

## Informe de Investigación

Título: El testamento en el Derecho Comparado

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Civil.	<b>Descriptor:</b> Sucesiones.
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta.	<b>Palabras clave:</b> Formas de Sucesión, Capacidad para testar, Legados, Tipos de sucesión, Testamento, Adquisición de la Herencia.
<b>Fuentes:</b> Doctrina.	<b>Fecha de elaboración:</b> 08 – 2010.

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2 Doctrina.....</b>	<b>3</b>
a) ALEMANIA.....	3
APERTURA. ACEPTACION Y ADQUISICION DE HERENCIA.....	3
CAPACIDAD PARA SUCEDER.....	5
CAPACIDAD PARA TESTAR.....	6
COLACION.....	6
CONTENIDO DEL TESTAMENTO.....	7
A) En general.....	7
B) Legítimas.....	7
C) Condición, término, modo.....	10
D) Legados.....	12
E) Derecho de acrecer.....	17
b) CUBA.....	17
Antecedentes históricos de la función notarial.....	17
Breve reseña histórica de la función notarial en Cuba.....	23
Reflexiones en torno a los tipos de sucesión.....	27
Criterio de clasificación atendiendo a sus efectos.....	28
Criterio de clasificación atendiendo a sus orígenes.....	28
Consideraciones sobre el íter sucesorio.....	30
Apertura de la sucesión.....	30
Vocación y delación hereditarias.....	31
c) ESPAÑA.....	32
Concepto de Testamento.....	32
Caracteres del testamento.....	33
¿Quiénes pueden testar?.....	33

Los testigos y el notario.....	34
Clases de testamento.....	35
d)HOLANDA.....	37
APERTURA, ACEPTACION Y ADQUISICION DE HERENCIA.....	37
CAPACIDAD PARA SUCEDER.....	39
CAPACIDAD PARA TESTAR.....	41
COLACION.....	41
e)INGLATERRA.....	42
INTRODUCCION.....	42
ADQUISICION DE LA HERENCIA.....	43
CAPACIDAD PARA TESTAR.....	45
f)MÉXICO.....	47
Concepto de testamento.....	47
Clasificación del testamento.....	47
Capacidad para testar.....	50
Capacidad para heredar.....	50
Condiciones que pueden incluirse en el testamento.....	51
Procedimiento para elaborar un testamento.....	52
Registro Nacional de Testamentos (Renat).....	54
Nulidad, revocación y caducidad de los testamentos.....	54
Consecuencias por no elaborar un testamento.....	55
Conclusión.....	56

## 1 Resumen

El presente informe contiene doctrina sobre el testamento de diferentes países, mostrando las características básicas de cada sistema. La información adquirida es de los países Alemania, Cuba, España, Holanda, Inglaterra y México. Explicando temas como la apertura, la aceptación, adquisición de la herencia, la capacidad para suceder, la capacidad para testar, los tipos de sucesión, los tipos de testamento, las condiciones, entre otros.

## 2 Doctrina

### a) ALEMANIA

[Simó]<sup>1</sup>

## APERTURA. ACEPTACION Y ADQUISICION DE HERENCIA

### A) Apertura y Delación.

El BGB establece que a la apertura de la sucesión se transfiere la herencia, de un modo jurídicamente necesario, al heredero: el llamado no precisa declaración de voluntad alguna para devenir heredero, sino por el contrario, la precisa para despojarse de la herencia si lo quiere así (1.922, 1.942). Por excepción el fisco, cuando es llamado como heredero legal en último lugar, no tiene derecho a repudiar la herencia (1942).

A consecuencia del derecho de repudiación deben distinguirse dos fases en la adquisición de la herencia: la adquisición provisional, que tiene lugar por la apertura, y la adquisición definitiva, que tiene lugar por la aceptación de la herencia.

Con la muerte de una persona pasa su patrimonio como un todo a los herederos (1.922).

### B) Aceptación.

La ley no dice cómo debe hacerse la aceptación de la herencia. Según la doctrina dominante se realiza por medio de una declaración de voluntad no recepticia o por medio de actuaciones que demuestran la voluntad de ser heredero (pro herede gestio).

### C) Reglas comunes a la aceptación y repudiación.

1. El heredero puede aceptar o repudiar la herencia tan pronto como se produzca la muerte del causante (1.946).

2. La aceptación y la repudiación no pueden hacerse bajo condición, ni a plazo, ni tampoco parcialmente (1.947, 1.950).

3. Quien está llamado como heredero por disposición por causa de muerte, si sin duda disposición estuviese llamado como heredero legítimo, puede repudiar la herencia como heredero instituido y aceptarla como heredero legítimo. Quien está llamado como heredero por testamento y por contrato sucesorio, puede aceptarla por un llamamiento y repudiarla por otro (1.948).

4. Quien está llamado a varias porciones hereditarias, por distintas causas, puede aceptar una porción hereditaria y repudiar otra. Si el llamamiento descansa en la misma causa, la aceptación o repudiación de una porción hereditaria vale también para la otra, incluso si está sólo se defiere más tarde. Si el causante instituye a un heredero en varias porciones hereditarias, puede permitirle aceptar una porción y repudiar la otra (1.951).

5. Si la aceptación o repudiación son impugnables, la impugnación sólo puede realizarse dentro de seis semanas (que son seis meses si el último domicilio del causante ha sido en el extranjero, o si el heredero está en el extranjero al comienzo del plazo). La impugnación está excluida si desde la aceptación o repudiación han transcurrido treinta años (1.954).

6. La impugnación de la aceptación vale como repudiación; la impugnación de la repudiación vale



como aceptación (1.957),

La impugnación se realiza por declaración frente al Tribunal del caudal relicto, que deberá comunicarla a quien deba referirse nuevamente la herencia caso de repudiación (1.955,1,957).

#### **D)Repudiación.**

Se realiza por declaración frente al Tribunal del caudal relicto, en forma públicamente autenticada. El apoderado necesita también poder bajo fe pública que deberá ser unido a la declaración o aportado después dentro del plazo para la repudiación (1.945).

El derecho de repudiar es heredable. Cada uno de los varios herederos del heredero puede repudiar la parte de la herencia correspondiente a su porción hereditaria (1.952).

Si la herencia es repudiada, la adquisición provisional a favor del repudiante vale como no ocurrida y se define la herencia a la persona que estaría llamada si el repudiante no hubiere vivido al tiempo de la muerte del causante (lo cual le será comunicado por el Tribunal del caudal relicto) (1.953).

#### **E)Tribunal del caudal relicto.**

Hasta la aceptación de la herencia el Tribunal ha de velar por la seguridad de dicho caudal siempre que haya necesidad. Lo mismo vale si el heredero es desconocido o si es incierto si haya aceptado la herencia (1.960).

El Tribunal designará un curador del caudal relicto si la designación es solicitada por los titulares de una pretensión contra dicho caudal (1.961).

Para la curatela del caudal relicto se subroga en la posición del Tribunal de tutelas el Tribunal de dicho caudal (1.962).

Si el heredero no es descubierto dentro de un plazo adecuado a las circunstancias, el Tribunal ha de constatar que no existe otro heredero que el fisco, previo un requerimiento público para la aducción de los derechos hereditarios (1.964, 1.965).

#### **F) Petición de herencia.**

##### **1.Partes.**

Es demandante el heredero. Es demandado quien ha conseguido algo de la herencia sobre un fundamento de un derecho hereditario que no le compete (2.018) y también quien ha adquirido de éste (2.030).

##### **2.Reglas.**

El poseedor de la herencia tiene que restituir al heredero lo que posee procedente de aquélla y sus frutos (2.020).

Rige el principio de subrogación: debe restituir todo lo que haya adquirido por negocio jurídico con medios de la herencia (2.019).

La responsabilidad: se rige por la regla del enriquecimiento injusto (2.021) y tiene derecho a la indemnización de gastos en tanto éstos no resulten cubiertos por imputación al enriquecimiento (2.022).

En relación a los objetos de la herencia que no se encuentren ya en poder del demandado, la pretensión del heredero a la indemnización por daños, destrucción y demás causas que imposibilitan la restitución se regula por las prescripciones sobre la pretensión de la propiedad (2.023) debiendo distinguirse, por tanto, entre posesión de buena y mala fe y entre el tiempo anterior y posterior a la actuación de su pretensión por el demandante.

El poseedor de la herencia no puede dejar frente al heredero, en tanto no haya prescrito la pretensión de herencia, la usucapión de una cosa que tiene en posesión como perteneciente a la herencia (2.026).

La responsabilidad del poseedor se determina también frente a las pretensiones que corresponden al heredero en relación con los objetos particulares de la herencia, según las disposiciones sobre la pretensión de la herencia (2.029).

## **CAPACIDAD PARA SUCEDER**

### **A) Regla general.**

Sólo puede ser heredero quien viva al tiempo de la muerte del causante. Quien no viva al tiempo de la muerte del causante, pero estuviese ya concebido, vale como nacido antes de la muerte del causante (1.923).

### **B) Indignidad.**

a)Causas.—Es indigno para suceder (2.339).

1. Quien dolosa y antijurídicamente ha matado o intentado matar al causante o le ha colocado en una situación a consecuencia de la cual dicho causante fue incapaz hasta su fallecimiento para otorgar o invalidar una disposición por causa de muerte.

2. Quien dolosa y antijurídicamente ha impedido al causante otorgar o invalidar una disposición por causa de muerte.

3. Quien por engaño doloso o antijurídicamente, mediante intimidación, ha determinado al causante a otorgar o a invalidar una disposición por causa de muerte.

4. Quien, en relación con una disposición por causa de muerte del causante, se ha hecho culpable de un acto punible por falsedad de documentos.

En los dos últimos casos no tiene lugar la indignidad si antes de la producción de la muerte del causante, la disposición a cuyo otorgamiento a sido determinado el causante o en relación a la cual ha sido cometido el acto punible, se ha hecho ineficaz, o si la disposición a cuya invalidación ha sido él determinado habría sido ineficaz.

Lo mismo se aplica para los legatarios y legitimarios (2.345).

b)Modo de hacerla valer.—La impugnación.

La indignidad sucesoria se hace valer mediante impugnación de la adquisición de la herencia, dentro de un año a contar desde el conocimiento de la causa (2.340 y 2.082). La impugnación sólo es admisible después de la adquisición provisional de la herencia. Frente a un heredero sucesivo puede realizarse la impugnación tan pronto como la herencia esté deferida al heredero previo.

Actor: Todo aquel a quien beneficia el fallo del indigno para suceder (2.341).

Acción: Ha de dirigirse a la circunstancia de que el heredero sea declarado indigno para suceder.

La eficacia de la impugnación sólo se produce al adquirir firmeza la sentencia (2.342).

Perdón: La impugnación está excluida si el causante ha perdonado al indigno (2.343).

## **CAPACIDAD PARA TESTAR**

El otorgamiento del testamento presupone en el testador solamente la capacidad de testar comprendida bajo el concepto general de capacidad negocial.

El menor de edad sólo puede otorgar testamento si ha cumplido los 16 años. Aun siendo mayores de 16 años, son incapaces: los incapacitados a causa de enfermedad mental, los que se encuentran en un estado duradero de perturbación de la actividad mental por causa de enfermedad y los que han sido incapacitados a causa de debilidad mental, prodigalidad o embriaguez (2.229).

Si un incapacitado ha otorgado testamento antes de que haya llegado a ser inimpugnable la decisión que pronuncia la incapacitación, dicha incapacitación no perjudica a la validez del testamento si el incapacitado muere todavía antes de la producción de la inimpugnabilidad. Lo mismo vale si el incapacitado otorga un testamento después de la presentación de la petición de alzamiento de la incapacitación y dicha incapacitación esalzada conforme a la petición.

## **COLACION**

La colación se desenvuelve en la sucesión intestada. La colación tiene por fin restablecer la igualdad entre las porciones hereditarias legales, desiguales a causa de los anticipos hechos en vida del patrimonio paterno, y, por tanto, sólo tiene lugar, en principio, en la sucesión legítima de los descendientes (2.050); en la testamentaria, únicamente cuando éstos han sido instituidos precisamente en aquello que debían percibir si se produjera la sucesión legítima, o cuando sus participaciones hereditarias hayan sido medidas de modo que se hallen en la misma relación entre sí que las partes hereditarias legítimas (2.050, 2.052).

Los suplementos, que se han entregado con el fin de ser empleados como ingresos, así como los gastos para la preparación de una profesión, han de traerse a colación en lo que hayan sobrepasado la medida correspondiente a la situación patrimonial del causante (2.050).

Puesto que el deber de colación se basa en la voluntad presunta del de cujus, desaparece si lo ha excluido al hacer la atribución. Las restantes atribuciones sólo deben colacionar cuando el causante lo ha ordenado así al hacerlas (2.050).

Una atribución que haya recibido del causante un descendiente más lejano antes del fallo del descendiente más próximo que a él le excluía de la sucesión o un descendiente que entra en la situación de otro descendiente como heredero sustituto, no ha de traerse a colación, a no ser que el causante haya ordenado la colación en la atribución. Lo mismo vale si un descendiente antes de que hubiese obtenido la posición jurídica de tal, ha recibido una atribución del causante (2.053).

Si falla antes o después de la muerte del causante un descendiente que como heredero estará obligado a la colación, el descendiente que entre en su lugar está obligado a colacionar a causa de la atribución hecha a aquél (2.051).

Las atribuciones hechas a costa del patrimonio común de la comunidad universal de bienes, de la comunidad de ganancias o de la comunidad de muebles y ganancias, vale como hecha por mitad por cada uno de los cónyuges (salvo que el descendiente descienda de sólo uno de los cónyuges o si uno de éstos, a causa de la atribución, ha de prestar indemnización al patrimonio común) (2.054).

En la partición se imputa a cada coheredero en su porción hereditaria el valor de la atribución que ha de tener a colación. El valor se determina según el tiempo en que ha tenido lugar la atribución (2.055).

Si un heredero ha recibido más, mediante las atribuciones del causante, de lo que le corresponde en la masa de la herencia, no está obligado a la restitución del exceso, simplemente no toma parte en la división, no contándose en la partición de la herencia entre los demás coherederos, ni el valor





de lo atribuido a este coheredero, ni su cuota hereditaria (2.056).

## **CONTENIDO DEL TESTAMENTO**

### **A) En general.**

Las disposiciones sobre el patrimonio del causante forman el contenido más importante de los negocios jurídicos a causa de muerte en Alemania.

Tales disposiciones son principalmente: institución de heredero, nombramiento de posheredero, exclusión de la sucesión de los herederos legales, ordenación de legados y cargas, privación o limitación de la parte legítima, institución de fundaciones, determinaciones sobre la partición de la herencia y sobre colación, nombramiento de ejecutores testamentarios y disposiciones sobre enterramiento. También caben otras disposiciones que afectan al derecho de familia.

### **B) Legítimas**

Ha de tenerse en cuenta que la legítima que regula el Código alemán es muy distinta a la de nuestro Código civil, de configuración netamente romana.

Legitimarios son ciertas personas próximas al causante (por relación de parentesco o matrimonio). La legítima consiste en el derecho de los legitimarios, a la muerte del causante, de obtener un determinado valor con cargo a la herencia. Se manifiesta esencialmente por una simple pretensión legitimaria contra la herencia.

#### **1. Legitimarios y cálculo.**

Si un descendiente del causante está excluido de la sucesión por disposición por causa de muerte, puede exigir del heredero la legítima. La legítima consiste en la mitad del valor de la porción hereditaria legítima. El mismo derecho corresponde a los padres y al cónyuge del causante, si están excluidos de la sucesión por disposición por causa de muerte (2.303).

Los descendientes más lejanos y los padres del causante no tienen derecho a legítima en tanto que un descendiente que les excluiría en caso de sucesión legítima, pueda exigir la legítima o acepte lo a él dejado (2.309).

Si se deja al legitimario menos de lo que le corresponde, puede exigir de los herederos el valor de la parte que falta para la mitad (2.305).

Las limitaciones o gravámenes valen como no ordenados si la porción dejada a un legitimario no sobrepasa la mitad de la porción hereditaria legítima. Si la porción hereditaria dejada es mayor, el legitimario puede exigir la legítima si repudia la porción hereditaria (2.306).

Si un legitimario está designado con un legado puede exigir la legítima si repudia el legado. Si no repudia no le corresponde un derecho a la legítima en tanto el valor del legado baste (2.307).

Si el legitimario gravado según el 2.306 ha repudiado la herencia o el legado puede impugnar la repudiación si la limitación o el gravamen habían cesado al tiempo de la repudiación y la cesación no era conocida por él (2.308).

En la fijación de la porción hereditaria oportuna para la computación de la legítima se cuentan aquellos que están excluidos de la sucesión por disposición de última voluntad o que han repudiado la herencia o que están declarados indignos para suceder. Quien está excluido de la sucesión legítima por renuncia sucesoria no se cuenta (2.310).

Para la computación de la legítima se toma como base el estado y el valor del caudal relicto al tiempo de la muerte del causante. En la computación de la legítima de los padres del causante, queda fuera de consideración la ventaja (prelevación) correspondiente al cónyuge superstite. El valor, siempre que sea necesario, ha de determinarse por tasación. Una determinación del valor adoptada por el causante no es valedera (2.311).

Si el causante ha ordenado o ha de deducirse según el párrafo 2.049 que uno de los varios herederos debe tener el derecho de asumir según el valor en renta de una explotación agrícola perteneciente al caudal relicto, si se hace uso de este derecho, el valor en renta también es valedero para la computación de la legítima. Si el causante ha determinado otro precio de asunción, esto es valedero si alcanza el valor en renta y no sobrepasa el valor de tasación.

Si el causante deja sólo un heredero puede ordenar que para la computación de la legítima deba ser tomado como base el valor en renta o un valor determinado según el párrafo 1.º, inciso 2.º.

Estas disposiciones sólo se aplican si el heredero que adquiere la explotación agrícola pertenece a las personas con derecho a legítima designadas en el párrafo 2.303 (2.312).

En la fijación del valor del caudal relicto quedan de consideración los derechos y obligaciones que están pendientes de una condición suspensiva. Los derechos y obligaciones que están pendientes de una condición resolutoria se toman en consideración como incondicionados. Si la condición se cumple, ha de realizarse la nivelación correspondiente a la situación jurídica modificada.

