de justa causa, evitándose así la sanción que señala el artículo 862⁷⁰.

Hubiese sido mejor que el legislador adoptase el sistema imperante en la legislación alemana (artículo 2.202), colombiana (artículo 1.333), chilena (artículo 1.276), ecuatoriana (artículo 1.266) e italiana (artículo 702), que consideran el silencio como renuncia o caducidad del nombramiento, puesto que puede suceder que la persona nombrada ejecutor testamentario se encuentre fuera del territorio de la República o aún estando dentro del territorio nacional la distancia es tal que exigiría más tiempo que el plazo de seis días que fija el artículo 860. A esto cabe agregar con PUIG FERRIOL⁷¹ *“cuando el albacea llamado a desempeñar el cargo adopta una actitud pasiva..., no parece que la conducta de aquél esté muy en consonancia con la confianza que en él depositara el causante”*. Continúa diciendo el citado autor *“lo grave es que la resistencia del presunto albacea a contestar el requerimiento la interprete la ley como voluntad de aceptar, cuando la mayoría de las veces, este silencio podría interpretarse sin duda como voluntad de no ejercer el cargo”*.

B.3.Plazo para la aceptación

En el Derecho comparado no existe un criterio unitario en cuanto al plazo dentro del cual la persona nombrada albacea debe declarar si acepta o rehúsa el cargo, originando tres

⁶⁹ OSSORIO MORALES, Juan, Ob. Cit. pág. 431; PUIG FERRIOL, Luis, Ob. Cit. pág. 116 y PUIG BRUTAU, José, Ob. Cit. Pág. 457.

⁷⁰ ALBALADEJO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 154.

⁷¹ PUIG FERRIOL, Luis, Ob. Cit. pág. 116, No.184.

diferentes sistemas⁷² legislativos, que pasamos a ver a continuación.

b.3.a. Sistema de Petición Judicial: Se caracteriza por no fijar un plazo dentro del cual la persona nombrada albacea debe declarar si acepta o rehúsa el cargo, pero faculta al Juez o Tribunal a petición de cualquiera de los interesados en la sucesión para señalar un plazo en que el designado debe pronunciarse; transcurrido dicho plazo sin que la persona llamada se manifieste, se considera el silencio como renuncia o caducidad del nombramiento. Este sistema rige en Alemania (artículo 2.202 párrafo final), Colombia (artículo 1.333), Chile (artículo 1.276), Ecuador (artículo 1.266), Italia (artículo 702), y Uruguay (artículo 969).

b.3.b.Sistema de Laguna Legal: Presenta la peculiaridad de no fijar un plazo dentro del cual el llamado debe pronunciarse si acepta o no el cargo, ni prevé la posibilidad de que el Juez, a petición de los interesados en la sucesión señale un plazo que se acepte o rehúse el cargo. Este sistema es el imperante en el Código Civil de Argentina, de Costa Rica y de Guatemala, entre otros.

b.3.c.Sistema de Plazo Legal: Se caracteriza, como su nombre lo expresa, por fijar un plazo en que la persona llamada al cargo debe manifestar si acepta o no el nombramiento a su favor. En este sistema existen dos grupos de legislaciones que a pesar de fijar un plazo legal para la aceptación,

⁷² En cambio, GATTI, Hugo, Ob. Cit. pág. 145 y 146 entiende que existe cuatro sistemas legislativos, criterio que no comparto, puesto que como veremos lo que él considera como un sistema aparte, se encuentra comprendido en lo que yo denomino sistema de plazo legal.

resultan ser diferentes en cuanto a los resultados. Así, pues, en primer lugar tenemos que el Código Civil Español (artículo 968) fija para la aceptación un término de seis días⁷³ siguientes a aquél en que el llamado tenga noticias de su nombramiento, o si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al que supo de la defunción del testador.

En el mismo orden el Código Civil suizo (artículo 517, párrafo 2º) señala un plazo de catorce días en que el presunto albacea debe manifestar si acepta o rehúsa el cargo. Ambos cuerpos normativos presumen aceptado el cargo cuando haya transcurrido dicho plazo sin que la persona nombrada ejecutor se excuse.

Por otro lado, el Código Civil de México, al igual que los precitados cuerpos normativos, acogen este sistema al señalar el artículo 1.697 un plazo de seis días en que el presunto albacea debe manifestar si acepta o no la delación a su favor; transcurrido dicho plazo sin que el llamado declare si acepta o no el cargo, la ley no dice, a diferencia de las legislaciones citadas, si hay que entender, a decir de GATTI⁷⁴, como aceptado o rehusado el cargo. Ahora bien, el artículo 1.697 del Código Civil Mexicano termina por admitir que el llamado se excuse fuera del término de los seis días con la consiguiente obligación de indemnizar los daños y perjuicios que su mora haya ocasionado.

⁷³ La Compilación catalana en el artículo 235 señala que la aceptación debe hacerse dentro de los diez días siguientes al que se le requiera notarialmente.

⁷⁴ GATTI, Hugo. Ob. Cit. Pág. 146.

En cuanto al derecho patrio, no existe duda que ha aceptado el sistema de plazo legal, al señalar el artículo 860 in fine un término de seis días para que la persona nombrada albacea declare si acepta o no el cargo; transcurrido dicho plazo sin que medie declaración de voluntad, la ley presume el silencio como expresión de aceptación.

En cuanto al computó de este plazo, el artículo 860 señala que comienza a partir del día siguiente a aquél en que el nombrado haya recibido la notificación del nombramiento. En correlación con el artículo 860, el artículo 34 “f” determina que dicho plazo comienza a partir de las doce de la noche del día en que se recibe la notificación y termina a las doce de la noche del sexto día después del de la notificación del nombramiento⁷⁵.

