

346.3
M67

2

REPUBLICA DE COLOMBIA
oooooooooooooooooooooooooooo

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
oooooooooooooooooooooooooooo

FACULTAD DE DERECHO Y
oooooooooooooooooooooooooooo

CIENCIAS POLITICAS.
oooooooooooooooooooooooooooo

" APUNTES SOBRE SUCESION
TESTAMENTARIA "
oooooooooooooooooooooooooooo

Por :

VICTOR ALEJANDED MORALES ZAPA.

Tesis para optar el titulo de
DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS.

Cartagena, junio de 1.971.

oooooooooooooooooooo 0 ooooooooooooooooooooo

XX

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
XX

RECTOR : Dr. JUAN C. ARANGO ALVAREZ.

SECRETARIO GRAL. : DR. JORGE VILLALBA BUSTILLO.

DECANO : Dr. CARLOS FACIO-LINCE BOSSA.

SECRETARIO : Dr. EDUARDO BOSSA NADEL.

PRESIDENTE DE TESIS : Dr. GUILLERMO SANCHEZ PERNET.

PRESIDENTE HONORARIO: DR. HECTOR HERNANDEZ AYAZO.

EXAMINADORES :

Dr. RAUL H. BARRIOS.

Dr. CARLOS TORRES BUSTILLO

Dr.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX O XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESA-
PRUEBA LAS OPINIONES EMITIDAS
EN ESTA TESIS, TALES OPINIONES
SON CONSIDERADAS PROPIAS DE SU AUTOR"
(ART. 85 DEL REGLAMENTO).

oooooooooooo oooooooooooooooooo

CAPITULO I -

ANALISIS DE LAS IDEAS SOCIALES

El estudio de las sucesiones mortis causa, tiene en el derecho destacada importancia económica y social; cuestiones fundamentales de la estructura jurídica de un país, son las que atañe, al derecho de heredar, y a sus normas reguladoras. Si ha de aceptarse que los bienes de una persona se transmitan a sus herederos después de su muerte, o si deben volver a la comunidad en calidad de vacante, es controversia circunscrita al propio campo de la filosofía del derecho y de la Sociología; entre nosotros es cierto que el D. de transmitir por causa de muerte es uno de los conceptos más fundamentales arraigados con nuestras ideas y que muestra costumbres, como beneficio secular que nos legaron las leyes españolas que durante tanto tiempo nos gobernaron.

Por cuanto el D. de suceder, digamos que es uno de los pilares que sustentan el régimen legal de la propiedad, es por lo que las evolución de las ideas políticas de una sociedad se traducen lógicamente en variaciones de su organización. En una socie

dad en donde predominan conceptos de gobiernos aristocráticos las leyes se resentirán de aberraciones enlazadas a vincular la propiedad a castas o a familias, por lo cual el D. de heredar será dominado por instituciones que como el retorno sucesorio, las vinculaciones y las sustituciones fideicomisarias impiden el fraccionamiento de la propiedad privada. En otras sociedades en donde prevalezcan ideas de absorción estatal de la propiedad como el comunismo y el colectivismo, el D. de suceder será seguramente anulado o tímidamente reconocido y en pueblos fuertemente individualistas la opinión pública lo impondrá en toda su amplitud, así como hoy existe en países tan avanzada civilización como Inglaterra.

RESUMEN HISTORICO DEL DERECHO DE
 HEREDAR.

Antes del Código Civil rigieron entre nosotros las leyes españolas que debieron sus principios en las fuentes milenarias del Derecho Romano. Este Derecho por lo menos en su última etapa, es prototipo de un glorioso individualismo que acendró el derecho español, por esta razón; el concepto colombiano del derecho de here-

dar es el mismo concepto clásico, que lo tiene y en todo lo disputa colorado esencial del derecho de propiedad mismo, es decir, derecho natural de la persona humana, derecho anterior al Estado, que éste reconoce pero no crea.