Para los derechos inciertos o inseguros, así como para las obligaciones dudosas, vale lo mismo que para los derechos y obligaciones que están pendientes de una condición suspensiva. El heredero está obligado frente al titular de legítima a cuidar de la constatación de un derecho incierto y de la persecución de un derecho inseguro, en tanto ello corresponda a una ordenada administración (2.313).

## **2.Pretensión de legítima.**

Nace al fallecer el causante. Es heredable y transmisible (2.317).

La pretensión prescribe a los tres años contados desde el momento en que el titular tiene conocimiento de la apertura de la sucesión y de la disposición que le perjudica, sin que se tome en cuenta este conocimiento a los treinta años de la producción de la muerte del causante. La prescripción no se suspende por la circunstancia de que las pretensiones sólo pueden hacerse valer después de la repudiación de la herencia o de un legado (2.332).

Es posible que el mismo legitimario sea heredero. Entonces puede informarse por sí mismo de la composición del caudal relicto. Si no es heredero tiene contra éste la pretensión de información sobre la composición del caudal relicto y la de declaración jurada (2.314).

## **3.Imputaciones.**

Las atribuciones que el testador haya dispuesto a favor de los legitimarios por actos inter vivos han de imputarse a la legítima cuando así se determinó en la atribución, es decir, en el contrato. En la determinación de la legítima se computa en el caudal relicto el valor de la atribución. El valor se determina según el tiempo en el cual ha tenido lugar la atribución.

Si el titular de la legítima es un descendiente del causante, se aplica oportunamente la disposición del párrafo 2.051 (2.315).

La legítima de un descendiente ha de calcularse teniendo en cuenta la obligación de colacionar según el párrafo 2.316 del siguiente modo:

Si existen varios descendientes y el causante ha hecho una atribución a uno de ellos de las que estarían sujetas a colación en el caso de sucesión legal, la atribución ha de añadirse al caudal relicto por el valor que tenía en el momento de su prestación si este caudal corresponde a los descendientes. Un descendiente que por renuncia sucesoria está excluido de la sucesión legítima, queda fuera de consideración en la computación. Si el titular de la legítima es heredero y la legítima, según el párrafo anterior, suma más que el valor de la porción hereditaria dejada al titular





de la legítima, puede exigir de los herederos como legítima el mayor valor, aunque la porción hereditaria dejada alcance o sobrepase la mitad de la porción hereditaria legítima. El causante no puede excluir de la consideración, en perjuicio de un titular de legítima, una atribución de la clase señalada en el párrafo 2.050. Si una atribución que ha de tomarse en consideración según el párrafo 1.º del 2.316 al propio tiempo ha de imputarse a la legítima según el 2.315, se imputa a ésta sólo por la mitad del valor.

#### **4.Gravamen de la legítima.**

El heredero es el deudor de la legítima (2.303).

Si existen varios herederos, el gravamen es una obligación común del caudal relicto; los herederos responden como deudores solidarios (2.058 ss.).

Los coherederos tienen que soportar el gravamen en proporción a sus porciones hereditarias. El testador puede determinar que se reparta otra proporción o que sea soportada por un solo heredero (2.324).

La legítima ha de pagarse a base de la masa repartible, igual que las demás obligaciones (2.046).

Un coheredero legitimario sólo puede ser compelido a que, en la partición, contribuya a dejar cubierta una legítima extraña en el caso de quedar salvaguardada la suya propia (2.319). De lo que falte responden los demás herederos.

El heredero puede negar el cumplimiento de un legado a él impuesto, en tanto que la carga de la legítima sea soportada por él y el legatario proporcionalmente. Lo mismo vale de un modo. Frente a un legatario con derecho a legítima sólo es admisible la reducción en tanto que le quede la legítima. Si el heredero mismo es el que tiene derecho a legítima, puede reducir el legado y el modo, a causa de la carga de la legítima en la medida necesaria para que le quede SU propia legítima (2.318).

Quien en el lugar del titular de legítima llega a ser heredero legítimo, ha de soportar en la relación con los herederos la carga de la ilegítima y, si el titular de la legítima acepta un legado a él atribuido, legado, en la cuantía de la ventaja obtenida. Lo mismo vale, en la duda, de aquel al cual el causante ha atribuido mediante disposición ipor causa de muerte la porción hereditaria del titular de la legítima (2.320).

Por lo que afecta a las relaciones entre herederos y legatarios, si «1 legitimario repudia un legado que le haya sido atribuido tiene que «portar el gravamen de la legítima el beneficiado por la repudiación Jttsta el límite del beneficio obtenido (2.321).

Si ha sido deferida al legitimario la herencia o una porción de la misma, pero gravada con un legado o un modo, y la repudia, aquel a quien la repudiación beneficia puede reducir el legado o el modo en la medida precisa para conservar el importe que necesita para cubrir el gravamen de la legítima (2.322).

El testador puede dictar reglas que se aparten de las anteriores proposiciones (2.320-2.322) las cuales no tendrán eficacia con respecto al legitimario, pero sí en relación a los demás interesados (2.324).

#### **5.Complemento legitimario por causa de donaciones.**

El derecho civil concede a los derechohabientes de legítima una pretensión dirigida a complementar la legítima por causa de donaciones, en k que nada se tiene én cuenta la intención de reducción del causante. El único supuesto que se exige es que el causante haya hecho una donación a un tercero (2.325), a no ser que con ella se cumpliera una obligación moral o una consideración de decoro (2.330).

Las cosas consumidas se aprecian según el valor que tenía al tiempo de la donación. Las demás según el valor que tienen al tiempo de la muerte del causante; si al tiempo de la donación tenía un valor menor, sólo éste es tomado en consideración. La donación no se toma en consideración si al tiempo de la muerte del causante han transcurrido diez años desde la prestación del objeto donado;



si la donación se ha realizado al cónyuge del causante, el plazo no empieza antes de la disolución del matrimonio (2.325).

El titular de la legítima puede exigir el complemento de la misma, incluso si a él se le ha dejado la mitad de la porción hereditaria legítima. Si se ha dejado al legitimario más de la mitad, la pretensión está excluida en tanto baste el valor de lo dejado de más (2.326).

Si el mismo legitimario ha recibido una donación del causante, deberá ésta computarse en el caudal relicto de la misma forma que el regalo hecho a un tercero y al propio tiempo imputarse en el complemento al titular de legítima (2.327).

Si el mismo heredero es legitimario puede denegar el complemento de legítima en la medida necesaria para conservar su propia legítima con inclusión de lo que podría reclamar como complemento (2.328).

Cuando el heredero no está obligado a la complementación el legitimario puede dirigirse contra el donatario por razón de dicho complemento de legítima (2.329). El donatario puede evitar la restitución mediante pago de la cantidad que falta. Entre varios donatarios sólo responde el donatario más antiguo en tanto que no esté obligado el donatario posterior (id.).

Cuando una atribución ha sido hecha con bienes procedentes de una comunidad matrimonial de bienes, de cualquier clase que sea, se estima hecha por cada cónyuge en una mitad; pero si se hizo a un descendiente unilateral o a un ascendiente también unilateral de uno de los cónyuges, o si uno de éstos debe resarcimiento a la masa común de bienes por causa de la atribución, ésta se entiende hecha sólo por dicho cónyuge. Lo mismo rige en el caso de tratarse de una comunidad de bienes continuada (2.331).

## 6. Privación de la legítima.

a) Según el 2.333, son causas de privación de legítima a un descendiente:

a') Si el descendiente atenta contra la vida del causante, del cónyuge o de otro descendiente del causante.

b') Si el descendiente se hace culpable de un ultraje corporal doloso contra el causante o el cónyuge del causante; en el caso de ultraje contra el cónyuge, solamente, sin embargo, si el descendiente desciende de éste.

c') Si el descendiente se hace culpable de un delito o de una contravención dolosa grave contra el causante o su cónyuge.

d') Si el descendiente incumple maliciosamente la obligación de alimentos que legalmente le incumbe frente al causante.

e') Si el descendiente lleva una vida deshonrosa o inmoral contra la voluntad del causante.

b) El causante puede privar de la legítima al padre o a la madre por las causas supra indicadas a'), c'), d') (2.334).

c) El causante puede privar de la legítima al cónyuge si éste se hace culpable de algunas de las faltas señaladas en los párrafos 1.565 a 1.568, que facultan para interpretar acción de divorcio.

d) El derecho a la privación de legítima se extingue por el perdón (2.337).

e) La privación de la legítima tiene lugar por disposición de última voluntad. La causa de privación debe existir al tiempo del otorgamiento y ser indicada en la disposición. La prueba incumbe a quien pretenda hacerla valer (2.336).

## C) Condición, término, modo

En las disposiciones de última voluntad tiene gran importancia la condición y el término. Por eso se admiten en general. En la institución de heredero están permitidos tanto la condición como el

término resolutorios y, por cierto, aun cuando a su cumplimiento no tenga ya la condición fuerza retroactiva (2.104, 2.105).

Para impedir que el testador realice una vinculación duradera de bienes por medio de una pluralidad de condiciones o términos establece la ley un plazo de treinta años (2.109, 2.162, 2.163 y 2.240).

a) Condición.

Rige la doctrina general. En consecuencia, una condición imposible hará ineficaz la atribución y lo mismo se dice de una condición ilícita (según los 134 y 138). Nada dice el Código de las condiciones captatorias. Tales atribuciones son nulas en el caso de que se las considere atentatorias contra las buenas costumbres (BINDER).

El 2.075 contiene una norma de interpretación para el caso en que el testador haya hecho una atribución bajo condición de que el favorecido se abstenga de hacer algo durante tiempo indeterminado, o bien bajo condición de que lo haga continuamente. En tal caso el derecho supone que la atribución se ha de depender de la condición resolutoria de que se realice la acción o se omita la continuación.

Determinar si la condición debe tenerse por cumplida o bien ha fallado, depende del sentido de la disposición, según resulte de la interpretación. Si la condición bajo la que está hecha una atribución da lugar a la ventaja de un tercero, en la duda la condición vale como cumplida si el tercero niega la colaboración necesaria para el cumplimiento de la misma (2.076). Por lo demás, se aplican también aquí las normas generales (162).

A la cuestión de cuando recae en el favorecido la atribución hecha bajo condición suspensiva (1942. 2 139, 2.176) hay que responder en el sentido de que la atribución no puede recaer en el favorecido antes del cumplimiento de la condición; de donde se sigue que la apertura de la sucesión no constituye el presupuesto necesario y suficiente para la transmisibilidad de la atribución a los herederos del favorecido.

b) Término.

Pueden ser sometidas a término inicial o final toda clase de disposiciones de última voluntad, y ante todo la institución de heredero. En general, el cumplimiento o incumplimiento del término tiene idénticos efectos que el de la condición. Prescindiendo del 2.074, la atribución hecha bajo un plazo inicial es transmisible.

c) Modo.

Con él un heredero o legatario son gravados con la obligación de realizar una prestación, sin que aquel en cuyo favor se realiza esté legitimado para exigirla (1.940, 2.192-2.196): Lo están, por el contrario, otras personas como los coherederos, el ejecutor testamentario y en ciertos casos las autoridades estatales (2.194).

El causante, en la ordenación de un modo cuyo fin ha determinado, puede encomendar al gravado o a un tercero la determinación de la persona a la cual debe realizarse la prestación.

Si la determinación corresponde al gravado, si está condenado por sentencia firme a la ejecución

del modo, puede señalársele por el demandante un plazo oportuno para dicha ejecución; después del transcurso del plazo, el demandante está facultado para adoptar la determinación si la ejecución no se realiza en tiempo oportuno.

Si la determinación corresponde a un tercero, se realiza por declaración frente al gravado. Si el tercero no puede llevar a cabo la determinación, el derecho de determinación pasa al gravado. La disposición del párrafo 2.151, párrafo 3.º, inciso 2.º, se aplica portunamente; pertenecen a los interesados en el sentido de esta disposición el gravado y aquellos que están autorizados a exigir la ejecución del modo (2.193).

Puede exigir la ejecución de un modo el heredero, el coheredero y aquel a quien afectaría de forma inmediata el fallo del gravado con el modo en primer lugar. Si la ejecución —del modo— entraña un interés público, también puede exigir dicha ejecución la autoridad competente (2.194).

La ineficacia de un modo sólo tiene por consecuencia la ineficacia de la atribución hecha bajo el modo, si ha de suponerse que el causante no habría hecho la atribución sin el modo (2.195).

Si la ejecución de un modo se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder el gravado, aquel al cual afectarla de forma inmediata el fallo del gravado en primer lugar, puede exigir la entrega de la atribución según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto, en tanto que dicha atribución hubiese debido ser aplicada a la ejecución del modo.

Lo mismo vale si el gravado está condenado por sentencia firme a la ejecución de un modo que no puede ser ejecutado por un tercero y los procedentes medios de ejecución forzosa han sido empleados contra él sin resultado (2.196).

## **D) Legados**

Es una institución a causa de muerte que no es institución de heredero (1.939), y puede ser ordenado por testamento o por contrato sucesorio (1.939, 1941).

### **a) El gravado.**

Con un legado se puede gravar:

1. A todo heredero testamentario, legal o contractual (2.147).
2. A todo legatario y al donatario por causa de muerte.
3. El que ha sido favorecido por un contrato a beneficio de tercero, en forma que debe recibir una prestación después de ocurrida la muerte del promisorio, adquiere el derecho a la prestación al tener lugar dicho fallecimiento (331).
4. El causante puede imponer a un deudor suyo que realice la prestación a favor de un tercero determinado.

En caso de duda se estima que el legado grava al heredero (2.147). Si están gravados con el mismo legado varios herederos o varios legatarios, les afectará el legado en proporción al valor que les haya sido atribuido (2.148).

El legado atribuido a un heredero (prelegado) vale como legado aun en aquello en que el heredero mismo esté gravado (2.150).

Cuando el gravado no llega a ser efectivamente heredero o legatario, se presume que el legado conserva efectividad a cargo de aquel a quien favorece la desaparición de la persona originariamente gravada (2.161).

#### **b) El legatario.**

Es susceptible de ser favorecida con un legado toda persona jurídicamente capaz. Y por cierto, no es necesario —como en la institución de heredero— que exista ya al tiempo de la apertura de la sucesión, no obstante, el legado es ineficaz si el favorecido ya no vive entonces o si, siendo persona jurídica, ha perdido su capacidad (2.160).

Para estos casos puede el legado ser atribuido a otras personas: se habla entonces de vicelegado o sustitución de legado. Deben aplicarse a este caso las reglas de la sustitución vulgar en la herencia (2.190) y, ante todo, la presunción legal (2.068, 2.069) de que los descendientes del favorecido deben entrar en su lugar como legatarios sustitutos.

El causante puede designar a varios con un legado de forma que el gravado o un tercero hayan de determinar quien de los varios designados debe recibir el legado. La determinación por el gravado se realiza por declaración frente al gravado. Sí el gravado o el tercero no pueden llevar a cabo la determinación, los designados son acreedores solidarios. Lo mismo vale si el Tribunal del caudal relicto, a petición de uno de los interesados ha señalado al gravado o al tercero un plazo para la emisión de la declaración y el plazo ha transcurrido, en tanto no se realice antes la declaración. El designado que recibe el legado, en la duda, no está obligado a la división (2.151).

Cuando varios han sido favorecidos con un legado, se aplican: los preceptos correspondientes a la determinación de las participaciones de varios herederos (2.157); y los relativos al derecho de acrecer (2.158, 2.159).

Cabe la posibilidad de un legatario sustituto vulgar o sustituto fideicomisario (2.190, 2.191).

#### **c) Objeto del legado.**

Puede ser objeto del legado todo lo que ofrezca una ventaja patrimonial al legatario (1.939): una adquisición de propiedad, de posesión, la creación de un derecho real, la extinción de un derecho que grava al legatario, la cesión de un crédito, la remisión de una deuda, la concesión del uso de una cosa, una prestación de servicios, etc.

A la determinación del objeto legado se aplica en principio la norma de que el testador mismo, y sólo él, ha de señalar el objeto de su disposición (2.065); con todo este principio experimenta ciertas restricciones, pues el testador puede establecer un legado alternativo de tal forma que la elección del objeto quede al arbitrio del legatario o del gravado o también de un tercero (2.154); puede limitarse a determinar el objeto del legado sólo genéricamente (2.155); y puede, por último, determinar exclusivamente el fin por él deseado, dejando la determinación de la prestación misma, que ha de servir a tal fin, a la equitativa apreciación del onerado o de un tercero (2.156).

Sobre los diversos objetos posibles de legado hay que notar lo que sigue:

#### **a') Legados de objetos concretos pertenecientes a la herencia.**



1. Por regla general, hay que proporcionar el objeto tal como real y jurídicamente se halla en la herencia. La amplitud del objeto (accesorios, frutos, utilidades) es cuestión de interpretación. El gravado responde desde la apertura de la destrucción o deterioro culpables.

2. Caso de duda, se extiende el legado de una cosa a los accesorios existentes al abrirse la sucesión, así como a las pretensiones de indemnización (por daños, destrucción o sustracción del objeto) (2.164).

3. Si el testador sólo tenía una pretensión a la prestación del objeto legado, o si, por haber desaparecido luego el objeto o haber sido sustraído al testador, gozaba éste al fallecer, de una pretensión a la indemnización correspondiente, entonces, en caso de duda, se consideran legadas tales pretensiones (2.169).

4. Si el objeto legado está gravado por el derecho de un tercero, el legatario, presumiblemente, no puede exigir al gravado la liberación de tal derecho (2.165). Pero si el testador tenía contra el tercero una pretensión a la extinción del gravamen, entonces en la duda se entiende colegada esta pretensión (2.165). Rige esto, especialmente en materia de hipotecas, deudas territoriales y deudas de renta (2.166 a 2.168): La regulación legal se basa en la idea de que, por regla general, será voluntad del testador que el favorecido soporte estos gravámenes del inmueble.

5. El legado se extiende a los derechos que, con la propiedad, están unidos al inmueble que se lega, puesto que tienen el valor de partes integrantes de éste (96).

6. Con el objeto legado ha de entregar también el onerado los frutos que haya obtenido después de la apertura de la sucesión, así como todo cuanto haya adquirido a base de un derecho legado (2.184).

7. Los gastos e impensas en la cosa legada posterior a la apertura de la sucesión son indemnizables al onerado conforme a las prescripciones que regulan el derecho de indemnización del poseedor respecto al propietario (2.185).

8. El legado puede obligar también al onerado a constituir un derecho limitado sobre un objeto de la masa, y puede también tener por objeto un conjunto de cosas o de derechos que pertenecen a la masa.