B.4. Rehusamiento al Cargo

La persona llamada al cargo tiene la alternativa de aceptar o excusarse del nombramiento, debiendo hacerse dentro de los seis días siguientes al de la notificación del mismo (artículo 860). Pero esta libertad de optar entre aceptar o repudiar el cargo, la mayor parte de las veces no existe, puesto que teniendo el albaceazgo un carácter realmente remunerado (artículo 870) y pudiendo recaer el nombramiento en los herederos (artículo 854), es razón suficiente para que el llamado se vea obligado a aceptar el cargo. Es muy raro que una persona a quien le hayan ofrecido a aceptar el cargo, para una determinada función (albaceazgo) o se haya instituido heredero y albacea a la vez, desaproveche tal suerte que contribuye a incrementar su haber patrimonial, cuando de repudiarlo será objeto de la sanción que señala el artículo 862,

⁷⁵ ALBALADEJO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 146, entiende que este plazo es de caducidad.

o sea, que pierde lo que le hubiere dejado el testador, excepto el derecho que tuviere a los alimentos. Recayendo el nombramiento de albacea sobre los herederos, ¿Podrán éstos repudiar el albaceazgo sin dejar de ser herederos? A este respecto, el jurista español SCAEVOLA⁷⁶ entiende que en Derecho Español nadie está obligado a aceptar el cargo de albacea, ni aun siendo heredero de quien le nombró, puesto que en este supuesto, la persona nombrada goza de la libertad de admitir o no el cargo, perdiendo, si lo repudia, solo lo que excede de la legítima debida. Por otro lado, SÁNCHEZ ROMÁN⁷⁷, en cambio, alega que: “*el heredero está obligado a ser albacea legítimo por virtud del principio ubi successio est emolumentum ibi et tutelae onus esse debet*”.

En la legislación nacional, aplica el primer punto de vista, puesto que no existe una norma que diga que cuando recaiga el albaceazgo en los herederos, éstos están obligados a aceptarlo; de existir una disposición similar chocaría con el carácter voluntario que tiene esta institución. Así, pues, basta que los herederos rehúsen el cargo de ejecutor testamentario, para que, según el artículo 862, del Código Civil, pierdan lo que les hubiese dejado el causante, salvo el derecho que tuviesen a los alimentos y, por consiguiente, dejen de ser herederos, ya que hay que entender que la institución de herederos estaba condicionada a que aceptaran el albaceazgo.

La repudiación a diferencia de la legislación alemana (artículo 2.202), colombiana (artículo 1.333), chilena (artículo 1.276), ecuatoriana (artículo 1.266), italiana (artículo 702) y uruguaya (artículo 969) que admiten el rehusamiento tácito por el mero transcurso del plazo que haya señalado el tribunal a petición de los interesados en la sucesión, debe hacerse en nuestra legislación según se desprende del artículo 860 de Código Civil

⁷⁶ SCAEVOLA, XV, pág. 445.

⁷⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. Estudios de Derecho Civil. Segunda Edición. Estudios Tipográficos. Sucesores de Rivadeneyra. Madrid, España. I-VI. Volumen II. Pág. 1.385

de manera expresa⁷⁸, declaración que es preciso se lleve a cabo dentro del término de los seis días que fija el antes citado artículo, a fin de que transcurrido dicho plazo el designado no se convierta en albacea por mandato de la Ley.

Para rehusar el cargo no hace falta invocar causa alguna⁷⁹, como sucede con la tutela (artículo 420 y 423 del Código de la Familia y del Menor), ya que una de las características que presenta el albaceazgo es el de ser un cargo voluntario (artículo 860), en que el llamado tan solo tiene que declarar si acepta o no sin que se le pueda obligar a aceptarlo⁸⁰. A pesar que para repudiar el cargo no se tenga que alegar excusa, entiendo, que el nombrado albacea para no perder lo que le hubiese dejado el testador, puede aducir justa causa, ya que de lo contrario aceptaría y posteriormente presentaría la renuncia invocando sus justas razones⁸¹.

Otro punto que interesa aquí estudiar, es ante quién tiene que hacerse la repudiación del albaceazgo. Los pareceres de la doctrina son diversos. A este respecto, ALBALADEJO⁸² entiende que en Derecho español la repudiación no tiene que hacerse “*ante nadie en particular, salvo lo dicho para la Compilación*”. El citado autor termina por admitir que se puede rehusar el albaceazgo indistintamente ante los herederos o ante el Juez, pero que nada obliga a ello. MANRESA, en cambio, piensa que el repudio al cargo debe hacerse ante los herederos en primer lugar y si éstos no

⁷⁸ En la doctrina española ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. 155, sostiene que en el Derecho Español, el rehusamiento puede hacerse en forma tácita. En contra OSSORIO MORALES, Juan, Ob. Cit. pág. 431; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, Ob. Cit. I, pág. 769 y PUIG FERRIOL, Luis, Ob. Cit. pág. 107. En el Derecho uruguayo, GATTI Hugo, Ob. Cit. pág. 149, admite en base al artículo 969 del Código Civil que el rehusamiento puede verificarse de manera expresa o tácita.

⁷⁹ El artículo 1.698 del Código Civil Mejicano dispone: “*pueden excusarse de ser albaceas: 1) los empleados y funcionarios públicos; 2) los militares en servicio activo; 3) los que fueren tan pobres que no pueden atender el albaceazgo sin menoscabo de su subsistencia; 4) los que por el mal estado habitual de su salud o por no saber leer y escribir, no pueden atender debidamente el albaceazgo; 5) los que tengan 60 años cumplidos de edad; 6) los que tengan a su cargo otro albaceazgo*”.

⁸⁰ Véase características de la aceptación, pág. 111 y ss.

⁸¹ Cfr. DIEZ PICAZO, Luis, Ob. Cit. IV, pág. 359.

⁸² ALBALADEJO, Manuel. Ob. Cit. pág. 158.

existen por analogía con la renuncia, las excusas deben presentarse ante el Juez⁸³. Por otro lado, SCAEVOLA⁸⁴ entiende que la repudiación no requiere que se haga ante determinada autoridad, puesto que ante la autoridad judicial lo que hay que alegar es la causa de la renuncia, que supone la existencia de un albacea que quiere cesar de serlo, pero no la repudiación. Continúa diciendo el mencionado comentarista que ésta “*basta que se haga a los herederos, o a cualquiera que se halle interesado en la herencia y hasta manifestado el excusante (repudiante) su voluntad a distintas personas*”.

En el derecho comparado vemos cómo el legislador alemán en el artículo 2.202 del B.G.B., mantiene igual principio tanto para la aceptación como para la repudiación del cargo, al determinar que tanto la una como la otra tienen que hacerse mediante declaración ante el Tribunal del caudal relicto.

El Código Civil patrio no dice ante quien se tienen que rehusar el cargo, pero como quiera que la persona propuesta tiene seis días para repudiarlo contados a partir del día siguiente al de la notificación del nombramiento (artículo 860), hay que entender que dicha notificación sólo la puede dictar el Juez que está conociendo del juicio sucesorio (artículo 1525 y 1526 del C.J.). Por ello, a mi juicio, en la legislación nacional la repudiación del albaceazgo hay que hacerla ante el Juez que conoce de la sucesión. El hecho de que se haga ante el Juez correspondiente y no ante los herederos, constituye una prueba preconstituída a favor del repudiante, lo que no ocurriría en el caso de que se haga ante los herederos, quienes pudiendo proceder de mala fe, pueden negar la aceptación presunta. Así, pues, en garantía de la seguridad del propio repudiante, el rehusamiento debe hacerlo ante el Juez que dicta la notificación de su nombramiento.

⁸³ MANRESA, José M^a., Comentarios al Código Civil Español. Sexta Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid, España. 1932 T. VI, págs. 708 y 709.

⁸⁴ SCAEVOLA, Quintus Mucius. Código Civil Español. Cuarta Edición. Editorial Reus. Madrid, España. 1945. Tomo XV. págs. 708 y 709.

B.5. Renuncia del cargo

Se contempla como una de las causas de extinción del albaceazgo (artículo 872). Supone ya la existencia del cargo, al cual su protagonista (albacea) no quiere seguir atado pero el albacea no goza de plena libertad para renunciar al encargo, puesto que una vez se ha aceptado tal misión surge la obligación principal de desempeñar la función atribuida, que solo cesa, según el artículo 861, mediante justa causa; cuya apreciación queda al prudente arbitrio del Tribunal respectivo. Así, pues, la renuncia solo se admite en cuanto se alegue un justo motivo. Este criterio viene fortalecido por la opinión dominante de la doctrina extranjera⁸⁵ que solo admite la renuncia por justa causa, no obstante, no han faltado opiniones en contra como la de SCAEVOLA⁸⁶ que entiende con base en el artículo 862 que la renuncia se puede dar sin justa causa con la correspondiente pérdida de lo que le hubiese dejado el testador en calidad de heredero. El legislador al hablar en el precitado artículo de renuncia sin justa causa, lo que pretendió sancionar fue una situación de hecho, como es el abandono del cargo⁸⁷ y no lo que el citado autor pretende entender. El artículo 861 constituye la regla en materia de renuncia, sin que quepa otra interpretación que la renuncia siempre tiene que hacerse con justa causa y cuando las razones invocadas no sean consideradas por el Tribunal lo suficientemente convincentes para conferir la renuncia, el ejecutor testamentario sigue obligado a cumplir la misión que se le encomendó y aceptó⁸⁸. En caso que se haya denegado la renuncia y el albacea adopte una actitud pasiva o abandone el cargo, considero que por tratarse de una obligación de hacer y su carácter personalísimo, no tiene aplicación el artículo 983 del Código Civil, es decir, que no se podrá mandar ejecutar a

⁸⁵ ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. 548; DIEZ PICAZO, Luis, Ob. Cit., PÁG. 367; ESPINCANOVAS, Diego, Ob. Cit., pág. 365; GOMEZ YSABEL, Justo José, Ob. Cit. pág. 25; MANRESA, José María, Ob. Cit. VI, pág. 750; OSSORIO MORALES, Juan, Ob. Cit. pág. 431; ROCA SASTRE, Ramón María, Ob. Cit. pág. 273; SANCHEZ ROMAN, Felipe, Ob. Cit. VI, pág. 1.456; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Cuarta Edición. talleres Tipográficos Cuestas Valladolid. España. 1939. Tomo V, pág. 366.

⁸⁶ SCAEVOLA, VX, Ob. Cit. pág. 658. En la misma línea en la doctrina italiana, -- CICU, Antonio, Ob. Cit. pág. 352.

⁸⁷ ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. 548; GOMEZ YSABEL, Justo José, Ob. Cit. pág. 25; MANRESA, José M^a. Ob. Cit. Tomo VI, pág. 709 y ROCA SASTRE, Ramón M^a., pág. 237.

⁸⁸ SANCHEZ ROMAN, Felipe, Ob. Cit. VI, pág. 1.456.

su costa, pero si será objeto de la sanción que fija el artículo 862 y la indemnización de daños y perjuicios.

El Código no dice cuáles son las justas causas, sino que deja al Tribunal su determinación (artículo 861 *in fine*), con lo cual se corre el riesgo que lo que el renunciante considera como justa causa no sea así entendido por el Juez. Ante tal laguna legal hago nuestras las palabras de ALBALADEJO⁸⁹ que señala como justas causas las siguientes: 1) imposibilidad de seguir desempeñando el cargo sin grave detrimento del albacea; 2) detrimento de los herederos o legatarios; 3) dificultades en su gestión; 4) no percepción por el albacea de lo que el testador le dejó; 5) haber llegado a ser albacea en forma irregular; 6) haber agravado su responsabilidad el causante; 7) las causas que permiten excusarse de la tutela (Ver artículo 420 del Código de la Familia y del Menor); y 8) justas causas que señale el testador.

El artículo 861 nos dice que la apreciación de las causas alegadas para la renuncia quedan al prudente arbitrio del Tribunal, sin especificar cual es la autoridad competente, pero como la misma solo se puede verificar con posterioridad a la aceptación del albaceazgo, vale deducir que el Juez que está conociendo de la sucesión, será el que ha de valorar las razones invocadas, ya que según el artículo 1526 del Código Judicial, hay que entender la solicitud de renuncia como una cuestión accesoria del juicio de testamentarias, tramitándose como un incidente.

B.6. Diferencias entre el rehusamiento y la renuncia.

El Código mantiene una clara distinción entre lo que es la repudiación y la renuncia. Así tenemos en primer lugar, que el rehusamiento se da cuando aún no existe albaceazgo, ya que éste queda constituido una vez que se haya producido la aceptación; en tanto que la renuncia supone siempre la existencia del cargo de ejecutor testamentario por haber mediado alguna de las formas de aceptación del mismo.

⁸⁹ ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. 549 y ss.

La repudiación no es causa de extinción del albaceazgo, puesto que no se puede extinguir algo que carece de existencia; la renuncia, en cambio, es una de las causas de terminación del albaceazgo que señala el artículo 872 del Código Civil.

Cabe agregar como otro rasgo distintivo, que el rehusamiento no requiere la alegación de causa alguna, mientras que la renuncia sólo puede darse mediante la invocación de una justa causa (artículo 861).

Finalmente, el rehusamiento siempre debe hacerse en forma expresa, sin que quepa la posibilidad de hacerlo en forma tácita, ya que daría lugar a la aceptación presunta que señala el artículo 860 por el transcurso de los seis días para que se manifieste si acepta o no el cargo; en cambio, la renuncia, si bien es cierto que debe hacerse de manera expresa, cabe la posibilidad que se dé en forma tácita, como sería el abandono del cargo por parte de su titular⁹⁰.

B.7.Sanción al rehusamiento y la renuncia sin justa causa.

El artículo 862 del Código Civil sanciona que: “*el albacea que no acepte el cargo, o lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a los alimentos*”. A pesar que en la vida real estos supuestos suceden, el rigorismo del citado artículo puede no tener aplicación, puesto que siendo la voluntad del difunto la ley que rige los destinos de la sucesión, el causante puede perfectamente disponer en su testamento que lo dejado por él a su albacea lo percibirá aunque no acepte o renuncie el cargo⁹¹. Así, pues, la regla que recoge la citada disposición

⁹⁰ Cfr. MANRESA, José M^a., Ob. Cit. VI, págs. 708 y 709 y SANCHEZ ROMAN, Felipe, Ob. Cit. VI, pág. 1.420.

⁹¹ La compilación catalana dispone en el artículo 235 que: “*la renuncia del cargo de albacea no implicará la pérdida de lo dispuesto a su favor, salvo que el testador lo imponga*”. Igual criterio al nuestro mantienen, ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. 162; GOMEZ YSABEL, Justo José, Ob.

viene a tener un carácter supletorio, es decir, que solo entra en juego cuando el causante no haya dispuesto otra cosa.

Para lograr una mayor claridad y precisión, evitándose cualquier confusión, es conveniente estudiar cada uno de estos aspectos por separado.

B.7.a. Pérdida por rehusamiento: Esta sanción que impone el artículo 862 al que no acepte el cargo, tiene su fundamento, como acertadamente lo ha hecho ver un sector de la doctrina⁹², en que por ser el albaceazgo un cargo de confianza, un oficio de amigo, quien lo rehúsa es indigno de la liberalidad del difunto, puesto que irroga un agravio a la memoria de éste.

El precitado artículo dice que quien “*no acepte el cargo perderá lo que le hubiese dejado el testador*”. Atendiendo al tenor literal de la regla enunciada, no cabe más interpretación que una vez producida la repudiación con o sin justa causa, hay que entender aplicable tal sanción. Pero esa no es la interpretación que cabe hacer a dicha norma, ya que de ser así, su vulneración sería muy expedita, ya que bastaría aceptar el cargo y luego renunciarlo alegando justa causa, eludiéndose así el rigor de la sanción señalada por la susodicha disposición. Así, pues, el espíritu de esta norma solo se refiere al rehusamiento sin justa causa y no al hecho con justo motivo⁹³. También sirve de argumento que esta sanción solo se refiere a la repudiación sin justa causa, el que a decir de ALBALADEJO⁹⁴ no existe razón para tratar diferentemente al rehusamiento y la renuncia,

Cit. pág. 39, 39 y 40; GARRI, Hugo, Ob. Cit. págs. 153 y 154; LACRUZ BERDEJO y SANCHO Rebullida, Ob. Cit. I, pág. 769 y PUIG BRUTAU, José, Ob. Cit. V, pág. 460.

⁹² ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. 161; GATTI, Hugo, pág. 151 y MANRESA, José M^a, Ob. Cit. VI, pág. 710.

⁹³ Cfr. ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. Cit., GOMEZ YSABEL, Justo José, Ob. Cit. pág. 36 y ss; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, Ob. Cit. I, pág. 769; OSSORIO MORALES, Juan, Ob. Cit. pág. 432. En contra, GATTI, Hugo, Ob. Cit. págs. 154 y 156, quien piensa que en el Derecho uruguayo el rehusamiento con o sin justa causa produce la pérdida de lo dejado testamentariamente.

⁹⁴ ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. Cit.

cuando la razón de la sanción señalada por el artículo 862 responde a la ausencia de una justa causa.

Repudiándose el albaceazgo mediante una justa causa a efecto de no perder lo que le ha dejado el testador, debe hacerse ante el Tribunal de la sucesión a fin que determine si las razones invocadas son verdaderamente justas para no poder aceptar el cargo⁹⁵.

Recayendo el nombramiento en una persona que es incapaz de ejercer el albaceazgo, no tiene aplicación la sanción que establece el artículo 862, ya que esta disposición “*sanciona a quien repudie el cargo y no a quien es incapaz de ejercerlo*”⁹⁶, aparte que constituye una razón de peso para rehusarlo, como es la falta de capacidad.

La sanción que impone el Código en el artículo 862 tiene carácter taxativo, esto es, que no comprende los supuestos que más adelante estudiaremos. El profesor ALBALADEJO⁹⁷ con juicio muy acertado piensa que esta sanción sólo comprende lo dejado al albacea en atención al cargo y no lo dispuesto a su favor con independencia del mismo. A esto cabe agregar, que recayendo el albaceazgo en los herederos (artículo 854), si éstos no aceptan, perderán lo que les dejó el testador debido a que se les instituyó herederos con la carga que ejecutaran el testamento y al no hacer esto último se hacen inidóneos de las liberalidades del causante.

Los casos que vamos a estudiar quedan excluidos de la sanción que fija el artículo 862 del Código Civil

b.7.a.1. Albaceas legítimos. A esta categoría de albaceas alude el artículo 873 al atribuirles a los herederos la ejecución del testamento en caso que el albaceazgo se haya extinguido por cualquiera de las causas que señala el artículo 872 o que el instituido

⁹⁵ Véase rehusamiento al cargo, pág. 64 y ss.

⁹⁶ GATTI, Hugo. Pág. 157.

⁹⁷ ALBALADEJO, Manuel, pág. 162.

albacea no acepte el cargo. Siendo los herederos albaceas legítimos, tendrá aplicación la sanción que señala el artículo 872? El artículo citado no alcanza a los albaceas legítimos, puesto que la citada disposición se refiere a los testamentarios. En contra se nos puede argumentar que el artículo 862 no hace distinción entre albaceas legítimos y testamentarios, pero este razonamiento es fácil de enervar, ya que a los herederos corresponde la ejecución de la voluntad del testador en caso que el albaceazgo se haya extinguido o el nombrado no acepte el cargo (artículo 873), lo que evidencia que los herederos actúan por imposición de la ley y no por voluntad del difunto. A esto debo agregar que el artículo 862 tiene como cometido sancionar la falta de reciprocidad a la voluntad del causante y no la impuesta por la ley.

B.7.a.2. Lo recibido por sucesión intestada. El albacea que rehúse el cargo no se hace acreedor de perder lo que le hubiese dejado el testador por vía abintestato. A esta conclusión se tiene que arribar en virtud de que el artículo 862 habla que: “*el albacea que no acepte el cargo...perderá lo que le hubiese dejado el testador*”, esto es, lo que el albacea recibe por propia o directa voluntad del testador y no lo recibido por sucesión intestada, en que los bienes son deferidos por disposición de la ley en atención al parentesco que el heredero guarda respecto al difunto y no por voluntad del testador⁹⁸.

B.7.a.3.Derecho a los alimentos. El artículo 862 in fine excepciona que la persona llamada al albaceazgo, a pesar de repudiarlo, conserva siempre el derecho que tuviere a los alimentos. La citada disposición es prácticamente una fiel copia del artículo 900 del Código Civil español, con la excepción que el legislador prefirió sustituir donde el

⁹⁸ Cfr. ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. 163; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, Ob. Cit. I. pág. 769; MANRESA, José M^a., Ob. Cit. VI, pág. 710; PUIG PEÑA, FEDERICO, Ob. Cit. V, pág. 95 y ROYO MARTINEZ, Miguel, Sucesorio Mortis Causa. Imprenta Suarez. Sevilla, España. 1957. pág. 316.

Código español dice: “salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima” por “salvo siempre el derecho que tuviere a los alimentos”. Esta excepción a la sanción que impone la citada norma al albacea repudiante, responde a la obligación de interés social que existe entre parientes o cónyuges de suministrarse los alimentos necesarios para su subsistencia (Artículo 377, 378 y 379 del Código de la Familia y del Menor). Así, pues, la sanción recogida en el artículo 862 no se extiende al derecho que el llamado tuviere a los alimentos (Véase Ley 42 de 7 de agosto de 2012 de Pensión Alimenticia).

B.7.b. Pérdida por renuncia sin justa causa: El artículo 862 del Código Civil recoge otro supuesto en que se produce la pérdida de lo que el difunto hubiese dejado al ejecutor testamentario al disponer que: “el albacea que renuncia sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador” (subrayado es nuestro). De la citada norma se deduce a contrario sensu que cuando la causa alegada por el renunciante se considera por el Juez como justa, aquél no se hace merecedor de tal sanción, conservando todo lo recibido de manos del testador⁹⁹. Como hemos dicho antes, esta sanción sólo tiene aplicación a falta de voluntad contraria del testador. Así, pues, sólo cuando la dimisión se dé sin justo motivo se aplica tal pena, sin que se comprenda dentro de la frase “perderá lo que le hubiese dejado el testador”, lo que el renunciante haya recibido del difunto por sucesión intestada¹⁰⁰, lo que corresponde a los herederos cuando asuman la ejecución del testamento como albaceas legítimos (artículo 873) y el derecho que tuviere a los alimentos, según informa el artículo 862 in fine.

⁹⁹ El Código Civil colombiano (artículo 1.335) y el chileno (artículo 1.278) dicen en términos análogos que: “*la dimisión del cargo, con causa legítima, la priva solo de una parte proporcionada de la asignación que se haya hecho en recompensa del servicio*”.

¹⁰⁰ ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pág. 559 y MANRESA, José María, Ob. Cit.VI, pág. 710, entienden que tampoco pierde lo que el testador le hubiese dado en vida.

En la doctrina española, SANCHEZ ROMAN¹⁰¹ piensa que la renuncia sin justa causa no solo produce la pérdida de lo dejado por el causante, sino que también se le impone la obligación de continuar desempeñando el cargo por su carácter obligatorio que le atribuye el artículo 861. Agrega el insigne jurista español que ello responde; *“el de ser una pena impuesta a la falta de voluntad para desempeñar el cargo, que supone la renuncia sin justa causa, y, por tanto la de la falta de debida correspondencia a la liberalidad de que le hizo objeto él; mientras que la subsistencia en el ejercicio del mismo será un resultado jurídico indefectible de la aceptación anterior por el albacea”*. Esto es, sigue explicando el mencionado autor; *“que la ley le priva de lo que le dejó el testador, por su infidelidad en la voluntad, y, en cambio, le mantiene en su desempeño por respeto al estado de derecho que aquél creó con la aceptación, dado el carácter legal obligatorio del albaceazgo, del que sólo puede ser relevado a su instancia el albacea que aceptó, por la renuncia con justa causa, al prudente arbitrio del Juez”*.

En este tópico es preciso deslindar ciertos aspectos que permanecen grises. En primer lugar, la sanción que impone el artículo 862 del Código Civil, se refiere a una situación de hecho, como es el abandono del cargo y no al supuesto en que el albacea continúe desempeñando el cargo a pesar que Juez desestime las razones aducidas como justas, precisamente porque el albacea que presenta su renuncia lo hace con la firme convicción que las razones que invoca son justas, cosa que puede no ser así, estimada por el Tribunal. En segundo lugar, que aparte de perder lo que le hubiese dejado el causante por abandonar el cargo (renuncia sin justa causa), debe

¹⁰¹ SANCHEZ ROMAN, Felipe, Ob. Cit. VI, págs. 1.457 y 1.458. en el mismo orden de ideas, MANRESA, José María, Ob. Cit. VI, pág. 710.

indemnizar los daños y perjuicios ocasionados (artículo 986), sin que se pueda encargar la ejecución del testamento a un tercero a expensas del albacea negligente, no aplicándose así el artículo 983 del Código Civil., precisamente, por el carácter personalísimo que reviste la institución correspondiendo en todo caso a los herederos la ejecución del testamento. Todo esto en virtud de la obligación que se adquiere con la aceptación del cargo que le hace obligatorio su desempeño, excepto que medie justa causa que haga imposible su cumplimiento (Artículo 861).

B.8.Otros supuestos no contemplados en el artículo 862:

Como quiera que el artículo 862 del Código Civil alude solamente al rehusamiento y a la renuncia sin justa causa, cabe preguntar si sería posible extender la sanción contemplada en dicho precepto a otros casos, como son el transcurso del plazo y la remoción del albacea.

B.8.a. Transcurso del plazo: El albacea que no cumple el encargo dentro del plazo señalado, ¿incurre en la sanción que fija el artículo 862?. Este problema ha producido cierta inquietud en la doctrina extranjera. Así vemos, que un sector¹⁰² se manifiesta en sentido negativo, fundándose en el tenor literal de la citada disposición y en la imposibilidad de aplicar normas de carácter penal a supuestos no contemplados en ella. Otro sector¹⁰³, en cambio, se decide por la afirmativa, basándose en que así como la no aceptación y la renuncia sin justa causa conllevan la pérdida de lo dejado por el difunto, el transcurso del plazo fijado para la ejecución del testamento debe sufrir los mismos

¹⁰² MANRESA, José María, Ob. Cit. VI, pág. 739; SANCHEZ ROMAN, Felipe, Ob. Cit. VI, pág. 1.453 y SCAEVOLA, Ob. Cit. XV, págs. 506 y 507.

¹⁰³ ALBALADEJO, Manuel, pág. 494; GOMEZ YSABEL, Justo José, págs. 32 y 33, GATTI, Hugo, pág. 307.

efectos, puesto que en éste también existe culpa del albacea.

Este último criterio es el que vale aplicar en el ordenamiento patrio, puesto que el artículo 862 lo que persigue es que el albacea cumpla el cargo ante el temor de perder lo que le dejó el causante. De no ser esa la intención de dicha norma, su violación sería fácil, ya que el albacea sólo tendría que aceptar el cargo y esperar que transcurra el plazo señalado para la ejecución del testamento, beneficiándose sin la correspondiente contraprestación. Así, pues, la aplicación de la sanción fijada por el artículo 862 depende de que el albacea haya dejado vencer el término señalado para la ejecución del testamento por su propia culpa o negligencia; situación que deberá el Tribunal dilucidar en cada caso concreto. A todo esto, cabe agregar, que en verdad no existe la menor duda que el vencimiento del plazo sin cumplir la voluntad del difunto cae dentro del contexto del artículo 862, precisamente, porque esta norma habla de “*renuncia sin justa causa*” que significa una situación de hecho como es el incumplimiento negligente culposo o abandono del cargo, que es lo que sucede cuando el ejecutor testamentario deja pasar el término sin cumplir la misión asignada.

B.8.b Remoción del albacea: Los autores no mantienen un criterio uniforme al plantearse el problema de si tiene aplicación el artículo 862 al albacea removido del cargo. Así vemos, como PUIG FERRIOL¹⁰⁴ niega la posibilidad de aplicar analógicamente una norma penal a supuestos no contemplados en la misma. A esta postura se

¹⁰⁴ PUIG FERRIOL, Luis. Ob. Cit. Pág. 260.

oponen ALBALADEJO¹⁰⁵, GATTI¹⁰⁶, GÓMEZ YSABEL¹⁰⁷, MANRESA¹⁰⁸, SANCHEZ ROMÁN¹⁰⁹ y SCAEVOLA¹¹⁰, basados en que así como el rehusamiento y la renuncia sin justa causa acarrearán la pérdida de lo dejado por el testador, el mismo efecto debe darse para el albacea que ha sido removido por su actitud dolosa, negligente o culposa.

Cuando la remoción del albacea se deba a su actitud dolosa o culposa debe encajar en el artículo 862, puesto que de lo contrario el albacea aceptaría o podría comportarse mal o no actuaría a fin de que los interesados promuevan su remoción, quedándose con lo que le hubiese dejado el difunto. En resumen, considero que conjuntamente con la demanda de remoción debe solicitarse la declaratoria de que el albacea removido pierda lo que le dejó el difunto, petición a que debe acceder el tribunal una vez que se pruebe la actitud dolosa, negligente o culposa del ejecutor. Mientras no se solicite tal sanción, el Tribunal no podrá aplicar el artículo 862, ya que estaría incurriendo en ultra petit, no procede oficiosamente.

B.9.Efectos de la Aceptación

Con la aceptación del albaceazgo surge para el titular un conjunto de facultades, derechos y deberes que cumplir. Aquí solo nos interesa ver la obligación principalísima que genera tal acto, como es la de desempeñar el cargo.

¹⁰⁵ ALBALADEJO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 492.

¹⁰⁶ GATTI, Hugo. Ob. Cit. Pág. 314.

¹⁰⁷ GOMEZ YSABEL, Justo José. Ob. Cit. Pág. 33 y ss.

¹⁰⁸ MANRESA, José María, VI, Ob. Cit. Págs. 752 y 753.

¹⁰⁹ SANCHEZ ROMAN, Felipe, VI, Ob. Cit. Pág. 1.422.

¹¹⁰ SCAEVOLA, Ob. Cit. XV, Pág. 539.

B.9.a.Obligación de ejercer el cargo: Esta obligación surge para el albacea tan pronto haya aceptado el cargo. De allí que el Código Civil en el artículo 861, apartado 1° dispone: “*El albacea que acepte el cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo*”. Con la aceptación, el albaceazgo voluntario¹¹¹ que era, se transforma como dice SANCHEZ ROMAN¹¹², “*en relativamente obligatorio*”, precisamente, porque solo se puede renunciar según informa el artículo 861 in fine del Código Civil mediante la alegación de justa causa, cuya determinación queda al prudente arbitrio del Tribunal.

El principio de obligatoriedad del ejercicio que le atribuye el artículo 861 del Código Civil al albacea, en la vida práctica puede verse en muchas ocasiones frustrado, ya que puede suceder que el Tribunal desestime las causas alegadas por el albacea como justa, y éste decida abandonar el cargo, sin que se le pueda obligar coactivamente a continuar desempeñándolo¹¹³, debido a que el Código no contempla más sanción que la pérdida de lo dejado por el difunto (Artículo 862) y la indemnización de daños y perjuicios (Artículo 986).

En otro orden de ideas, ligado al tema en estudio, sabemos que el albacea obligado a desempeñar el cargo se encuentra frente a una obligación de hacer que ha sido encomendada en atención al nexo de amistad, de confianza, que el merecía al

¹¹¹ GATTI, Hugo. Ob. Cit. Pág. 148, piensa que el cargo siempre sigue siendo voluntario, al decir: “*con la aceptación el albacea está obligado a evacuar el cargo. Esto parecería significar que el cargo, de voluntario que era, se transforma en obligatorio en merito a la aceptación. En realidad, añade el autor, el cargo sigue siendo voluntario, ya que el albacea siempre puede renunciarlo. no hay posibilidad de obligarlo coactivamente a desempeñarlo*”. El mismo criterio mantienen SCAEVOLA, Ob. Cit. XV Pág. 658 al negar la obligatoriedad del ejercicio del albaceazgo, fundándose en una interpretación amplia de la renuncia, en base a los artículos 900 y 910 del C.C.E. que corresponden a los artículos 862 y 872 del Código Civil Panameño.

¹¹² SANCHEZ ROMÁN, Felipe. Ob. Cit. VI, Pág. 1.419. GOMEZ YSABEL, Justo José Ob. Cit. Pág. 27, prefiere emplear la frase “*generalmente o normalmente obligatorio*”.

¹¹³ SANCHEZ ROMÁN, Felipe. Ob. Cit. VI. Pág. 1.457 y 1.458, piensa que el albacea que renuncie sin justa causa sigue obligado a desempeñarlo en respeto al estado de derecho que se crea con la aceptación.

testador. Cabe preguntar si el ejecutor testamentario puede valerse de auxiliares para el cumplimiento de esta obligación. El albaceazgo tiene como nota caracterizadora el de ser un cargo personalísimo, lo que quiere decir que la persona comprometida mediante la aceptación a desempeñar el cargo, debe hacerlo personalmente. De allí que el apartado 1° del artículo 871 prohíba delegar el cargo sin la autorización del causante. No obstante, tal prohibición, hay que entender que el albacea no está obligado a actuar personalmente sobre la totalidad de la misión encomendada¹¹⁴, mas puede valerse de auxiliares, mandatario para el bien y eficiente desempeño del cargo, bajo su responsabilidad (Artículo 871 in fine), de lo contrario a decir de OSSORIO MORALES¹¹⁵ “*ello equivaldría a convertir el albaceazgo en una carga onerosísima, excesiva para un oficio de amistad, y en muchos casos prácticamente imposible de cumplir*”. Así, pues, el albacea puede servirse de auxiliares para desempeñar el cargo, siempre que redunde en provecho de una mejor ejecución del testamento y que carezca de la aptitud necesaria para la realización de ciertos actos, como sería la solicitud de apertura de la sucesión (Artículo 1525 del Código Judicial), en que el albacea no siendo abogado necesita otorgar poder a un letrado para que en su nombre solicite la apertura de la misma, a este ejemplo cabe agregar el caso de peritos y notarios que actuarán bajo su responsabilidad personal (Artículo 871 in fine del Código Civil).

¿Es necesario que medie siempre la autorización del testador para que el albacea se auxilie de terceras personas? A este respecto PUIG FERROL¹¹⁶ piensa que en derecho catalán no hace falta la autorización, ya que entre las atribuciones encomendadas, pueden existir actos cuya ejecución le resultaría al albacea difícil de cumplir por carecer de aptitud para ello y por la incomodidad que representaría para el albacea tener que cumplir personalmente ciertos actos, que no

¹¹⁴ KIPP, Theodor. Ob. Cit. V, Pág. 219, piensa que en Derecho Alemán el albacea está obligado a evacuar por sí solo todas las funciones del cargo.

¹¹⁵ OSSORIO MORALES, Juan. Ob. Cit. Pág. 433.

¹¹⁶ PUIG FERROL, Luis. Ob. Cit. Pág. 125.

podría exigírsele a un administrador ordinario diligente en el cumplimiento de sus funciones.

El razonamiento dado por el precitado autor tiene perfecta aplicación en nuestra legislación, ya que entre las atribuciones encomendadas, el albacea ha de tener que valerse de mandatarios, como lo he hecho ver en los ejemplos ante citados, por falta de idoneidad profesional, sin que ello desmerezca el carácter personalísimo de la institución, puesto que como bien afirma SANCHEZ ROMAN¹¹⁷ *“la personalidad del cargo no significa que todos los actos que motivan su desempeño deban ser cumplidos personalmente por el albacea, ni que a éste le esté prohibido hacerse representar por procuradores o mandatarios que obren a su nombre y bajo su absoluta responsabilidad”*.

B.9.b.Facultades del Albacea:

Este tendrá las que expresamente le haya conferido el testador en su testamento y que no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, ello fundado en que la voluntad del testador manifiesta en testamento rige y es la ley de la sucesión. En su defecto tendrán las que nos indica el artículo 864 del Código Civil y que consisten:

1° Disponer y pagar el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento, y, en su defecto, según la costumbre del lugar.

2° Satisfacer los legados con conocimiento de los interesados y autorización judicial.

¹¹⁷ SANCHEZ ROMAN, Felipe, Ob. Cit. VI, Pág. 1.423 y 1.424

3° Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.

4° Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.

5° Promover la venta de los bienes muebles y no alcanzando éstos, los de los inmuebles, con la intervención de los herederos, de no existir en la herencia dinero para el pago de funerales y legados si los herederos no los afrontan de su patrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, MANUEL. El Albaceazgo en el Derecho Español. Editorial Tecnos. Madrid, España. 1963.

ALBALADEJO, MANUEL. Sustituciones Hereditarias. Editorial Gráfica Summa. Oviedo, España. 1956

ALBALADEJO, MANUEL. Compendio de derecho civil. Librería Boch. Barcelona, España. 1970

BARBERO, DOMINIC. Sistema de Derecho Privado. Tomo V. ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1967.

BORREL Y SOLER, ANTONIO. Derecho Civil Español. Tomo V. casa Editorial Boch. Barcelona, España. 1954.

CASTÁN VÁSQUEZ, JOSÉ MARÍA. La Constitución del Albaceazgo en el Derecho Comparado y en el Derecho Español. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1962.

CICU, ANTONIO. El Testamento. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1959.

COLIN, AMBROSIO y H. CAPITANT. Curso elemental de Derecho Civil. Tomo VIII. Editorial Rues. Madrid, España. 1967.

DE IBARROLA, ANTONIO. Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa. México. 2008.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. De la Real Academia Española. Tomo I. vigésima Segunda Edición. España. 2001.

DE RUGGIERO, ROBERTO. Instituciones de Derecho Civil. Traducción de Román Serrano y José Santa Cruz. Tomo II. Volumen II. Instituto Editorial Reus. Madrid, España. Sin año.

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO. Manual de Derecho Civil Español. Tomo V Sucesiones. Tercera Edición. Editorial de Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1970.

DIEZ PICAZO, LUIS. Lecciones de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Sucesiones. Universidad de Valencia. Facultad de Derecho. Copigraf. Madrid, España. 1967.

GANGI, CALOGERO. La Sucesión Testamentaria Real Vigente Diritti Italiano. Seconda Edigione. Reviduta e Amplinta. Guiffi Editore. Milano, Italia. 1962.

GATTI, HUGO. ALBACEA. Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Montevideo. Uruguay. 1956.

GÓMEZ ISABEL, JUSTO JOSÉ. Problemas Fundamentales del Ejercicio del Albaceazgo. Instituto Editorial Reus. Madrid, España.

GUTIÉRRES Y GONZÁLEZ, ERNESTO. Derecho Sucesorio Intervivos y Mortis Causa. Séptima Edición. Editorial Porrúa. México. 2008.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS. Derecho de Sucesiones. Tomo I. Parte General Sucesión Voluntaria.

LOPEZ VILAS, RAMÓN. Configuración Jurídica del Albacea en el Derecho Español en Estudios de Derecho Civil. Tomo VI. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, España. 1983.

MANRESA, JOSÉ MARÍA. Comentarios al Código Civil Español. Tomo VI. Sexta Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid, España. 1932.

OSSORIO MORALES, JUAN. Manual de Sucesiones Testadas. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España. 1957.

PUIG BRUTAU, JOSÉ. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo V. Volumen I. Casa Editorial Boch. Barcelona, España. 1963.

PUIG FERRIOL, LUIS. El Albaceazgo. Casa Editorial Boch. Barcelona, España. 1967.

PUIG PEÑA, FEDERICO. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo V. Volumen I y III. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1954 y 1965.

ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. Derecho de sucesiones. Editorial Reus. Madrid, España.

ROYO MARTÍNEZ, MIGUEL. Sucesión Mortis Causa. Imprenta Suarez. Sevilla, España. 1957.

RICCI, FRANCISCO. Derecho Civil Teórico y Práctico. Traducido por Eduardo Ovejero. Publicaciones la España Moderna. Madrid, España. Sin año.

SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE. Estudios de Derecho Civil. Segunda Edición. Tomo VI. Volumen II. Estudios Tipográficos Sucesores de Rivadeneyra. Madrid, España.

SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS. Código Civil Español. Tomo XV. Cuarta Edición. Editorial Reus. Madrid, España. 1945.

VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo V. cuarta Edición. Talleres Tipográficos Puertas de Valladolid. España. 1939.

Dr. JACINTO JAVIER ESPINOSA GONZÁLEZ

Trasmisión Patrimonial Mortis Causa-Régimen Jurídico Sucesorio es una obra que comprende el estudio y análisis jurídico de cómo tiene lugar y el orden de la transmisión de los bienes (activo y pasivo) logrados por las personas naturales en vida luego de ocurrir el hecho cierto e inevitable de la muerte. Esto puede ocurrir por propia voluntad del de cuius (testador) o bien en su defecto por disposición de la ley, o también puede suceder que se trasmita en parte por testamento y en parte por disposición de ley o sea de manera mixta.

Se trata de una obra “cuyo estudio está concentrado en el Régimen Sucesoral normado en el Código Civil de Panamá. La obra por su naturaleza y desarrollo ordenado, constituye una fuente de consulta obligada, tanto para quienes como estudiantes, atendiendo su responsabilidad formal, como para quienes en su misión como facilitadores cumplen con sentido de pertenencia y competencia su cotidiana labor en el aula” Ulises Pitti.

Esta obra es de consulta obligatoria por aquellos ciudadanos y profesionales del derecho que tienen vocación por estudiar el intrínquilis que surge respecto del patrimonio de las personas y quienes son llamados a sucederle.

jacintoespinosa17@hotmail.com

Dr. JACINTO JAVIER ESPINOSA GONZÁLEZ

jacintoespinosa17@hotmail.com

- Egresado con el título de Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.
- Doctor en Derecho con especialidad en Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, España.
- Ex – Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.
- Profesor regular titular de la Cátedra de Derecho Civil con más de cuarenta años (49) de dedicación a la docencia universitaria.
- Ha publicado obra como: Legislación Panameña sobre el Negocio de Banca; Dictámenes Jurídicos sobre Banca; El Derecho de Bienes.