El Código Civil no tuvo que modificar gran cosa a la característica del derecho, de suceder por causa de muerte, porque su fisonomía general era conocida de la legislación española. La labor principal del Código fue atemperar la norma positiva a rasgos peculiares del estado republicano y democrático. De aquí que repudiara con mayor energía que el Código Francés aquello que resultó contrario a la igualdad republicana; como las constituciones fideicomisarias sucesivas, y rechazará, por contrarias a la riqueza pública, todo género de vinculaciones de la propiedad, acogiendo ampliamente que el Código francés; la idea romana de la unidad del patrimonio no afrontó nuestro código como tuvo que afrontar el francés la necesidad de transigir entre dos concepciones jurídicas opuestas o una tradicionalista vitalmente enclavadas en países europeos donde imperó el derecho consuetudina-

rio, plena de concepciones germánicas ; y otra inspirada que el derecho romano, más equitativo, perfeccionado y lógico.

El C. de Napoleón, aunque no fue el primero que se expidió en Europa si fue el más fuerte y modelo de los que después rigieron en las naciones. Europeas y fue así porque sus preceptos se acomodaron a las nuevas normas del derecho público proclamadas por la revolución francesa. Los principios democráticos cambiaron hondamente la estructura del Derecho, principalmente el derecho público y esos cambios en el derecho privado. El mérito profesional del C. Francés demanda de haber podido encajar en los nuevos moldes las antiguas instituciones y por eso su trabajo resultó parecido a 9 años más tarde acometió Dr. Andrés Bello, para verificar el tránsito de las leyes españolas coloniales a las propias de la República independiente y libre.

Por eso también el Código francés es una de

9

las fuentes de la legislación civil pero aunque el artifice siguió al modelo, no lo copió servilmente, sino, atendió a peculiares necesidades y a propios puntos de vista, Don Andrés Bello, que tan diestramente pudo manejar el idioma castellano para estampar los imperativos de la ley, también supo hacer buena crítica y no acogió, casi nunca, cosa distinta de la que resultó ser exigido por nuestra idiosincrasia del pueblo nuevo recién llegado a la vida independiente.

Antes de regir nuestro C.C., el D. se hallaba disperso y el contenido en reales cédulas y reales ordenes, cuya existencia se sabía y su tenor se ignoraba por hallarse encerradas en archivos no abiertos al público de la Recopilación de las leyes de las Indias, de la Novísima Recopilación de las leyes de España; de las leyes del Estilo, del Fuero Real, del Fuero Juzgo y de las Partidas y de otras disposiciones.

Esta masa de preceptos obligatorios originaba, sobre todo para leyes sucesorias, un confuso montón de reglas, cuya heterogeneidad fue tanta que Don Andrés Bello, declaró ser la materia de las sucesiones la parte más defectuosa de que contribuyeron a

formar nuestras leyes.

En estas leyes es donde resulta la oposici3n entre los elementos derivados del C3digo Civil y las que debieron el ser a las costumbres castellanas, recopiladas en los fueros ordenamientos.

oooooooooooo 0 ooooooooooooo

CAPITULO II -
"FUNDAMENTO DEL DERECHO HEREDITARIO"

"FUNDAMENTO DEL DERECHO HEREDITARIO"

Fundamento De La Herencia :

La transmisión de los bienes de las personas que mueren a otra u otras personas actualmente vivas, tiene varios fundamentos o causas. En primer término se halla la institución de la propiedad privada como derecho perpetuo; en segundo lugar, la institución misma de la familia; por otra parte, la autonomía de la voluntad de los particulares en la disposición de sus bienes; y, finalmente, importantes consideraciones de orden político y social.

I. La institución de la propiedad privada.-

El derecho hereditario o conjunto de normas jurídicas que autorizan y regulan la transmisión de los bienes por causa de muerte, tiene por fin principal la protección de la propiedad privada. Sin la existencia de la propiedad como derecho subjetivo absoluto y perpetuo, no se concibe la sucesión por causa de muerte. En efecto, la sucesión mortis causa supone derechos destinados no solo a existir durante la vida de su titular, sino a continuar viviendo y sub-

sistiendo como derechos particulares, o sea, en cabeza de sujetos de derecho privado (personas físicas y jurídicas). Propiedad privada perpetua y derecho sucesorio son nociones que se coordinan recíprocamente en forma necesaria (1).