#### **b') Legado de objetos no pertenecientes a la masa.**

Es ineficaz el legado de un objeto determinado que al tiempo de abrirse la sucesión no pertenece al caudal relicto, en tanto el causante no ha dispuesto manifiestamente dicho legado, incluso para el caso de que el objeto del mismo no forme parte de la herencia.

Es irrelevante si el objeto lo separó el propio testador de su patrimonio mediante enajenación, o si fue arrebatado al mismo contra su voluntad.

Es cuestión de interpretación cuando, en lugar del objeto legado, han de ser considerados como legados los que se subrogan en su lugar.

En todo caso, si el testador tiene la simple posesión de la cosa legada, se entiende legada tal posesión, a no ser que no confiera ninguna ventaja jurídica al favorecido (2.169).



Si el testador sabía que el objeto legado no pertenecía a su patrimonio, el gravado debe proporcionar al favorecido el objeto legado (2.170).

Si el suministro sólo es posible con gastos desproporcionados, el gravado puede liberarse mediante pago del valor.

**c') Legado genérico.**

Si es legado de dinero se aplican las prescripciones sobre las deudas pecuniarias.

Respecto a otros legados genéricos dice el BGB que se debe entregar una cosa correspondiente a las circunstancias del legatario (por tanto, no una cosa de clase y bondad intermedias, como de ordinario en la deuda genérica). Si la determinación de la cosa está encomendada al designado o a un tercero, se aplican las reglas del legado alternativo. Si la determinación hecha por la persona competente manifiestamente no responde a las circunstancias del legatario, el gravado ha de hacer la prestación como si el causante no hubiese adoptado ninguna ordenación sobre la determinación de la cosa (2.155).

En el legado genérico responde en principio el gravado ante el favorecido como un vendedor (2.182, 2.183).

**d') Legado alternativo.**

Reconocido en BGB (2.154).

Funda una relación alternativa de deuda a la cual se aplican en general las normas del derecho de obligaciones (262 a 265). Si bien el testador puede remitir la elección a un tercero (2.154, 2.065).

**e') Legado de derechos de crédito.**

El BGB menciona sólo el caso de atribución de un crédito existente en la masa de la herencia al legatario, distinguiendo según se trate de créditos contra tercero o contra el heredero (2.173, 2.175). Pero, naturalmente, también hay otros supuestos imaginables.

Corresponde a la presunta voluntad del causante el que el legado se extienda a los réditos vencidos desde la apertura de la sucesión (2.184).

La ley regula expresamente el caso de que el crédito legado se haya extinguido por cumplimiento antes de la apertura de la sucesión: si el objeto de la prestación existe todavía en el caudal relicto, se entiende subrogado en el lugar del crédito, y si se trata de un crédito pecuniario, la cantidad de dinero ha de ser considerada como legada aun cuando ya no se halle en la herencia (2.173).

Mediante el legado se origina para el designado el derecho de exigir del gravado la prestación del objeto legado (2.174).

**d) Imposibilidad y problemas afines.**

Si la prestación que ha de efectuar el gravado es imposible o está prohibida en el momento de la apertura de la sucesión, el legado es ineficaz (2.171).

Un caso de imposibilidad es la destrucción del objeto (vid. 2.169 sobre pretensión a la indemnización del testador).

Se entiende también que la prestación se ha hecho imposible, cuando de tal manera se ha unido, mezclado o combinado la cosa con otra que la propiedad de ésta se extiende a la primera, o se

produce una situación de copropiedad, o bien si la cosa ha sido trabajada o reelaborada de tal manera que su autor se hace propietario (2.172).

Si tales actos no provienen del testador, sino de un tercero, se entiende entonces como legado: la pretensión de indemnización del testador contra el tercero, la copropiedad que haya podido nacer para el testador, y el eventual jus tollendi (2.172, 2.169).

Si el causante ha legado un crédito que le corresponde contra el heredero o si ha legado un derecho con el que está gravada una cosa o un derecho del heredero, las relaciones jurídicas extinguidas a consecuencia de la muerte del causante por confusión de derecho y obligación o de derecho y gravamen valen como no extinguidas en relación con el legado (2.175).

#### **e) Delación de legado. Condición y plazo.**

El crédito del legatario, sin perjuicio del derecho de repudiar el legador, nace con la muerte del causante (2.176).

La delación del legado tiene lugar:

1. En general, con la apertura de la sucesión (2.176).
2. Si está ordenado bajo condición suspensiva, cuando tal se cumple (2.177).
3. Si el designado todavía no está engendrado en el momento de la apertura de la sucesión, se le defiere el legado al nacer (2.178).
4. Si el legatario ha de ser determinado por un acontecimiento futuro, la delación del legado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento (2.178).

Con respecto al aplazamiento de los legados, conviene destacar:

Que si el testador nada determina sobre el momento de pago, el legado es inmediatamente exigible (271), sin perjuicio de las dilaciones enerales de que dispone el heredero (2.014).

Que si el momento de pago ha sido dejado al arbitrio del gravado, en la duda la prestación vence con la muerte del gravado (2.181).

Que si un legado ha sido gravado con otro segundo legado (sublegado) el segundo solamente puede ser exigido si puede serlo el primero (2.186).

La posibilidad de la delación de un legado está sujeta por los 2.162 y 2.163 a límites temporales según los mismos principios que rigen la posibilidad de la delación de la herencia en un fideicomisario.

También puede ordenarse un legado bajo condición o plazo resolutorios.

#### **f) El crédito del legado.**

En el BGB el legado produce siempre sólo efectos obligatorios (2.174). El legatario tiene un derecho de crédito contra el gravado; un derecho real no lo obtiene más que mediante disposición del gravado.

Si el gravado es el heredero, el legado representa una obligación del caudal relicto de la que se responde según los principios comunes de las obligaciones de este caudal.

Si un legatario está gravado sólo responde limitadamente hasta donde alcance lo recibido.

Si en lugar del gravado originariamente es otro el que tiene que pagar el legado, el segundo no responde más allá de lo que respondería aquél.

Cuando un legado sufre una disminución, ya sea a causa de la responsabilidad limitada del

heredero gravado con el legado o del legatario, o a causa de una pretensión de legítima, entonces puede disminuir proporcionalmente los gravámenes que le han sido impuestos mediante excepción (2.188).

Para el caso de que sean aminorados los legados y modos impuestos, puede el causante ordenar que deban tener rango preferente frente a los restantes gravámenes (2.189).

### **E) Derecho de acrecer**

Se habla de acrecimiento en general solamente en la sucesión testada (Anwachsung); en la intestada, el derecho de acrecer romano se denomina aumento (Erhohunz) de la porción hereditaria legal, haciéndose patente mediante esta distinción terminológica que se trata en ambos casos de instituciones de distinto género.

Si varios herederos están instituidos de forma que excluya la sucesión legítima, y uno de ellos falla antes o después de la muerte del causante, su porción hereditaria acrece a los restantes herederos en proporción a sus porciones hereditarias. Si alguno de los herederos están instituidos en una porción hereditaria común, el acrecimiento se produce en primer lugar entre ellos. Si mediante la institución de herencia sólo se ha dispuesto de una parte de ella, y en relación con la parte restante entra en juego la sucesión legítima, sólo tiene lugar el acrecimiento entre los herederos instituidos en tanto lo estén en una porción hereditaria común. El causante puede excluir el acrecimiento (2.094).

La porción deferida a un heredero por acrecimiento vale como porción hereditaria independiente en relación con los legados, modos y obligación de colación (2.095).

Regla análoga a la del 2.095 contiene el 1.935 para el caso de que falle un heredero legítimo antes o después de la muerte del causante y se incremente a consecuencia de ello la porción hereditaria de otro heredero legítimo.

### **b) CUBA**

[Mariño]<sup>2</sup>

### **Antecedentes históricos de la función notarial**

Para la adecuada comprensión del tema objeto de este trabajo, se hace necesario referir los antecedentes históricos de la función notarial y su intervención en las distintas figuras del Derecho Sucesorio, los que han ido conformando los perfiles que en la actualidad norman la actuación notarial dentro de esta rama del Derecho, recogidas tanto en la legislación sustantiva como notarial vigentes.

La constatación de hechos y la necesidad social de su perpetuación, sentida desde los más



remotos grupos sociales, constituyen los elementos embrionarios donde ha de buscarse el origen mismo de la función notarial.

No agotan los historiadores jurídico-notarialistas su apasionada búsqueda por descubrir, en los grupos sociales más antiguos, el órgano donde pudiese estar presente, actuante y fecunda, la función notarial. La infinita gama de las relaciones sociales ha creado una serie de usos y controles que actúan dentro del grupo fijando las distintas funciones que requerían para su proceso de organización.

Así los grupos primitivos, dados a la práctica de formas rituales, debieron sentir la necesidad de realizar algunos actos solemnes para perpetuar, en tal forma, algún hecho tenido por trascendente para el grupo; por lo que es en la historia del comportamiento social del hombre, donde deben buscarse las primeras formas de la función notarial.

El desarrollo histórico de la función notarial ofrece, en todas las épocas, situaciones comparativas de sumo interés.

La historia de Egipto atrae a los notarios en lo que concierne a los ancestrales orígenes que pudiera tener para la profesión, por la existencia de un personaje de muy marcados caracteres como de trascendente importancia dentro de la sociedad egipcia, al que precisamente por valoración fonética, se le tiene como antepasado del notario: el escriba, que llegó a convertirse en un personaje de verdadera significación intelectual dentro del engranaje administrativo.

En la historia antigua de Egipto se conocen dos clases de documentos: el casero y el del escriba y testigo. En el primero una persona contraía simplemente una obligación de hacer, como lo era casi siempre la transmisión de la propiedad de un objeto, lo que se hacía con tres testigos y la firma de un funcionario de jerarquía. En el caso denominado como documento del escriba y testigo, lo era una declaración de persona, la que firmaba el escriba y en forma tal que resultaba casi imposible el que pudiera alterar el papiro sobre el cual los egipcios fueron verdaderos maestros al grabarlos; este tipo de documento despierta interés en cuanto a que, el escriba pudiera ser el antecesor del notario.

En Babilonia, por su parte, la actividad de tipo civil como las manifestaciones religiosas estaban íntimamente unidas, y la administración de justicia la impartían los jueces con la colaboración de los escribas. Es conocido el Código de Hammurabi, piedra grabada, con gran contenido en materias jurídico civil, administrativo y procesal, que brinda importancia a la presencia de los testigos en todo acto o convenio.

El Código de Hammurabi es referencia de interés en cuanto a las formas documentales que incipientemente comienzan a manifestarse como textos escritos, en los que predomina la prueba testimonial, adicional a las influencias de las fuerzas naturales y a la intervención fortuita de factores externos al entendimiento humano.

En los pueblos indios igualmente se encontraban estrechamente vinculados lo jurídico y religioso, consagrándose su regulación en las Leyes de Manú, conjunto de normas en las que el testigo aparece como forma fundamental y clásica de prueba sumado al documento.

Dentro de la organización social de los hebreos, habían varias clases de escribas: el escriba del rey, que autenticaba todos los actos de importancia de la actividad monárquica; el escriba del pueblo, redactor de pactos y convenios entre los particulares; el escriba del Estado, que poseía



funciones judiciales y como secretario del Consejo de Estado; y el que se consideró el más importante de todos, el escriba de ley, que justamente poseía mucha autoridad e influencia, dada su misión de interpretar la ley, sólo ellos lo hacían, y no admitían sino las explicaciones por ellos manifestadas, se creían los depositarios de la verdad contenida en la ley.

En Roma hubo una serie de personas que redactaban documentos, fueron conocidos como notarii, escribal, tabelión, tabularrii, chartularii, actuari, librari, amanuenses, logrographi, refrendarii, carcelarii, diastoleos censuales libelenses, numerarii, scriniani, comicularii, exceptores, epistolares, consiliarii y cognitores.

Muchos notarialistas ven en esta gama de personas, a los antecedentes del notario actual, sin embargo, analizar esto con tal amplitud, según afirma Pondé, se llegaría al extremo absurdo de significar que todo aquel que supo escribir y fue capaz de redactar un documento a petición de un tercero ha sido antecesor del notario.

Del análisis de la naturaleza jurídica de la actividad realizada por estas personas, se puede afirmar que en Roma sólo cuatro funcionarios, de los indicados anteriormente, pueden considerarse como genuinos antecesores del notario: el escriba, el notarii, el tabularii y el tabelión.

El escriba tenía funciones de depositario de documentos, e igualmente redactaba decretos y mandatos del pretor.

El notarii era aquel funcionario que trasladaba a la escritura las intervenciones orales de un tercero y debía hacerlo con exactitud y celeridad.

El tabularii era el encargado de hacer las listas de aquellos romanos sujetos al pago de algún impuesto.

Y finalmente, el tabelión, cuya función tenía por finalidad la de redactar actos jurídicos y los convenios entre particulares, dentro de ellas las disposiciones testamentarias.

La especial facultad de actuar en los negocios privados, de tener una intervención particular, que se completaba con su capacidad redactora, conocimiento del Derecho, que les permitía actuar como asesor y la posibilidad de que procurara la eficaz conservación de los documentos, hacen que el tabelión pudiera considerarse como antecesor del notario, dentro del sistema latino, del que formamos parte.

A su vez el desarrollo del pensamiento jurídico en Roma, en sus distintas épocas, fue intenso y fecundo, lo que condujo a varios intentos de compilación legislativa, como el Código Gregoriano, el Código Hermogeniano, la Compilación de Teodosio II o Código Teodosiano, y la más relevante de todas, la de Justiniano Augusto (527-565), cuyo trabajo de compilación comprende cuatro partes: el Código, el Digesto o Pandectas, las Instituciones y las Novelas, encontrándose en éstas últimas un nutrido grupo de normas reguladoras de la función del tabelión y los requisitos documentales.

Las regulaciones justinianas del tabelionato, advierten la afloración de principios estrictamente apegados a las normas del notariado, como el de rogación, unidad de acto (para la testamentifacción activa), e igualmente ofrecían una detallada regulación de la actividad del tabelión romano, los que al decir de José María Sanahuja, "al principio no tenían ningún carácter oficial, pero la confianza que fueron inspirando por su pericia, como por la intervención de los testigos en los documentos que redactaban y las formalidades que en ellos se observaban, rodeó a



dichos documentos de garantías suficientes, hasta el extremo de llegar a considerarse instrumentos públicos.”

La obra de Justiniano marcó huella y rumbo en los posteriores trabajos de compilación legislativa, tal es el caso de la Constitución de León VI, el Filósofo (Novela 115), donde se regulaba las exigencias para el ingreso al cargo de tabelión, el que debía tener gran sabiduría y elevadas condiciones morales, correspondiendo al aspirante sujetarse al examen de un tribunal formado por tabeliones, sobre el conocimiento de leyes.

Si fecundo y prolífero fue el desarrollo del pensamiento jurídico en Roma, hasta el punto que el Derecho se convirtió en un elemento esencial de civilización, este se vio desmoronado con el hundimiento del Imperio Romano, lo que trajo consigo la desaparición de sus instituciones y el surgimiento de nuevas realidades socio-políticas.

Es así que a los abades, priores de monasterios, órdenes religiosas, y en general, a los clérigos, únicas personas que en esos tiempos se consideraban con prestigio suficiente, se encomienda la función notarial y dentro de ella la autorización de los actos de última voluntad, naciendo de esta forma espontánea un notariado de tipo eclesiástico para asuntos temporales. Es una época oscura para las letras y las ciencias, donde el clero es el único sector social con conocimiento extenso del Derecho, aunque sólo fuera en sus bases fundamentales.

Con el fin de la Edad Media, aparecen distintas situaciones que desde el punto de vista notarial, resultaron de gran importancia, debido a que las normas jurídicas en diversos países tienden a consolidar la función notarial, consagrándose la figura del notario como un cargo público y de carácter jurídico, como consecuencia del resurgimiento del Derecho Romano.

El resultado obtenido con el renacimiento del Derecho Romano fue consolidado por el alto grado de esplendor a que llega la ciencia notarial con la aparición de la Escuela de Bolonia, que influye poderosamente en toda Europa, trayendo consigo el surgimiento de la ciencia notarial como exposición de Derecho Notarial formal y como aplicación del Derecho sustantivo a la Notaría; enseñando a sus alumnos bajo un sistema diferente al que sirve para el estudio de la abogacía, presentando las materias en un orden distinto, dando preferencia a las que tienen mayor aplicación en el desempeño de la función notarial, dentro de ellas el Derecho Sucesorio, y a la aplicación de sus principios en la redacción de instrumentos públicos.

La Escuela del Notariado de Bolonia consideró el ejercicio de la Notaría como un arte, en el sentido de calificarla como una disciplina jurídica dentro de las muchas integrantes de la ciencia del Derecho, el arte notarial se fundamentaba, según expresara José Córnes, en lo siguiente: contratos, últimas voluntades y juicios, añadiendo que la formación de los instrumentos no es una parte separada, sino común e inherente a las tres y una consecuencia de ellas.

Exponentes de la Escuela de Bolonia, como Rolandino Passaggieri, Salotiel, entre otros, en sus obras relacionadas con el arte notarial, coinciden en sus exposiciones al considerar que el oficio de notario estriba en la redacción de contratos, actos de última voluntad y también en todos aquellos asuntos que se vinculaban con los juicios; situación explicable puesto que por entonces no se había logrado la distinción entre la actividad estrictamente notarial y la judicial.

Ciencia y actividad notarial fueron la expresión más elocuente de la cultura jurídica en Bolonia. Allí el desarrollo de la ciencia del Derecho Notarial fue sin dudas esplendoroso, primero con la actividad intelectual de los glosadores, y luego, la calidad científica de los comentadores y post glosadores,





cuya influencia irradió a los países vecinos.

Por virtud de los estudios de la Escuela de Bolonia, se logró la verdadera perfección en la redacción del documento notarial, no sólo como fiel intérprete de la voluntad de las partes, sino sobre todo en sus formas jurídicas. De allí surgió el documento público, como expresión de lo verídico, de lo cierto de su contenido, de su seriedad como emanado de mano de persona pública, en fin como algo que no dejara dudas por su claridad en sus consecuencias prácticas.

En España la evolución de la actividad notarial tuvo ciertas características que la señalan como elementos peculiares y de progreso. Los fueros provinciales, el sentido igualitario e individualista, las relaciones entre el Monarca y los señores feudales, dieron a la vida social española un profundo contenido político-jurídico. Con tal sentido jurídico, los ordenamientos legales llegaron a un gran casuismo, y a esto no podía escapar el quehacer notarial.

Además, y ello importa mucho al desarrollo notarial, las provincias españolas, tuvieron emanadas de ellas, su propio esquema jurídico; de ahí, que el derecho de Castilla fue distinto al de Aragón y al Catalán.

Es sin dudas la ciudad de Valencia donde el notariado adquiere esplendor y notorio progreso; adelanto y desarrollo comparables con los de Bolonia.

En la historia del notariado español hubo una serie de cuerpos legales cuya influencia en lo jurídico y fedatario fue verdaderamente trascendente en su desenvolvimiento histórico e igualmente se destacaron dos personalidades que mediante sus obras hicieron aportes relevantes a la función notarial, Fernando II, el Santo, y su hijo Alfonso X, el Sabio.

Fernando II, ordenó la traducción del Fuero Juzgo, recopilación de leyes del siglo VII y desarrolló varios capítulos relacionados con los escribanos; de ellos el más importante lo constituyó el Fuero Real, llamado también Fuero de las Leyes, cuyo contenido en el Libro I, Título VIII, estaba dedicado a los escribanos públicos, y el Libro II, Título IX, a las Cartas y traslados del documento notarial. Lo novedoso e importante de estas disposiciones, es la obligación que impone al notario de conocer a otorgantes y testigos, reconociendo esta disposición, por primera vez, la fe de conocimiento.

Entre los años 1256 y 1268 se promulgó el célebre Código de Alfonso X, conocido como "Las Siete Partidas", el que se ocupaba de la organización notarial, su función, contenía las fórmulas para la autorización de los instrumentos y plantillas para la redacción de determinados contratos, asimismo dispone las condiciones éticas que debían reunir los escribanos, de su lealtad, competencia y reconoce dos tipos de escribanos, los que escribían las cartas y despachos de la casa real y los escribanos públicos, quienes redactaban los contratos de los hombres, así como actos de última voluntad, en los que el testador podía, entre otras cosas, dejar indicado las formas de realizar la partición de la herencia y disponer la desheredación de las personas con derecho a heredarlo.

La obra de Alfonso X fue de gran importancia para la función notarial, debido a que la influencia de sus preceptos se extendió en forma tal que muchas de esas concepciones y leyes han inspirado gran número de preceptos de las legislaciones presentes.

Igual mención merece el Ordenamiento de Alcalá de Henares, promulgado en 1348, durante el reinado de Alfonso XI, el que modificó parcialmente las leyes de la Siete Partidas, fundamentalmente aquellas que se habían rechazado por la población y ligeramente sufrieron modificaciones en materia testamentaria, ratificándose la jerarquía otorgada al notario y la seriedad

de la regulación dada a la función notarial.

En el orden del tiempo y a la llegada de la Edad Moderna, muchas realidades políticas, sociales o bien económicas habían cambiado casi de forma radical. La Edad Media había aportado su caudal filosófico y, por medio de él, se llegaba a la nueva concepción del hombre occidental. Estas transformaciones influyeron ineludiblemente en el ámbito del Derecho.

El paréntesis de tiempo había sido largo, desde las Siete Partidas para encontrar otra regulación jurídica de interés histórico notarial.

En 1493 ocupó el trono imperial Maximiliano de Austria, Emperador del Sacro Imperio Romano-Germano, durante su mandato se promulgó un estatuto conocido como “Constitución Imperial sobre notariado” (1512), dicha normativa establecía las solemnidades notariales traducidas en muchas formalidades, el modo de tener acceso al cargo notarial, la forma de llevarse los protocolos, las formas solemnes de los testamentos, realiza previsiones a los notarios sobre la falsedad de muchos, le impone prohibiciones a manera de ejemplo moral en aquello que no debían incurrir, así como refiere las formalidades para la elaboración del instrumento público, dando gran importancia a lo que podía percibir el notario, conjuntamente con los testigos, a través de los sentidos, dando fe de lo visto, oído y percibido a través del gusto, olfato y tacto.

Fue necesario realizar otro paréntesis en el tiempo para encontrar otra obra legislativa de interés para la función notarial. Es así que en el año de la Revolución francesa, 1789, se promulga una ley tenida como rectificadora de una serie de defectos, faltas o errores. Esta ley hubo de recoger las nuevas concepciones impuestas por el moderno orden de cosas, y es tenida como antecedente de las nacientes legislaciones notariales, por su contenido y perfectibilidad hasta entonces no alcanzada.

Esta ley en su primera parte se refiere a los notarios y actas notariales, a las funciones, competencia y deberes notariales. Concibe y define a los notarios como funcionarios públicos, competentes para recibir las actas y contratos a que las partes hubieran querido dar autenticidad, propio de los actos públicos, así como para asegurar la fecha y llevar depósito; establece claramente la distinción entre la función notarial y las que le fueron asignadas al juez, así como de otros funcionarios que actúan en la esfera de lo jurídico, como comisarios, procuradores, relatores, entre otros.

La nueva ley instaura el principio de que la fe inherente al acta notarial es oponible solamente en procedimiento de falsedad.

Por la importancia que tuvo esta ley en el momento histórico en que se promulgó, logró influir decisivamente en muchas concepciones notariales posteriores, no sólo en Francia, sino en varios países.

Este bosquejo histórico de la función notarial ha demostrado, con independencia de la denominación que haya recibido en los distintos sistemas jurídicos y del correr de los tiempos, la permanencia del notario, su estabilidad, como funcionario en un campo público, encargado de darle estabilidad y certeza a los actos realizados por las personas, así como fijando aquellos hechos de relevancia jurídica.

Indudablemente el transcurso del tiempo le ha ido imprimiendo características peculiares a la función notarial que permiten distinguirla de otras en el campo del Derecho, unas se han mantenido

otras no, pero el contenido de su función no ha cambiado; siendo relevante cómo desde su surgimiento, el notario se vinculó mediante su actividad documental a las distintas instituciones sucesorias que iban surgiendo, mientras otras se perfeccionaban, llegando a dominar la casi totalidad de instituciones del Derecho Sucesorio, desde una manifestación de voluntad testamentaria hasta la más complicada operación de liquidación y partición de un caudal hereditario.

Nuevos retos enfrenta el notario con la perfección de las normas del Derecho y las nuevas tecnologías, que exigen un conocimiento exhaustivo de cada una de ellas, a los efectos de redactar el documento público notarial con la mayor exquisitez.

### **Breve reseña histórica de la función notarial en Cuba**

Descubierto el nuevo mundo en 1492, lógicamente la nueva realidad humana y geográfica, requería de la creación y aplicación de una legislación capaz de interpretarla.

La España descubridora no sólo volcó sus hombres sobre la nueva tierra, sino también sus instituciones y su cultura jurídica, extendiéndose el Derecho Castellano en los territorios de las llamadas Indias Occidentales, ya que por las circunstancias históricas en que tuvieron lugar los descubrimientos colombinos, las indias quedaron políticamente incorporadas a la Corona de Castilla.

Pero la realidad humana, geográfica, social y económica encontrada en el nuevo mundo hizo casi imposible la aplicación del ordenamiento legal castellano, imponiéndose la necesidad de una legislación distinta; naciendo así el Derecho Indiano, que se caracterizaba por un acentuado casuismo, una tendencia uniformada a los preceptos peninsulares, minuciosa reglamentación y un profundo sentido ético y religioso.

En la vida jurídica colonial la institución notarial tuvo una vigencia y un desarrollo semejante al de España, así pasó al nuevo mundo, dentro de él a Cuba, con sus virtudes y fallas; imprimiéndole la realidad cubana peculiaridades propias.

El 30 de enero de 1855 se publicó una Real Cédula organizando la administración de justicia en las provincias de ultramar, y en ella se dictaron algunas disposiciones referentes a los Escribanos, constituyendo esta Real Cédula el primer paso para la formación del notariado cubano.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Notariado Español de 28 de marzo de 1862, se comenzaron a dictar una serie de disposiciones dirigidas a colocar al notariado de las colonias a la misma altura que el de la península; después de varios años de preparación y experiencia se promulgó la Ley de 3 de marzo de 1873, disponiendo que se procediera a organizar la función notarial en las provincias de ultramar, haciéndose extensiva a los territorios de Cuba y Puerto Rico la Ley de 28 de mayo de 1862, con ligeras modificaciones que no alteraban en sentido alguno la función notarial, en virtud de la Ley de 29 de octubre de 1873.

En esa misma fecha se publicaron el Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica y otras disposiciones complementarias; surgiendo a partir de este momento el notariado cubano como una institución orgánica, aunque sin una base legislativa propia.



Conjuntamente con dicha Ley rigieron como normas de contenido notarial el Decreto de 8 de noviembre de 1874, determinando los aranceles notariales para Cuba y Puerto Rico; el 30 de septiembre de 1875 se publicó la demarcación territorial de Cuba; con posterioridad en fecha 16 de mayo de 1879 se reformó el arancel notarial que se aplicaba a Cuba y Puerto Rico; y en disposiciones sucesivas se fue aplicando en ambos países todo lo dispuesto en la península respecto al turno para las protocolizaciones, intervención de los fedatarios en materia electoral, fianzas, concursos y oposiciones.

Las fuentes consultadas nos revelan que en esta etapa las Oficinas Notariales se habían convertido en espacios sociales interraciales, donde concurrían criollos y africanos, libres y esclavos, utilizando todos los tipos de escrituras, poderes, hipotecas, testamentos, reconocimientos, tanto de deudas como de hijos naturales, compraventas; pudiendo los esclavos a través de los documentos públicos notariales plantear reclamaciones de libertad, cambio de dueño e igualmente sus amos podían conceder a través de ellos la libertad a sus esclavos.

Indudablemente los notarios, como antes los escribanos, eran parte intrínseca del sistema colonial, a través del documento público notarial que autorizaba, demostrando con ello su autoridad, cobrando poder la escritura, en un medio donde muchos no estaban alfabetizados, tanto negros como blancos, ellos eran los intermediarios entre el mundo oral y el escrito, debían reconstruir declaraciones, poner en “limpio” los más vulgares anhelos materiales de una persona, como la compra de un esclavo, por ejemplo, y las más elevadas expresiones de sus creencias, una donación piadosa, apuntamos.

Para ellos parecía que no hubieran distinciones entre un negro o negra, ya fuera libre o esclavo, un campesino blanco pobre o un distinguido personaje de la élite local; todos eran clientes, todos demandaban sus servicios: dejar escrito, con todas las fórmulas que lo hacían respetar, sus voluntades y deseos, tratos y contratos.

Al hacerse extensivo a Cuba el Código Civil español de 1889 quedó establecido, en el Título III del Libro Tercero, el fundamento legal para la transmisión de los bienes, derechos, obligaciones y deudas que conforman el patrimonio del causante, en cuyo procedimiento la intervención notarial desempeñó un papel importante, siempre que estuviere desprovisto de toda contienda entre partes; regulando igualmente sus preceptos las formalidades para la autorización del testamento abierto por el fedatario y su intervención en los testamentos cerrados.

Organizado de forma casi idéntica al notariado español se mantuvo nuestro notariado, rigiendo la Ley del Notariado Español de 1862 hasta finales de la segunda década del siglo XX, cuando se promulga el primer Código Notarial cubano, de 20 de febrero de 1929. Fue a partir de este momento que se instituyó un notariado cubano sustentado en bases jurídicas propias.

El notariado cubano comenzó a funcionar como un cuerpo organizado y sus integrantes, los notarios, estaban considerados, por la legislación notarial, como funcionarios públicos, aún cuando no se encontraban vinculados a la esfera de la Administración Pública, pues su ejercicio era de carácter privado, estando supeditadas sus funciones y ejercicio profesional, desde el punto de vista técnico, a las indicaciones del Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Con el Código Notarial cubano de 1929 quedaron fijados los derechos y prohibiciones del funcionario, no así los requerimientos para obtener y ejercer la fe pública; igualmente establece las formas de los instrumentos públicos en que interviene y los requisitos de su redacción, autorización



y conservación de éstos; a la par dispuso el régimen disciplinario al que quedaban sujetos los notarios y el procedimiento para el cobro de los honorarios. Sin embargo, son los artículos 1 y 2 del citado cuerpo legal los que precisan el contenido de la función notarial, aunque de forma integradora.

En el año 1937 se produjo un hecho estimulante para la función notarial, la promulgación de la Ley Notarial de 17 de diciembre, que adicionó un párrafo al artículo 1 del citado Código, ampliándose el contenido de la facultad notarial, al autorizar al notario para intervenir en los actos de jurisdicción voluntaria, implantando dentro de las figuras jurídicas que se transferirían al conocimiento del notario, la prevención ab instestato y las declaraciones de herederos abintestatos, cuyo conocimiento hasta ese momento había estado reservado a la esfera judicial.

A pesar de que la Ley Notarial de 17 de diciembre de 1937 no fue expresamente derogada hasta el 4 de enero de 1974 por la Ley No.1261 de Procedimiento Civil y Administrativo, tuvo una corta existencia, pues al promulgarse la Constitución de 1940, quedó virtualmente derogada en muchas de sus partes, por entenderse del análisis del artículo 170 de la Constitución, que sólo los jueces podían administrar justicia, y al no existir un aval doctrinal amplio que demostrara la posibilidad de que el notario pudiera actuar en la jurisdicción voluntaria, quedó frustrado tal intento de rescatarla.

Ante esta situación las declaraciones de herederos siguieron ventilándose en la esfera judicial, cuyo procedimiento se regulaba en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Varios son los preceptos del Código Notarial de 1929 que refieren la intervención notarial en materia sucesoria, entre los cuales vale la pena citar, el artículo 209 que expone los requisitos para la autorización de las escrituras de aceptación de herencia y adjudicación o partición de bienes adquiridos por herencia testada o intestada, actas de protocolización de cuentas de liquidación y partición de herencias; por su parte el artículo 230 disponía la obligatoriedad del notario de comunicar a la Dirección de los Registros y del Notariado, a cuyo cargo se encontraba el Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos, los testamentos cerrados o abiertos que hubiese autorizado o protocolizado en el término de 24 horas, asimismo se comprendían dentro de esas comunicaciones las renovaciones de testamentos, donaciones mortis causa y de todo acto relativo a la expresión o modificación de última voluntad en que interviniese, lo que debía anotar al margen de la matriz del instrumento obrante en el protocolo como constancia de su remisión.

El Código Notarial fue objeto durante su vigencia de innumerables modificaciones, a pesar de ello después del triunfo revolucionario en 1959 se mantuvo la organización dada al notariado cubano hasta la promulgación de la Ley No.1189 de 25 de abril de 1966 y de la Resolución No.365 de 15 de junio del propio año, que reglamentó la primera, ambas dictadas por el Ministro de Justicia y estaban dirigidas a la creación de los notarios interinos adscriptos a los Bufetes Colectivos, cuyas funciones se regularon por las disposiciones del Código Notarial de 1929; dándose así los primeros pasos para la formación de una estructura organizativa del notariado.

Igualmente la Ley No.1189 de 25 de abril de 1966, dio carácter opcional a la confección del documento matriz, pudiéndose, a partir de dicho precepto, redactarse en forma manuscrita o mecanografiada, estableció el régimen administrativo y funcional al que debían ajustar sus actividades profesionales los notarios e introdujo modificaciones en cuanto a la custodia y conservación de los protocolos notariales.

Con la promulgación de la Ley No.1250 de 1973, Ley de Organización del Sistema Judicial, los





Bufetes Colectivos quedaron constituidos como una organización autónoma nacional de interés social, unido a ello se pone en vigor la Instrucción No.5 de 10 de mayo de 1973, dictada por el Ministro de Justicia, por la que se llamó a los notarios que se encontraban en el ejercicio de sus funciones designados al amparo del Código Notarial de 1929, conjuntamente con los que habían sido nombrados por la Ley No. 1189/1966, a integrarse en un notariado dirigido técnica y administrativamente por el Ministerio de Justicia, independientes a los Bufetes Colectivos. De esta forma cesó el ejercicio privado del notariado.

Organizado de esta forma se mantuvo el notariado cubano hasta que por disposiciones normativas posteriores se le confiere la dirección técnica de la actividad notarial al Ministerio de Justicia, a través de la Dirección Nacional de Registros y Notarías y los Departamentos de Registros y Notarías de las Direcciones Provinciales de Justicia y subordinados administrativamente a los órganos locales del Poder Popular.

Unido a todas las normas que se venían promulgando con la finalidad de organizar la actividad notarial, se dictaron otras que introdujeron cambios en el alcance de las funciones notariales, como la Constitución de la República de 1976, el Código de Familia, las Leyes de Reforma Urbana derogadas posteriormente por la Leyes Generales de la Vivienda, entre otras.

Toda esta panorámica legislativa culminó con la Ley No. 50 “De las Notarías Estatales”, en lo sucesivo Ley Notarial, de fecha 28 de diciembre de 1984, dictada por la Asamblea Nacional del Poder Popular, la que comenzó a regir a partir del 1º de junio de 1985, y que fue complementada por su Reglamento, la Resolución No.101 de 28 de junio de 1985, aprobada por el Ministro de Justicia.

La nueva legislación vigente en materia notarial quedó adaptada a los principios rectores que informan la actividad notarial y la teoría del instrumento público. Con ella quedó establecida la naturaleza y alcance de la función notarial, las exigencias para la designación de los notarios, el régimen disciplinario aplicable, su competencia territorial, prescribe las formas y requisitos para la redacción del instrumento público y su conservación, la expedición de copias, así como las formas de intervenir en el documento notarial.

Igualmente estipula la obligación del notario de observar lo establecido en la leyes sustantivas que regulan el acto instrumentado, en tal sentido se pronunció el artículo 86 de la Resolución No.101/85, cuando remite al Código Civil y otras leyes especiales, que bien pudieran ser la Ley General de la Vivienda, de 23 de diciembre de 1988, Código de Familia, Ley No.1289/1975 de 14 de febrero, como requisito indispensable para la autorización de las escrituras de testamentos, debiendo para ello articular a los preceptos de la legislación sustantiva los de la notarial.

La Ley Notarial derogó el Código Notarial de 1929, y establece en su artículo 10, de forma clara y precisa, el alcance de la función notarial, quedando fijado en el inciso c), entre las funciones y atribuciones del notario, una de las que más nos interesa por el tema que nos ocupa, “conocer, tramitar y resolver los asuntos (...) sucesorios de declaratoria de herederos (...) de conformidad con la ley”; lo que ha significado un importante logro para el Derecho Notarial cubano y es consecuencia de la importancia y prestigio alcanzados por los fedatarios públicos en nuestro país.

De esta forma se trasladó al conocimiento del notario las declaratorias de herederos abintestato, tradicionalmente atribuidas en Cuba a los tribunales, utilizándose en muy pocos casos el procedimiento establecido en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Título II del Libro Cuarto, artículos del 535 al 537.



Se estableció por la primera de las disposiciones especiales de la Ley Notarial, que los tribunales se abstendrán de conocer y resolver los expedientes de declaratorias de herederos, excepto en los casos en que sea manifiesta la contradicción entre partes, resulten perjuicios a otras personas o se emita por el Fiscal dictamen en contrario.

Con la transferencia al notario del conocimiento de las declaratorias de herederos, la Resolución No. 101 de 1985, dispuso el procedimiento para su tramitación, incoándose a tales efectos un expediente contentivo del escrito de solicitud y de los documentos justificativos del fallecimiento y parentesco, propuesta de información testifical y dictamen del fiscal; a la par que señalaba las causas por las cuales se podía interrumpir y denegar la autorización de las actas de declaratoria de herederos, así como el cumplimiento de la formalidad de inscripción del acta autorizada en el Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos del Ministerio de Justicia.

En el marco del cambio legislativo en sede notarial, se promulgó el Código Civil cubano, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987, que de la misma forma que lo hacía su predecesor, el Código Civil español de 1889, fijó a través de sus preceptos e instituciones las reglas para la transmisión del patrimonio de una persona por causa de muerte, correspondiendo al notario poner en acción a la teoría sucesoria, asimismo dispuso su intervención en la autorización de los testamentos notariales.

Por la necesidad de atemperar los preceptos recogidos en la Resolución No. 101 de 28 de junio de 1985, al perfeccionamiento de la actividad notarial, se produjo un cambio legislativo, aprobándose un nuevo Reglamento, la Resolución No.70 de 9 de junio de 1992, emitida por el Ministro de Justicia, en lo adelante Reglamento Notarial, quedando derogada de esta forma la Resolución No. 101/85.

A este amplio espectro legislativo que regula la actividad notarial en nuestro país, hay que sumar los dictámenes, instrucciones y circulares emitidos por la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, en virtud de lo establecido en el artículo 3 del Reglamento Notarial, con el objetivo de uniformar los criterios de los notarios en la aplicación de las normas jurídicas, muchos de ellos, en materia sucesoria, a los que inevitablemente hemos recurrido para la realización este trabajo, indicando cada uno de ellos en su momento oportuno.

### **Reflexiones en torno a los tipos de sucesión**

La sucesión supone, como bien plantea la doctrina, que una persona se coloque en el lugar de otra, en una relación jurídica que, no obstante a tal transmisión, sigue siendo la misma.

Si la sustitución de una persona por otra en el marco de esa relación jurídica tiene por causa la muerte, estaríamos en presencia de una sucesión mortis causa.

De acuerdo con el criterio de Castán Tobeñas, se puede conceptuar la sucesión mortis causa como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra; agregando además, que por aproximación de sus dos modalidades: la sucesión universal y la sucesión particular, es posible definirla como la sustitución de una persona en el conjunto de relaciones transmisibles que correspondían, al tiempo de su muerte, a otra, o en bienes y derechos determinados por el difunto.

La legislación cubana ha efectuado la clasificación de la sucesión mortis causa atendiendo a diferentes criterios:

- De acuerdo con sus efectos: sucesión a título universal y sucesión a título particular.
- De acuerdo con su origen: sucesión testamentaria, sucesión intestada, sucesión mixta y sucesión contractual.

### **Criterio de clasificación atendiendo a sus efectos**

#### **Sucesión a título universal**

Por este tipo de sucesión mortis causa el sucesor adquiere cuantas relaciones integren o puedan llegar a integrar el patrimonio del causante. Se sucede en la universalidad de las relaciones jurídicas del causante.

#### **Sucesión a título particular**

Esta sucesión tiene lugar cuando el sucesor adquiere uno o varios derechos sobre bienes concretos del caudal hereditario. Es una sucesión en la que el sucesor recibe algo por voluntad del testador y a costa del patrimonio hereditario.

La clasificación de la sucesión mortis causa atendiendo a sus efectos brinda al notario los elementos que le servirán para calificar al llamado a la sucesión como heredero o legatario.

### **Criterio de clasificación atendiendo a sus orígenes**

#### **Sucesión testamentaria**

Tiene lugar cuando la sucesión mortis causa se ordena conforme a la voluntad del causante expresada en el testamento.

A este tipo de sucesión ha estado vinculado el notario casi desde el momento mismo del surgimiento de la función notarial, pues en él ha recaído la responsabilidad de la redacción de la última voluntad del causante, desde épocas muy remotas, como referíamos anteriormente.

Corresponde al notario autorizar una de las modalidades que puede adoptar la expresión de la última voluntad del causante: el testamento notarial, para lo cual observará las formalidades dispuestas en las normas sustantivas, ofrecerá al testador el asesoramiento necesario que garantice la validez de su voluntad al producirse su fallecimiento.

La intervención del notario dentro de este tipo de sucesión no sólo se limita a la autorización del testamento notarial, sino que una vez producida la muerte del testador y abierta la sucesión, puede hacerlo en momentos posteriores, autorizando también otros documentos notariales encauzados a la aprobación y adjudicación del patrimonio dejado por el testador, o bien a la negativa del mismo.

### **Sucesión Intestada**

La sucesión intestada es la forma de sucesión establecida por la ley a falta de disposición testamentaria válida, o para suplir una voluntad testamentaria incompleta, con el propósito de transmitir bienes, derechos y obligaciones del causante a determinadas personas que lo suceden a título universal.

Siguiendo el criterio de Castán Tobeñas, la sucesión intestada es la sucesión hereditaria que se defiere por ministerio de la Ley, cuando faltan, en todo o en parte, los herederos testamentarios.

Con el perfeccionamiento de las normas, la participación del fedatario dentro de este tipo de sucesión, ha ido alcanzando gran connotación, pudiendo intervenir desde el momento mismo de efectuarse el llamamiento a la sucesión, al autorizar las actas de declaratorias de herederos, a los efectos de determinar las personas, que conforme a la ley, han de suceder al causante, como en otros momentos posteriores, instrumentando en escrituras públicas las distintas figuras jurídicas que pueden tener lugar hasta la adquisición del caudal hereditario.

### **Sucesión Mixta**

Es un tipo de sucesión que tiene lugar cuando el testamento otorgado por el causante no dispone de todos los bienes que corresponden al testador, teniendo lugar la sucesión intestada respecto a aquellos bienes de que no hubiera dispuesto el testador o cuando el testamento se declara nulo o ineficaz en parte.

Corresponderá al notario observar dentro de este tipo de sucesión quiénes serán llamados a suceder al causante por testamento y quiénes por ley, verificando para ello los títulos que legitimen esa condición.

Igualmente observará los bienes que han de transmitirse conforme a cada título sucesorio, advirtiendo las reglas de partición que rigen para los tipos de sucesiones concurrentes.

En los casos de ineficacia parcial del testamento exigirá la presentación de la resolución firme emitida por tribunal competente, declarando tal ineficacia.

### **Sucesión Contractual**

Esta sucesión es admisible en nuestra legislación, pues ha quedado normada la posibilidad de la sucesión de los saldos de cuentas de ahorro por los beneficiarios designados por el titular de la cuenta al producirse su fallecimiento, siempre dentro de los límites fijados por la ley.

La porción del saldo que es entregada al beneficiario al producirse el fallecimiento del titular de la cuenta bancaria no forma parte del caudal hereditario.

La intervención notarial queda limitada en estos casos, sólo a la transmisión de aquella parte del saldo de la cuenta de ahorro que queda, luego de haber efectuado la liquidación de la porción correspondiente al beneficiario.

## **Consideraciones sobre el íter sucesorio**

Para el análisis del tema que nos ocupa resulta necesario, luego de fijar la definición de notario, del contenido de su función, y de los distintos tipos de sucesión, como premisa indispensable, referirnos a las fases del fenómeno sucesorio, a los efectos de poder exponer luego su materialización en los distintos documentos públicos notariales que son autorizados por los fedatarios.

Dentro del fenómeno sucesorio se pueden diferenciar cuatro fases completamente distintas, aunque pueden coincidir en el tiempo: apertura de la sucesión, vocación y delación hereditarias, opción o decisión del heredero y adquisición de la herencia.

### **Apertura de la sucesión**

La apertura de la sucesión tiene lugar por el hecho de la muerte de una persona, originándose así la sucesión mortis causa.

Este momento ha sido definido por De Castro “como un efecto jurídico enlazado con el evento natural de la muerte de la persona. Al fallecimiento de una persona física, los derechos y obligaciones que no se extinguen por su muerte quedan sin titular y se convierten en herencia, procediéndose a la apertura de la sucesión.”

Nuestro Código Civil aunque no regula el momento de inicio de la sucesión, estipula que desde la muerte del causante los herederos adquieren la herencia; sin embargo el Código Civil español que nos antecedió, dejó establecido que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento en que se produce su muerte.

La sucesión sólo puede tener lugar con relación a las personas físicas, pues las personas jurídicas son capaces de suceder, pero no de causar una herencia.

Si consta incuestionablemente la muerte de la persona cuya sucesión se trata, se produce la apertura de la sucesión en todo su patrimonio.

El fallecimiento puede ser real o presunto; justificándose la muerte real con la certificación de defunción expedida por el registrador del Registro del Estado Civil donde obre el asiento de inscripción; y en los casos de muerte presunta será necesario la presentación de la resolución judicial firme que declare la presunción de muerte, de conformidad con la cual se practicará su asiento en el libro de defunciones.

Las certificaciones deberán dejar fijado de forma clara la determinación del momento preciso y lugar del fallecimiento del causante la sucesión.

De vital importancia resulta que el documento probatorio de la muerte deje establecido el momento de la apertura de la sucesión, debido a que determina la capacidad de los llamados a la sucesión, estipula la responsabilidad por las deudas dejadas por el causante, a él se retrotraen los efectos de la aceptación y renuncia de la herencia, fija el momento de la adquisición del legado, precisa si estamos en presencia de una situación de premoriencia, postmoriencia o conmoriencia, puede dar

lugar al inicio de las diligencias preventivas del proceso sucesorio, si resultaren necesarias, o promover la declaración de herederos o los procesos sucesorios de testamentaria o ab intestato, entre otros efectos.

Igualmente la precisión del lugar del fallecimiento es decisiva para fijar la competencia del tribunal competente para conocer del proceso sucesorio, a falta de sumisión expresa o tácita de las partes.

A la par, la apertura de la sucesión puede dar lugar a la adopción de medidas provisionales con el objetivo de asegurar los bienes del causante que se transmiten a sus herederos.

La muerte del causante de la sucesión no le atribuye al sucesor la condición de heredero, sino sólo adquiere el derecho a sucederlo; pero si fallece antes de expresar su voluntad de aceptar o repudiar la herencia que le ha sido deferida, este derecho se transfiere a sus herederos.

### **Vocación y delación hereditarias**

La vocación y delación hereditarias son figuras que resultan bastante polémicas para la doctrina. Para Lacruz Berdejo, “vocación es el llamamiento de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del de cuius, por voluntad de éste o, en todo caso, por la ley.” De su enunciación se infiere que todos aquellos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser sus herederos, testamentarios o abintestato, son llamados a suceder.

Asienta además Lacruz Berdejo, que para que una persona resulte heredera no es suficiente ese llamamiento, sino que ha de ofrecérsele la herencia para su aceptación, y ese ofrecimiento, es la delación.

Según Royo Martínez, “la delación es el llamamiento a la herencia, u ofrecimiento de la misma a quien, mediante la aceptación puede adquirirla.”

Del criterio de Royo Martínez, se entiende que necesariamente ha de existir el llamamiento a la herencia, lo que para Lacruz Berdejo se considera vocación, pero además el llamado a quien se ofrece debe tener aptitud para aceptarla.

La doctrina cubana tiene como exponente fundamental al profesor Leonardo B. Pérez Gallardo, quien establece claramente la distinción entre estas dos figuras, cuya delimitación el fedatario debe observar al autorizar los documentos públicos notariales que pudieran conformarse en esta fase, utilizando en ellos los términos e instituciones adecuadas conforme a Derecho.

Para el profesor Pérez Gallardo, la vocación se dirige a los designados por el causante o por la ley como llamados a la sucesión, entendida tal designación como la determinación de la persona del destinatario, en la sucesión testamentaria o en la sucesión intestada, al tener lugar la muerte del causante y por consiguiente la apertura de la sucesión.

Confirma además el citado profesor, que la delación es el llamamiento efectivo y concreto a favor de uno o de varios de los titulares de la vocación hereditaria, que les permite, convertirse en herederos, para lo cual es suficiente que acepte la herencia que se les defiere; aseverando también que no hay delación sino entre los titulares de la vocación hereditaria, previamente designados por voluntad del testador o por ley.



Igualmente apunta, que la delación supone un estadio superior en el proceso sucesorio, a quien se le ofrece la herencia, tiene más posibilidades de convertirse en heredero que quien simplemente está incluido entre los posibles sucesores.

Otros exponentes de la doctrina cubana, el Dr. Humberto Sánchez Toledo y La Lic. María Elena Cobas Cobiella, delimitan conceptualmente la delación hereditaria como el llamamiento legal o testamentario a una persona que le confiere la facultad de aceptar o repudiar la herencia deferida y establecen igualmente la distinción entre esta y la vocación hereditaria. A estos efectos, puntualizan que la vocación hereditaria es una aptitud especial, previa, anterior a la aptitud de la sucesión, entendida como predisposición a la herencia, mientras que la delación es el llamamiento efectivo y concreto a quien mediante la aceptación pudiera adquirirla; indican también que la vocación es anterior a la apertura de la sucesión, mientras que la delación es posterior, que la vocación tiene un carácter marcadamente subjetivo, existe en el sujeto, y la delación hereditaria, como ofrecimiento de la herencia, viene de fuera, por otra parte la vocación hereditaria produce el derecho a la delación, a ser efectivamente llamado a la sucesión, mientras que la delación hace surgir en la persona el ius delationis, el derecho de aceptar o repudiar la herencia.

### **c) ESPAÑA**

[Ferrando]<sup>3</sup>

#### **Concepto de Testamento**

La sucesión testamentaria se define en función de la figura jurídica que le da nombre: el testamento.

El artículo 667 del Código Civil dice: «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento».

En principio se puede afirmar que la libertad de disposición es la característica más significativa de esta institución. Realmente los límites son escasos a la hora de otorgar testamento, pero no por ello inexistentes, como descubriremos a lo largo de esta exposición.

Retomando la definición legal de testamento, ésta sólo se refiere a dos extremos:

- la necesidad de la manifestación de voluntad del testador para la formación del acto.
- la posibilidad de regular a través del testamento el destino de todos los bienes del testador o de sólo una parte de los mismos, solucionándose en este caso la proyección del resto de los bienes a partir de otras vías legales, como la sucesión intestada.

Es opinión de la Doctrina más sobresaliente, la insuficiencia de esta definición es que no recoge los rasgos característicos que diferencian el testamento de otras figuras jurídicas. Además el artículo 667 parece cerrar el contenido del testamento en el aspecto patrimonial, siendo posible que éste haga referencia a otros puntos que nada tienen que ver con el conjunto de bienes del testador,



como el reconocimiento de un hijo u otras cuestiones de carácter personal, pudiéndose, incluso, dar la circunstancia de que éste sea el exclusivo contenido del testamento, sin hacer mención del patrimonio.

### **Caracteres del testamento**

Como aspectos configuradores del testamento se señalan los siguientes:

a)Es un acto unipersonal: esto significa la imposibilidad de que dos o más personas realicen su disposición de última voluntad a través del mismo testamento. Se prohíbe la existencia de testamentos mancomunados, para que la formación de la voluntad del testador no sea influenciada por voluntades ajenas.

Sin embargo, esta prohibición desaparece en algunas regiones, en las que su Derecho Foral admite la figura del testamento mancomunado, como Aragón y Navarra.

Algunos lectores se preguntarán: ¿Qué sucede cuando un matrimonio quiere otorgar testamento? En general sus intereses son convergentes, pero si no les resulta aplicable uno de los Derechos Forales anteriormente citados, deberán testar por separado, en dos testamentos diferentes.

b)Es un acto personalismo: nadie puede testar por otra persona, ni intervenir, ni modificar un testamento en el que no sea el causante. Toda esta serie de actuaciones le corresponden única y exclusivamente al testador, con lo cual se evita la plasmación de una voluntad no coincidente con la del causante. Así lo manifiesta el artículo 670 del Código Civil.

Como sucedía en el supuesto anterior esta prohibición sufre importantes excepciones en los Derechos Forales. En Aragón existe la llamada fiducia testamentaria, en Cataluña nos encontramos con la herencia de confianza y la cláusula de confianza, al igual que en Baleares, por último en Vizcaya se recoge la figura del poder testatorio. (Las cuestiones de Derecho Foral tendrán su oportuno desarrollo en el capítulo referido a las especialidades en el Derecho Foral).

c)Es un acto unilateral: basta con la voluntad del testador para que el acto sea eficaz. Existen actos que requieren dos voluntades entrecruzadas: una oferta y una aceptación de dicha oferta; por ejemplo, en una compra-venta para la perfección del negocio. En el caso que nos ocupa sólo interesa una voluntad: la del causante. Más tarde, cuando se produzca la apertura del testamento, tras la muerte del testador, se planteará la cuestión de la aceptación por parte de los designados en el mismo. Pero esta aceptación no es requisito de eficacia de la voluntad del causante, la cual era perfecta por sí sola.

d)Es un acto solemne: el testamento será nulo si en su otorgamiento no se han respetado los requisitos formales exigidos por la Ley. Debido a la trascendencia de este acto, el número de formalidades es superior que para la formación de otros negocios jurídicos.

e)Es un acto revocable: en cualquier momento el testador puede variar, en todo o en parte, el contenido del testamento. Carecen de sentido las disposiciones tendentes a establecer la vigencia perpetua, es decir, la imposibilidad de modificación del mismo.

### **¿Quiénes pueden testar?**

Las Leyes parecen mostrar un criterio amplio en este sentido. El artículo 662 del Código Civil dice: «Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no se lo prohíbe expresamente».

Esta gran permisibilidad se encuentra con dos únicas limitaciones:

- El testador no puede ser menor de 14 años. A partir de esta edad se considerará válido el testamento, excepción hecha del testamento ológrafo, (ver clases de testamento), que exige la edad de 18 años en el momento de otorgar el testamento, (mayoría de edad).
- El testador debe gozar de plena lucidez de sus facultades mentales a la hora de realizar el testamento.

El Código Civil recoge estos límites en el artículo 663: «Están incapacitados para testar: 1) Los menores de 14 años de uno y otro sexo; 2) El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.»

En el segundo supuesto, la inexistencia de juicio no sólo puede deberse a la presencia de una enfermedad mental, sino a otras causas como la embriaguez, drogadicción, etc. Por tanto en el momento que desaparezcan los efectos de estas causas la persona podrá testar válidamente.

Respecto a la enfermedad mental, es posible, que se manifiesten intervalos lúcidos, durante los cuales puede otorgarse testamento. Sin embargo deberá cumplirse lo prescrito en el artículo 665 del Código Civil, como garantía de que el testador se encuentra realmente en un período de lucidez y tiene capacidad para discernir lo que verdaderamente quiere. Este precepto establece: «Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de un dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos.»

El testamento realizado antes de aparecer la enfermedad mental es válido, según indica el artículo 664 del Código Civil.

Como se observa a través de la lectura de las disposiciones legales, la capacidad o incapacidad de la persona que desea testar se determinará en el momento de otorgar testamento. No importa la situación en la que se encuentre con anterioridad o posterioridad a dicho acto. Así, una incapacidad que más tarde desaparece no impide la posibilidad de realizar testamento, sin que aquella influya en éste. Para dar plena constancia de ello el artículo 666 del Código Civil dispone: «Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.»

Las personas que deberán apreciar la referida capacidad serán el notario y los testigos que concurren en el acto. Como veremos al hablar de las clases de testamento, sólo el testamento ológrafo se otorga con la única presencia del testador. En este caso si se descubre con posterioridad su incapacidad podrá impugnarse dicho acto. (Estas cuestiones tendrán su oportuno desarrollo en el apartado correspondiente.)

### **Los testigos y el notario**

Como regla general, el acto de otorgar testamento requiere la presencia del testador y de una serie de personas ajenas a él, cuya misión es dar fe y acreditar que el testador es capaz para realizar dicho acto y que lo otorga de forma libre y espontánea. Nos referimos al notario y los testigos,

siendo obligatoria su presencia para la validez del testamento. Sólo existen un número reducido de excepciones, salvedad hecha del testamento ológrafo, del que ya señalamos su especialidad al concurrir únicamente el testador en el otorgamiento del mismo.

Para ser testigo en un testamento se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Ser mayor de edad, salvo en circunstancias de epidemia, en las que se reduce la edad a 16 años, por razón de incremento de la mortalidad, (art. 701).
- Estar domiciliado en el lugar de su otorgamiento, con excepción de los casos establecidos en la Ley y cuando el testador sea conocido de los testigos y del notario y éste a su vez asegure conocer a los testigos.
- Los ciegos y totalmente sordos o mudos no podrán ser testigos.
- Tampoco pueden serlo los que no entiendan el idioma del testador.
- El testigo deberá estar en su sano juicio.

También están excluidos los que hayan sido condenados por delitos de falsificación de documentos públicos o privados, o por el de falso testimonio.

Los oficiales, auxiliares, copistas, subalternos y criados, cónyuge o parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante del acto, tampoco podrán actuar como testigos.

Igual que sucede al hablar de la incapacidad respecto al testador, la incapacidad para ser testigo se determinará en el momento de otorgamiento del testamento, sin que una incapacidad anterior o posterior afecten al mismo (Art. 68 3 del C.C.).

No podemos omitir, en esta breve exposición, la figura del notario. Su intervención será necesaria en el testamento abierto y en el cerrado junto a los testigos. Para la validez del acto el notario debe encontrarse en el ejercicio de su cargo y ejercerlo en su distrito notarial. Por ejemplo, un notario cuyo distrito sea Barcelona no puede actuar en Madrid, a no ser que se le conceda una autorización especial. Cuestión distinta es la libertad para acudir los particulares a un notario con independencia de que su distrito notarial sea diferente al del lugar donde se hallen domiciliados.

El notario y los testigos además de acreditar la capacidad del testador y dar fe del acto realizado, tienen como misión la de identificación de la persona que otorga el testamento. Esta es una garantía, para impedir que unas personas testen por otras suplantando su personalidad. Si no pudiese ser identificado el testador, se hará así constar por el notario o por los testigos, en los casos que proceda. El testamento podrá ser impugnado por esta razón, corriendo a cargo de la persona que lo impugna la prueba de la identidad.

La identificación del testador se basa en el conocimiento de éste por parte del notario y de dos testigos por lo menos, si estos dos no le conocieran se requerirá la presencia de otros dos testigos que conozcan al testador y a su vez sean conocidos del notario y de los testigos que intervienen en el otorgamiento del testamento.

### **Clases de testamento**

Una vez abordado el tema de las personas que generalmente intervienen en la formación del acto,

junto al testador, pasamos a estudiar los diferentes tipos de testamentos que se recogen en nuestro ordenamiento jurídico, estos son:

- El testamento abierto.
- El testamento cerrado.
- El testamento ológrafo.

Estos diversos tipos de testamentos pueden adoptar variedad de formas.

El testamento ológrafo es el único que no admite más que una modalidad, sin embargo, tanto el abierto como el cerrado pueden ser normales o excepcionales.

#### Testamento abierto

En su forma ordinaria el testamento abierto se caracteriza porque el notario y los testigos conocen la disposición de última voluntad contenida en el mismo. El artículo 679 del Código Civil define este tipo de testamento como aquel: «... en el que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.»

La Ley establece como obligatoria la presencia de notario hábil y de testigos, cuyo número se fija en tres. Estos deben entender al testador y uno por lo menos tiene que saber y poder escribir.

Una vez reunidos el notario, los testigos y el testador, éste expresa su última voluntad, redactando el testamento en base a ella. Es posible que se presente la disposición testamentaria por escrito», en este caso el notario redactará también el testamento, con arreglo a lo dispuesto en aquélla. En ambos supuestos se dará posterior lectura del mismo ante los testigos, para que el testador dé su conformidad.

En el testamento se deberá hacer expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. Puede parecer curioso el requisito de especificación de la hora, pero atiende a uno de los caracteres fundamentales del testamento: su revocabilidad. Como ya indicamos en el apartado correspondiente, la disposición de última voluntad puede ser variada en cualquier momento por el testador y podría darse la circunstancia de que en el mismo día una persona otorgara varios testamentos, por tanto la expresión de la hora es el único medio para saber cuál es la última disposición testamentaria y por tanto la contenedora de la voluntad del causante.

Redactado el testamento y dada la conformidad al mismo por parte del testador, será firmado por éste y por los testigos que pueden hacerlo. Pero, ¿qué sucede si el testador no sabe firmar?, sería absurdo pensar que por este motivo no se pueda otorgar testamento. La solución legal admite que uno de los testigos presentes en el acto firme por el testador, la misma solución se adopta para el caso de que el que no sepa firmar sea uno de los testigos. El notario dará fe de estas circunstancias.

Este es el proceso normal de otorgamiento del testamento abierto, pero se pueden dar especialidades en función del testador. Estas son:

- El testador puede ser enteramente sordo, por lo cual será incapaz de tener conocimiento de la lectura realizada por el notario. Por esta razón se traspasa al testador la obligación de leer el testamento una vez redactado, para que de este modo pueda tener certeza de lo que en él se establece y poder dar su conformidad. Pero la situación se puede complicar más si el testador no sabe leer o no puede hacerlo, entonces él mismo designará dos personas que lo hagan en su nombre.
- El testador puede ser ciego y para tener certeza en este caso del contenido del testamento, éste se leerá una vez por el notario y otra por un testigo o por una persona que el testador designe.

El testador puede estar en peligro inminente de muerte. Ante esta circunstancia de que una persona quiera otorgar testamento pero la citada imposibilidad fáctica se lo impida, la Ley suaviza sus criterios y permite que se otorgue testamento sólo ante testigos, sin necesidad de la presencia del notario, pero eleva el número de testigos a cinco. La misma línea siguen las disposiciones legales en caso de epidemia. En este supuesto deben estar presentes tres testigos y la edad de los mismos se rebaja al 6 años, (sabemos que para ser testigo en circunstancias normales se exige la mayoría de edad). La especialidad de estas dos situaciones hace pensar en la imposibilidad de que pueda escribirse el testamento. El artículo 702 del Código Civil lo prevé y establece: «En los casos de los dos artículos anteriores se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir».

Pero los testamentos otorgados en estas circunstancias no son válidos indefinidamente. La Ley considera que una vez cesen los impedimentos que no permiten otorgar un testamento con todas sus garantías, el testador que haya sobrevivido, si quiere hacer disposición testamentaria, deberá realizarla de nuevo cumpliendo los requisitos normales, pues el testamento otorgado en peligro de muerte inminente y en caso de epidemia dejará de ser eficaz a los dos meses de haber cesado una u otra causa. Pero tampoco tiene una validez indefinida en el caso de que se produzca la muerte del testador en ese plazo de dos meses, porque el testamento deviene ineficaz si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento, no se acude a los tribunales para que eleven a escritura pública el testamento otorgado, ya verbalmente o por escrito.

Por último indicar que los testamentos abiertos deben cumplir con las formalidades señaladas y éstas se realizarán en un mismo acto. La idea de unidad de acto atiende a la necesidad de garantizar la inexistencia de influencias externas en la voluntad del testador que desvirtúen su intención y asegurar que el acta redactada es la contenedora de la disposición testamentaria.

De todas formas un testamento que no haya sido autorizado por el notario podrá ser eficaz si se eleva a escritura pública y se protocoliza siguiendo las pautas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El notario incurrirá en responsabilidad si por su causa no se cumplen las formas prescritas y por tanto el testamento deviene nulo.

#### **d)HOLANDA**

[Simó]<sup>4</sup>

### **APERTURA, ACEPTACION Y ADQUISICION DE HERENCIA**

#### **A)Apertura.**

Las sucesiones se abren por la muerte (art. 877). Conmoriencia: Se presumen muertos al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro (art. 878).

#### **B)Aceptación.**



**a) Caracteres.**

1. Nadie está obligado a aceptar la herencia a él deferida.
2. Si hay varios herederos, es libre cada uno de aceptar o repudiar; si los que aceptan no están de acuerdo en cuanto al modo de aceptación, se entenderá aceptada a beneficio de inventario (art. 1.906).
3. Quien acepta una sucesión (por su cuota), no puede repudiar la que le corresponda por acrecimiento (art. 1.098).

**b) Clases.**

La aceptación puede ser pura y simple o a beneficio de inventario (art. 1.090).

También puede ser expresa o tácita (art. 1.094). Expresa: Cuando se toma el título o la cualidad de heredero en documento público o privado.

Tácita: Cuando se ejecuta un acto que supone necesariamente la intención de aceptar y que tendría derecho a ejecutarse sino en calidad de heredero. (No son actos de adición tácita: los relativos a funerales, actos conservatorios, de vigilancia y administración provisional.)

**c) Capacidad.**

Las sucesiones deferidas a mujeres casadas, menores e interdictos sólo pueden ser aceptadas conforme a las disposiciones que les conciernan (art. 1.092).

**d) Efectos.**

El heredero repudiante puede aún aceptar mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos legítimos o testamentarios, dejando a salvo los derechos de terceros (art. 1.102).

El efecto de la aceptación retrotrae al día de la apertura de la sucesión (art. 1.093).

**e) Acción.**

La facultad de aceptar prescribe por plazo de treinta años a contar desde la apertura; sin perjuicio de los derechos de terceros en virtud de justo título (art. 1.101).

**f) Jus transmissionis.**

Cuando fallece aquel a quien fue deferida la herencia, sin aceptarla o repudiarla, sus herederos podrán aceptarla o repudiarla en su lugar (art. 1.097).

**g) Vicios.**

No puede impugnarse la aceptación sino en caso de violencia o dolo; y por lesión en más de la mitad por aparecer un testamento desconocido al tiempo de la aceptación (art. 1.099).

**C) El derecho de deliberar y el beneficio de inventario.**

**a) El derecho de deliberar.**

1. Concepto: Cualquier llamado a una sucesión que desee verificar su fuerza y asegurarse si tiene interés en aceptar o repudiar, tiene la facultad de deliberar mediante una declaración al Escribano del Tribunal del lugar de aceptación de la sucesión que deberá inscribirse en el registro destinado a este fin (art. 1.070).

2. Plazo, para deliberar y hacer inventario es de cuatro meses a contar desde la declaración (prorrogable por causa grave a juicio del Tribunal) (art. 1.071).

3. Facultades y obligaciones:

Velar por la conservación de los bienes como un buen padre de familia (art. 1.072).

Vender, con autorización judicial, los objetos que no deban o no puedan ser conservados, y en general realizar cualesquiera actos que no admitan demora (art. 1.073).

El Juez determinará el modo de la venta y las medidas necesarias para la conservación de los bienes y el interés de los terceros (artículo 1.074).  
Tomar una decisión al agotarse el plazo si se le obliga a ello (art. 1.075).

**b) El beneficio de inventario.**

- 1.No puede ser prohibido por el testador (art. 1.089).
- 2.Agotado el plazo de deliberar, el heredero aún conserva la facultad de hacer inventario y convertirse en heredero beneficiario a menos que haya realizado actos como heredero (art. 1.076).
- 3.Pérdida: El heredero pierde el beneficio y es considerado puro y simple (art. 1.077):
  - Si omite, conscientemente y de mala fe, bienes en el inventario.
  - Si resulta culpable por ocultación de bienes.
- 4.Efectos:
  - No ser obligado al pago de deudas y cargas de la sucesión más que hasta donde alcancen los bienes; e incluso eludir el pago abandonando todos los bienes a los acreedores y legatarios (art. 1.078).
  - No confundirse los patrimonios del heredero y la sucesión, pudiendo reclamar contra ella (art. 1.078).
  - Sólo responde con sus bienes cuando demora la rendición de cuentas o falta a su obligación (art. 1.086).
- 5.Facultades y obligaciones:
  - Administrar los bienes como un buen padre de familia y liquidar en el plazo más corto posible (art. 1.079).
  - Vender muebles o inmuebles, sólo públicamente según los usos del lugar o por medio de corredores si se trata de mercancías (art. 1.080).
  - Dar caución si lo exigen acreedores o interesados (art. 1.081).
  - Convocar por anuncio en los periódicos oficiales (en el plazo de tres meses) y de la provincia a los acreedores desconocidos, a los conocidos y a los legatarios, dando cuenta de su administración y del pago de sus deudas a prorrata de los bienes hereditarios (art. 1.082).
  - Los acreedores que se den a conocer después de la aprobación de cuentas y pago de los conocidos sólo cobrarán sobre el remanente a medida que lo haya y se vayan presentando (art. 1.083).
  - Preferencias: Los acreedores que se opongan serán pagados por el orden que el Juez determine (art. 1.084).
  - Los legatarios serán pagados después de los acreedores; si aparecen nuevos acreedores sólo podrán dirigirse contra los legatarios en un plazo de tres años a contar desde el día del pago (art. 1.085).
  - Los gastos son a cargo de la sucesión (art. 1.087).

**D) Petición de herencia.**

El heredero tiene una acción de petición de herencia contra todos aquellos que poseen por el mismo título, o sin título, todo o parte de la herencia, y contra todos aquellos que han dejado de poseer de mala fe; la acción abarca todo lo que por cualquier título se comprenda en la sucesión según las reglas de la acción reivindicatoria (art. 881).

Plazo: La acción prescribe a los treinta años a contar desde la apertura (art. 882).

**CAPACIDAD PARA SUCEDER**

### **A) Regla general.**

Para suceder es preciso existir al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 883).

Para ser capaz de recibir por testamento es preciso existir al tiempo de la muerte del testador (art. 946: esta regla no se aplica a las personas llamadas a gozar de fundaciones). La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción (arg. Art. 943).

### **B) Indignidad.**

a) Son indignos de suceder y como tales excluidos de la sucesión:

1.º) El que sea condenado por haber dado o intentado dar muerte al difunto; 2.º) El que hace contra el difunto una acusación calumniosa (que implique un máximo de cuatro años de prisión); 3.º) El que por violencia impide otorgar o revocar testamento; 4.º) El que sustrae, altera o destruye el testamento del difunto (art. 885).

### **b) Efectos.**

El heredero indigno debe reintegrar frutos y productos gozados desde la apertura de la sucesión (art. 886). Los hijos del indigno no son excluidos por la falta de sus padres, quienes no podrán reclamar el usufructo que sobre los bienes les corresponde (art. 887).

### **C) Reglas especiales.**

1. Las disposiciones testamentarias en provecho de instituciones públicas, establecimientos religiosos, iglesias u hospicios, no producen efecto sin que el Rey autorice la aceptación a los administradores de tales establecimientos. La aceptación se hará a beneficio de inventario (arts. 947 y 1.092).

2. El esposo no puede aprovecharse de las disposiciones testamentarias de su cónyuge si el matrimonio se celebró sin consentimiento y si el testador muere cuando aún podía ser atacado el testamento por esta razón (art. 948).

3. Los cónyuges que tengan hijos de otro matrimonio no pueden dar al nuevo cónyuge más que al hijo legítimo menos favorecido (sin exceder de la cuarta parte de los bienes) (art. 949).

4. Los cónyuges no pueden disponer de los bienes comunes más que por su parte en la comunidad. En caso de legado de cosa común el legatario no puede reclamarla in natura si en la partición no resulta atribuida a los herederos del testador, pero tiene derecho a ser indemnizado sobre la parte de la comunidad atribuida a los herederos del testador (art. 950).

5. El menor no puede disponer a favor de su tutor aunque haya cumplido los 18 años. Tampoco el mayor de edad, mientras no se hayan rendido cuentas. Se exceptúan del menor (art. 951).

6. Los menores no pueden disponer a favor de sus preceptores o gobernantes que con ellos convivan, ni en provecho de instituciones o institutrices. Se exceptúan los legados hechos en atención a los servicios rendidos y según las facultades del disponente (art. 952).

7. No pueden aprovecharse de las disposiciones testamentarias: los médicos, cirujanos, farmacéuticos y otras personas que ejerzan el arte de curar que hayan cuidado al testador durante la enfermedad causante de la muerte; y los ministros del culto que lo hayan asistido durante ella; siempre que las disposiciones hayan sido hechas durante el curso de tal enfermedad, exceptuando: 1.º) las disposiciones remuneratorias a título de legado; 2.º) las que sean en provecho del esposo del testador; 3.º) las disposiciones a favor de parientes dentro del cuarto grado inclusive (art. 953).

8. Otra incapacidad relativa: Los Notarios y testigos del testamento público (art. 954).

9. Otra: Los hijos naturales que concurren con legítimos más allá de lo dispuesto en las arts. 909 y ss. (art. 955).

10. Otra: El esposo adúltero y su cómplice no pueden recibir nada entre sí siempre que el adulterio haya sido sentenciado antes del fallecimiento del testador (art. 956).

11. Toda disposición a favor de un incapaz es nula aún hecha por medio de persona interpuesta (padre, madre, hijos, descendientes y esposo del incapaz) (art. 958).

## CAPACIDAD PARA TESTAR

### Reglas:

1. Para otorgar o revocar un testamento hay que estar sano de espíritu (art. 942).
2. La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción (art. 943).
3. Los menores de dieciocho años no pueden testar (art. 944).
4. La capacidad se determina según es estado al tiempo de hacer testamento (art. 945).

## COLACION

### A) Sujetos.

1. Los herederos en línea descendente, legítimos o naturales, puros y simples o beneficiarios a menos que se trate de donaciones con expresa dispensa de colación (art. 1.132).
2. Los demás herederos, sean legítimos o testamentarios, tan sólo si el difunto o donante ha ordenado expresamente o estipulado la colación (art. 1.132).
3. El heredero que renuncia a la sucesión no está obligado a la colación a menos que sobrepasen la legítima de sus coherederos (artículo 1.133).
4. Los padres no colacionan lo donado a sus hijos por sus ascendientes (art. 1.135).
5. Los hijos que lleguen, por su propio derecho, a la sucesión de los ascendientes, no colacionarán lo donado a sus padres. Sí lo harán cuando sucedan por representación, aunque repudien la herencia de sus padres (art. 1.135).
6. La colación debida por el coheredero a su heredero, no a los legatarios ni a los acreedores de la herencia (art. 1.137).

### B) Objeto.

1. En general: Todas las donaciones intervivos (art. 1.132).
2. Especialmente: Todo lo empleado para procurar al heredero un estado, una profesión o un establecimiento, para el pago de sus deudas o para la celebración del matrimonio (art. 1.142).
3. Excepciones: No están sujetos a colación (art. 1.143):
  - Los gastos de mantenimiento y educación.
  - Los pagos de alimentos necesarios.
  - Los gastos de aprendizaje de cualquier rama del comercio, arte, negocio o industria.
  - Los gastos de estudio.
  - Los gastos de sustitución o cambio de número en el servicio militar.
  - Los gastos de boda, vestidos y regalos de costumbre.
  - Lo perecido por caso fortuito y sin culpa del donatario.

### C) Reglas de colación.

1. La colación puede hacerse in natura o tomando de menos (art. 1.138).
2. La colación de inmuebles puede hacerse, a elección del donatario, en el estado en que se encuentren al colacionar o por colación de su valor al tiempo de la donación (en el primer caso responde el donatario de la depreciación de los bienes sufrida por su culpa, y debe entregarlos libres de cargas; en contraprestación tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios de conservación) (art. 1.139).
3. La colación de dinero se hace a elección del donatario, en especie o tomando de menos (art.

1.140).

4. La colación de los muebles se hace a elección del donatario atendiendo a su valor al tiempo de la donación o in natura (art. 1,141).

5. Los intereses y frutos de las cosas colacionables se deben desde la apertura de la sucesión (art. 1.144).

## e) INGLATERRA

[Simó]<sup>5</sup>

### INTRODUCCION

Creo necesario, ante todo, sintetizar algunas de las diferencias más esenciales y características entre el derecho inglés y el español, porque así será más fácil entender todo lo que sigue:

1. Si antes del 1 de enero de 1926 el orden sucesorio legal difería según se tratase de sucesión en bienes muebles o inmuebles, a partir de la Administration of Estates Act de 1925, se han unificado ambos supuestos. La distinción entre los bienes muebles e inmuebles sólo mantiene su importancia en las cuestiones de Derecho internacional privado.

2. En derecho español, la sucesión forma una universalidad de bienes que se transmite al heredero como si fuera un representante del difunto.

En derecho inglés, por el contrario, los herederos no adquieren desde la apertura de la sucesión tal universalidad. La herencia testada o intestada pasa al «executor» nombrado por el difunto, que debe obtener del Tribunal la homologación (probate) del testamento; o a un «administrator» nombrado por el Tribunal.

Estos representantes legales de la sucesión («Personal representatives»), tienen por misión administrar la sucesión, pagar el pasivo y transmitir los bienes a los legatarios o a los herederos.

Así pues, la transmisión sucesoria en derecho inglés se caracteriza por dos notas: En primer lugar, la transmisión se efectúa en dos etapas por la circunstancia de la interposición entre el difunto y los beneficiarios de un intermediario que recibe la misión de liquidar la sucesión, como un síndico liquida una quiebra; en segundo lugar, esta transmisión en dos fases se efectúa por medio de un procedimiento que requiere necesariamente la intervención de los Tribunales y cuyas sucesivas operaciones se escalonan en el tiempo.

Al fallecimiento de una persona, todos los bienes e intereses son deferidos, no directamente a los beneficiarios, sino al «personal representative» (ya sea «executor» ya «administrator») cuya misión en la primera fase, llamada «administration», es liquidar («clear up»), la sucesión pagando los gastos funerarios, deudas y legados, para obtener un saldo neto o «residuary estate», que repartirá entre los beneficiarios, en una segunda fase llamada «distribution».

3. Hasta 1938 la libertad de testar en Inglaterra fue absoluta, por lo que no se planteaban



problemas de legítima ni de cuota disponible. La Inheritance (Family Provision) Act, 1938, ha limitado este principio en provecho de ciertos parientes, aunque sigue sin poder calificarse de legítima (tal como los españoles la entendemos).

4. A partir de la Administration of Estates Act, 1925, puede decirse que el cónyuge supérstite es llamado a título de heredero y tiene el derecho de obtener ciertas sumas y gozar de ciertas ventajas (a diferencia de la cuota usufructuaria española).

5. Existen tribunales especiales para decidir sobre todas las cuestiones sucesorias: High Court of Justice, Probate División.

## **ADQUISICION DE LA HERENCIA**

### **A)Muebles.**

Desde que el «executor» es reconocido como «personal representative» del testador, todos sus bienes muebles se le consideran transferidos desde el momento del fallecimiento del causante.

El «administrator» deriva su título desde el «grant of administration» y se considera investido del patrimonio mobiliario desde la fecha del «grant» (Woolley v. Clark, 1822; Meyappa Chetty v. Chetty, 1916). En el intervalo entre el fallecimiento y el apoderamiento, dicho patrimonio se entiende en posesión del Tribunal sucesorio (Probate Court).

### **B)Inmuebles.**

Las reglas de la Land Transfer Act, 1897, han sido sustituidas por la sección 1 (1) de la Administration of States Act, 1925, que dispone:

«Real estate to which a deceased person was entitled for an interest not ceasing on his death shall on his death, and notwithstanding any testamentary disposition thereof, devolve from time to time on the personal representative of the deceased, in like manner as before the commencement of this Act chattels real devolved on the personal representative from time to time of a deceased person.»

La posición respecto a la investidura intermedia mueble e inmueble, se rige por la sección 9 de la misma ley, que dispone que cuando una persona fallece intestada hasta la concesión de la administración, se entiende investida en el Presidente del Tribunal (Probate, Divorce and Admiralty División of the High Court).

El «real estate» comprende:

- bienes inmuebles («chattels real»);
- tierras en posesión (nuda propiedad o reversión; land in possession, remaindes or reversion);
- cualquier derecho en o sobre la tierra («every interest in or over land»);
- inmuebles bajo trust o en forma de hipoteca o garantía («real estate held on trust or by way of mortgage or security»).

### **C) Reglas especiales que deben tenerse en cuenta.**

#### **1.Arrendamientos.**

La posición respecto a los arrendamientos, es decir, el interés del arrendatario o inquilino que es protegido por la Rent Restrictions Act, 1920, es anómala.

El arrendamiento confiere un interés personal al inquilino (Brown v. Brash and Ambrose, 1948;



Robson v. Headland, 1948), que no es transmisible por testamento. Por tanto este interés no pasa a los «personal representative» (Lovibond v. Vincent, 1929), si bien su viudo y demás miembros de la familia que hayan residido con él los seis meses anteriores a su muerte son protegidos en la continuidad de la posesión.

El Tribunal debe ponderar las circunstancias del caso y los deseos del causante inquilino (Trayfoot v. Lock, 1957).

### **2. Bienes de fideicomiso.**

Véase la Conveyancy Act, 1881, sección 30: El patrimonio inmueble en fideicomiso será investido al «personal representative», único del «trustee», como si fuese un bien inmueble (id. Administration of Estates Act, 1925, I).

### **3. Bienes en comunidad.**

La propiedad mueble sobre la que el difunto tenía un interés común con otras personas no pasa al «personal representative», sino que subsiste entre los copartícipes (Biles V. Caesar, 1957).

### **4. Propiedad intelectual.**

Deben tenerse en cuenta las limitaciones de cesión (veinticinco años después de la muerte del autor), establecidas por las secciones 36 a 38 de la Copyright Act, 1956.

### **5. Patentes.**

El título del «personal representative» puede ser inscrito conforme a la sección 74 (1) de la Patents Act, 1949.

### **6. Acciones y participaciones sociales.**

Pasan al «personal representative» quien sujetándose a los estatutos sociales puede transmitir las (Re Greene, 1949), sin registrarlas a su nombre (Companies Act, 1948, s. 76).

En la práctica, casi todas las Compañías exigen que el «personal representative» inscriba las acciones a su nombre, a no ser que vaya a retenerlas por poco tiempo.

### **7. Acción por agravios (Action in tort).**

Hasta 1934 regía la máxima: «Actio personalis moritur cum persona». La Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1934, invirtió la regla en el sentido de que la acción subsiste si el difunto estaba investido de ello a si el pleito puede beneficiar a su patrimonio. (La Ley reconoce algunas excepciones por razón de no vivir una o ambas partes en casos de difamación, seducción, inducción a la separación conyugal, adulterio.)

### **8. Acciones derivadas de la Fatal Accidents Act, 1864.**

Tales acciones (por razón de muerte causada por acto injusto, negligencia o imprudencia) se conceden en beneficio del esposo sobreviviente, padres e hijos (incluidos nietos e hijos legitimados, ilegítimos y adoptivos) del difunto, y pueden ser ejercitadas en su nombre por el «executor» o «administrator».

### **9. Accidentes aéreos.**

Conforme a la Carriage by Air Act, 1932, la acción derivada de estos accidentes puede ser ejercitada por el «personal representative» del difunto o por las personas beneficiarias de la indemnización.

### **10. Beneficios de muerte.**

En ciertas circunstancias, un beneficio de muerte, «deah benefit», corresponde según la National

Insurance (Industrial Injuries) Act, 1946, al viudo o viuda, hijos, padres y otros parientes; y también una pensión especial para la viuda cuando el difunto haya cumplido ciertas condiciones.

#### **D) Carácter de la adquisición.**

La propiedad del difunto es investida en sus «executors» o «administrators»: «on trust» «for the purposes of administration». A este respecto opinó Ashhurst en el caso *Farr v. Newman* (1792): «I shall next consider what the nature of the property is which an executor has in the assets of the testator; he has it only under a trust to apply it for payment of the testator's debts, and such other purposes as he ought to fulfil in the course of this office as executor.»

### **CAPACIDAD PARA TESTAR**

La capacidad testamentaria se rige, en cuanto a los muebles, por la ley del domicilio del testador, al tiempo de otorgar el testamento, siendo intrascendente el cambio de domicilio entre la fecha de otorgamiento y la de la muerte (In b. Maraver, 1828).

En cuanto a los inmuebles sitos en Inglaterra, la capacidad testamentaria se rige por la ley inglesa (Re Hernando, 1884; *Callwood v. Callwood*, 1960).

#### **A) Regla general.**

A salvo circunstancias especiales que veremos: Todas las personas son capaces para hacer testamento, y se presume que, en ausencia de evidencia en contrario, todo testamento formalmente válido ha sido hecho por persona competente (*Symes v. Greem*, 1869; *Burrows v. Burrows*, 1827).

#### **B) Reglas especiales.**

##### **1. Extranjeros.**

Pueden disponer de los bienes muebles e inmuebles del mismo modo que los sujetos británicos; pero, por supuesto, que debe cumplirse el testamento en la forma prescrita por la ley (*Status of Aliens Act*, 1914, s. 17; *British Nationality Act*, 1948).

##### **2. Mujeres casadas.**

La *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act*, 1935, permite a las mujeres casadas adquirir, conservar y disponer de toda clase de propiedad adquirida antes o después de su matrimonio como si fuese soltera.

##### **3. Menores.**

La *Wills Act*, 1837, dispone que no es válido el testamento hecho por menor de veintiún años.

Sin embargo, según la citada ley y la *Wills (Soldiers and Sailors) Act*, 1918, los soldados en servicio militar y marineros o marinos embarcados o pertenecientes como soldados a la Marina de S. M. o fuerzas de la Marina, pueden testar, aunque sean menores de edad, ya sea formal o informalmente. No hace falta que esté firmado o autenticado y puede ser verbal (*In the Estate of Yates*, 1919; *Re Chichester*, 1946).

##### **4. Personas incapaces por trastorno mental.**

Una persona que sufre trastorno mental es incapaz de testar, mientras subsista tal trastorno. Véanse a este respecto la *Mental Health Act*, 1959, y los casos: *Banks v. Goodfellow*; *Harwood v.*



Baker, 1840;

Boughton v. Knight, 1873; Burdet v. Thompson, 1873; Batían Sing v. Amirchand, 1848; Re Park, , 1954.

El testamento no se revoca por subsiguiente trastorno mental. El testamento hecho en un intervalo lúcido es válido (In the Estate of Walker, 1912).

Si resulta que el testador sufría un trastorno mental general y, por ejemplo, estaba sujeto a mandamiento de control y gestión de su propiedad (Mental Health Act, 1959, s. 103), la persona que pretenda la validez del testamento deberá probar que fue otorgado en un intervalo lúcido (In the Estate of Walker, 1912). El Tribunal decidirá sobre las evidencias de capacidad e incapacidad y tendrá en cuenta el conflicto de presunciones (Sutton v. Sadler, 1857; Cleare v. Olear, 1869).

Un trastorno parcial puede no afectar a las facultades generales y no priva, en principio, de la capacidad para testar (Banks v. Good-fellow, 1870; Boughton v. Knight, 1873; Perera v. Perera, 1901).

### **5.Edad avanzada, enfermedad, ceguera, ignorancia.**

Los achaques causados por edad avanzada o enfermedad pueden ser tales que afecten a la capacidad testamentaria de una persona. En consecuencia, cuando un abogado sea requerido para redactar un testamento cuya validez pueda ser impugnada por estas causas se atenderá al dictamen de un médico que examine al testador y atestigüe en el testamento (Re Thompson, 1925; Thomas v. Jones, 1928).

Si el testador es ciego, analfabeto o ignorante el testamento deberá ser leído antes de su otorgamiento (véase caso Wintle v. Nye, 1959).

### **6.Coacción o fraude.**

Cuando se emplea una fuerza actual para compeler al testador a hacer testamento o cuando lo hace por miedo o es inducido a otorgarlo por fraude, el Tribunal rechaza la validez de todo o parte del mismo (Mountain v. Bennet, 1787; Nelson v. Oldfield, 1688; Lord Donegal's Case, 1752). Igualmente si el testador ha sido importunado (Hacker v. Newborn, 1654).

Pero una persona puede por honesta persuasión (honest persuasion, flattering speeches), procurarse un testamento a su favor o de otra persona. Cabe pues cierta influencia, que será injusta y viciará el testamento cuando sea equivalente al fraude o coacción (Trimleston v. D'Alton, 1827; Boyse v. Rossborough, 1857).

La carga de la prueba de que el testamento ha sido otorgado bajo influencia injusta corresponde al que la alega (Parfitt v. Lawless, 1872; Craig v. Lamourex, 1920).

### **7.No es delegable la facultad de testar.**

Es una regla cardinal del derecho inglés y escocés que nadie puede delegar su facultad testamentaria. La ley reconoce a una persona el derecho de disponer de su patrimonio a favor de personas determinadas o determinables; y no ejercita este derecho si faculta a los ejecutores para elegir personas y objetos por y para beneficiarios, (Así lo entendió Lord Simonds en el caso Cichester Diocesan Fund and Board of Finance v. Simpson, 1944).

## f) MÉXICO

### Concepto de testamento

[Práctica Fiscal, Laboral y Legal-Empresarial]<sup>6</sup>

Algunas de las definiciones de testamento más utilizadas son las siguientes:

1. El testamento (del latín *testatio mentis*, que significa "testimonio de la voluntad") es un acto jurídico por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos.
2. De acuerdo con el artículo 1295 del Código Civil Federal (CCF), el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.

### Clasificación del testamento

Según los artículos 1499, 1500 y 1501 del CCF, el testamento se clasifica como sigue:

1. Ordinario. Puede ser: público abierto, público cerrado, público simplificado, ológrafo.
2. Especial. Puede ser: privado, militar, marítimo, hecho en país extranjero.

### Testamento público abierto

Es el que se otorga ante notario, donde el testador expresa de modo claro y terminante su voluntad. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento, se sujetará estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme. Si lo está, firmarán la escritura el testador, el notario y en su caso, los testigos.

Cuando se formalice un testamento, se asentará el lugar, año, mes, día y hora en que haya sido otorgado.

En términos del artículo 1518 del CCF, cuando el testador no domine el idioma del país extranjero donde se encuentre, pero sí pueda escribirlo, redactará su testamento en ese idioma, el cual será traducido al español por un intérprete. La traducción se transcribirá como testamento en el respectivo protocolo y el original, firmado por el testador, el intérprete y el notario, se archivará en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto.

Si el testador no puede o no sabe escribir, el intérprete escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por el intérprete que debe concurrir al acto; hecha la traducción se procederá como lo dispone el párrafo anterior.

Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento al intérprete; en este caso, el intérprete podrá intervenir además como testigo de conocimiento.



Todas estas formalidades se practicarán en un solo acto, que comenzará con la lectura del testamento, y el notario dará fe de su cumplimiento.

### **Testamento público cerrado**

De acuerdo con el artículo 1521 del CCF, el testamento público cerrado puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común.

El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no sabe o no puede hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona que consienta.

En este caso, la persona que haya rubricado y firmado por el testador, concurrirá con él a la presentación del pliego cerrado; en este acto, el testador declarará que dicha persona rubricó y firmó en su nombre, y ésta firmará en la cubierta con los testigos y el notario.

El testador, al hacer la presentación, declarará que en el pliego está contenida su última voluntad.

El notario dará fe del otorgamiento; la constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento y ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además, deberá sellar el documento.

El testador podrá conservar el testamento en su poder, darlo en guarda a una persona de su confianza o depositarlo en el archivo judicial.

El poder para la entrega y la extracción del testamento debe otorgarse en escritura pública, y esta circunstancia se hará constar en la nota respectiva.

Luego de que el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento.

El testamento cerrado no podrá ser abierto sino después de que el notario y los testigos instrumentales hayan reconocido ante el juez sus firmas, y la del testador o la de la persona que por éste hubiera firmado, y hayan declarado si en su concepto está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de entrega.

### **Testamento público simplificado**

En términos del artículo 1549 Bis del CCF, el testamento público simplificado es aquel que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades de las entidades federativas, del Distrito Federal (DF) o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, siempre que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda del equivalente a 25 veces el SMG vigente en el DF elevado al año, al momento de la adquisición, es decir, de \$479,883.75. Si se trata de regularizaron de inmuebles que lleven a cabo las dependencias y entidades federativas o del DF, no importará su monto.

En este tipo de testamento el testador podrá designar a uno o más legatarios (personas no familiares) con derecho a acrecer, salvo que exista designación de sustitutos.



## **Testamento ológrafo**

Según el artículo 1550 del CCF, se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador. Los testamentos ológrafos no producirán efecto si no están depositados en el Archivo General de Notarías.

Al efecto, el artículo 1551 del CCF estipula que el testamento ológrafo sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad, y para que sea válido deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, con expresión del día, mes y año en que se otorgue.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

Si contiene palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. La omisión de esta formalidad por el testador sólo afectará la validez de las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, pero no al testamento mismo.

## **Testamento privado**

El testamento privado está permitido en los casos siguientes:

1. Cuando el testador sea víctima de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario a hacer el testamento.
2. Cuando no haya notario en la población o juez que actúe por receptoría.
3. Cuando, aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento.
4. Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Para que en los casos antes citados se pueda otorgar el testamento privado, es necesario que al testador no le sea posible hacer el testamento ológrafo.

En esas situaciones, el testador declarará en presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito, si el testador no puede escribir.

El testamento privado sólo surtirá efectos si el testador fallece a causa de enfermedad o en la situación de peligro en que se haya encontrado, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

## **Testamento militar**

Si el militar o el asimilado del ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última voluntad, firmada de su puño y letra. Esto también se observará, en su caso, respecto de los prisioneros de guerra.

Cabe mencionar que los militares o asimilados en campaña o prisioneros de guerra también podrán hacer uso del testamento privado, en presencia de cinco testigos, donde uno de ellos redactará por escrito si el testador no puede hacerlo.



### **Testamento marítimo**

Los que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sean de guerra o mercantes, pueden testar sujetándose a las prescripciones siguientes:

1. El testamento marítimo será escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío, y será leído, datado y firmado; además, deberán firmar el capitán y los dos testigos.
2. Si el capitán es el que desea hacer el testamento, lo hará ante quien le suceda en el mando.
3. El testamento marítimo se hará por duplicado, y se conservará entre los papeles más importantes de la embarcación, y de él se hará mención en su diario.

### **Testamento hecho en país extranjero**

En términos del artículo 1593 del CCF, los testamentos hechos en país extranjero producirán efectos en el DF, cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron.

Los secretarios de legación, los cónsules y los vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de los nacionales en el extranjero, en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el DF.

El testamento realizado en país extranjero podrá ser ológrafo, siempre que el funcionario que intervenga en su depósito lo remita por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores en un lapso de diez días a partir de que haya sido hecho su depósito al encargado del Archivo General de Notarías.

### **Capacidad para testar**

Conforme al artículo 1305 del CCF, pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.

Al respecto, el artículo 1306 del CCF señala que están incapacitados para testar las personas siguientes:

1. Los menores que no hayan cumplido 16 años de edad, ya sea hombres o mujeres.
2. Los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio.

### **Capacidad para heredar**

Según el artículo 1313 del CCF, todos los habitantes de cualquier edad tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero en relación con ciertas personas y determinados bienes pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

1. Falta de personalidad.
2. Delito.

3. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, a la verdad o a la integridad del testamento.
4. Falta de reciprocidad internacional.
5. Utilidad pública.
6. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables.

De acuerdo con el artículo 1316 del CCF, algunas de las personas que son incapaces de heredar por testamento o por intestado son las siguientes:

1. El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella.
2. El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente.
3. El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos.
4. Los ascendientes que abandonen, prostituyan o corrompan a sus descendientes, respecto de los ofendidos.
5. Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de darle alimentos, no la hayan cumplido.
6. El que se valga de violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento.
7. El que conforme al Código Penal sea culpable de supresión, sustitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió corresponder a este último o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con esos actos.
8. El que haya sido condenado por delito cometido en contra del autor de la herencia.

### **Condiciones que pueden incluirse en el testamento**

En términos del artículo 1344 del CCF, el testador es libre de establecer condiciones al disponer de sus bienes.

No obstante, el incumplimiento de alguna condición impuesta al heredero o al legatario no perjudicará a éstos, siempre que hayan empleado todos los medios necesarios para cumplir aquélla.

Es improcedente la institución hecha con la condición de que el heredero o el legatario hagan en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona.

Las condiciones que únicamente suspendan por cierto tiempo la ejecución del testamento no

impedirán que el heredero o el legatario adquieran derecho a la herencia o legado y lo transmitan a sus herederos.

Cuando el testador no haya establecido un plazo para el cumplimiento de la condición, el bien legado permanecerá en poder del albacea; sin embargo, al hacerse el reparto se asegurará competentemente el derecho del legatario para el caso de cumplirse la condición, y se observarán, además, las disposiciones establecidas para hacer la partición cuando alguno de los herederos sea condicional.

Por otra parte, si la condición es puramente potestativa de dar o hacer alguna cosa, y el obligado ofrece cumplirla, pero aquel a cuyo favor se estableció rehúsa aceptar la cosa o el hecho, la condición se tendrá por cumplida.

La condición impuesta se tendrá por cumplida aun cuando el heredero o el legatario haya prestado la cosa o el hecho antes de que se otorgue el testamento, a no ser que pueda reiterarse la prestación; en este caso, no será obligatoria, sino cuando el testador haya tenido conocimiento de la primera.

### **Procedimiento para elaborar un testamento**

La elaboración de un testamento garantiza que las pertenencias de las personas se puedan transmitir en forma ordenada y pacífica.

Por ello, dado que es un documento de vital importancia en el que se plasma la voluntad del testador, debe ser elaborado ante un notario público, quien dará fe de la voluntad del testador.

De esta manera, una vez elaborado y firmado el testamento, se entregará al testador una copia para que lo conserve con los documentos que considere importantes.

Posteriormente, el notario deberá realizar el aviso de testamento, el cual se integrará a la base de datos del Sistema Nacional del Registro de Avisos de Testamento, y contendrá los datos siguientes:

1. Nombre y demás datos del testador.
2. Datos de los padres.
3. Datos del instrumento:
  - a) Tipo de testamento.
  - b) Volumen.
  - c) Lugar de otorgamiento.
  - d) Número de escritura.
  - e) Fecha.
  - f) Cláusulas irrevocables (sin revelar el contenido de éstas).
4. Datos del instrumento:



- a) Número de notaría.
- b) Entidad federativa.
- c) Municipio.
- d) Tipo de notario.
- e) Datos del aviso en la entidad federativa (número de control interno, autoridad competente, fecha de registro, entidad federativa y, en su caso, municipio).

#### Costos por depósito del testamento en el Archivo General de Notarías y elaboración del testamento

El testamento y el aviso de testamento correspondiente deberán ser depositados en el Archivo General de Notarías.

Al efecto, en el caso del DF, el artículo 229, fracción I, del Código Financiero de esta entidad señala que por el depósito de testamentos ológrafos en el Archivo General de Notarías se tendrán que pagar derechos conforme a lo siguiente:

Si el depósito se hace en los locales de las oficinas del Archivo General de Notarías, en horas hábiles, se tendrá que cubrir un costo de \$629.

Si el depósito se hace en los locales de las oficinas del Archivo General de Notarías, en horas inhábiles, se cubrirá un costo de \$921.

Si el depósito se hace fuera de los locales de las oficinas del Archivo General de Notarías, en horas hábiles, se deberá cubrir un costo de \$1,252.

Si el depósito se hace fuera de los locales de las oficinas del Archivo General, en horas inhábiles, se cubrirá un costo de \$1,887.

Cabe aclarar que los interesados en realizar su testamento, además del costo por el depósito en el Archivo General de Notarías, deberán cubrir el costo notarial por su elaboración.

Sin embargo, dado que, como se indicó, el gobierno federal en coordinación con la Asociación Nacional de Notarías Públicas ha nombrado a septiembre como el mes del testamento, los interesados en elaborar el suyo podrán hacerlo durante este mes a un costo más accesible.

Al efecto, los costos que cobrará el notario público por la elaboración del testamento durante septiembre de 2008 pueden ser consultados en la página de Internet [www.testamentos.gob.mx](http://www.testamentos.gob.mx), en el apartado "Septiembre mes del testamento", en la opción "Promociones temporales en las entidades federativas", donde se incluyen los costos que tendrá la elaboración de este documento en los 31 estados de la República Mexicana, así como en el DF, mismos que se mencionan a continuación:

#### Condonación en el pago de derechos por el depósito del testamento ológrafo en el Archivo General de Notarías del Distrito Federal

Como beneficio adicional, el pasado 2 de septiembre, el Gobierno del Distrito Federal (DF), dio a conocer en la Gaceta Oficial del DF la Resolución General por la que se condona a los residentes del Distrito Federal del pago de derechos por el depósito de testamento ológrafo en el Archivo General de Notarías durante el mes de septiembre de 2008.

Así, conforme a esa publicación se condonan al 100% los derechos por el depósito de testamentos

ológrafos en el Archivo General de Notarías y que se mencionaron en el apartado anterior; para obtener la condonación se deberán cumplir los requisitos siguientes:

1. Contar con los documentos que acrediten la residencia en el DF y que se trate de personas mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles (credencial expedida por el Instituto Federal Electoral, pasaporte vigente, cédula profesional o cartilla y comprobante de domicilio reciente).
2. Formato de pago correspondiente a nombre del beneficiario, donde se establezca el monto de los derechos que se generen.

Para tal efecto, las personas que deseen obtener el beneficio mencionado deberán acudir al Archivo General de Notarías, en horas y días hábiles, a fin de realizar el depósito del testamento ológrafo, y presentar identificación original (credencial de elector, pasaporte vigente, cédula profesional o cartilla del Servicio Militar Nacional), así como el comprobante que entregará la administración tributaria correspondiente.

### **Registro Nacional de Testamentos (Renat)**

La Dirección del Renat ofrece de manera confiable y eficiente el registro de los testamentos que se hayan otorgado y que se otorguen a nivel nacional, mediante la recopilación y coordinación de la información que recibe de cada una de las entidades federativas y que proporciona cuando así lo requieran.

El Renat llegó a un acuerdo con la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, AC, para que se integre la base de datos nacional con la información de las disposiciones testamentarias, otorgadas a partir de enero de 1995, y con posterioridad la totalidad de sus antecedentes registrales.

Los estados de la República Mexicana se han comprometido a remitir periódicamente por Internet la información correspondiente a los testamentos que se hayan otorgado, así como ante qué instancia, y requerir a los notarios públicos los avisos de testamentos de que hayan tenido conocimiento en términos de ley, pues una vez procesados son integrados a la base de datos del Renat.

Para el buen funcionamiento de la base de datos del Renat, los formatos de aviso de disposición testamentaria, solicitud y contestación de informes, así como acuses de recibos y disposiciones legales relativas a la normatividad y funcionamiento, se proporcionaron a cada una de las entidades federativas para su conocimiento y debido cumplimiento.

En virtud de las características y responsabilidades que tiene la Dirección del Renat para la organización, procesamiento, búsqueda y control de los avisos de testamentos que remitan las autoridades locales de las 31 entidades federativas y del DF, se cuenta con una base de datos sistematizada automáticamente, la cual permite de manera rápida y confiable obtener la información a nivel nacional vía Internet en tiempo real.

### **Nulidad, revocación y caducidad de los testamentos**

De acuerdo con el capítulo IX del título segundo, del libro tercero, denominado "De la sucesión por testamento", artículos 1484 a 1493 del CCF, son nulas las disposiciones siguientes: 1. La institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos. 2. El testamento

que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes. 3. El testamento captado por dolo o fraude. 4. El testamento en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hagan. 5. El testamento que se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley. 6. La renuncia del derecho de testar y la cláusula en que alguno se obligue a no utilizar ese derecho, sino bajo ciertas condiciones, sean éstas de cualquier clase. 7. La renuncia de la facultad de revocar el testamento.

### **Revocación**

Según el artículo 1494 del CCF, el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en él la voluntad de que el primero subsista en todo o en parte.

La revocación producirá efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nuevamente nombrados.

Sin embargo, el testamento anterior recobrará su fuerza si el testador, al revocar el posterior, declara que su voluntad es que el primero subsista.

### **Caducidad**

Conforme al artículo 1497 del CCF, en lo que respecta a los herederos y legatarios, las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto en los casos siguientes: 1. Si el heredero o el legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado. 2. Si el heredero o el legatario se hace incapaz de recibir la herencia o el legado. 3. Si renuncia a su derecho.

### **Sucesión intestada**

La sucesión intestada es aquella que se da en el caso de la sucesión mortis causa ante la inexistencia o invalidez de testamento del fallecido. Debido a la necesidad de elegir a los sucesores, y ante la inexistencia de voluntad escrita del fallecido, el derecho suple esa voluntad designando a los sucesores de acuerdo con las disposiciones legales establecidas en el CCF. Portanto, en el caso de la sucesión intestada los herederos son establecidos por la ley (herederos legales); no obstante, la solución legal adoptada difiere en cada sistema jurídico, aunque en general suele basarse en las relaciones de consanguinidad y afinidad.

La sucesión por causa de muerte es una forma de adquirir la totalidad de los bienes, los derechos y las obligaciones de una persona difunta o de una cuota de ellos o una o más especies o cuerpo cierto o uno o más individuos indeterminados de un género determinado.

### **Consecuencias por no elaborar un testamento**

Ante la falta o invalidez de un testamento, a la muerte del poseedor de los bienes existe un alto riesgo de que la familia del fallecido se enfrente a gastos que representen una cuantía mayor con respecto a la erogación por concepto del testamento y sobre todo, a una gran pérdida de tiempo. Asimismo, en muchas ocasiones, los familiares también tienen que hacer frente a problemas entre aquellas personas que consideren tener derecho a recibir los bienes, dado que tendrá que gestionarse al intestado en un juzgado de lo familiar, con la asesoría de un abogado. Al fallecer intestada, los bienes de la persona no pasarán de manera inmediata a quienes haya deseado en



vida, sino que el juez o el notario que conozca del caso deberán aplicar las disposiciones de la ley y determinarán quiénes se declararán como herederos y, en su caso, como albacea.

### **Conclusión**

Conforme al artículo 1295 del CCF, el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte. Asimismo, de acuerdo con los artículos 1499 al 1501 del CCF, el testamento se clasifica en ordinario y especial. El primero a su vez se divide en público abierto, público cerrado, público simplificado y ológrafo; en tanto que el segundo se clasifica en privado, militar, marítimo y hecho en país extranjero.

Una vez elaborado y firmado, el testamento se entregará al testador para que lo conserve junto con los documentos que considere importantes. Asimismo, el notario deberá realizar el aviso de testamento, el cual se integrará a la base de datos del Sistema Nacional del Registro de Avisos de Testamento, y contendrá los datos siguientes: nombre y demás datos del testador, datos de los padres, datos del testamento y datos del notario público.

El testamento y el aviso de testamento correspondiente deberán ser depositados en el Archivo General de Notarías.

Dada la importancia que representa la elaboración del testamento, en México se busca fomentar la cultura de testar; por ello, el gobierno federal en colaboración con la Asociación Nacional de Notarios Públicos ha nombrado a septiembre como el mes del testamento a fin de que los interesados en dicho trámite puedan hacerlo con un costo más accesible.



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Simó Santoja, V.L. (1968). Derecho sucesorio comparado. Editorial Tecnos. Madrid. Primera Edición. 427-444.
- 2 Mariño Sotomayor, E. (2008, Noviembre). Dilemas en asuntos de naturaleza sucesoria en Cuba. Revista Científica Equipo Federal del Trabajo. Número 42. Obtenido el 31 de Agosto de 2010 de la base de datos global vLex. (<http://vlex.com/>).
- 3 Ferrando, R. (1985). Todo sobre sucesiones y testamentos. Editorial De Vecchi, S.A. Barcelona. España. 11-19.
- 4 Simó Santoja, V.L. (1968). Derecho sucesorio comparado. Editorial Tecnos. Madrid. Primera Edición. 481-487.
- 5 Simó Santoja, V.L. (1968). Derecho sucesorio comparado. Editorial Tecnos. Madrid. Primera Edición. 501-507.
- 6 Práctica Fiscal, Laboral y Legal-Empresarial (2008, Septiembre). Septiembre, mes ideal para tramitar el testamento. Práctica Fiscal, 519, B5-B10, Obtenido el 30 de Agosto de 2010 de la base de datos global vLex. (<http://vlex.com/>).