

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXVIII — ENERO - MARZO DE 1960 — N.º 111

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

Quintiliano Monsalve Jara

ABOGADO

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRODDEN

ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA

JUAN BIANCHI BIANCHI

QUINTILIANO MONSALVE JARA

MARIO CERDA MEDINA

ESTEBAN ITURRA PACHECO

★ ★
★

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

RAMON DOMINGUEZ BENAVENTE

Abogado y Profesor de Derecho Civil

DE LOS SUCESORES O ASIGNATARIOS (*)

1.º—**Concepto.**—Asignatario es la persona a quien se le deja una asignación, sea que el llamamiento provenga del testamento o de la ley (artículo 953 del Código Civil) (**).

Con la palabra asignatario se designa por el Código Civil a toda persona que es llamada a una asignación, bien que se trate de una herencia o de un legado.

2.º—**Clasificación.**— **Herederero y legatario.**—El asignatario puede ser, fundamentalmente, herederero o legatario.

Es herederero cuando se le llama a una asignación denominada herencia (artículo 954) (1). Y es legatario cuando se le llama a una asignación denominada legado (artículo 954).

En otros términos, si el llamamiento para suceder al difunto es a título universal, el asignatario se denomina herederero; si a título particular, recibe el nombre de legatario.

(*) Notas tomadas de las clases sobre "Derecho Sucesorio", dictadas por el Profesor señor Domínguez Benavente, en su cátedra de **Derecho Civil**, en la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, con citas del mismo Profesor.

(**) Todos los artículos citados en este trabajo por su solo número, corresponden al Código Civil Chileno.

(1) La palabra "heres" —herederero— viene de "herus", amo. Al herederero se le llamaba también sucesor, porque está colocado en el lugar del difunto. Véase: **Petit, Eugenio**: "Derecho Romano", página 732, N.º 607, letra a).

Puede concluirse afirmando que el heredero es el sucesor del causante a título universal y legatario quien sucede a título particular.

3.º—En la sucesión testada hay herederos y legatarios.—La clasificación anterior tiene real importancia en la sucesión testada. Es en ella solamente donde caben los herederos y los legatarios, ya que los llamamientos que hace la ley son siempre a título universal.

En el Código no existen legatarios por el mandato solo de la ley, conformándose a la tradición del Derecho Romano, en que "el legado sólo podía ser dejado por testamento" (2).

4.º—Cómo se identifican el heredero y el legatario.—Se identifican por la naturaleza de la asignación.

Si al sucesor se le deja todo el patrimonio o una cuota parte del mismo, será heredero, aunque el testador lo haya denominado legatario; y, de igual modo, si el de cuius dispone en favor de un asignatario de bienes determinados, en especie o en su género, será legatario, por mucho que le haya asignado la calidad de heredero (artículos 1097 y 1104).

Como decía Bello, "si se dejan a una persona todos los bienes o una cuota de ellos, esta persona será heredero; si una cantidad, especie o género, será legatario" (3).

Resulta de lo dicho que el legislador le atribuye un rol limitado a la voluntad del testador, en cuanto a la determinación de la naturaleza o carácter del asignatario, negándole la facultad de decidir, sin otra consideración, si se trata de un heredero o de un legatario.

El difunto ha podido, asignando al sucesor todo el as hereditario o una cuota parte del mismo, llamarlo "legatario", y no por eso dejará de ser heredero; igualmente, asignando bienes determinados llamar al beneficiario "heredero", y no por eso será tenido

(2) Ibidem, página 732, N.º 607, letra a).

(3) Nota al artículo 2, título 1, Proyecto 1841-45. Véase: Messineo, Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo VII, página 6, N.º 5.

DE LOS SUCESESORES O ASIGNATARIOS

5

como tal, pues por la fuerza de la ley el primero será heredero y el segundo legatario.

Pudiera pensarse que lo anterior contradice la regla del artículo 1096, inciso 1.º, en cuanto dispone que para determinar la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias "prevalecerá la **voluntad del testador** claramente manifestada", de donde podría extraerse la conclusión de que, si el de cuius llamó al asignatario heredero, deberá estarse a lo expuesto por aquél.

Pero conviene recordar que esa regla dice relación con la interpretación de las palabras o de los términos usados por el testador: el rol de esa voluntad resulta limitado cuando se trata de precisar la substancia jurídica de la asignación y los efectos que la ley le atribuye.

Como lo expresa acertadamente Danz, "en las disposiciones mortis causa —como en todos los negocios jurídicos— las palabras han de interpretarse, por lo regular, en el sentido en que suelen usarse entre los profanos, y vulgarmente la palabra "legar" sólo tiene el significado de dejar en testamento, sin aludir para nada a la distinción jurídica entre heredero e institución de legado" (4).

5.º—**El Código ha seguido un criterio objetivo.**—En la determinación del asignatario, de la manera ya expuesta ha seguido el Código un criterio objetivo. Atiende solamente a la naturaleza de la asignación. Las palabras que se hayan empleado por el testador no tienen mayor trascendencia.

Existen, como se sabe, dos sistemas contrapuestos para designar al heredero: el romano, eminentemente **subjetivo**, según el cual el heredero es aquel sucesor a quien el testador designa como tal, independientemente de que le haya dejado todo el patrimonio, una parte alícuota del mismo, o solamente una cosa determinada; y el sistema germánico, o moderno, en que el heredero se determina por la naturaleza de la asignación y no por el nombre que se le atribuya en el acto de última voluntad. Nada importa para este último sistema que el testador haya calificado o no como heredero a quien le deja el todo o una parte alícuota del as hereditario.

(4) "La Interpretación de los Negocios Jurídicos", página 338.

"Una consecuencia de la lógica institucional de estos dos sistemas dispares es que en el romano el heredero *ex re certa*, cuando no concurre con el otro heredero normal, o sea, sin asignación de cosa determinada, es heredero, pues como prevalece el nomen heredis sobre la asignación, aquel título de heres tiene fuerza expansiva para acaparar adquisitivamente todo el *as* hereditario, pues entonces las fuentes imponen hacer abstracción de la cosa singular asignada (*de tracta rei certa mentione*). En cambio, en el sistema germánico o moderno, como prevalece la *assignatio* sobre el nomen heredis, el instituido heredero en cosa cierta y determinada es considerado legatario. Asimismo, en el sistema romano no basta para ser considerado heredero que la *assignatio* sea *per universitatem*, o sea, que se atribuya testamentariamente a una persona todo el *as* hereditario o una cuota del mismo, si al mismo tiempo no se le confiere el nomen heredis, pues al faltar éste, dicha persona favorecida no será heredero, sino legatario de parte alicuota de la herencia (e incluso, ante la Ley Falcidia, era legatario aunque se le hubiera atribuido toda la herencia). Aunque se llamara a una persona a una cuota hereditaria, si no se le llamaba como heredera, era legatario, o sea, que surgía el *legatum partitionis*. En cambio, como en el sistema germánico o moderno lo prevalente es la *assignatio* de todo el *as* o de una cuota de él, quien es llamado a adquirir una cuota o parte alicuota de una herencia es el heredero, aunque no hubiere sido nombrado como tal. Por tanto, la figura del legado parciario o de parte alicuota no es, institucionalmente, posible en el sistema germánico o moderno" (5).

Al admitir el sistema **objetivo**, abandonó Bello el criterio **subjetivo** que en nuestro Derecho nos venía de la legislación de Partidas, inspiradas en el Derecho Romano. Se disponía en la legislación alfonsina que si el testador instituía a una persona en cosa señalada —*ex re certa*—, como en viña o en otra cosa cualquiera, y

(5) Roca Sastre: "Estudios de Derecho Privado", Tomo 2.º, páginas 184 y siguientes. En este sentido todos los autores se encuentran conformes. Bonfante: "Historia del Derecho Romano", Tomo 1.º, páginas 207 y siguientes, enseña que en los primeros tiempos en Roma la atribución del título de heredero era la que daba el patrimonio. Véase, además: Petit: Obra citada, páginas 685 y 690, Nos 550 y 556.

DE LOS SUCESESORES O ASIGNATARIOS

7

no había otro heredero en lo restante, el llamado como tal era heredero y recogía todo el as hereditario (6).

Este sistema, corregido más tarde (7), obedecía al principio fundamental del Derecho Civil, según el cual la sucesión no podía ser parte ex testamento, y parte abintestato (8).

En suma, para el Código importa, pues, poco o nada que el testador llame al asignatario de cuota, legatario, o al asignatario de una cosa singular, heredero. El primero, por la naturaleza de la disposición, es necesariamente heredero, y el segundo, legatario (9).

Muy de acuerdo con las ideas precedentes, el artículo 1100, inciso 2.º, dispone que "si en el testamento no hubiere asignación alguna a título universal, los herederos abintestato son herederos universales".

6.º—La distinción entre heredero y legatario es cualitativa y no cuantitativa.—De lo que llevamos dicho resulta que la diferencia entre heredero y legatario es cualitativa y no cuantitativa.

Esto quiere decir que el heredero puede llevar en el patrimonio del difunto un beneficio pecuniario menor que el del legatario. Puede el primero no llevar nada y, sin embargo, la declaración de heredero es siempre procedente, haya o no bienes que heredar, y aún en el supuesto de que sólo imponga a los solicitantes la obligación de cumplir las disposiciones del testamento (10).

(6) Ley 14, título 3, Partida 6.ª. En el Derecho Romano podía ocurrir que el testador, en lugar de asignarle al heredero todo el as, le asignase un objeto particular. Si decía, por ejemplo, Titus heres esto ex fundo Corneliano, la doctrina suprimía o no consideraba la mención ex fundo Corneliano, cuando el heredero era uno solo, con lo que pasaba a recoger todo el patrimonio. Este era el denominado heredero ex re certa. Todavía hay vestigios de este heredero en ciertos códigos, como ocurre con el de España, cuyo artículo 768 dice así: "El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario".

(7) Ley 1.ª, título 18, Lib. 10 Novísima Recopilación.

(8) Nota al artículo 2.º, Tomo I. Proyecto de 1841-45.

(9) Ibidem.

(10) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*: Tomo 23. Segunda Parte, Sección 1.ª, página 7.

Lo anterior es una consecuencia del hecho de recibir el heredero la herencia, esto es, la universalidad, la totalidad de las relaciones jurídicas valiables del causante, en bloque, consideradas como un todo.

Ya lo decía Pomponio: "La palabra herencia comprendé, sin duda, también la herencia gravosa; porque es palabra jurídica, como la de posesión de los bienes".

Se afirma, como se verá en su lugar, una impropiedad cuando se enseña que el heredero responde de las obligaciones del de cuius por recibir los bienes dejados por éste, ya que en el hecho la herencia puede significar sólo un gravamen para el heredero y no un enriquecimiento.

7.º—Interés jurídico de la distinción.—Conviene ahora examinar cuál es el interés jurídico de la distinción entre heredero y legatario.

A) Derechos.—En primer lugar, los herederos adquieren el dominio y posesión legal de la asignación desde la apertura de la sucesión, a condición de que la acepten, si el llamamiento no es condicional, o en el momento de cumplirse la condición, por el modo de adquirir denominado sucesión por causa de muerte (artículos 951, 955, 956 y 1239).

El legatario, con la excepción del de especie o cuerpo cierto, no adquiere el dominio de la asignación sino cuando el obligado a cumplirla le hace entrega. Mientras tanto tiene sólo un derecho personal, un crédito contra el heredero o la persona sobre quien pesa la obligación de pagar el legado.

Enseña Planiol lo siguiente: "Cuando el legado no tiene por objeto un derecho real sobre un cuerpo cierto, no le pertenece al legatario la acción real, sino que tiene una acción personal contra los herederos u otras personas deudoras del legado. Esta acción que los antiguos llamaban *actio ex-testamento*, nace contra la persona del heredero por el solo hecho de su aceptación" (11).

En segundo lugar, el instituto de la posesión legal y de la efectiva es propio del heredero (artículos 722 y 688). El legatario

(11) "Tratado Elemental de Derecho Civil", N.º 2789, página 673.

DE LOS SUCESESORES O ASIGNATARIOS

9

no puede obtener la posesión efectiva ni le pertenece la posesión legal (12).

En tercer lugar, habiendo concurrencia de varios herederos, a cada uno de ellos le corresponde en principio una posibilidad de acrecimiento ilimitado a todo el *as hereditario*, en el supuesto de la caducidad del derecho de alguno de ellos. Cuando los herederos son de cuota, el acrecimiento también se presenta, desde que pueden ver aumentada su porción por el hecho de aparecer más tarde nuevos bienes o por la caducidad de las disposiciones a título particular.

Los legatarios, por el contrario, si bien entre sí gozan del acrecimiento, esto es, los asignatarios de una misma especie, la verdad es que esta posibilidad es limitada a la especie que constituye el objeto del legado. Más allá no puede jamás pasar el acrecimiento.

B) Obligaciones.—En primer lugar, las deudas del difunto, el pasivo del *as hereditario*, pesan de una manera personal e ilimitada sobre los herederos.

Salvo el caso que acepten con beneficio de inventario (artículo 1147), son obligados personalmente por todas las obligaciones hereditarias y testamentarias (artículos 1097 y 1354), no solamente *cum viribus* —con los bienes hereditarios—, o *pro viribus* —hasta el valor de los bienes hereditarios—, sino *ultra vires hereditatis* —más allá de las fuerzas de la herencia—.

Los legatarios, en cambio, son obligados al pago de esas obligaciones subsidiariamente (artículo 1104, inciso 2.º), siempre que al tiempo de abrirse la sucesión no haya habido en ella lo bastante para pagar las deudas hereditarias (artículo 1362).

Pero esta responsabilidad subsidiaria sólo tiene cabida a condición de que se haya pagado el legado, esto es, cuando el legatario ve aumentado su patrimonio. Antes de la entrega no hay responsabilidad, pues a lo más habrá un conflicto entre los acreedores hereditarios y el legatario, para determinar quién se paga primero: conflicto que no se resuelve por las reglas de la responsabilidad del legatario sino de acuerdo con las de la prelación de créditos (artículo 1374).

(12) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*: Tomo 8, Segunda parte, Sección 1.ª, página 210.

Y agreguemos algo más sobre esta responsabilidad subsidiaria: en realidad no se trata de que, siendo insolvente el heredero, deba el legatario responder de las deudas del difunto ilimitadamente, como el heredero. Nada de esto ocurre, pues en el hecho no responde de nada: simplemente, o no se lleva el legado, si no se le ha hecho entrega, o, habiéndolo recibido, sólo por el valor está obligado (artículo 1363).

Resulta, pues, que con decir que no habiendo lo suficiente para pagar los legados nada recibe el legatario, o lo que ha recibido debe restituirlo en su valor, está todo expresado sobre esta responsabilidad, en términos fáciles de comprender.

8.º—**El heredero representa la persona del difunto.**—Por el artículo 1097 el heredero representa la persona del difunto y no el legatario.

Esta expresión no es muy exacta si con ella se quisiera significar la idea de que el heredero actúa a nombre y en lugar de otro, lo que en esta materia resulta un despropósito (13).

Se trata simplemente de un símil, para dar la idea del cambio de sujeto en la relación jurídica sin influir en la naturaleza de la misma, es decir, que ellas se dan en el sucesor a título universal con igual alcance que cuando estaban en cabeza del finado.

Como se ha expresado muy acertadamente, "el difunto continúa en la persona de su heredero; se produce, en el momento de la defunción, una especie de transfusión de la personalidad" (14).

El heredero, es, por tanto, la misma persona jurídica del difunto y lo representa en todos sus derechos de naturaleza patrimonial.

El Código se encarga de desenvolver el principio de muchas maneras. Pueden citarse algunas:

a) Todo contrato celebrado por el causante afecta al heredero, activa y pasivamente, por aquel axioma de que quien contrata lo hace para sí y sus herederos; principio que encuentra constante aplicación en el Código, como se desprende de los artículos 1492, 1962 N.º 1, 2190 y 2352, entre otros.

(13) En este sentido: Polacco: "Las Sucesiones", Tomo I, página 8.

(14) Josseland: "Derecho Civil", Tomo III, Volumen II, página 177.

DE LOS SUCESESORES O ASIGNATARIOS

11

Por aplicación de este mismo principio, la obligación de garantía que pesaba sobre el causante pasa a los sucesores a título universal, de manera que los últimos no pueden reivindicar contra el comprador la cosa que le fue vendida a éste por el difunto (15).

b) Los herederos pueden alegar la nulidad relativa de que pudo prevalerse el causante (artículo 1684), salvo que de parte del incapaz haya habido dolo para inducir al acto o contrato (artículo 1685).

c) Los privilegios de los créditos de la primera y cuarta clase, a que estaban afectos los bienes del deudor difunto, afectan de la misma manera a los bienes del heredero, salvo que éste haya aceptado con beneficio de inventario, o que los acreedores gocen del beneficio de separación, pues en ambos casos afectarán solamente los bienes inventariados o separados (artículo 2487) (16).

d) Por el artículo 1377, los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos, si bien los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos.

El fundamento de esta norma lo es también el hecho de que el heredero representa la persona del difunto (17).

e) La acción y excepción de cosa juzgada aprovechan o perjudican a los herederos.

Por lo que hace a la acción de cosa juzgada, se trata de una acción transmisible (18).

Y en cuanto a la excepción, ella también les pertenece, pues existe entre los herederos y el difunto la identidad legal de personas que exige el artículo 177, inciso 1.º, del Código de Procedimiento Civil (19).

(15) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*: Tomo 31, Segunda parte, Sección 1.ª, página 29, con comentario favorable de Arturo Alessandri Rodríguez.

(16) Este fundamento, como en el texto, se da por Arturo Alessandri R.: "La Prelación de Créditos", página 29, N.º 39.

(17) En este sentido: Percereu, J. M.: "La Liquidation du Passif Héritaire en Droit Civil", 1905.

(18) Valderrama, Ramón: "La Cosa Juzgada", N.º 136, página 116.

(19) *Ibidem*.

f) Por el artículo 318, los herederos representan al causante, como legítimo contradictor, en la cuestión de paternidad o de maternidad, en el supuesto de que el de cuius fallezca antes de la sentencia, de manera que el fallo pronunciado en favor o en contra del causante, aprovechará o perjudicará a los herederos, siempre que hayan sido citados al juicio.

g) Igualmente, los herederos representan al difunto para el caso de que, iniciado contra éste un juicio encaminado a establecer forzosamente su calidad de padre o madre natural, fallezca durante el litigio y antes de la sentencia final, por aplicación de los artículos 272, 317 y 318 del Código Civil.

9.º.—El heredero no sucede en la posesión del difunto.—Aunque el heredero es el representante del difunto, lo cierto es que, apartándose el Código de esta concepción, no mantiene en los sucesores la posesión que tenía el difunto.

Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios (artículo 717, inciso 1.º).

No era así por el Derecho Romano. De acuerdo con esa legislación, la calidad con que el difunto poseía una cosa se transmitía al heredero a título universal. Era también lo que enseñó más tarde Pothier (20). No así para el sucesor a título particular, pues en tal caso iniciaba una nueva posesión y no seguía la del difunto.

En el Proyecto de 1853 se seguía a Pothier. Por el artículo 860 se disponía que la calidad buena o mala de la posesión subsiste en los sucesores a título universal; y para los efectos legales de la tenencia o posesión se supone continuada en ellos la personalidad de sus autores. Y por el artículo 861 se expresaba que "Si se sucede a título singular, principia la posesión en el sucesor; a menos

(20) "Tratado de la Posesión", N.º 33, página 23.

DE LOS SUCESORES O ASIGNATARIOS

13

que éste quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios" (21).

El sistema en el Código es, como ya está dicho, el mismo para todos los sucesores, habiendo abandonado, en esta parte, el principio de que el heredero, como representante del difunto, debe continuar la posesión que éste tenía.

Pudiera pensarse, frente al artículo 899, que por lo menos se contempla una excepción al principio, desde que, según él, "la acción de dominio no se dirige contra un heredero sino por la parte que posea en la cosa; pero las prestaciones a que está obligado el poseedor por razón de los frutos o de los deterioros que le eran imputables pasan a los herederos de éste a prorrata de sus cuotas hereditarias".

Decimos que pudiera esta regla hacer creer en una excepción, desde que hace responsable al heredero de las prestaciones a que estaba obligado el difunto, como poseedor vencido. Sin embargo, en el artículo 899 no se hace otra cosa que aplicar, para un caso particular, el principio de que el heredero responde de las deudas del de cuius, esto es, de las prestaciones que pesaban sobre él al tiempo de su fallecimiento, como poseedor vencido en la acción reivindicatoria. Pero, en ningún caso, constituye esto el hacer pesar sobre el heredero la posesión que tenía el causante.

10.º—Clasificación de los herederos.—Los asignatarios a título universal pueden, específicamente, ser universales, de cuota y del remanente.

Todos los herederos son, por tanto, asignatarios a título universal; pero algunos son "herederos universales", otros "herederos de cuota" y, en fin, quienes solamente son "herederos del remanente".

11.º—1.º) Herederos universales.—Son los llamados sin designación de cuota, bien que la vocación provenga del testamento

(21) Véase sobre el particular, el artículo "¿Es transmisible o transferible la posesión según nuestro Código Civil?, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 10, Primera parte, páginas 17 y siguientes, de que es autor don José Ramón Gutiérrez.

o de la sola disposición de la ley (artículos 1098, inciso 1.º y 1100, inciso 2.º).

El carácter de heredero no comporta que deba ser uno, ya que pueden ser varios, como si el testador manda que Pedro y Juan sean sus herederos.

Si es uno solo, se llevará todo el *as* hereditario; si son varios, en definitiva se llevará cada cual una cuota o parte intelectual, que sea el resultado de dividir el *as* por el número de herederos universales (artículo 1098, inciso 3.º).

El derecho de cada heredero lo es al todo, limitado por igual derecho de los otros coherederos; pero en tal caso la limitación resulta como consecuencia del concurso de los otros: *concurso partes fiunt*.

Por tanto, la circunstancia de tener que dividirse la herencia en tantas partes iguales cuantas sean las personas llamadas a suceder, no despoja a los coasignatarios de su carácter de herederos universales, y mucho menos los convierte en herederos o asignatarios de cuotas o partes de un objeto determinado (22).

12.º—2.º) Herederos de cuota.—Son aquéllos a quienes el testador les designa una parte *alícuota* del patrimonio: un tercio, un quinto, etc.

Lo que les da carácter es el señalamiento que hace el testador de una parte del *as* hereditario.

Mientras el heredero universal no tiene otro límite que el total de la herencia, de la cual materialmente no podría exceder, el asignatario de cuota tiene como límite la cuota-parte designada por el testamento.

Como en el caso de los herederos universales, los de cuota pueden ser varios, pues la unidad que el patrimonio comporta no se disgrega, no se divide, por el hecho de que sean varios los herederos que vienen a suceder al difunto. Todos ellos son comuneros en su patrimonio, siendo todos igualmente sucesores en el *universum jus*, pues la cuota de cada heredero es en calidad y cualidad igual al todo, sin que tenga mayor importancia, para el concepto

(22) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*: Tomo 20, Segunda parte, Sección 1.ª, página 211.

DE LOS SUCESORES O ASIGNATARIOS

15

de heredero, que la cantidad sea diversa. Todos representan por igual al de cuius.

Esta forma de instituir heredero es, en cierto modo, contraria al sistema del Derecho Romano, desde que restringe la vocación del sucesor a una cuota determinada del patrimonio, pues la consecuencia natural de la calidad del título de heredero era el derecho a todo el as hereditario. En los herederos universales la limitación, en el hecho, a una cuota por existir varios no era la voluntad del testador, sino la aplicación de que las partes las hace el concurso de los sucesores.

De aquí que en el Derecho Romano si se instituían varios herederos de cuota se les reconocía también el derecho de acrecer, esto es, la misma posibilidad ilimitada de aumentar como los herederos universales.

Así, si ha instituido el testador a Ticio, Mevio y Sempronio, cada uno por un tercio, y Ticio rehusa, su falta beneficia a Mevio y a Sempronio, que se reparten de toda la sucesión. Y si Ticio y Mevio rehusan, Sempronio recoge todo (23).

Si la asignación de una cuota no iba acompañada del título de heredero no era asignación a título de heredero sino legado de una universalidad, lo que se denominaba "legado parciario", y el beneficiado era legatario y no heredero (24).

En nuestro Derecho, en que la calidad de heredero no depende del nombre sino de la naturaleza de la asignación (25), no existe el

(23) **Petit, Eugenio:** Obra citada, página 729, N.º 605.

(24) **Petit, Eugenio:** Obra citada, página 745, N.º 621. **Bonfante**, en sus "Instituciones de Derecho Romano", página 597, N.º 2, enseña lo siguiente: "Adviértase que el heredero del Derecho Romano adquiría el patrimonio en una universalidad, porque lo adquiría en bloque a base del título: pero aquél a quien era asignada la universalidad o una cuota sin conferirle el título, no era heredero, sino legatario; el cual no adquiría nada si el testamento no contenía una institución de heredero, porque en tal caso el acto era nulo. El valor atribuido en el derecho moderno a la asignación del patrimonio en su universalidad, y no en cada uno de los objetos, se derivó, naturalmente, del hecho de que, extraviado el espíritu romano, por una parte el título de heredero pareció una mera forma, o sea un modo elegido entre tantos por la ley para significar que se pretendió atribuir el patrimonio en su universalidad, y por otra parte, el peso de las deudas se reputó inherente a la universitas".

(25) *Supra* N.º 4.

"legado parciario" y el instituido en una cuota, cualquiera que sea el nombre, es "heredero de cuota", que como tal representa la persona del difunto y le sucede en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, con la limitación, en uno y otro caso, a la cuota que se le haya dejado (artículos 1097 y 1354). Sucede, por tanto, a título universal y no particular.

Existe, pues, en el Código un heredero al cual le falta la vocación a todo el patrimonio del finado, a la totalidad de los bienes, cual es el heredero de cuota.

Y como consecuencia de esta falta de vocación universal tiene un derecho de acrecer limitado, no pudiendo recibir las restantes cuotas, en caso de faltar los instituidos, pues, de acuerdo con el artículo 1100, inciso 1.º, "Si no hubiere herederos universales, sino de cuota, y las designadas en el testamento, no componen todas juntas unidad entera, los herederos abintestato se entienden llamados como herederos del remanente".

13.º—3.º) Herederos del remanente.—Son los llamados a recoger lo que resta del as hereditario, hechas otras asignaciones testamentarias, bien a título particular o como herederos de cuota. -

Como ha dicho la jurisprudencia, "el remanente es el sobrante, el residuo de una cosa" (26).

El heredero del remanente es el llamado al sobrante de la herencia, bien que lo haga el testamento o la sola disposición de la ley; situación la última que se presenta cuando el testador no ha dispuesto del total del patrimonio, de suerte que la ley llama a los herederos abintestato como herederos del remanente.

Como ya vimos anteriormente, dispone el artículo 1100 que, si no hubiere herederos universales, sino de cuotas, y las designadas en el testamento, no componen todas juntas unidad entera, los herederos abintestato se entienden llamados como herederos del remanente (inciso 1.º).

Es entendido que hay remanente y herederos de esta clase sólo si los demás herederos son de cuota o asignatarios a título particular, pues habiendo herederos universales no puede existir

(26) Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo 36, Segunda parte. Sección 1.ª, página 552.

DE LOS SUCESOSES O ASIGNATARIOS

17

remanente, es decir, sobrante alguno del patrimonio del difunto (27).

Además, siendo los herederos del remanente asignatarios a título universal, es forzoso que la vocación se refiera al resto del patrimonio y no al sobrante de un género, evento en el cual se trata de simples legatarios.

Resulta, así, que la asignación del dinero sobrante de la cantidad que el testador tenga en su caja de fondos, después de pagadas sus deudas, es un legado, porque el objeto asignado no es la universalidad del patrimonio del difunto, ni una cuota de él.

De lo dicho se deduce que la sola condición de remanente de una cosa no es lo que determina la clase de la asignación, sino la naturaleza o condición de los bienes asignados (28).

Asignado, pues, el sobrante del patrimonio del difunto, se está frente a un heredero del remanente, importando poco o nada que el testador se valga o no de esas expresiones, desde que, como se ha dicho, el asignatario queda determinado por la naturaleza de la asignación y no por las palabras de que se haya servido el difunto.

Se ha resuelto, que "la asignación contenida en la cláusula en que el testador mejora en todo lo que la ley permite a sus hijos por iguales partes, importa una verdadera institución de heredero en el remanente de los bienes después de sacadas las legítimas y demás asignaciones particulares que el testamento consigna" (29).

14.º—Importancia de la clasificación de los herederos.— La importancia de la distinción que hace el Código entre los herederos universales y los de cuota se encuentra, en primer lugar, en que los primeros gozan del denominado **derecho de acrecer**, que se niega a los últimos, con la reserva que se pasa a explicar.

En efecto, por expresa disposición de los artículos 1147 y 1148, el acrecimiento tiene cabida cuando no se ha designado por el testador la cuota en que debe suceder cada heredero; desde que

(27) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*: Tomo 10, Segunda parte, Sección 1.ª, página 555.

(28) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*: Tomo 36, Segunda parte, Sección 1.ª, página 552.

(29) *Gaceta de los Tribunales*: Año 1887, Tomo 2.º, N.º 3093, página 2098.

habiendo tal designación sólo procede el acrecimiento entre los coherederos de la respectiva cuota.

Esto se explica, recordando que los herederos universales tienen una vocación expansiva a toda la herencia, de manera que la división de ella entre los coherederos universales es, por la fuerza del principio ya expuesto de que las partes las hace el concurso: *concurso partes fiunt* (30).

Los herederos de cuota, como son llamados a una porción solamente, tienen su derecho limitado a la cuota que se les ha asignado y el derecho de acrecer se presenta sólo respecto de esa cuota y no más (artículo 1148).

En segundo lugar, los herederos de cuota son siempre testamentarios, es decir, que el llamamiento procede en esa forma sólo del testamento del difunto. Mientras tanto que los herederos universales pueden provenir de la sola disposición de la ley (artículo 1100, inciso 2.º), como del testamento del causante (artículo 1098).

Esto mismo cabe decir de los herederos del remanente, que pueden ser tanto instituidos por el testamento (artículo 1099), como por la voluntad sola de la ley (artículo 1100, inciso 1.º).

15.º—Concurrencia de los herederos entre sí.—Puede ocurrir que en el patrimonio dejado por el difunto concurren a un mismo tiempo herederos de cuota, universales y del remanente, o bien herederos de alguna de estas especies con asignatarios a título particular.

En tales casos interesa saber qué parte del as hereditario llevarán en definitiva los herederos.

Para estos efectos, hay que distinguir varias situaciones, a saber:

A) Herederos universales con herederos de cuota.—Esto sucederá cada vez que el testador disponga de una cuota de la herencia en favor de una persona y llame a otra como su heredero universal.

En este supuesto, el heredero universal lleva la o las cuotas que falten para completar la unidad.

(30) *Supra* N.º 11.

DE LOS SUCESESORES O ASIGNATARIOS

19

Dispone el artículo 1098, inciso 2.º, que si el heredero universal "concurriere con herederos de cuota, se entenderá heredero de aquella cuota que con las designadas en el testamento complete la unidad o entero".

El autor del Código ilustró esta disposición con el siguiente ejemplo: "Se hacen varios legados a diferentes personas: se dejan los bienes a B, sin designar cuota; y por otra disposición se asigna el tercio de los bienes a C. B, sin embargo de su institución universal, sólo es heredero de los dos tercios restantes" (31).

Si las cuotas asignadas en el testamento completan o exceden el *as hereditario* y se designa uno o más herederos universales, estos últimos deben, no obstante, llevar una porción de la herencia.

Dispone a este respecto el artículo 1101 que "si las cuotas designadas en el testamento completan o exceden la unidad, en tal caso el heredero universal se entenderá instituido en una cuota cuyo numerador será la unidad y el denominador el número total de herederos: a menos que sea instituido como heredero del remanente, pues entonces nada tendrá".

Y por el artículo 1102, completando la disposición anterior, se expresa: "Reducidas las cuotas a un común denominador, incluso las computadas según el artículo precedente, se representará la herencia por la suma de los numeradores, y la cuota efectiva de cada heredero por su numerador respectivo".

De acuerdo con esas disposiciones, si "se dejan a B, C y D las cuotas $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$ y $\frac{1}{4}$, y además hay un heredero universal E, que, según el artículo 1101, debe considerarse heredero de $\frac{1}{4}$; la cuota de B será $\frac{6}{12}$, la de C $\frac{4}{12}$, la de D $\frac{3}{12}$ y la de E $\frac{3}{12}$. La herencia es representada por $6+4+3+3 = 16$; y de estos 16 corresponden a B 6, a C 4, a D 3, a E 3" (32).

Decía el autor del Código, a propósito de esta regla: "Después de todo, las hipótesis en que las cuotas excedan a la unidad no pueden menos de ocurrir rarisima vez; y como sólo respecto de esas hipótesis es necesaria la fórmula general del artículo 1224 (1100), pudiéramos suprimirlo sin inconveniente. Se objetará que la disposición del artículo (1100) supone el conocimiento de la

(31) Nota al artículo 3.º, título VI, Proyecto de 1841-45.

(32) Nota al artículo 1224 del Proyecto del año 1853.

aritmética. Respondo que esto pudiera mirarse como un inconveniente en otros tiempos. En el día, la aritmética es un ramo general de la educación" (33).

B) Herederos del remanente con herederos de cuota.— Esto ocurre, por ejemplo, cuando el testador le asigna a un heredero una cuota de la herencia y el remanente a otro. Lo mismo, si se deja un heredero de cuota y nada se dice respecto del sobrante, pues en tal caso, los herederos abintestato son herederos del remanente, conforme al artículo 11000, inciso 1.º.

Cuando concurren herederos de cuota con los del remanente, éstos llevan la o las cuotas que faltan para completar la unidad, de donde resulta que se transforman, en el hecho, en herederos de cuota.

Establece el artículo 1099 que "si hechas otras asignaciones se dispone del remanente de los bienes y todas las asignaciones, excepto la del remanente, son a título singular, el asignatario del remanente es heredero universal: si algunas de las otras asignaciones son de cuotas, el asignatario del remanente es heredero de la cuota que reste para completar la unidad".

Decía Bello lo siguiente: "Si el testador dejase el tercio de sus bienes a B., una casa a C, mil pesos a D, y el remanente a E, B y E serían herederos, B del tercio y E de los dos tercios restantes" (34).

Pero si las cuotas designadas en el testamento completan o exceden la unidad, los herederos del remanente nada llevarán (artículo 1101).

C) Herederos del remanente con asignatarios de legado.— Si el testamento contiene disposiciones a título particular, y se ha dispuesto del sobrante en favor de otro u otros asignatarios, la ley considera que en tal caso los últimos son herederos universales, no obstante que el causante los ha llamado al remanente (artículo 1099).

Por consiguiente, "si el testador deja su casa a B, una hacienda a C; algunas cantidades de dinero a D y E; y el remanente lo

(33) Nota al artículo 1224 del Proyecto de 1853.

(34) Nota al artículo 4, del título VI, Proyecto 1841-45.

DE LOS SUCESESORES O ASIGNATARIOS

21

deja todo a F. F. es heredero universal con la carga de los antedichos legados" (35).

16.º—**En el hecho no hay sino herederos universales o de cuota.**—De lo que llevamos expuesto se desprende que, en el hecho, no hay, por el Código, sino herederos universales o de cuota, desde que los del remanente pasan a tener una u otra calidad, dependiendo de que concurren con asignatarios a título particular o con herederos de cuota.

Se ha resuelto, conforme a estas ideas, que el heredero del remanente es universal o de cuota, según las circunstancias indicadas en los artículos 1099 y 1100 del Código (36).

La conclusión anterior tiene importancia, en la práctica, particularmente en relación con el derecho de acrecer, que existe ilimitadamente para los herederos universales y limitado dentro de su cuota para los de esta especie.

17.º—**Herederos forzosos y voluntarios.**—Esta clasificación se hace tomando en cuenta si el testador estaba o no obligado a dejarles alguna parte del patrimonio.

Los primeros son aquéllos a quienes el testador, en caso de haberlos, tiene la obligación impuesta por la ley de dejarles una parte de su patrimonio.

El artículo 1167 dispone lo siguiente: "Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen, cuando no las ha hecho, aún en perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas" (inciso 1.º).

Si el testador no respeta los derechos que la ley ha reservado para los asignatarios forzosos, pueden éstos intentar la acción de reforma del testamento, conforme a lo estatuido por los artículos 1216 y siguientes.

De aquí resulta que las reglas sobre la distribución de la herencia, cuando concurren varios herederos, según ya se ha explicado, tienen cabida siempre que con ellas no se perjudiquen los asignatarios forzosos (artículo 1103).

(35) Ibidem.

(36) *Revista de Derecho y Jurisprudencia*: Tomo 36, Segunda parte, Sección 1.ª, página 552, considerando 7.º.

Los asignatarios voluntarios, como su nombre lo señala, son aquellos que el testador elige libremente, de manera que a su respecto no tiene ninguna imposición de la ley para reservarles nada de su patrimonio.

El concepto de asignatario forzoso, de acuerdo con nuestro Derecho, no significa que los herederos forzosos deban obligadamente aceptar la asignación que se les haga por el causante, como pudiera pensarse.

El artículo 1225, en cuanto por él todo asignatario "puede aceptar o repudiar libremente", tiene perfecta cabida en el caso en estudio. Como decía Paulo, "no se concede un beneficio al que no lo quiere".

Herederos voluntarios son, pues, aquellos elegidos por el testador y a los cuales no tenía obligación alguna de dejarles parte del as hereditario. Ellos tienen, como único título a la herencia, la libre y espontánea voluntad del testador; pero, al igual que los forzosos, pueden aceptar o repudiar libremente (artículo 1225, inciso 1.º).

La distinción que hemos hecho entre herederos forzosos y voluntarios es la consecuencia del sistema seguido por el Código, en cuanto por él no hay una amplia libertad de testar.

Por razones que no es del caso exponer ahora, el legislador ha obligado, en ciertos casos, al de cuius a disponer de una parte de su patrimonio en favor de ciertos y determinados asignatarios, que vienen así a resultar herederos forzosos del testador.

18.º—Asignatarios directos y sustitutos.— Los asignatarios, bien se les califique de herederos o legatarios, pueden ser instituidos directamente o como sustitutos, para el caso de faltar los primeros.

El instituto de la sustitución fue introducido en Roma para obviar el inconveniente de que el testador pudiera morir sin herederos. Mediante este sistema se permitía que al instituido le reemplazara un sustituto.

A esta sustitución se le dio el nombre de **vulgar**, por razones que no se encuentran bien aclaradas, aunque lo más probable es

DE LOS SUCESORES O ASIGNATARIOS

23

que se le haya calificado así por ser la más corriente y la que era siempre legalmente posible (37).

19.º—**Diversas sustituciones.**—Además de la sustitución vulgar, conocieron los romanos la **fideicomisaria**, la **pupilar** y la **cuasi-pupilar**, denominada también **ejemplar**.

Por la primera se instituía un heredero con la carga de restituir la herencia, después de su muerte, a otra persona.

La pupilar era aquélla por la cual el padre de familia nombraba un heredero al hijo impúber sujeto a su patria potestad, no solamente sobre los bienes que le transmitía por herencia sino, además, respecto de los bienes del hijo, siempre que falleciera antes de llegar a la edad en que el hijo era capaz de testar por sí mismo.

Por la ejemplar se nombraba sustituto al loco o demente, para el caso de que falleciera antes de recobrar el juicio.

El Código Civil, en el párrafo 9.º, del título IV, Libro Tercero, no reconoce más sustituciones que la vulgar y la fideicomisaria. La pupilar y la ejemplar desaparecieron.

Ello porque, como se dice, "nada más injusto que la facultad concedida al padre de testar por el hijo impúber sobreviviente para el caso de fallecer este hijo antes de llegar a la pubertad, disponiendo, no sólo de los bienes que por muerte le transmitía, sino de cualesquiera otros de que el hijo fuese dueño al tiempo de la suya, pues aún podía, lo que el mismo hijo no hubiera podido testando, pasar en silencio a la madre" (38).

Y en cuanto a la ejemplar, "en que se nombra sustituto al mentecato o furioso, para el caso de que fallezca antes de recobrar el juicio, fue establecida, como lo dice su nombre, a ejemplo de la pupilar, y militan contra ellas las mismas razones. Si recae sobre la legítima, es injusta; si sobre la cuota de bienes de que el testador puede disponer a su arbitrio, es innecesaria" (39).

Estas fueron, pues, las razones que tuvo en cuenta el Código para no contemplar otras sustituciones que la vulgar y la fideicomisaria.

(37) Véase: De Gásperi: "Derecho Hereditario", Tomo III, página 515.

(38) Nota al artículo 1.º del Título V del Proyecto de 1841-45.

(39) Ibidem.

20.º—La sustitución se aplica a todo asignatario.—La sustitución, bien sea vulgar o fideicomisaria, puede tener cabida tanto respecto de los herederos como de los legatarios.

Los artículos 1156, 1157, 1158 y 1164, en relación este último con el 734, se refieren indistintamente al asignatario y a la asignación, de manera que, según los términos del artículo 954, se puede nombrar sustituto al heredero como al legatario.

Se da la sustitución, sin embargo, en la sucesión testada, pues en la intestada no hay sustitutos designados por la ley.

21.º—De la sustitución vulgar.—Definición.—Sustitución vulgar o directa es aquella por la cual el testador reemplaza al asignatario por otra persona, para el caso de que el instituido no quiera o no pueda suceder.

La definición se extrae del artículo 1156, en cuanto dispone que "la sustitución **vulgar** es aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que, antes de deferirsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento, o por otra causa que extinga su derecho eventual" (inciso 2.º).

Esta sustitución es la que, en caso de duda, debe ser aplicada, si se tiene presente que, según el artículo 1166, "la sustitución no debe presumirse fideicomisaria, sino cuando el tenor de la disposición excluye manifiestamente la vulgar".

22.º—Se trata de un llamamiento condicional.—La sustitución de que estamos tratando es una segunda institución de asignatario, mediante la cual la herencia o legado pasa directamente al sustituto por faltar el instituido en primer lugar.

Resulta así la sustitución vulgar un llamamiento condicional (40), desde que el sustituto recogerá la asignación en el evento de que el asignatario llamado en primer lugar no quiera o no pueda suceder.

23.—Normas a las cuales se sujeta la sustitución vulgar.—Las normas son las siguientes:

(40) En este sentido: Polacco, Obra citada, Tomo 1.º, página 483. De Gásperi, Obra citada, Tomo III, página 521. Ruggiero: "Derecho Civil", Tomo II, volumen II, página 493. Díaz Cruz, Mario: "Los Legados", página 511, N.º 2.

DE LOS SUCESESORES O ASIGNATARIOS

25

A) Que el instituido no quiera o no pueda suceder.—El llamado en primer lugar —el instituido— no debe llevar la asignación, sea porque no quiere o no puede suceder. No quiere cuando repudia; y no puede cuando es incapaz o indigno.

Es el resumen de las varias situaciones mencionadas por el artículo 1156, inciso 2.º.

Es al momento de la delación al que hay que atender para determinar si el instituido no quiere o no puede suceder.

Como la aceptación, una vez que se ha dado, resulta irrevocable (artículos 1234 y 1237), "no se entiende faltar el asignatario que una vez aceptó, salvo que se invalide la aceptación" (artículo 1156, inciso 3.º).

Igualmente, como el asignatario que fallece sin haber aceptado o repudiado transmite su derecho de opción a sus herederos (artículo 957), no se entiende que un sucesor que fallece en esas condiciones falta, por lo que el derecho de transmisión excluye al de sustitución (artículo 1163).

Sin embargo, el derecho acordado a los herederos del instituido para aceptar o repudiar, excluye al de sustitución solamente cuando acepten la asignación, de suerte que en esa sola situación resulta exacta la expresión del artículo 1163, ya que si los herederos del instituido repudian, la sustitución tendrá lugar.

Habría sido más exacta la ley si hubiera dicho que el derecho de transmisión prefiere al de sustitución (41).

B) Tiene cabida aún en los casos no previstos por el testador.—La sustitución tiene cabida aún en casos no señalados por el testador, quien ha podido prever una situación solamente.

Conforme al artículo 1157: "La sustitución que se hiciere expresamente para algunos de los casos en que pueda faltar el asignatario, se entenderá hecha para cualquiera de los otros en que llegare a faltar; salvo que el testador haya expresado voluntad contraria".

Esta regla encuentra justificación en el deseo manifestado por el testador de no morir intestado.

(41) Fabres, "Instituciones de Derecho Civil", Tomo II, página 45.

Si se ha señalado, por ejemplo, el caso de la muerte del instituido, esto no excluye, salvo voluntad expresa en contrario, otros casos en que pueda faltar el asignatario directo.

Además, como decía Bello, "se presume, con bastante fundamento, que el testador se fijó en el caso de la muerte como el más común o el que más fácilmente ocurre a la imaginación. Si el testador designase un caso raro, como el de la indignidad, la presunción no tendría tanta fuerza. Sin embargo, se ha preferido dar una regla uniforme" (42).

C) Se puede sustituir uno a muchos y muchos a uno.—Esta regla se encuentra consagrada en el artículo 1159.

Si los instituidos son dos o más, puede el testador darles un sustituto y, por el contrario, siendo uno solo el llamado en primer lugar, los sustitutos pueden ser varios.

Cuando los instituidos son dos o más y falta uno de ellos a la delación, la porción del que falta ¿pasa al sustituto o, por el contrario, por acrecimiento pasa al o a los instituidos restantes?

Para algunos intérpretes, el acrecimiento tiene lugar, con lo que se presentaría un caso de excepción al principio del artículo 1163, en orden a que la sustitución excluye al derecho de acrecer (43).

Para otros, el sustituto adquirirá la totalidad de la asignación en defecto de todos los instituidos; pero si uno falta, adquirirá la cuota de éste, con preferencia a los demás instituidos, sin que éstos puedan hacer valer en su favor el derecho de acrecer (44).

Tenemos para nosotros como valedera la segunda interpretación, desde que el artículo 1163 dispone que el derecho de sustitución excluye al de acrecimiento. Y la única manera de que tenga sentido esta regla es aquélla en que, llamados en primer lugar dos o más asignatarios con derecho de acrecer, el sustituto de los instituidos pueda reemplazar al que falte a la delación, pues si el

(42) Nota al artículo 5, título 5, Proyecto 1841-45.

(43) En este sentido: **Claro Solar, Luis**: "Derecho Civil", Tomo XV, página 223, N.º 1324. **De Gásperi**: Obra citada, Tomo III, página 525.

(44) En este sentido: **Ruggiero**: Obra citada, Tomo II, volumen II, página 495.

DE LOS SUCESESORES O ASIGNATARIOS

27

acrecimiento tuviera siempre lugar, no se ve cuándo podría tener aplicación el sobredicho artículo 1163.

Si son muchos los que sustituyen al llamado en primer lugar, el testador puede asignarles partes iguales o desiguales. Si nada se dice al respecto la asignación la dividen por iguales partes.

D) La sustitución puede ser de varios grados.—De acuerdo con el artículo 1158, la sustitución puede ser de varios grados, como cuando se nombra un sustituto al asignatario directo, y otro al primer sustituto.

Como decía Bello, "puede, pues, sustituirse un segundo asignatario al primero, un tercero al segundo y así indefinidamente" (45).

Cuando la sustitución es sucesiva, cada sustituto posterior se reputa serlo no tan sólo respecto del que le precede inmediatamente sino también del instituido.

Como lo expresa el artículo 1161, "el sustituto de un sustituto que llega a faltar, se entiende llamado en los mismos casos y con las mismas cargas que éste, sin perjuicio de lo que el testador haya ordenado a este respecto".

Esto se traduce en lo siguiente: el sustituto de un sustituto lo es también del instituido, es decir, y como lo expresaba el Proyecto de los años 1841-45, "el que es sustituido a un sustituto, se entiende sustituido al asignatario primero para el caso de faltar uno y otro, en cualquier orden que hayan fallecido" (artículo 6.º, título V).

Explicando esta disposición, que viene muy bien al artículo 1161, expresaba el autor del Código lo siguiente: "Supongamos que la disposición sea como sigue: Dejo tal cosa a Mevio; faltando Mevio, a Sempronio; faltando Sempronio a Ticio". Si falleciere primero Mevio y después Sempronio, no habría lugar a duda; pero, siendo los fallecimientos en orden contrario, podría vacilarse. Este artículo es conforme al axioma de los civilistas: "Substitutus substituto intelligitur substitutus instituto, y al N.º 3, De Vulgari Substitutione Ius".

(45) Nota al artículo 2, Título V, Proyecto 1841-45.

E) La sustitución puede ser recíproca.—Se entiende por tal la que debe operar entre los mismos instituidos.

Las Partidas la denominaban brevilocua; mutua, la llamaba Papiniano; recíproca, al decir de Modestino.

Se presenta, como se ha dicho, cuando el testador designa dos o más asignatarios de primer grado y ordena que si uno falta sea sustituido por los restantes. Así sucede cuando instituye como herederos a Pedro, Juan y Diego, y los sustituye mutuamente, caso en el cual, si cualquiera de ellos no quiere o no puede suceder, será sustituido por los restantes en la porción vacante, que la reciben no por el derecho de acrecer sino por el de sustitución.

A ella hace referencia el artículo 1160, cuando manda que "si se sustituyen recíprocamente tres o más asignatarios, y falta uno de ellos, la porción de éste se dividirá entre los otros a prorrata de los valores de sus respectivas asignaciones".

Esta forma de distribución viene impuesta por el principio de que "en cualquier forma que el testador quiso a los herederos al instituirlos, ha de considerarse que así los quiso al sustituirlos".

El sistema adoptado por el artículo 1160 está conforme con lo que establecía la Ley 3.^a, título 5, Partida 6.^a; disposición ésta que más tarde reprodujo el artículo 633 del Proyecto Español de 1851, aunque en éste se agregó al final la frase "si no apareciere claramente haber sido otra la voluntad del testador", que aunque no se encuentra en nuestro Código parece muy natural que se respete la voluntad del causante, desde que es ella la que determina cómo deben ser distribuidos sus bienes.

23.^o—Derechos del sustituto.—El sustituto recoge la asignación en la misma forma en que se le había dejado al instituido.

Varias disposiciones consagran el principio. Así, por el artículo 1161 se establece que el "sustituto de un sustituto que llega a faltar, se entiende llamado en los mismos casos y con las mismas cargas que éste, sin perjuicio de lo que el testador haya ordenado a este respecto". Y mediante el artículo 1068 se había ordenado que "la asignación que por faltar el asignatario se transfiere a distinta persona, por acrecimiento, substitución u otra causa, llevará consigo todas las obligaciones y cargas transferibles, y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente" (inciso 1.^o).

DE LOS SUCESESORES O ASIGNATARIOS

29

Resulta así el derecho del sustituto, por la presunción de la voluntad del testador en orden a que no ha querido favorecerlo más que al instituido, de manera que sólo una voluntad expresada en contrario, emanada del de cuius, será bastante para destruir esa presunción o, como dice el Código, "sin perjuicio de lo que el testador haya ordenado a este respecto" (artículo 1161).

Por consiguiente, al igual que el instituido, el sustituto podrá aceptar o repudiar la asignación (artículo 1068) y aunque se trate de una sustitución recíproca (artículo 1160). En este último caso, el sustituto podrá conservar la porción en que se le ha instituido y repudiar la que le viene por sustitución, desde que el artículo 1068 no distingue ninguna especie de sustitución. Además, el derecho de acrecer que correspondía al instituido que falta puede hacerlo valer en su provecho el sustituto.

"Supongamos, pues, que se dejase una cosa a Ticio y Sempronio, y Mevio fuese sustituido a Ticio. Faltando Ticio, no acrecería su porción a Sempronio —pues el derecho de sustitución prefiere al de acrecimiento, por el artículo 1163—, y la deferiría la ley a Mevio. Si faltasen Ticio y Sempronio, correspondería toda la asignación a Mevio, cualquiera que hubiese sido el orden de los fallecimientos, porque Mevio, como sustituto de Ticio, tiene derecho a que le acrezca la porción de Sempronio, si éste falta" (46).

En todo caso, las cargas que pasan al sustituto son aquellas que no supongan en el instituido una aptitud personal. Si a un pintor famoso se le deja un legado, con la carga de confeccionar una tela que debe entregar a un tercero, no podrá pasar esta carga a quien le sustituya, que puede carecer de la aptitud del instituido (artículo 1068).

24.º—**La sustitución no se presume.**—La sustitución reconoce como única fuente la voluntad del testador. La ley no establece sustitutos.

Por esta razón, ni aún cuando el instituido sea descendiente legítimo del causante, los descendientes legítimos de aquél le sustituyen.

(46) Nota al artículo 7.º del título V, Proyecto 1841-45.

Sobre el particular, el artículo 1162 dispone lo siguiente: "Si el asignatario fuere descendiente legítimo del testador, los descendientes legítimos del asignatario no por eso se entenderán sustituidos a éste; salvo que el testador haya expresado voluntad contraria".

Mientras el derecho de acrecer, según algunos doctrinadores, reconoce como fundamento la voluntad presunta del testador (47), que se infiere del hecho de destinar una misma cosa en su totalidad a dos o más asignatarios, el derecho de sustitución sólo tiene cabida ante una voluntad explícita del testador.

25.º—**La sustitución prefiere al acrecimiento.**—Hemos manifestado ya que el acrecimiento se presenta cuando falta un coasignatario. Y para la ley esto ocurre cuando la porción del instituido queda vacante.

Si tiene el instituido designado por el testador un sustituto, la porción no está vacante. Esto explica, por consiguiente, que el derecho de sustitución prefiera al de acrecimiento.

"Supongamos —decía el autor del Código—, que se dejase una cosa a Ticio y Sempronio, y Mevio fuese sustituido a Ticio. Faltando Ticio, no acrecería su porción a Sempronio, y la deferiría la ley a Mevio" (48). Es esto lo que ahora se dice por el artículo 1163.

Pero es bien entendido, no obstante los términos del sobredicho artículo 1163, que la sustitución excluye al acrecimiento sólo si el sustituto acepta, por su parte, la asignación destinada normalmente al instituido. Si repudia, quedando en definitiva la porción vacante, el acrecimiento tendrá lugar.

Es más exacto, pues, afirmar que el derecho de sustitución prefiere solamente al acrecimiento, ya que no lo excluye totalmente.

Recordemos que ciertos doctrinadores sostienen que cuando uno sustituye a muchos coasignatarios, el derecho de acrecer de

(47) Véase nuestras notas acerca "Del derecho de acrecer", en esta misma Revista, N.º 103, (Enero-Marzo de 1958), páginas 3 y siguientes.

(48) Nota al artículo 7.º del título V, Proyecto, 1841-45.

DE LOS SUCESESORES O ASIGNATARIOS

31

los últimos estaría antes que el sustituto, desde que éste entraría a falta de todos los instituidos (49).

Hemos sostenido que no es ésta la solución adecuada, pues el artículo 1163 no contempla ninguna excepción al principio.

26.º—El derecho de transmisión prefiere al de sustitución.—Es regla consagrada por el artículo 1163 que el derecho de transmisión, que establece el artículo 957, excluye al de sustitución.

Como el derecho de transmisión se presenta cuando el asignatario fallece sin haber aceptado ni repudiado, el sustituto no podrá ocupar el lugar del instituido mientras los herederos de éste no manifiesten su voluntad de aceptar o repudiar: si la aceptan, no tendrá cabida el derecho de sustitución; si la repudian, el sustituto entrará en lugar del instituido.

De esto resulta que el derecho de transmisión sólo prefiere al de sustitución, pero no lo excluye siempre.

Decía Bello lo siguiente: "B muere: le sucede C, que repudia la herencia. D sustituido a C falleció después que B, pero antes de la repudiación de C. La repudiación se retrotrae a la muerte y produce el mismo efecto que si C no hubiese existido jamás. Por consiguiente, la ley defiere la herencia a D, en el momento de fallecer el testador. Es verdad que D ha muerto sin saberlo, pero la ignorancia del heredero no impide la transmisión, según el artículo 5.º del título Reglas Generales. En realidad, no puede decirse que falta un asignatario, cuando la ley trasmite sus derechos ipso jure a las personas que lo representan" (50).

En verdad, y como lo anota Claro Solar, lo que ocurre, aunque el ejemplo no lo expresa, es que los herederos de D —sustituto— podrán aceptar o repudiar la asignación con preferencia al derecho del o de los sustitutos que se hayan designado al mismo D (51).

27.º—De la sustitución fideicomisaria.—Concepto.—Según el artículo 1164, sustitución fideicomisaria "es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace

(49) Supra N.º 23, letra c).

(50) Nota al artículo 7.º del Título V, Proyecto 1841-45.

(51) Obra citada, Tomo XV, páginas 235, N.º 1339.

dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria" (inciso 1.º).

Mientras por medio de la sustitución vulgar se recibe por el sustituto la asignación directamente del testador, por la fideicomisaria el sustituto —fideicomisario— la recibe por intermedio del instituido —fiduciario—.

Por eso se dice que en la sustitución fideicomisaria el sustituto recibe la asignación oblicuamente y no recta vía.

28.º—Reglas por las que se gobierna.—Esta forma de sustitución se regla por lo dispuesto en el título "De la propiedad fiduciaria" (artículo 1164, inciso 2.º).

Son, pues, los artículos 732 y siguientes los que deben aplicarse en esta materia.

Por eso el artículo 734 permite la constitución del fideicomiso "sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos".

Además, por el artículo 735 se ha dispuesto que "los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado por instrumento público, o por acto testamentario".

Y cuando se le establece por acto de último voluntad, nos encontramos frente a la sustitución fideicomisaria.

Por el Código no hay sino una sola restitución, esto es, que el fideicomisario mismo o los que se hayan designado en sustitución suya adquieren la propiedad sin el gravámen de volver a restituirla. Es así, por cuanto el artículo 745 "prohibe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituido el fideicomiso a una persona lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra. Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros".

Igualmente, al tenor del artículo 1165, inciso 1.º, "si para el caso de faltar el fideicomisario antes de cumplirse la condición, se le nombran uno o más sustitutos, estas sustituciones se entenderán vulgares, y se sujetarán a las reglas de esta sustitución".