El derecho hereditario sobra o queda reducido a un mínimo de eficacia dentro de un estado social en que solo exista la propiedad socialista o colectiva, toda vez que ninguna persona física podrá afirmar dominio exclusivo sobre determinadas agrupaciones estatales. Los individuos serán usufructuarios temporales o, cuando más, vitalicios de las cosas, y estos derechos, por definición, se extinguirán a su muerte. En esta forma desaparece el problema de la transmisión de derechos por causa de muerte. Una prueba de ellos la dan los regímenes jurídicos que imperaron en los pueblos primitivos, en los cuales, por no admitirse la propiedad individual, sino la colectiva o comunista del grupo familiar o de la gens, tampoco se aceptó la sucesión por causa de muerte, pues si morían las personas, no ocurría lo propio con el grupo del cual formaban parte.

En general el nacimiento de la propiedad privada en cualquier sociedad requiere la transmisión hereditaria, pues no es concebible la autentica propiedad privada sin el carácter de perpetuidad; si borramos esta cualidad de la propiedad, tendremos a lo sumo derechos vitales de usufructo, pero no dominio o propiedad (2).

II. La Familia. — Si la propiedad, considerada como derecho perpetuo y no vitalicio, justifica la transmisión hereditaria, es necesario encontrar otra base o fundamento nuevo que nos sirva de pauta o guía en la escogencia de las personas que han de recibir los bienes que pertenecen al que muere, esto es, los herederos y legatarios; porque no solo es necesario decir que los derechos del que muere deben transmitirse, sino que es preciso determinar a qué personas han de pasar, o sea, quiénes tienen vocación para reclamarlas. Esta vocación no depende del acaso, sino que obedece a claros fundamentos racionales.

Toda persona proviene de una familia y generalmente ha formado una. La experiencia y la historia

demuestran que las personas más vinculadas con otras son precisamente los miembros de la familia que ha formado (hijos), y en su defecto, los de la familia de donde proviene (padres y hermanos). Por ese motivo la ley, al señalar las personas que han de recibir los bienes del que muere, escoge de preferencia a los hijos ; en su defecto, a los padres, y en último término, a los hermanos. Del mismo modo el testador, al señalar las personas a quienes han de transmitirse sus bienes, escoge en primer término a sus hijos, y a falta de ellos, a los padres y hermanos.

Esta es una ley de la naturaleza humana que tiene muy pocas excepciones. La comunidad familiar constituye para todo ser humano el resorte fundamental de su existencia misma; el eje de sus efectos y preocupaciones. El padre trabaja para sus hijos, y a su muerte quiere garantizarles un vivir honesto y cómodo. 'Cuán poco valen las consideraciones metafísicas, doctrinales, políticas o sociales, cuando se intenta apoyar las normas del derecho hereditario en fundamentos diferentes del enunciado' La excesiva espiritualización del derecho no es conveniente cuan-

do olvida datos elementales de la naturaleza humana.

Todos los códigos civiles actuales, incluyendo la legislación civil soviética, reconocen el derecho hereditario, y todos invariablemente llaman a recoger los bienes del muerto a los hijos, y en su defecto a los padres. Algunos limitan la familia a los hijos y los padres (Rusia y demás países socialistas); otros la extienden excesivamente hasta llegar a los hermanos, tíos, primos hermanos, etc.; pero lo cierto, en todo caso, es que la vocación hereditaria se reconoce siempre a los hijos, y en su defecto a los padres. (3). A esto debe agregarse que si bien es verdad que el testador tiene libertad para disponer de sus bienes y escoger las personas que los hayan de recibir a su muerte, no obstante tal libertad tiene límites en tratándose de los hijos y de los padres, ya que forzosamente se les debe dejar una porción de bienes para que el testamento tenga eficacia. En Colombia, el testador debe distribuir exactamente tres cuartas partes de sus bienes entre sus hijos (legítimos o naturales), y solo puede disponer libremente de una cuarta parte. Cuando no tiene hijos, debe dejar a sus padres la mi-

dad de los bienes, pudiendo en este caso disponer libremente de la otra mitad. Solo a falta de hijos y de padres puede el testador disponer libremente de todos sus bienes. De manera, pues, que el testador no puede derogar totalmente esta base del derecho hereditario, vale decir, que sus bienes o una porción considerable de ellos debe quedar entre sus hijos o sus padres.

Las tentativas de derogar la base de la familia para repartir entre sus miembros los bienes del causante, han fracasado ruidosamente (infra, S 6). Desea ello a que es imposible derogar mediante leyes jurídicas ciertas leyes biológicas o naturales, y ciertas realidades como la de que cada individuo no es un ente proyectado en el vacío, sino un eslabón de la especie humana. El padre siente vivir su especie en los hijos y estos se consideran continuadores de ella. Mueren los seres humanos, pero la especie humana perdura. El derecho sucesorio constituye el más claro triunfo de la especie humana sobre la muerte de los seres humanos. (4)

III. _____ Autonomía de la Voluntad Individual.
Se dijo en un tiempo que el único fundamento de la

17

transmisión de bienes por causa de muerte era la facultad de disposición que tiene toda persona; y que así como el propietario puede disponer en vida libremente de sus bienes (vender, hipotecar, permutar, aportar a una sociedad, etc.), realizando prácticamente una sucesión por negocio jurídico entre vivos, de la misma manera le corresponde la facultad de disponer por causa de muerte. En consecuencia, las transmisiones hereditarias, según esta doctrina, tienen como causa el testamento, es decir, el imperio de la voluntad del disponente, y a falta de testamento, la ley no debe hacer otra cosa sino interpretar una presunta voluntad del muerto, o sea, disponer de los bienes en la misma forma en que lo hubiera hecho el causante en caso de haber otorgado testamento. Y por ese camino se llegó a afirmar que la sucesión intestada no era otra cosa sino un testamento tácito.

Empero, nuestro Códgo. Civil, y con él la mayoría de códigos modernos, se aparta de tales puntos de vista, aunque sin condenarlos totalmente. En efecto, las asignaciones forzosas (legítimas, cuarta de mejoras, porción conyugal) constituyen la afirmación y el predominio de los mandatos jurídicos sobre el libre querer de los particulares. Ordena la ley, que

el padre que tiene hijos debe distribuir entre ellos por lo menos tres cuartas partes de los bienes que integran su fortuna; y el testador no puede apartarse de ese mandato, pues, de lo contrario, su voluntad afirmada testamentariamente quedará sin efecto; además, el testador que no tiene hijos debe reservar a sus padres la mitad de sus bienes. Esto nos enseña que las personas que tienen hijos o, en su defecto, padres, no tienen absoluta libertad de testar, sino solo una libertad parcial, en relación con los bienes que no forman el contenido de asignaciones forzosas (una cuarta parte si existen hijos, o una mitad si faltan los hijos pero existen los padres). En cambio, la persona que carece de hijos y cuyos padres ya murieron, en general tiene total libertad para distribuir sus bienes (salvo los casos excepcionales de porción conyugal).

En resumen, el imperio de la voluntad se admite plenamente en relación con las personas que en el momento de morir no sean miembros de ninguna familia, es decir, que carezcan de hijos y de padres. Esto nos indica que, según el Código Civil, la institución de la familia y el principio de la autonomía de la voluntad en algunos casos se complementan mutuamente, mientras que en otros la autonomía de la voluntad se impone.

IV. FUNDAMENTOS DE ORDEN POLITICO Y SOCIAL.

La transmisión de bienes por causa de muerte ha sido aprovechada por los Estados modernos para incrementar los ingresos del fisco, y también para evitar la excesiva concentración de patrimonios en una sola cabeza, haciendo un reparto más justo de los bienes entre diversas personas.

1. Y siguiendo esta idea de justicia social se llama al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a recibir los bienes de aquellos causantes que no dejan parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad (hijos, padres, hermanos, primos hermanos), y que no dispusieron de sus bienes por testamento (art. 66 de la ley 75 de 1968 y ley 60 de 1935).

En este terreno y dando la suficiente protección a la familia, bien podría irse aun más lejos estableciendo que se transmitieran al Estado las herencias de las personas que en el momento de morir carecieran de familia. Como la familia moderna generalmente está formada por los hijos y los padres, y excepcionalmente de estos cuando todavía viven con sus padres bajo un mismo techo, debiera suprimirse la vocación hereditaria

de los parientes en tercero y cuarto grado de consanguinidad, y hasta limitar la vocación hereditaria de los hermanos. Esta limitación podría establecerse al darles vocación hereditaria simultánea a los hermanos y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por partes iguales.

2. Por otra parte, el Estado cobra un impuesto sobre la totalidad de la masa hereditaria y sobre el valor de cada asignación (ley 63 de 1936), procurándose, en esta forma, rentas de consideración para poder atender a una mejor prestación de los servicios públicos.

3. Por los motivos señalados es fácil deducir que en la reglamentación del derecho hereditario también desempeñan un papel importante las consideraciones de carácter político, pero estas deben jugar su papel a falta de testamento y a falta de familia a quien atribuir los bienes hereditarios.

ooooooooooooooooooooo ooooooooooooooooooooo

que tipo de ley se le da al ordenamiento de los bienes hereditarios...

CAPITULO III -

"DEL TESTAMENTO EN GENERAL"

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Su Importancia : En Derecho moderno el testamento perdió gran parte de la importancia que tenía en Derecho Romano, porque ya no responde a ninguna necesidad de carácter religioso. No obstante, todavía el testador en su carta testamentaria legislaba sobre el destino que sus bienes han de tener después de su muerte. Y aún cuando las facultades dispositivas del testador se hallan limitadas por las asignaciones forzosas, siempre resulta ser el de *cujus* en su testamento, el arbitro supremo cuyos mandatos se respetan escrupulosamente si son ajustados a las normas legales. Todavía en países como el nuestro, que repudia la libertad absoluta de testar, la ley permite que el hombre mirando el porvenir ejerza previsión sobre su patrimonio, y aludiendo a los lazos que en la vida se ha creado, y a las afecciones y deberes que tiene disponga dentro del orden jurídico lo conducente a satisfacer sus anhelos y a cumplir sus

obligaciones morales, legales o afectivas.

Y en la materia de las restricciones al derecho de disponer por testamento, y aún en general al derecho de heredar, también deben oír de las opiniones de los economistas y sociólogos cuando abogan para que el estado use su poder fiscal de su fiscalidad no solamente con objeto de llenar las cajas públicas, sino también de corregir, hasta donde sea posible, los vicios endémicos y favorecer las cualidades contrarias por este sentido ha tenido consagración legal entre nosotros el concepto de que las asignaciones, mortuicias deben ser fuertemente gravadas mediante impuestos progresivos.

Los economistas no están de acuerdo en el cual debe ser el mejor medio para limitar las herencias y evitar la monstruosa concentración en unos pocos individuos siendo unos partidarios de fijar la cuantía máxima que puede transmitirse, y otros de adoptar un sistema de tributación progresiva sobre el caudal hereditario tal como lo ha hecho la ley 63 de 1936.- El artículo (1055) del Código civil define el testamento en la siguiente manera: es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone de todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar

las disposiciones contenidas en él mientras viva.

SIGNIFICADO DE LA PALABRA TESTAMENTO. — La palabra testamento viene del latín "Testatio" mentis, que traduce porque es una manifestación de voluntad hecha ante testigos.

Modestino lo definió diciendo : testatamentum est voluntatis nostrae justa sententia de lo quod quis post mortem suam filii velit. Parece que esta definición de Modestino vale ser más exacta que la del Código.

Analicemos los distintos elementos de la definición legal.

El Testamento es un Acto; Los sucesos que tienen por efecto dar nacimiento a los derechos, transmitirlos de una persona a otra, o extinguirlos, son hechos jurídicos. