

# NATURALEZA DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

## II Parte

**Por: Dr. Alejandro Ponce Martínez.**

### **Legados y su clasificación sustancial.-**

Los legatarios son asignatarios a título singular, con cualesquiera nombre que se les llame y aunque en el testamento se los designe como herederos, y suceden al causante en el bien asignado o adquieren el derecho personal que les ha conferido el causante, a quien no representan, y no tienen más derechos ni cargas que aquellos que expresamente se les confieran o impongan (art. 1154). Sin embargo, los legatarios responden, subsidiariamente, frente a los acreedores, bajo determinadas circunstancias, y ante los legitimarios, en el evento de la acción de reforma del testamento. Por ello, en principio, conforme lo ha decidido la Corte Suprema <sup>(63)</sup>, al existir legitimarios, y al haberse efectuado legados en favor de no legitimarios "los legados se sacan de la parte de libre disposición y deben satisfacerse por las personas a cuyo favor se ha dejado esa parte" (arts. 1154, 1405, 1406).

La acción de reforma es aquella concedida a los legitimarios para obtener que se altere, en su favor, el testamento si en él se han perjudicado sus derechos, como asignatarios forzosos, para obtener que se les adjudique bien la legítima rigorosa (art. 1229), bien la legítima efectiva (art. 1236), según el caso (arts. 1261 y 1262).

---

(63) Juicio Ambrosi. Giler, Diciembre 1, 1877, G.J. II, 136, 1084, Cit. por Larrea Holguin, Juan (con la colaboración de Carrión Eguiguren, Eduardo Ponce Carbo, Alejandro), "Código Civil", Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1970, I, 379

Los **legados pueden ser o de especie o cuerpo cierto** o de una o más especies indeterminadas de cierto género (legados de género) (art. 1015).

"La palabra legado viene del latín "a lege" que **sig**nifica que el testador como dueño y legislador de sus cosas determina lo que debe hacerse con ellas después de su muerte. En este sentido, la palabra comprendía, como explica Pomponius, la facultad de instituir herederos, dejar legados, manumitir esclavos, nombrar tutores. En época posterior, en el Derecho de Justiniano, se restringió la palabra a ciertas especies de donaciones dejadas en testamento, para lo cual el testador disponía con palabras duras y enérgicas, a la vez que imperativas, como si legislara, pues los testamentos se hacían como las leyes en los comicios. En nuestra legislación la palabra legado se aplica sólo a las asignaciones a título singular, y se contrapone a herencia. Tiene, por otra parte, dos acepciones: a) la asignación, b) la cosa legada" (64).

A diferencia del Derecho Romano, que clasificaba a los legados según la fórmula utilizada por el testador, lo cual dio como resultado el desacuerdo de los jurisconsultos acerca de la aplicación y efectos de los diversos legados <sup>(65)</sup>, nuestra legislación, como se ha dicho, los divide fundamentalmente en legados de especie o cuerpo cierto y legados de género.

Esta clasificación, evidentemente, se deriva de la diversa determinación de los bienes que son objeto de ac-

---

(64) Ponce Carbo, Alejandro, Ob. Cit.

(65) Véase: Claro Solar, Luis "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", Volumen VII, Tomo XV, "De la Sucesión por Causa de Muerte", III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 48,49,50.

tos jurídicos. La determinación en especie o cuerpo cierto implica que el "objeto está individualizado en un ciento por ciento", mientras que en la determinación en género, "el objeto está determinado sólo genéricamente, es decir, es una especie indeterminada de cierto género" (66). " Se dice que la cosa es genérica cuando se la designa con expresión de los caracteres comunes a todas las cosas de su mismo género o especie. Ejemplo: un caballo, una mesa. Puede haber mayor determinación dentro del género. Ejemplo: un caballo blanco, una mesa redonda. Si la determinación es tal que llega a individualizar la cosa, se dice que ésta es específica, cuerpo cierto o individuo. Esto ocurre cuando hay determinación de los caracteres propios que distinguen la cosa designada de los demás individuos de su género o especie" (67).

"Legados de especie o cuerpo cierto son aquellos en que se dejan una o varias cosas individualmente determinadas o explicadas, enumerando las circunstancias particulares de cada objeto, de modo que no se le pueda confundir con otro...Legados de género son aquellos en que se deja indeterminadamente una o varias cosas de género determinado...En esta clase de legados hay que determinar por lo menos el género y la cantidad" (68).

Si el legado es de especie ("lego a Plinio mi casa de la calle Bolívar No. 300, Quito"), el legatario adquiere el dominio de la cosa a la fecha del fallecimiento del cau-

---

(66) Somarriva Undurraga, Manuel, "Derecho Sucesorio", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, 23, 24.

(67) Carrión Eguiguren, Eduardo, "Curso de Derecho Civil De los Bienes", Ediciones Universidad Católica, Quito, 1982, 90.

(68) Ponce Carbo, Alejandro, Ob. Cit.

sante; si el legado es de género ("lego a Pompeyo diez millones de sucres"), el legatario no adquiere el dominio sino en virtud de la entrega y tiene un derecho personal contra quien deba pagar el legado que, generalmente, es el heredero. Como consecuencia de ello, el legatario de una especie o cuerpo cierto tiene derecho desde el momento de la muerte del causante a reclamar los frutos y las accesiones de la cosa, salvo en el evento de asignación sujeta a condición suspensiva o desde día cierto, mientras el legatario de género sólo tiene derecho a los frutos desde el momento en que quien deba cumplir el legado se ha constituido en mora (art. 1381, ord. 1 y 2). De igual modo, la especie legada se debe en el estado en que se encuentre al momento de la muerte; si no existe, nada adquiere el legatario y si se destruye, **se** extingue la obligación de pagar el legado (arts. 1168 y 1184); en cambio, como los géneros no perecen, subsiste el legado aunque no existan bienes del género y cantidad determinados por el testador en el patrimonio, sin perjuicio de que se rebajen, a prorrata, de no existir lo bastante para su pago (art. 1419). No es, pues, jurídicamente aceptable, la afirmación de Valencia Zea <sup>(68A)</sup> de que en el evento de legados de especie o cuerpo cierto consistentes en cosas muebles, la propiedad se adquiere desde que se "entra en posesión de ellas", puesto que ello significaría que es necesaria una clase de entrega para que el legatario adquiera el bien, lo cual equivaldría a decir que la adquisición se realiza por tradición y no por sucesión por causa de muerte. Tampoco es exacta la afirmación del mismo autor de que "en cuanto a la propiedad de inmuebles o derechos reales inmobiliarios (usu-

---

(68A) "Derecho Civil", Tomo VI, "Sucesiones", Editorial Temis, Bogotá, 1970, 183.

fructo, uso, servidumbre, habitación), el legatario adquiere definitivamente el derecho con la aprobación judicial del acto legal de partición y el respectivo registro en los libros de registro de instrumentos públicos y privados"<sup>(68B)</sup>, puesto que en la partición nada se adjudica al legatario de especie y es título translaticio de dominio exclusivamente entre los copartícipes de la herencia, esto es, entre los herederos. Además, bien puede no existir partición. El legatario de especie adquiere el dominio desde la fecha de la muerte del causante. Por ello puede reivindicar y es dueño de los frutos. Tanto más absurda es la tesis de la Corte Suprema colombiana que sostiene que las especies inmuebles legadas pertenecen a una "sucesión ilíquida"<sup>(68C)</sup>. En cambio, la Corte Suprema chilena ha reconocido que si los herederos se niegan a entregar la especie legada, el legatario puede "reclamarla mediante la acción reivindicatoria, pues es un propietario desprovisto de la posesión" (68D).

Claro Solar manifiesta que los legados de géneros y cantidades "se hallan determinados solamente en cuanto a su género, siendo indeterminados los indivi-

---

**(68 B)** Ob. Cit. 183-184.

**(68 C)** G.J.t.L., p. 911 cit. por Valencia Zea, Arturo, Ob. Cit.185. Del análisis del autor sobre la materia parecería desprenderse que sus errores conceptuales surgen, en parte, de normas procesales colombianas que, aparentemente, impedirían al legatario de especie reivindicar las especie legada, así como de criterios equivocados acerca de la consecuencia del registro de ciertos actos que, en ocasiones, no confiere propiedad alguna, puesto que sólo cumple la misión de mantener la historia del dominio. Según nuestro sistema, pues, el legatario de especie adquiere el bien el instante de la muerte del causante, salvo, naturalmente, que lo repudiara (art. 1020).

**(68 D)** "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomos IV, sección 1 a. p.147 y XXXX, sección 1 a., p. 436-Cit. por Somarriva Undurraga, Manuel, "Derecho Sucesorio", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, 217.

duos con que debe ser satisfecho el legado" <sup>(69)</sup> y los divide en legados de cosas fungibles **en general y legados de elección.**

Para la validez de los legados de bienes fungibles, es indispensable, al menos, la determinación de la cantidad (art. 1162, inc. lo.) y si no se limitan a lo que existe en el patrimonio del testador implican la obligación de entregar una cosa de mediana calidad o valor, naturalmente del mismo género (art. 1165). Si se ha legado bienes fungibles con expresión del lugar en que se hallan se debe lo que allí se encuentre, salvo que el testador haya expresado la cantidad, en cuyo caso sólo se deberá hasta esa cantidad (art. 1162, inc. 2o.), pero si la cantidad existente fuere menor que la legada, sólo se debe lo que existe y si nada existe, nada se debe (art. 1162, inc. 3o.). Estas reglas sufren excepciones, en primer lugar, si los legados son en favor de un descendiente o ascendiente del testador o en favor de su cónyuge, evento en el cual es suficiente que se determine la cantidad de bienes fungibles para que los legados valgan (arts. 1162, inc. 4o., ord. la. y 1157), y, en segundo término, en el evento de que el legado y el señalamiento del lugar no formen una cláusula indivisible (art. 1162, inc. 4o., ord. 2a).

Por consiguiente "valdrá el legado de cosa fungible cuya cantidad se determine en favor de los ascendientes

---

(69) "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", Tomo Décimo Quinto, "De la Sucesión Por Causa de Muerte", III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, 72.-Somarriva explica que, como consecuencia de la propiedad que adquiere el legatario de especie, además de los efectos citados, puede estar sujeto a perder la propiedad en el evento de no ejercer la acción reivindicatoria en debido tiempo (Id.)

y descendientes legítimos <sup>(70)</sup> o del cónyuge. Así, el legado de cinco mil pesos en favor del cónyuge del saldo existente en tal banco, valdrá aunque en el momento de la muerte no existiere saldo alguno o el existente fuere inferior. En segundo lugar, no se aplica la regla general cuando "el legado y el señalamiento de lugar no forman una cláusula indivisible". Esta segunda excepción no deja de presentar dificultades de interpretación y los ejemplos del Código ilustran suficientemente esta cuestión" <sup>(71)</sup>. Los ejemplos del Código (art. 1162, inc. 50), que eran "una nota de Bello al art. 1231 del proyecto de 1853" <sup>(72)</sup>, se distinguen, exclusivamente, en el uso del artículo definido "las" para identificar la indivisibilidad entre la cantidad de fanegas de trigo y el sitio en que se encuentran. Por ello "si el testador emplea los artículos definidos los, las, el, la, para señalar el legado, se considera el legado y el lugar como cláusula indivisible; en cambio, si no emplea tales artículos, no habrá cláusula indivisible". <sup>(73)</sup>, conforme lo decidió la Corte Suprema de Colombia al declarar que nada se debía si a la muerte del testador no existía depósito alguno en el Banco y la cláusula testamentaria decía "lego los veinte mil pesos que tengo en depósito en el Banco Hipotecario de Bogotá" <sup>(74)</sup>.

En cambio, en el Derecho Romano, en principio, la indicación del lugar donde se encontraban los bienes fungibles legados constituía una simple indicación o

---

(70) En el Ecuador, desde la reforma de 1970 se eliminó la palabra "legítimo".

(71) Valencia Zea Arturo, "Derecho Civil", Tomo VI, "Sucesiones", Editorial Temis, Bogotá, 1970, 168.

(72) Claro Solar, Luis, Ob. Cit. 76.

(73) Valencia Zea, Arturo, Ob. Cit. , 169.

(74) G.J. t. LV, p. 306, cit. por Valencia Zea, Arturo, Ob. Cit., 169.

una especie de consejo al heredero, para que recurriera a ese lugar en busca de los bienes legados, mas si no se hallaban tales bienes en el lugar, subsistía la obligación de pago del legado, por parte del heredero, salvo prueba en contrario sobre la intención del testador (75).

La determinación del monto o cantidad de las cosas fungibles legadas no necesariamente se ha de expresar en números. Ello se desprende de la exigencia del primer inciso del art. 1162 en el sentido de que la cantidad se determine "de algún modo". Al no expresarse, por consiguiente, el monto en números, sino de alguna otra manera que señale la intención del testador, ello "no significa que la cantidad no se halle determinada, pues no es necesario que se la indique en números, siempre que pueda establecérsela en alguna forma que no admita dudas respecto al monto legado"<sup>(76)</sup>. Por lo tanto, si, por ejemplo, el testador dice: "Lego a Servio Tulio una cantidad de trigo que le permita llenar la mitad de su granero", valdrá el legado.

Entre los denominados por Claro Solar legados de elección, se distinguen los legados de una o más cosas existentes en el patrimonio del testador y los legados de una cosa genérica en general<sup>(77)</sup>. Si de muchas especies que existen en el patrimonio del testador se lega una sin decir cual, se debe una de mediana calidad o valor (art.

---

(75) L. P6 pr. De legatis, lib. 30 del Digesto, tomado de Julianus. Véase Mayns, Cours, t. 3, No. 429, in fine. Cit. por Claro Solar, Luis, Ob. Cit., 76.

(76) Corte de Tenuco, Chile, Octubre 3, 1936. G. 1936, 2o. sem. No. 197, p. 816. R., t. 35, sec. 1 a., p. 370. En: "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, 128.

(77) Véase: ob. Cit. p. 77 a 84.

1164) y, como se ha dicho antes, si el legado no se limita a los géneros existentes en el patrimonio del testador, impone la obligación de dar una cosa de mediana calidad o valor, del mismo género (art. 1165).

La ley, pues, señala límites para los géneros legados. El primero es el relativo a los límites impuestos por la naturaleza. En ese evento sea que existan o no en la herencia se paga el legado con una cosa de mediana calidad o valor. En cambio, si los límites son impuestos por el hombre o, más específicamente, por la obra del hombre, "es difícil, si no imposible, la determinación necesaria para cumplir el legado, cuando no existe cosa del mismo género entre los bienes de la herencia. Por esto la ley dispone que en este caso nada se deberá, por lo cual no se pagan los legados ni aun a los descendientes, ascendientes o cónyuge, en el caso de no existir cosas del mismo género entre los bienes de la herencia" (78) (art. 1166, inc. 4o.).

### **Otras clases de legados y su regulación.-**

De otro lado, junto a esta clasificación importante y de la cual, como se ha dicho se desprende, esencialmente, la consecuencia sobre el modo de adquisición de la cosa legada, puesto que las especies se adquieren por sucesión por causa de muerte y los géneros determinados al menos por cantidad, por tradición, mientras que, en virtud de la muerte del causante se adquiere un derecho personal contra la persona que deba cumplir el legado, el "Código, a partir del art. 1155 contiene una prolija reglamentación sobre el régimen legal de los legados. En

---

(78) Ponce Carbo, Alejandro Ob. cit.

primer lugar establece que no vale el legado de cosa incapaz de ser apropiada, según el art. 621, **es decir, de las cosas** comunes a todos los hombres como la alta mar. Tampoco pueden ser legados los bienes del Estado, los bienes nacionales de uso público; ni, en general las cosas que están fuera del comercio. Se refiere también el art. 1155 a las cosas que forman parte de un edificio, lo cual se debe al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; y, en consecuencia, si se lega la cosa principal se entiende legada la accesoría, salvo las excepciones de ley" <sup>(79)</sup>. Hasta la vigencia de la Ley 256 (R.O. No. 446, junio 4, 1970) tampoco podían legarse las cosas destinadas al culto divino (art. 1162, inc. 2o. Código de 1960).

"El testador puede disponer en legados de todas las cosas que forman su patrimonio, siempre y cuando no tenga herederos forzosos. En el caso de no existir en la sucesión bienes para el pago de los legados, éstos se rebajarán proporcionalmente (art. 1419). Todos los legados son voluntarios, y, por lo tanto, deben expresarse en el testamento. De no existir herederos forzosos el testador puede hacer legados a cualquier persona y en la forma que desee. Puede legarse no sólo lo existente, sino también cosas futuras, con la condición de que lleguen a existir (art. 1163). Asimismo, pueden legarse no sólo las cosas corporales, sino las incorporales, esto es los derechos y acciones (art. 1176). Por último, pueden legarse no sólo las cosas propias, sino también las ajenas, debiendo, en este caso, el heredero dar las suyas o adquirirlas para entregárselas al legatario o darle su estimación en dinero (arts. 1156, 1157, 1158)" <sup>(80)</sup>.

---

(79) Carrión Eguiguren, Eduardo, "Compendio de Derecho Sucesorio", Ediciones de la Pontificia Universidad Católica, Quito, 1991, 73.

(80) Ponce Carbo, Alejandro, Ob. Cit.

Ciertamente la limitación objetiva y subjetiva con respecto a los herederos forzosos, tiene aplicación a través de la acción de reforma del testamento, **en el evento de legados de especie** que agotan los bienes del testador o superan aquello de lo cual el testador podía disponer a su arbitrio, y a través de la rebaja proporcional de los legados, en cuanto perjudiquen a los asignatarios forzosos, en el caso de legados de género.

De otra parte, como se ha afirmado antes, la ley permite legar cosas propias o ajenas (art. 1156), actuales o futuras (art. 1163), cosas corporales e incorpóreas (art. 1176). Para tales casos, así como para ciertos tipos especiales de legados, como el legado de alimentos voluntarios (art. 1183), e inclusive, en determinadas circunstancias, para los legados de especie, el Código da normas especiales.

Los legados de cosas pertenecientes al testador son, indudablemente, los "más frecuentes y los que menos dificultades presentan. El testador puede legar la propiedad sobre determinada cosa mueble o inmueble que le pertenecía en el momento de hacer el testamento y que pertenece, a partir del día de su muerte a la masa herencial. También puede legar el crédito que tenía derecho a reclamar, los derechos de autor o los derechos industriales que explotaba, etc."<sup>(81)</sup>. La especie legada pasa al legatario con las servidumbres y demás cargas reales (art. 1174). Por lo tanto, si el bien está gravado con prenda o hipoteca, subsiste el derecho real en favor del acreedor prendario o hipotecario, lo cual no implica, necesariamente, que el legatario deba soportar el pago

---

(81) Valencia Zea, Arturo, Ob. Cit. 169

de la deuda, salvo que el testador expresamente así lo haya dispuesto o, según el criterio de Somarriva, la prenda o hipoteca hubiere sido constituida después de otorgado el testamento (art. 1154,1184, inc. 3o., 1409)(82), opinión que no la compartimos por cuanto un asunto es el pago de la deuda garantizada con prenda o hipoteca y, otro, el derecho del acreedor prendario o hipotecario a perseguir, de quienquiera sea el dueño, la ejecución prendaria o hipotecaria, sin que el remate de la cosa prive al dueño del derecho de repetir contra el deudor y de lograr la indemnización por haber sido desposeído de la cosa (arts. 1635 y 2335). Por ello, inclusive si la prenda o la hipoteca se hubiere constituido después del otorgamiento del testamento, si en éste nada se expresa sobre quién debe pagar la deuda así garantizada, se ha de aplicar la regla general del art. 1409.

El legado de cosas que no pertenecen al testador puede consistir bien en cosas que son de propiedad del asignatario obligado a cumplir el legado, bien en cosas que no pertenezcan ni al testador ni al asignatario que deba cumplir el legado. En este segundo caso, el legado se denomina de cosa ajena y, por regla general, es nulo (art. 1157). En cambio, el legado de bienes pertenecientes al asignatario que deba cumplirlo es válido y ha de ser cumplido por tal asignatario, de conformidad con lo previsto en los arts. 1157, 1158, 1403, 1407 y 1409.

---

**(82) Somarriva Undurraga, Manuel, Ob. Cit., 222. Empero, José Clemente Fabres, a quien cita el propio Somarriva, en nota en el mismo sitio y Arturo Valencia Zea Ob. Cit., 171,172) sostienen que ni aun en el evento de que la prenda o hipoteca se constituya después del otorgamiento del testamento, el legatario está en la obligación de pagar la deuda garantizada por tal gravamen. Sustentan su criterio en la disposición del art. 1409.**

El legado de cosa ajena es, empero, válido, en las siguientes circunstancias: a) Si en el testamento aparece que el testador sabía que la cosa no era suya o del asignatario obligado a entregarla (art. 1157); b) Si la cosa ajena se lega a un descendiente, ascendiente del testador o a su cónyuge (art. 1157), y c) Si el testador ordena que se adquiera la cosa ajena para destinarla a un fin de beneficencia (art. 1156).

Estos legados se cumplen en la forma establecida por el art. 1156, esto es, mediante la adquisición del bien legado, por parte del asignatario obligado a cumplir el legado, o, si esta adquisición es imposible, sea porque el dueño se niega a enajenar la especie o exige por ella un precio excesivo, mediante el pago de su justo precio al legatario. Si es que, posteriormente, el asignatario obligado al pago del legado, adquiere el bien, lo debe al legatario, el cual, sin embargo, no puede reclamarlo sin la devolución del precio recibido (art. 1159)<sup>(82A)</sup>. Si la especie fue adquirida antes por el legatario a título oneroso, el legado se cumple por la entrega del precio equitativo.

Un caso especial, que atenta contra el sistema general del Código, es el previsto en el art. 174, en cuya virtud, si el marido o la mujer legan una especie que pertenece a la sociedad conyugal, el legatario tiene derecho a que se le entregue la especie, siempre y cuando ella, en la partición, sea adjudicada a los herederos del cónyuge fallecido, pues, si no lo es, los herederos deberán al legatario su precio. Somarriva<sup>(83)</sup> considera que, en con-

---

(82 A) Ciertamente, en éste y en otros casos, en que el Código ordena la devolución de valores o precios, necesariamente tiene que determinarse dicho precio o valor en términos reales, al momento de la devolución, pues, de lo contrario, se produciría un perjuicio evidente, en el caso para el asignatario que debe cumplir el legado.

(83) Ob. Cit. 224.

secuencia, ésta es otra situación en la cual la ley da validez al legado de cosa ajena y que constituye una manda que siempre se cumple, aunque, evidentemente, la forma del cumplimiento depende de lo que se resuelva en la partición. Indica, además, que esta norma es una excepción a lo dispuesto por el art. 1160<sup>(84)</sup>, en cuya virtud si el testador sólo ha sido propietario de una cuota o parte del bien legado o de un derecho sobre el mismo, se entiende que el legado sólo abarca tal cuota, derecho o parte. Evidentemente mucho más lógico hubiera sido que se mantuviera la norma general del art. 1160 y que, en consecuencia, legado un bien específico perteneciente a la sociedad conyugal, se entendiera que el legado sólo comprende la cuota que, en tal bien, hubiera tenido el causante, esto es, normalmente, una cuota equivalente a la mitad. La disposición del art. 174, en la práctica, puede, en definitiva, llevar a una situación perjudicial para el legatario, puesto que carece de derecho para demandar la partición y, por ello, el cumplimiento del legado pende de la voluntad de los herederos, quienes pueden mantener la indivisión indefinidamente. Si se hubiera optado por la regla del art. 1160, el legatario y el cónyuge sobreviviente, en principio, hubieran sido los conductores de la especie desde la apertura de la sucesión, esto es desde el fallecimiento del causante, sin perjuicio de lo que pudiera decidir el cónyuge sobreviviente frente al derecho de opción que le confiere el art. 1222 o de lo que pudiera acordarse en la partición. En todo caso, el legatario, desde la muerte del causante hubiera adquirido una cuota igual a la mitad sobre la especie legada, derecho que no hubiera estado sujeto a ninguna eventualidad derivada de la partición o de la voluntad de terceros.

---

(84) Id., 221.

**Como se ha dicho, en el evento** de que el testador sólo hubiera tenido sobre la especie legada una cuota, parte o derecho, se presume que el testador sólo deseó legarle aquel derecho, cuota o parte, norma que también **se aplica en el evento de que se hubiera legado un bien del asignatario obligado a cumplir el legado (art. 1160).**

La Corte Suprema chilena, en fallo en el que salvaron sus votos los Ministros Lagos y Alonso, cuyo Griterío es apoyado doctrinalmente por Alessandri<sup>(85)</sup>, ha decidido que tanto en el caso del segundo inciso del art. 1160, como en los regulados por los arts. 1156, 1157 y 1158, es indispensable que el testador señale concreta y específicamente la persona determinada, asignatario a título singular o universal, que deba cumplir el legado y que, por ello, tales reglas no se aplican en general a los herederos, pues sobre ellos "pesan las cargas cuando no son impuestas a determinadas personas". Según tal decisión, esta interpretación "se desprende de los artículos 1106, 1107 y 1108 (1156, 1157 y 1158 del Código ecuatoria-

---

(85) Mayo 10, 1929, G. 1929, 1er. sem. No. 33, p. 219. R., t. 27, sec. la. p. 297. En: "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, 127.-En el mismo sitio consta la referencia al pensamiento de Alessandri en los siguientes términos: "Cree (Alessandri) que para que los arts. 1106, 1107, 1108 y 1110, inc. 2o., (1156, 1157, 1158 y 1160, en el Ecuador) tengan aplicación no es menester que el testador imponga la obligación de pagar el legado a un determinado asignatario en términos que si así no lo hace, éste es ineficaz. En estos preceptos nada hay que conduzca a semejante conclusión y dentro de la armonía con que deben interpretarse las leyes, en tal caso la obligación pesará sobre los herederos como quiera que son los obligados a todas las cargas testamentarias que no se imponen a determinada persona\*(art. 1097 y 1360) (arts. 1147 y 1403 Código del Ecuador). Con el criterio de la mayoría de la C. Suprema habría que admitir que esta regla tiene las excepciones de aquellos artículos, esto es, que no pesa sobre los herederos el cumplimiento de estos legados no obstante no haberse impuesto a un determinado asignatario; en la ley no hay antecedente alguno que permita establecer tales excepciones".

no) que inequívocamente se refieren a un asignatario determinado y a quien expresamente se impone una carga en el testamento mismo". Creemos que existe un error en el fallo, puesto que las normas citadas tienen, necesariamente, que interpretarse conjuntamente con las normas que rigen la responsabilidad de los herederos y, por ello, según los art. 1097, inc. 2o., y 1403, las disposiciones son aplicables no sólo a un asignatario particularmente designado por el testador para cumplir el legado, sino también a los herederos, cuando el testador no ha hecho esta determinación individual, puesto que, es indudable, que se ha de buscar, ante todo, el cumplimiento de la voluntad expresada en el testamento (art. 1119).

Si se lega una cosa, entre varias que el testador creyó tener, y sólo existe una, se debe la que existe en el patrimonio. Sin embargo, si no existe ninguna, no vale el legado, salvo en el evento de que fuera en favor de un ascendiente, descendiente o del o de la cónyuge del testador, quienes tienen derecho a pedir una cosa mediana del mismo género, aunque el testador no les hubiere conferido la elección. Pero si la cosa es de aquellas que no tiene límites impuestos en la naturaleza (como una casa, una finca rural) y no existe ninguna en el patrimonio del causante, nada se debe (art. 1166).

El legado de cosa futura vale, con tal de que llegue a existir (art. 1163). Así como según el art. 1504 pueden ser objeto de un acto o contrato las cosas que se espera que existan, de igual modo, por testamento puede disponerse de algo que existirá en el futuro. Por ello, el legado se cumplirá siempre y cuando la cosa llegue a existir, como

**ocurre con la compraventa de cosas que se espera que existan, evento en el cual la venta es condicional (art. 1779).**

Así como los bienes incorporales pueden ser objeto de actos y contratos entre vivos, también cabe que los derechos y acciones sean objeto de legados. Si se lega el título representativo de un crédito se entiende legado el crédito. En el legado de crédito se incluyen los intereses devengados, mas no, evidentemente, aquellos que hubiere recibido el testador. Tampoco se incluye aquella parte del crédito que hubiere recibido el causante (art. 1176).

"El legislador no ha resuelto la situación en que queda el deudor del crédito frente al legado de este hecho por el causante a otra persona, es decir no ha dicho a quién deberá pagar el deudor del crédito legado. Es evidente que éste puede pagar al legatario, porque el legado de un crédito es un legado de especie o cuerpo cierto, y el legatario adquiere el legado por sucesión por causa de muerte desde el momento del fallecimiento del testador. Pero también podría pagarles a los herederos del causante acreedor, pues el deudor no tiene por qué conocer la existencia del testamento; claro que si el deudor paga a los herederos, el legatario puede dirigirse en contra de ellos para que le entreguen el monto de lo pagado por el deudor.-Sin embargo estimamos que la situación es distinta si se notifica al deudor la existencia del legado; en este caso no hay inconveniente alguno para aplicar por analogía las reglas de la cesión de créditos y concluir que el deudor tendría que pagar al legatario y no a los herederos. Pero, entiéndase bien, no es que en este caso exista una cesión de créditos, pues no hay

tradición, sino sucesión por causa de muerte; si aplicamos la misma solución, es por la analogía existente entre ambas situaciones" (86).

Aunque compartimos la tesis evidente y obvia de que el deudor puede pagar al legatario, pues éste, desde el fallecimiento del causante, es dueño del crédito, no creemos que sea convincente el argumento de que el deudor pueda pagar a los herederos del acreedor porque "no tiene por qué conocer la existencia del testamento, puesto que, normalmente, del propio testamento se va a desprender quiénes son los herederos y, por ello, si el deudor conoce quiénes son los herederos (porque conoce el testamento), va a conocer la existencia del legado. De otro lado, los herederos no tienen facultad de cobrar un crédito que ha sido legado a otra persona. Al contrario, tienen la obligación de informar al deudor a quien debe hacer el pago. Ciertamente si el deudor, desconociendo la existencia del legado, paga a los herederos, de buena fe, tal pago es válido, en razón de lo dispuesto por el art. 1619, inc. 2o. Desaparecería la buena fe del deudor no sólo si el legatario le notifica (no necesariamente en forma judicial, pues bastará informarle directamente) sobre la existencia del legado, sino también si, por cualquier medio, llega a su conocimiento la existencia del legado. Por ello, bastará probar que el deudor conocía sobre el legado para que el legatario tenga derecho contra él, pues el pago realizado a los herederos no tendría validez. El Código argentino, para precisar las facultades del legatario de un crédito a exigir su pago ordena: "El legatario tiene todas las acciones que tendría el heredero" (art. 3786).

---

(86) Somarriva Undurraga, Manuel, "Derecho Sucesorio", Editorial Jurídica de Chile, 1981, 224, 225.

Los arts. 1180, 1181 y 1182 regulan el denominado legado de deuda. "En este legado el testador lega a su acreedor lo que el testador le debe. Así: "Legó a Juan los cien mil sucres que le debo". Este legado que, a primera vista parece inútil tiene las siguientes finalidades: en primer lugar, hace exigible la deuda. En el caso concreto, Juan puede exigir el pago. Por otra parte, si no existe título, el acreedor puede reclamar el pago sobre la base del legado "<sup>(87)</sup>. "Los legados de deuda pueden dar lugar a diversas situaciones y exigen una interpretación muy precisa de la voluntad expresada en el testamento. Los arts. 1180, 1181 y 1182 contienen las reglas aplicables. Pueden, inclusive, estos legados dar ocasión a que se burlen ciertas incapacidades para suceder, por lo cual el art. 1182 dispone que las deudas confesadas en el testamento y de que, por otra parte, no hubiere un principio de prueba por escrito, se tendrán por legados gratuitos y estarán sujetos a las mismas responsabilidades y deducciones que los legados de esta clase.-En el legado de deuda supone el Código que la deuda realmente existe, por lo cual confiere al legatario acreedor la posibilidad de perseguir el pago del crédito, a su elección, contra los herederos o según lo haya dispuesto expresamente el testador" (88).

Según lo enseña Somarriva <sup>(89)</sup>, pues, para el presunto acreedor tiene importancia el determinar si la disposición testamentaria constituye una confesión de deuda o un legado. En el primer caso, esto es si existe principio de prueba por escrito, la deuda constituye una

---

(87) Ponce Carbo, Alejandro, Ob. Cit.

(88) Carrión Eguiguren, Eduardo, "Compendio de Derecho Sucesorio", Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 199 1,80.

(89) Ob. Cit. 226.

baja general de la herencia, según el art. 1023, mientras que, si es un legado, normalmente se **pagará** de la parte de libre disposición. Por ello, si se ordena pagar lo que cree debido, y no se debe, no hay ni aun legado y si se ordena pagar más de lo debido, sólo se ha de pagar lo adeudado (art. 1181). Con aplicación de este principio, la Corte Suprema chilena resolvió que "si en garantía de un crédito una persona otorga una escritura de compraventa y el acreedor, en su testamento, ordena devolver lo vendido cuando el heredero lo estime conveniente, la escritura de compraventa envuelve un acto de simulación, pero no da mérito para estimar que, conforme a los artículos 1058 y 1132 (1108 y 1181 en el Ecuador) del Código Civil, debe tenerse como no escrita la disposición" (90).

El art. 3788 del Código argentino concuerda con la teoría elaborada por el nuestro, puesto que establece que el reconocimiento de una deuda en testamento es reputado como legado mientras no se pruebe lo contrario. Al respecto "observa Lafaille que el legado de deuda produce, a primera vista, una impresión extraña. Parece muy singular, acota, que una persona deje al propio acreedor la deuda por la cual está obligada, consignándolo así en el testamento. Pero, aunque es una forma un tanto alambicada, puede significar una ventaja, ya que a veces falta el documento constitutivo de la obligación, o la prueba se presenta como difícil, o el título es discutible. Otras veces, no está determinada la cantidad como los servicios profesionales en la situación prevista en

---

(90) 11 noviembre 1922, G. 1922, 2o. Sem., No. 62, p. 307 (C. 4o. y 5o., p. 310) En: "Repertorio de Jurisprudencia y Legislación Chilenas, Código Civil, Tomo III", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, 132.

el art. 1627. De esta manera, el título que se le concede al acreedor por vía de legado, complementa o reemplaza al existente, y siempre entraña una facilidad mayor para el pago" (91).

El legado de condonación o liberación de deudas, o, en general de lo que se debe, si no se expresa la deuda condonada, sólo se limita a las deudas existentes a la fecha del testamento (art. 1179), lo cual, obviamente, no impide que el testador libere o condone anticipada y expresamente, en el testamento, deudas futuras. Sin embargo, si el testador condona en el testamento una deuda y, luego de otorgado, demanda su pago al deudor judicialmente, o acepta el pago ofrecido por éste, no aprovecha al deudor la condonación, salvo si pagó sin noticia o consentimiento del testador (art. 1178).

"La fisonomía natural o jurídica de la condonación testamentaria de una deuda es de una verdadera remisión, y produce en derecho sus mismos efectos, importando un verdadero legado de la cantidad condonada, pero sin establecer vínculos de acreedor y deudor entre el legatario y los herederos del donante" (92).

"Si el testamento ordena que se disminuya o condone una cierta cuota de los capitales que le deben, esta expresión se refiere a las deudas existentes al tiempo del testamento, no a las posteriores; pues para ello debió haber empleado el subjuntivo **deban o debieren**, en vez del indicativo **deben**.- La condonación debe ser de una

---

(91) Maffia, Jorge O., "Tratado de las Sucesiones", Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1984, 301.

(92) C. Suprema de Chile, 4 de agosto 1904, R.t., sec. 1a.p. 89. (C. 3o. y 4o. p. 95 y 96) En: "Repertorio...", Ob. Cit. 131.

deuda existente, pues no se podría condonar o reducir lo que no existe: la nada no es susceptible de condonación.-La liberación de todo o parte de las deudas existentes a la fecha de la muerte del testador requiere que se haga a persona determinada y que la condonación conste en el último testamento, en caso de que otro se otorgue con anterioridad" (93).

La fecha del testamento, en el evento del testamento cerrado, no es la contenida en el pliego sino aquella en que el testador entrega el pliego cerrado al notario, con todos los requisitos legales, pues "no se puede calificar de testamento cerrado a cualquier pliego escrito, firmado, fechado e insertado en un sobre, mientras no se cumplan los requisitos determinados en el art. 1090 (hoy 1083) del Código citado (el Civil), entre las que debe constar "el lugar, día, mes y año del otorgamiento". Cuando se practiquen las diligencias ordenadas en el precepto legal último citado, el instrumento adquiere la denominación jurídica de "testamento cerrado" y su fecha no puede ser otra que la del día en que se efectuaron esas diligencias, porque sólo desde allí tiene existencia legal el testamento cerrado...Antes de la práctica de esas solemnidades el pliego cerrado no es sino un instrumento privado sin valor legal del testamento...En consecuencia, teniendo el testamento fecha posterior a la deuda, la cláusula de condonación surte efecto" (94).

En definitiva, pues, si el testador desea liberar a su acreedor de todas las deudas, inclusive de aquellas que

---

(93) **Corte Suprema, Ia. Sala, Aníbal Brito v. Herederos de Manuel Fiallos, junio 3, 1965, G.J. X, 12, 3676.**

(94) **Corte Suprema, 3a. Sala, María Hortensia Jácome V. Herederos de Manuel Fiallos, mayo 4, 1963, G.J. X, 2, 2027.**

contraiga con posterioridad al testamento, debe así expresarlo con claridad, determinando, ciertamente, la persona del acreedor, pues, de lo contrario, la condonación hecha en términos generales sólo abarcará lo que se deba al causante hasta la fecha del testamento, fecha que es aquella en que se cumplen las solemnidades previstas por la ley para cada tipo de testamento.

El legado de liberación "no sólo aprovecha al deudor o sus sucesores en el derecho, sino también a los fiadores, en virtud del principio "accessio set at principalis". En cambio, el legado de liberación de la fianza le libera al fiador, pero no condona la obligación principal"<sup>(95)</sup>. Por ello, en el evento de que se legue al deudor la cosa empeñada al testador, se extingue el derecho de prenda, mas no se remite la deuda, salvo que se expresare (art. 1177).

El legado hecho a un acreedor, no se entiende que es por cuenta de la deuda, si no se lo expresa o si de la circunstancias apareciere que el testador tuvo la intención de pagar la deuda con el legado. El acreedor, empero, conserva el derecho de exigir el pago de la deuda en los términos en que se obligó el causante o de elegir la forma de pago establecida en el legado (art. 1180).

Al legarse alimentos voluntarios, sin determinación de la cuantía, se entiende legada la cantidad que, en vida, entregaba o solía entregar, por alimentos, el causante al legatario, y, de no existir esa determinación, su monto ha de ser regulado de acuerdo con las condiciones del legatario, su relación con el causante y el monto del patrimonio en la parte de libre disposición. Salvo disposi-

---

(95) Ponce Carbo, Alejandro, Pb. Cit.

ción en contrario, tal legado de alimentos dura por la vida del legatario (art. 1183). Naturalmente se debe entender que fijada la cantidad no puede incrementarse ni disminuirse por alterarse las condiciones del legatario ni por ninguna otra circunstancia, salvo para el pago de deudas hereditarias o para completar las legítimas o mejoras, en los términos de los arts. 1405 y 1406.

En el evento de legarse una pensión anual para la educación del legatario, tal legado dura hasta que cumpla dieciocho años o hasta que muera el legatario, si fallece antes de cumplir esa edad (art. 1183, inc. 2o.) El Código no soluciona el problema que puede suscitarse si el legado para educación se otorga en favor de quien haya cumplido dieciocho años a la fecha de otorgamiento del testamento. Nuestra opinión es la de que si a la fecha de la muerte del testador el legatario se encuentra realizando estudios de igual naturaleza de aquellos que se encontraba efectuando a la fecha del testamento, la pensión se ha de entregar hasta que complete tal educación, puesto que debe primar, en la interpretación y aplicación del testamento, la intención del testador. Así, por ejemplo, si a la fecha del testamento Publio, mayor de dieciocho años, cursaba la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, situación que se prolonga hasta la muerte del testador, la pensión señalada en el testamento se ha de entregar a Publio hasta que egrese de tal Facultad. Naturalmente, en todo caso, prima la voluntad del testador claramente expresada.

El testador puede disponer que, entre muchas cosas, el legatario o la persona obligada a cumplir el legado o un tercero, elija aquella con la cual se pague el legado y, en tal evento, quien elige, puede libremente hacerlo y

con su decisión deberá cumplirse el legado, sin que pueda hacerse la elección nuevamente, salvo el caso de dolo o engaño (art. 1167).

El Código da, adicionalmente, ciertas normas especiales con relación a determinados legados. Al legarse un predio, se lega exclusivamente tal como se encuentra al tiempo del testamento. Por ello, no se entienden incluidas en el legado las agregaciones que se hicieren posteriormente ni las edificaciones que se efectuaren luego del testamento. Si las agregaciones y el predio formaren un todo que no puede separarse, sin grave pérdida, y éstas valieren, al momento de la muerte más que el predio, se pagará el valor del predio y si las agregaciones valieren menos, el asignatario pagará su valor. Sin embargo si se lega una cabida exacta, ésta no crece por las agregaciones posteriores y si éstas formaren un todo inseparable con aquella, sólo se debe el valor de la cabida determinada en el testamento. Al legarse un solar y luego del testamento se edifica en él, sólo se debe el valor del solar (Art. 1169). Estas reglas, pues, no siguen el sistema derivado de las normas de la accesión, puesto que las edificaciones no se efectúan por una persona distinta del dueño del solar, sino por el mismo causante y, por ello, el Código interpreta la voluntad del testador en el sentido de que su intención es legar exclusivamente el predio tal como se encontraba a la fecha del testamento. Por lo tanto, por voluntad del causante manifestada en actos y hechos posteriores al testamento y según las diferentes circunstancias a que se refiere el art. 1169, un legado de especie o cuerpo cierto, puede transformarse en un crédito del legatario contra los herederos. Creemos que hubiera sido más lógico que se hubiera establecido como norma general que el legatario tu-

viera que pagar el valor de las edificaciones y que, en el evento de agregaciones que no pudieran separarse sin ocasionar graves pérdidas, se hubiera dejado a elección del legatario el pagar el valor de ellas o el exigir el valor del predio original.

El legado de universalidades de hecho recae sobre lo que existe al tiempo de la muerte del causante (art. 1172).

Al legarse una casa con sus muebles o con todo lo que se encontrare en ella, se comprende exclusivamente las cosas que forman el ajuar de la casa y se encuentran en ella. Por ello el legado no comprende el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas y artísticas, los libros y sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, las ropas de vestir o de cama, los carruajes y caballerías y sus arreos, los granos, caldos y mercancías, aunque se hallen en la casa. Al legarse, en iguales términos una finca rural se comprenden en el legado las cosas que sirven para el beneficio y cultivo de la hacienda y se encuentran en ella. Naturalmente el testador puede, adicionalmente, incluir, en ambos casos, cualquier otra cosa en el legado (art. 1171). Con respecto a lo que comprende el legado de un fundo rural, con todos sus aperos y herramientas, la Corte de Santiago <sup>(96)</sup>, con los votos salvados de los magistrados Amunátegui y Barceló, estimó que se comprendían en el legado los animales de trabajo, mas no los demás, aunque el predio se hubiere dedicado, como

---

(95) Ponce Garbo, Alejandro, Ob. Cit.

(96) 29 diciembre 1879, G. 1879, No. 2068, p. 1447. En: "Repertorio de Jurisprudencia y Legislación Chilenas", Código Civil, Tomo Editorial Jurídica de Chile, 1969, 130.

en el caso resuelto, en parte, a la crianza de ganado. En cambio, la Corte de Talca <sup>(97)</sup> sostuvo que "en el legado de un fundo se comprenden todos los animales existentes en él que sean del testador, salvo lo que haya dejado determinadamente a otra persona". Criterio parecido tuvo la Corte Suprema de Chile <sup>(98)</sup> al resolver que: "Quedan comprendidos en la adjudicación de una hacienda de campo hecha por el testador, los bienes reputados inmuebles por su destinación al uso, cultivo y beneficio del inmueble, sin más excepción respecto de los muebles que existían en el predio al morir el testador que los muebles que no tenían ese carácter y un coche y tres caballos cocheros de que se servía el propietario de dicho predio, que constituían objeto de un legado especial". La norma del art. 1171 guarda armonía con lo dispuesto por el art. 1797 en relación a la venta de una finca, puesto que "si se vende un fundo con todas sus existencias, no se comprenden en esa frase un fundo sino los accesorios del fundo de que hablan los arts. 559 (hoy 607) y 1821 (hoy (1797) del Código Civil" <sup>(99)</sup> y "en la venta de una huerta se comprenden así el terreno como las plantaciones, a menos de expresarse otra cosa (100).

Si se prohíbe la enajenación de la cosa legada, tal prohibición se entiende por no escrita, salvo cuando la enajenación comprometa derechos de terceros (art.

---

(97) 19 diciembre 1912. G. 1912, t. II No. 1268, p. 1035.-Id., 130.

(98) 3 diciembre 1909. G. 1909, t. II, No. 1145, p. 774. R., t., 8 sec. la., p. 98.-Id., 130.

(99) Corte Suprema de Justicia, junio 27, 1899, G.J. I, 96, 781.-En: Código Civil, Libro IV, Edición dirigida por Bustamente Muñoz, René, con la colaboración de Larrea Holguín, Juan, y Jordana Bertán, Francisco, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1972, II, 236.

(100) Corte Suprema de Justicia, julio 4, 1890, G.J. I, 135, 1236.-Id. II, 236.

1175). Por ello es válida la enajenación de una cosa legada con prohibición de enajenarla. Inclusive "la prohibición establecida en el testamento para que la heredera no pudiese enajenar los bienes sino con el consentimiento expreso y escriturado de uno de sus hermanos carece de eficacia porque es de esencia del dominio la libre disposición de la cosa sobre la que versa, facultad que puede prohibirse sino por ley, mas no por actos de última voluntad, pues contraría al orden público" (101) Posiblemente uno de los pocos casos en que sea admisible la prohibición de enajenar sea en el evento de que se legue la propiedad fiducia.-ia, con el fin de evitar perjuicio para el fideicomisario, en virtud de lo dispuesto por el art. 783, inc. 2o.

#### **Extinción de la obligación de pagar o cumplir legados. -**

La revocación del testamento, total o parcialmente, evidentemente deja sin efecto los legados contenidos en él, o, en el evento de revocación parcial, aquellos que se hubieren revocado expresa o tácitamente. Implica también revocación la enajenación de la especie legada, por acto entre vivos y no subsiste ni aún si el testador la vuelva adquirir ni si "vuelven al patrimonio del testador en forma de su valor en dinero" (102) también se considera revocación la alteración sustancial de la cosa mueble legada, esto es su transformación en una cosa

---

(101) Corte Suprema de Justicia, juicio Alfredo Franco v. Mercedes Franco, G.J. VII, 13, 1535.- En: Código Civil, Edición dirigida por Larrea Holguín, Juan, con la colaboración de Ponce Carbo, Alejandro y Carrión Eguiguren, Eduardo, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1970, I, 364.

(102) Corte Suprema de Justicia, octubre 22, 1954, G.J. VIII, 7,637.-Id. I, 379.

distinta. A pesar de ser acto de enajenación, la constitución de prenda o hipoteca no es una revocación del legado, pero sí grava a la especie legada con cualquiera de dichos derechos reales (art. 1184). Para que, en el evento de enajenación, se produzca efectivamente la revocación del legado es indispensable que la tradición se perfeccione en vida del causante, puesto que "no procede declarar revocada la asignación de un legado por la enajenación de la especie por el causante, antes de morir, si (en) las escrituras en que se funda esa solicitud sólo figuran vendidas diversas porciones de la cosa que no comprenden la totalidad y tampoco aparecen inscritas dichas escrituras, sin lo cual no se verifica la tradición de la cosa vendida del vendedor al comprador" <sup>(103)</sup> y "no envuelve la revocación de un legado de un bien raíz la circunstancia de que el testador, después de otorgar su testamento, suscribiera con un tercero un contrato de venta del mismo bien raíz, si ha quedado establecido que dicho contrato, suscrito también por el comprador, quedó sin la firma de los testigos y sin la firma del notario respectivo" ya que "el requisito fundamental para que se entienda revocado el legado consiste en que se consume en forma legal la enajenación de la especie legada, por lo menos en sus requisitos externos...y si bien se firmó el proyecto de escritura por ambas partes, el texto legal citado (art. 1135 del Código Civil chileno correspondiente al 1184 del ecuatoriano) impide

---

(103) Corte Suprema de Chile, 30 abril 1923, R., t. 22, sec. la. p. 161.-En: "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas", Código Civil, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, 133.-Somarriva (Oil Cit., 227) comenta brevemente esta decisión en el sentido de que para que haya revocación del legado se requiere de enajenación, la que no existe, en el evento de inmuebles, sin la inscripción, puesto que "la sola compraventa no constituye enajenación".

afirmar que este último antecedente exprese la voluntad de revocar el legado <sup>104</sup>.

Como se ha explicado antes, ciertos otros actos implican también revocación del legado. Así, el legado de crédito se revoca si el testador recibe el pago de la deuda y el de condonación si acepta o demanda el pago de la obligación (arts. 1176 y 1178).

Caracteres de los legados y de los legatarios.- Diferencias entre los legados y las herencias.-

Aunque son muy claras las características de los legados y, por ello, sus diferencias con las herencias, se mencionan <sup>(105)</sup> las siguientes:

a) Los legatarios, a diferencia de los herederos, no representan la personalidad patrimonial del causante. Sólo suceden en el bien o derecho asignado y no tienen otras cargas que aquellas que expresamente se les imponga. En cambio, los herederos, al adquirir el patrimonio del causante o una cuota del mismo, tienen los mismos derechos y obligaciones del causante, además de aquellos que el testador les haya conferido o impuesto (art. 1154).

b) Los legatarios adquieren un bien singular o un derecho personal exigible de quien el testador lo disponga o de los herederos. Estos adquieren una universalidad.

---

(104) Corte Suprema de Chile, 26 mayo 1953, R., t. 50, sec. Ia. p. 169.- Id., 133.

(105) Ponce Carbo, Alejandro, Ob. Cit.- Somarriva Urdurruga, Manuel, Ob. Cit., 214, 215.

c) Los legados son siempre asignaciones testamentarias. La ley no hace legados. La herencia tiene como antecedentes bien el testamento bien la ley. Existen, pues, asignaciones a título universal hechas por la ley, en las normas de la sucesión intestada, y asignaciones testamentarias a título universal.

d) La herencia se adquiere siempre desde que se defiere, esto es, normalmente al momento de la muerte, salvo en el evento de asignación hereditaria bajo condición suspensiva, evento en el cual la delación se produce al cumplirse la condición. La propiedad de la especie o cuerpo cierto legado se adquiere al deferirse la asignación, esto es, normalmente al momento de la muerte; en cambio, el dominio del legado de género y cantidad se adquiere al momento de la entrega, pues al deferirse la asignación se adquiere un derecho personal contra quien deba cumplir el legado.

e) En los legados no opera el derecho de representación que es propio de las herencias en las sucesiones intestadas (art. 1046).

f) El legatario adquiere la posesión del legado el momento de la entrega; en cambio la posesión legal de la herencia se adquiere al momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore (arts. 723 y 756). El concepto de posesión legal no se aplica al legatario. Como consecuencia de ello, el legatario tiene acción reivindicatoria contra quien se halle en posesión de la especie legada o acción personal para lograr la entrega del género legado o la entrega de la especie legada cuando quien la tiene en su poder no es un poseedor. El heredero cuya

herencia se halla ocupada por otro la debe reclamar a través de la acción de petición de herencia.

g) Sólo al heredero puede conferirse la posesión efectiva de los bienes hereditarios. Como según Somarriva <sup>(106)</sup> la posesión efectiva tiene por objeto "determinar frente a los terceros interesados quienes son los herederos y representantes de la sucesión", tal determinación no es aplicable a los legatarios, quienes, como se ha dicho, no representan la persona del causante. Además, como el principal efecto de la sentencia que confiere la posesión efectiva es constituir justo título para el heredero aparente, que tenga buena fe, para adquirir la herencia por prescripción ordinaria, tal consecuencia no puede aplicarse a ningún legatario, puesto que siempre será un testamento el que constituya, para quien realmente no sea legatario (por revocatoria del testamento o legado), el justo título que le habilite, si tiene buena fe, para adquirir la cosa legada por prescripción ordinaria.

h) Tanto para los legados como para las herencias son aplicables los derechos de transmisión, acrecimiento y sustitución (arts. 1021, 1170, 1205).

### **Clases de sucesión.-**

La designación de la persona o personas que han de suceder al causante, como herederos, corresponde, como ya se ha dicho, bien a la ley, bien al propio causante,

---

(106) Ob. Cit., 215.

mediante el testamento. La designación de legatarios es facultad privativa del causante (106A).

De esta distinción surgen, fundamentalmente, dos tipos de sucesión, intestada o abintestato y testamentaria.

Sin embargo, la ley ecuatoriana ha reservado una parte del patrimonio de una persona a favor de determinadas personas, ligadas con el causante por vínculos de parentesco de consaguinidad o por matrimonio o por la denominada unión de hecho. Frente, pues, a las tesis que abogan por la absoluta libertad de testar y las que niegan totalmente la posibilidad de hacerlo <sup>(107)</sup> el Código ecuatoriano limita la libertad de testar para proteger a los miembros más íntimos de la familia del causante, a algunos de los cuales confiere la facultad de obtener la alteración de las normas testamentarias para salvaguardar el imperio de disposiciones legales protectivas e in-

---

(106A) En el derecho francés, la distinción entre heredero y legatario es, justamente, la de que el heredero es llamado por ley, mientras que los legatarios lo son por testamento. Entre éstos, se distinguen, los legatarios universales que son los llamados a suceder en todos los bienes del causante; los legatarios a título universal, que suceden en una cuota de los bienes del difunto, y los legatarios particulares, que suceden en una especie o cuerpo cierto o en una especie indeterminada de cierto género (Ponce Carbo, Alejandro, ob. cit.). En el derecho anglosajón el término heredero (heir) es técnicamente reservado para quien sucede en forma intestada en la propiedad de la cual el causante no dispuso de otra manera (Menell, Robert L., "Willis and Trusts in a nut shell", West Publishing Co., St. Paul, 1979, 1), aunque, de hecho, en testamentos se use para designar a quien sucede de modo general en los bienes del testador.

(107) Véase: Ponce Martínez, Alejandro, "Estudios de Derecho Sucesorio con Especialización en la Porción Conyugal", Vol. I, Ediciones Ius, Quito, 19 a 38.

clusivo, en casos, la rescisión de actos gratuitos ejecutados en vida del causante.

Por ello, junto a la sucesión testamentaria y a la intestada, existe la sucesión forzosa. La primera es aquella establecida en testamento; la segunda, la nacida de la ley, a falta, por cualquier causa, de testamento, y, la tercera, constituida por "aquella parte del patrimonio del de cuius que la ley reserva para ciertos parientes en grado sucesible, llamados forzosos, vedándole (al testador), por lo tanto, su disposición a favor de otros por actos gratuitos" <sup>(108)</sup>. Cabe también que la sucesión se rija parcialmente por el testamento y parcialmente por la ley, esto es que sea parte testamentaria y parte intestada. Nuestra legislación, al igual que las que se desprendieron del derecho romano, se aparta, en este punto, de la solución dada por el sistema romano "que no admitía la compatibilidad de la sucesión testamentaria juntamente con la ab intestato, y que se manifestaba en el conocido aforismo "nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest" (109).

"La sucesión testamentaria prevalece sobre la intestada, de modo que no tienen acción los herederos abintestato sino a falta de herederos testamentarios. En la sucesión testamentaria, el título es el testamento. Si alguien alegare que el testamento ha sido revocado, a él le corresponde la prueba. De la misma manera, quien alega la nulidad del testamento, debe probarla.- En la su-

---

(108) Arias, José, "Sucesiones".- Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1942, 78.

(109) Maffia, Jorge O., "Tratado de las Sucesiones", Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1981, 20.

cesión testamentaria se cumple con lo dispuesto **en el** testamento siempre que no sea contra derecho. Si **en el** testamento se deja una asignación indeterminada a los parientes, se aplican las reglas de la sucesión intestada, dentro de la testamentaria, entendiéndose por parientes los consanguíneos del grado más próximo, según el orden de la sucesión abintestato (art. 1114).- La sucesión intestada se efectúa al no existir testamento válido o al haber quedado éste sin efecto, o, como dice la ley, cuando el difunto no ha dispuesto de sus bienes, o si dispuso no lo hizo conforme a derecho o no han surtido efecto sus disposiciones (art. 1043).-... La ley, en esta especie de sucesión llama a los parientes consanguíneos y al cónyuge, tomando como norma las relaciones de consanguinidad y de familia (art. 1045).- Todas las asignaciones en la sucesión abintestato son a título universal. No hay asignaciones a título singular.- En la sucesión testamentaria, como ya conocemos, los asignatarios son llamados por el testador y suceden por derecho personal en virtud del testamento. Si a la muerte del testador no existe el asignatario, la asignación queda sin efecto; nadie, ni aun sus hijos pueden pretender ocupar su lugar; el llamamiento es personal. En la sucesión intestada, en que el llamamiento lo hace la ley, sucede lo contrario. Los parientes más próximos no excluyen, necesariamente, a los más remotos, sino que éstos, en algunos casos, suceden con los más próximos, representando a la persona que falta... en la sucesión intestada se sucede por derecho personal y por derecho de representación... quienes heredan por derecho personal lo hacen por cabezas, esto es, cada uno recibe su propia porción. En cambio aquéllos que heredan por derecho de representación lo hacen por estirpes o troncos, y, aunque sean muchos, no heredan sino la parte que le

hubiera tocado a la persona que representan (arts. 1056, 1047)" (110).

Aunque, aparentemente, nuestro Código (art. 1216) considera a las denominadas asignaciones forzosas como una limitación a la facultad de testar y así fueron concebidas por Bello, quien las establecen exclusivamente para "transigir con las preocupaciones" (111) su naturaleza jurídica es distinta. Constituyen una especie de sucesión distinta con caracteres propios y determinados. Por consiguiente forman una clase de sucesión distinta de las testamentaria e intestada y que prevalece sobre ellas. Eso se demuestra porque el legislador ha señalado normas precisas y exactas para el cálculo del patrimonio que constituye las asignaciones forzosas. La ley no sólo ha dispuesto que estas especies de asignaciones primen sobre la voluntad testamentaria, sino que, más aún, ha ordenado que se compute la parte destinada a ellas incluyendo imaginariamente bienes de los cuales el causante ha dispuesto durante su vida, como son los bienes donados, los mismos que entran imaginariamente a formar parte, en ciertos casos, del patrimonio destinado a esta especie de sucesión" (112).

Entre las tres clases de sucesión, pues, tiene mayor jerarquía la sucesión forzosa, pues sus normas prevale-

---

(110) Ponce Carbo, Alejandro, ob. cit.

(111) Bello, Andrés, "Obras Completas", Editorial Nascimento, Santiago, 1932, Tomo IV, 320.- Reacio a conculcar la libertad, Bello expresa, en el mismo sitio: "El establecimiento de legítimas, no sólo es vicioso porque es innecesario (pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad), sino porque complicando las particiones, suscitando rencillas y pleitos en el seno de las familias, retardando el goce de los bienes hereditarios, ocasiona a los herederos un daño muy superior al beneficio que pudiera alguna vez acarrearles".

(112) Ponce Martínez, Alejandro, ob. cit., 51, 52.

cen sobre las disposiciones del testamento y, de modo general, sobre las de la propia ley que regula la sucesión intestada. Más aún, las disposiciones de la sucesión forzosa tienen plena aplicación en aquellas sucesiones intestadas cuyo causante ha dispuesto, en vida, a título gratuito, de parte de su patrimonio, puesto que los acervos imaginarios que la ley ordena, en determinadas circunstancias, formar, para computar los derechos hereditarios de ciertos asignatarios forzosos, se han de calcular en tales sucesiones intestadas.

### **Convenciones sobre sucesión futura o sucesión convencional.-**

En teoría, al menos, la sucesión podría obedecer a "una fuente voluntaria contractual, en función de una manifestación de voluntad bilateral. Constituye ello el pacto sucesorio que ha sido definido como la convención mediante la cual el causante organiza su sucesión de acuerdo a otros interesados, o éstos, estipulando entre sí en vida del causante, transfieren o abdican sus derechos" <sup>(113)</sup>. Estos pactos pueden ser de carácter institutivo, renunciativo o dispositivo, según el causante dispone, en convenio con otras personas, de su patrimonio o de sus bienes para después de su muerte, o según un eventual heredero renuncia a una herencia futura o se-

---

(113) Maffia, Jorge O., "Tratado de las Sucesiones", Depalma, Buenos Aires, 1981, Tomo 1, 21.- La definición corresponde a E. Roguin, en "Traité de Droit Civil Comparé. Les Successions", París, 1908, p. 22, N° 13, y J. C. Rébora, "Derecho de las Sucesiones", Buenos Aires, 1952,, I, p. 80, N° 44.

gún un futuro heredero dispone de una herencia en una sucesión no abierta, en favor de un tercero (114).

El art. 1506 del Código Civil prohíbe celebrar contrato alguno que tenga como objeto el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, aunque intervenga el consentimiento de esta persona. Es, pues, objeto ilícito, el derecho a una futura sucesión. Sin embargo, la misma norma menciona, indirectamente, la existencia de excepciones a este principio cuando se remite a las disposiciones sobre las asignaciones forzosas en cuanto a las convenciones entre quien debe una legítima y su legitimario. El art. 1249, inciso 2<sup>o</sup>, contiene el principio general de la nulidad de todo convenio referente a una sucesión futura entre quien debe una legítima y su legitimario. Empero el inciso 1<sup>o</sup> permite que una persona prometa a una de las personas "designadas en el art. 1048"<sup>(115)</sup> que era a la sazón legitimaria, no asignar ni donar la cuarta de mejoras, o parte de ella, y consagra el efecto de la violación en el derecho del legitimario contratante de reclamar aquello que le hu-

---

(114) Mafia, Jorge O., ob. cit., 22.

(115) Tiene imprecisión la norma cuando se remite al art. 1048, puesto que éste se refiere a las personas a quienes alcanza el derecho de representación, ninguno de los cuales es legitimario, ya que sólo lo son los hijos y los padres. La edición del Código de 1930, al igual que las anteriores, contenía un texto algo más claro, aunque no suficientemente preciso, pues exigía que para que sea válida la promesa fuera hecha a "un descendiente legítimo, que a la sazón era legitimario". Al efectuarse las reformas en 1970 debió mejorarse el texto del art. 1249 tanto precisando que la promesa, para tener validez, debía ser hecha a un hijo que fuera legitimario (puesto que no hay otros descendientes que sean legitimarios), cuanto, en mi opinión, permitiendo que pudiera ser hecha a cualquier descendiente, aunque no fuera legitimario, puesto que la cuarta de mejoras puede asignarse a cualquier descendiente del causante.

biera correspondido de haberse cumplido la promesa. En otros términos, vale la promesa de no disponer de parte alguna de la cuarta de mejoras siempre que se celebre por escritura pública y tal promesa sea hecha en favor de quien, a la fecha de la convención, sea legítimo. Sin embargo, tal convenio no priva al causante de disponer de la cuarta de mejoras, sino que faculta al legítimo a exigir que se respete la parte que, en dicha cuarta, le hubiera correspondido, de haberse cumplido la promesa.

A pesar de lo imperativo del segundo inciso del art. 1249, existen otros actos jurídicos directa o indirectamente relacionados con una sucesión futura y que tienen, en principio, completo valor legal. Así, en las donaciones entre vivos o irrevocables, que surten pleno efecto con la aceptación del donatario, puede estipularse, si el donante es un legítimo, que la donación sea imputable a su legítima, a mejoras o a la parte de libre disposición. Los efectos de esta imputación serán, en consecuencia, distintos, para la eventual computación de los acervos imaginarios (arts. 1243, inc. 1°, 1230, 1231) o para la posibilidad de rescisión o no, si es que la donación fuere hecha a título de legítima o mejora y el donatario no fue tal o no adquirió tal calidad o la hubiere perdido a la muerte del causante (arts. 1245, 1246) (116). Por ello, la Corte Suprema ha decidido que al expresarse en una donación entre vivos hecha a los hijos de una donante que tal donación se la hace "como herencia anticipada que pueda corresponderles en la sucesión de la

---

(116) Los artículos 1245 y 1246 se refieren a resolución de las donaciones. Se trata realmente de rescisión, puesto que la resolución es consecuencia del incumplimiento.

otorgante" sólo significa que ha de imputarse a lo que éstos deban percibir como legitimarios ya que "todas las donaciones revocables o irrevocables hechas a un legítimo que tenía entonces la calidad de tal se imputan a su legítima (116A). Salvo el caso de las donaciones entre cónyuges, la calidad "de donación revocable o irrevocable no depende de la causa, sino principalmente de la voluntad del donante. Cumpliendo con todas las solemnidades para estos contratos se pueden hacer donaciones a título de mejora o legítima. Si la donación se hace sin reservarse la facultad de revocarla, mediante escritura pública y no por testamento; si consta de dicha escritura que hubo insinuación judicial; que la donación fue aceptada por los donatarios; que los donantes se reservaron los usufructos, transmitiendo sólo la nuda propiedad, y que el documento es inscrito, no cabe duda de que se trata de una donación irrevocable" (116B).

De igual modo, las donaciones irrevocables a extraños pueden también, bajo ciertas circunstancias, como efecto de la aplicación de las normas sobre el segundo acervo imaginario, ser imputables a la parte de la cual el causante podía disponer a su arbitrio y, en consecuencia, tornar inaplicable una disposición testamentaria precisamente de esa parte (arts. 1231, 1232).

En cambio, las donaciones revocables pueden tener efecto en vida del causante y subsistir o no después de su muerte. En efecto, las donaciones revocables (o donaciones por causa de muerte) son aquellas que el do-

---

(116A) Abril 7, 1930, G. J. V, 24, 482.

(116B) Primera sala, Isaac Flores v. Segundo Agustín Flores y otros, Febrero 19, 1963, G. J. X, 5, 2415-2417.

nante puede revocar a su arbitrio (art. 1185). Estas donaciones deben otorgarse con las mismas solemnidades que aquellas establecidas para los testamentos (arts. 1060, 1188). Si la donación se hace con las solemnidades de las donaciones entre vivos (esto es luego de insinuación judicial si tiene un valor superior a veinte mil sucres y si, versa sobre inmuebles, mediante escritura pública inscrita) y el donante se reserva la facultad de revocarla a su arbitrio, es indispensable que tal donación se confirme por acto testamentario posterior, para que subsista después de la muerte. Sin embargo las donaciones entre cónyuges, cualquiera que sea la solemnidad con las cuales se las otorgue, son siempre revocables, pero no requieren confirmación por testamento, cuando se las ha hecho según las reglas de las donaciones entre vivos, para que subsistan después de la muerte (art. 1186).

En consecuencia, las donaciones entre cónyuges, que son siempre revocables, cualquiera que sea la forma mediante la cual se perfeccionan, no requieren confirmación por acto testamentario y, por ello, constituyen un acto jurídico válido sobre sucesión futura, acto jurídico que se torna irrevocable con la muerte del cónyuge donante. En Chile se ha decidido que "debe estimarse como donación revocable la promesa de donación subordinada a la celebración del matrimonio si éste se verifica, y la promesa no es alterada por el novio donante antes de la muerte" (117).

---

(117) Juzgado de San Fernando, 4 mayo 1869, G., 1869, N ° 1862, p. 792.-  
En: "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas", Código Civil, III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, 134.

Empero la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, en un controvertido fallo ha decidido que para atender a la naturaleza de la donación, hay que estar más a las palabras empleadas que a la intención de las partes. En efecto el 11 de Septiembre de 1929 la Corte resolvió: "La escritura en que se diga que se resuelve donar de común acuerdo determinadas cantidades a los hijos legítimos, por causa de muerte, en la que se hacen determinadas adjudicaciones y en la que los hijos aceptan en todas sus partes la donación por causa de muerte que les hacen sus padres, es donación p' r causa de muerte tanto del dinero, como de los inmuebles adjudicados, si no consta ninguna otra declaración de la que pueda deducirse que la verdadera intención de los otorgantes sea la de verificar algún otro acto en vez de la donación expresada por los contratantes" <sup>(118)</sup>. Más aún, la Corte manifestó que tal donación, así hecha, era absolutamente nula, por no haberse sujetado a la formalidad de los testamentos. Los ministros Manuel E. Escudero y José María Ayora alvaron sus votos. El primero se pronunció en el sentido de que "para determinar la naturaleza jurídica de una donación hay que estar más a la intención de los otorgantes que lo literal de las palabras, y así aun cuando en el instrumento se exprese que las donaciones hechas a los hijos son por causa de muerte, si producen efectos definitivos, tienen más bien el carácter de irrevocables". El doctor José María Ayora, en cambio, interpretó la intención de los contratantes mediante la aplicación de la norma del actual art. 1361: "Si los otorgantes de un ins-

---

(118) V, 21, 391.- En: "Código Civil", edición dirigida por Larrea Holguín Juan, con la colaboración de Ponce Carbo, Alejandro y Carrión Egiguren Eduardo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1, 33'd-334.

trumento público desean adjudicar a sus hijos un predio rústico por un precio convencional, pueden hacerlo en ejercicio de la facultad concedida por el art. 1308 (hoy 1361) del Código Civil.- Esa partición, autorizada por la ley como acto libre y espontáneo del dueño de los bienes que se distribuyen entre los herederos se vuelve irrevocable por la muerte del causante.- A esto no se oponen los términos "donación por causa de muerte" usados en la escritura, pues en ella se alude también a la adjudicación a favor de uno de los donatarios, con cargo de hacer refundiciones.- La regla del art. 1550 (hoy 1603) del Código Civil impone al juez el deber de que conocida claramente la intención de los contratantes se esté a ella más que a lo literal de las palabras...".

Como lo menciona el voto salvado del Dr. Ayora, es posible, también, válidamente, de acuerdo con el art. 1361, otorgar, en vida, la partición de los bienes, sin que sea menester sujetarse a las solemnidades de los testamentos, como claramente distingue el mismo artículo. Por ello, la Corte de Santiago resolvió que "el acto ejecutado por una persona distribuyendo en vida sus bienes y haciendo entrega a cada uno de sus hijos de lo que le corresponde, sólo puede calificarse como donación revocable.- Las cosas o bienes donados de esta manera no salen del patrimonio del donante, y mientras viva, el donatario sólo adquiere sobre tales bienes el usufructo, lo que implica que la nuda propiedad queda en el patrimonio del donante y forma parte de él al tiempo de la muerte" (119).

---

(119) Corte de Santiago, 5 octubre 1915, G. 1915, 2o. sem., No. 586, p., 1563 (C. 11, p. 1540).- En: "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas", Código Civil, III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, 135.

En efecto, otro de los casos en que un acto jurídico sobre sucesión futura tiene efecto en vida del causante es, justamente, el de la entrega de los bienes donados revocablemente o de los bienes legados. En tales casos, el donatario y el legatario adquieren el derecho de usufructo sobre las especies donadas y entregadas y sobre los bienes objeto de legado que le hubieren sido entregados (arts. 1189 y 1190), y, por ello "no puede disponer de los bienes que a tal título posee" <sup>(120)</sup>. Tanto este donatario como el legatario a quien se han entregado los bienes tienen preferencia, sobre `ros legatarios, cuando los bienes de la herencia no alcancen a pagarlos a todos (art. 1190), lo que implica que su responsabilidad subsidiaria frente a los acreedores hereditarios y para efectos de pago de legítimas y mejoras se aplica después de aquella que corresponde a los otros legatarios, salvo la de los legatarios de alimentos (arts. 1405, 1406).

De similar manera, la donación revocable de todos los bienes de una persona o de una cuota de ellos, implica la institución de heredero y el donatario puede ejercer los derechos de usufructuario sobre los bienes que le hubieren sido entregados por el donante (art. 1191).

Evidentemente todas estas donaciones se tornar irrevocables o, como dice la ley, se confirman y, **en** consecuencia, adquieren plenos efectos jurídicos a la muerte del donante (art. 1193) y, por ello, si el donatario fallece antes que el donante caducan (art. 1192), pues "sólo en caso contrario el donatario hace suyos los bienes do-

---

(120) Id. 134

nados, convirtién.<sup>3</sup> 'se su derecho de usufructo en dominio, o sea, el usufructo se consolida con la propiedad" <sup>(121)</sup>. A la muerte del donante, el donatario debe ser capaz y digno de suceder al causante, pues de haberle sobrevenido alguna causa de incapacidad o indignidad, se producen los efectos propios de tales instituciones, aunque a la fecha de la donación revocable hubiere sido capaz y digno (art. 1193).

Otros contratos y otra clase de actos jurídicos, realizados en vida, y que no constituyen testamento, pueden tener efectos plenos, después de la muerte. Entre ellos, ejemplificativamente, pueden citarse la enajenación de la nuda propiedad con reserva de usufructo, el cual, a su vez se consolida con aquella a la muerte del tradente (art. 802), la propiedad fiduciaria sujeta a pasar al fideicomisario a la muerte del fiduciario constituyente (art. 773), el seguro de vida (art. 71, D. S. 1147, R.O. 123, 7-XII-63), el pacto de sociedad que continúe con los herederos de los socios (art. 2034).

En síntesis, pues, tienen valor los siguientes actos jurídicos, que o se aplican a una sucesión futura o surten efecto en vida, pero que directa o indirectamente se relacionan con una sucesión futura:

- a) La convención con un legitimario de no disponer de la cuarta de mejoras;
- b) Las donaciones entre cónyuges;

---

(121) Id. 135.

- c) La imputación de una donación irrevocable a legítima, mejoras o parte de libre disposición;
- d) La donación irrevocable a extraño cuyo monto puede llegar a invadir la parte de libre disposición;
- e) La partición de bienes efectuada en vida por el causante;

La entrega de bienes donados revocablemente o de bienes legados por testamento, y

- Ciertos actos y contratos destinados a producir efectos a la muerte de uno de los contratantes o ejecutores del acto.

A diferencia del principio general prohibitivo constante en los arts. 1506 y 1249, en el Derecho Romano no existía una norma general, sino que se regularon, casuísticamente, varias prohibiciones que pueden dividirse en tres grupos: a) Textos que declaran la nulidad de las convenciones celebradas entre dos personas con respecto a la sucesión de un tercero; b) Textos que vedan las convenciones por las cuales una persona instituye a otra como heredera, aun cuando se celebren por causa de matrimonio, y c) normas que prohíben renunciar por contrato de matrimonio a una sucesión no abierta (122).

---

(122) Maffia, Jorge O., "Tratado de las Sucesiones", Depalma, Buenos Aires, 1981, I, 23-24.- La clasificación, según indica el autor está tomada de la tesis doctoral de Nast, "Etude sur la prohibition des pactes sur succession future: histoire, droit Civil moderne, legislation", París, 1905.- El principio general no prohibitivo, según el mismo autor argentino, está tomado de Roca Sastre, R., "Estudios de derecho privado", t. II, Sucesiones, Madrid, 1948, de quien transcribe: "En derecho ro-

El derecho cotidiano francés, en cambio "acogió favorablemente los pactos sobre herencia futura, al menos aquellos por los cuales el autor disponía de su propia sucesión... Sin embargo, con el renacimiento del derecho romano se produjo una reacción, imponiéndose la concepción de éste, denunciando y condenando la inmoralidad de los pactos" <sup>(123)</sup>, salvo en el evento de estipulaciones insertas en convenciones matrimoniales. La revolución "extremó el rigor" de las soluciones romanas y el Código Napoleón introdujo un "categórico rechazo de los pactos sobre sucesión futura, con el confesado propósito de soslayar cualquier medio que permitiera reconstruir la organización social abolida" (124).

En Suiza y Alemania se aceptan generalmente los pactos sobre sucesión futura <sup>(125)</sup>. En Argentina, aun-

---

mano no puede señalarse una regla general prohibitiva de los pactos sucesorios, ni existe una doctrina general sobre el particular, sino únicamente casos concretos prohibitivos y casos concretos permitidos. Fue en derecho intermedio, iniciado por la glosa, cuando se elevó a la categoría de dogma (como en tantas otras materias) el principio prohibitivo de pactos sucesorios, procediendo para ello a bases de materiales romanos, especialmente del principio prohibitivo de la ley *Hereditatis (viventis, nulla est hereditas)*".

123) Maffia, Jorge, O., *Id.* 24, 25. Cita a Ripert, G. y Boulanger, J., "Tratado de derecho civil, según el Tratado de Planiol, Sucesiones", trad. de García Daireaux, D., Buenos Aires, 1965, t. X, vol. 1, p. 24 y a *Capitant*.

124) *Id.*, 25. Cita el siguiente texto de un discurso de Chabot en los tribunales: "Las renunciaciones a que se forzaba a las hijas por los contratos de matrimonio y sin los cuales no les era dado desposarse, tenían la misma tacha de injusticia, y llevaban el mismo sello de feudalismo que las exclusiones con que otras costumbres les privaban en derecho de la herencia: lastimaban la naturaleza y destruían la igualdad...".

125) *Id.* 28.- Cita a Enneccerus, Kipp y Wolf, "Tratado de derecho civil. Derecho de sucesiones", Barcelona, 1951, t. V, 206.

que la norma general contenida en el art. 1175 es la de prohibición de pactos sobre sucesión futura, hay varias normas que permiten determinados contratos y convenciones, tales como la partición por donación (arts. 3514 a 3538), la imputación de liberalidades a legítima (art. 1805) y la eventual subsistencia de donaciones pre-nup-ciales con efecto después del fallecimiento de los futu-ros cónyuges (arts. 1233 a 1235) <sup>(126)</sup>,

Actualmente la tendencia práctica en Ecuador es la de buscar soluciones que permitan arreglar anticipadamente o prevenir posibles situaciones conflictivas que atenten contra la unidad patrimonial. Por ello se crean, normalmente, en familias de nivel económico medio y alto y, especialmente, en aquellas que han creado negocios comerciales, industriales o agrícolas, sociedades anónimas entre padres e hijos que permiten mantener la unidad patrimonial <sup>(127)</sup>. Las donaciones entre vivos también se han convertido en un mecanismo común para, en vida transferir la propiedad. Desafortunadamente la tendencia legislativa a partir de 1963 <sup>(128)</sup> ha sido la de restringir la facultad dispositiva de los bienes raíces y, por ello, soluciones de este tipo no alcanzan a

---

(126) Id. 29, 30.

(127) La antigua Ley de Impuesto a las Herencias, Legados y Donaciones, gravaba con impuesto a las donaciones a las sociedades familiares. La Ley de 1986 (Decreto Ley N° 29, R.O. 532, Septiembre 29, 1986) eliminó tales tributos. La Ley de Régimen Tributario Interno suprimió el impuesto a las herencias, legados y donaciones, estableció un impuesto a la renta (por consiguiente anual) del 10% al incremento patrimonial gratuito. Equivocadamente no unificó el tratamiento tributario de las compañías con el de las personas naturales.

(128) A partir del 11 de julio de 1963 en que una junta militar asume el poder se expide una serie de leyes que afectan gravemente a la propiedad y su libre disposición y restringen la inversión (ley' de reforma agraria, ley de compañías, ley de régimen municipal).

todos los estratos sociales. Además, el Estado absorbente ha regulado antieconómicamente la propiedad, especialmente la del área rural, impidiendo la adecuada distribución de ella y, más bien, fomentando, por un lado, la concentración y, por otro, la informalidad. En efecto, las leyes de reforma agraria se han dirigido a obstaculizar la libre transferencia de la propiedad rural. Existen infinidad de antiguos huasipungos que no pueden ser libremente enajenados por sus dueños; la división de predios rústicos ha sido prácticamente prohibida o sujeta a corruptas autorizaciones previas. Ello ha provocado, por un lado, un encarecimiento irreal de la tierra y, por otro, aparte de invasiones, la ausencia de títulos de propiedad como consecuencia de particiones de hecho.

Personalmente nos inclinamos porque la ley debería libremente permitir pactos sobre sucesión futura, en especial aquellos en que participe el causante, precisamente para evitar las rencillas entre eventuales y reales herederos y mantener la paz en las familias. Si la libertad de testar está limitada por la ley, a través de las normas sobre sucesión forzosa, no se ve objeción a que cualquier persona, contractualmente, limite esa facultad. En el Derecho Romano originario se atacó el pacto sucesorio porque implicaba una limitación a la facultad de testar <sup>(129)</sup>. Si la propia ley ha introducido modificaciones a la libertad de testar, no se ve objeción para que contractualmente se limite también esta facultad. Según explica Kipp <sup>(130)</sup> para los redactores del Código Ci-

---

(129) Kipp, Theodor "Tratado de Derecho Civil. Derecho de sucesiones", traducción de Helmut Coing, estudios de comparación y adaptación a la legislación española de Ramón María Roca, Sastre, Bosch, Barcelona, 1976, Tomo V, Vol. I, 368, 369.

(130) Id., 369.

vil alemán "era de antemano indudable, habida cuenta de la situación jurídica tradicional, que el instituto del contrato sucesorio había de tener cabida en la codificación... Se partió de la tesis de que tales contratos eran usuales y necesarios: entre cónyuges (sobre todo en relación con contratos sobre el régimen de bienes), en la vida campesina y para la nobleza terrateniente con el objeto de regular la posesión de fincas agrícolas, y finalmente para los contratos llamados de asilo, en los que el causante se entregaba al cuidado de un establecimiento de asistencia (público o privado) a cambio de dejar a éste su herencia. En efecto, en todos los casos dichos se da una necesidad de regular la sucesión en forma vinculante". Por ello en Alemania no existe limitación en cuanto a las personas con quienes se puede celebrar contratos sobre sucesión futura y sólo existen restricciones en cuanto a la materia, pues por contrato sucesorio sólo cabe instituir herederos, legados y disposiciones modales, aunque éstas pueden ser a favor de terceros no intervinientes en el contrato <sup>(131)</sup>. Todas las razones históricas que determinaron, pues, que el derecho alemán mantuviera los pactos sucesorios, son aplicables a la realidad ecuatoriana actual, razones a las cuales pue-

---

(131) Según explica Kipp (id., 370) "el contrato sucesorio del derecho civil alemán es un contrato (por lo tanto no es un testamento de clase especial) por el que pueden designarse herederos y fijarse legados y obligaciones modales. Con la conclusión del contrato el causante queda limitado en su libertad de testar. Las disposiciones del contrato están substraídas a todo cambio unilateral; al favorecido se le concede una causa de reclamación en calidad de heredero o legatario, como la creada en otros casos por el testamento o la ley. El causante puede cerrar el contrato tanto con el propio favorecido (o favorecidos) como con terceras personas; no es, pues, necesario que el otro contrayente sea idéntico con el favorecido, aunque éste será el caso más frecuente". Sobre el contrato sucesorio en extenso, véase: Id. 368 a 415.

de perfectamente añadirse otras de política social, como la necesidad de una planificación empresarial a largo plazo, la necesidad de mantener explotaciones agrícolas eficientes, necesidad, sobre todo en ciertos estratos de la sociedad, de garantizar a la mujer estabilidad para cuando no exista el marido, necesidad de proteger a un discapacitado o minusválido, necesidad de mantener obras sociales, de beneficencia o culturales o religiosas. Las razones invocadas para prohibir los pactos (su inmoralidad y peligrosidad, porque se especula con la muerte y pueden ser inductivos a atentados contra la vida del causante) "no son muy decisivos porque son muchos los contratos e instituciones jurídicas en que está en juego la vida de una persona y, sin embargo, el legislador los acepta expresamente" (132).

---

(132) Somarriva Undurraga, Manuel, "Derecho Sucesorio", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, 16.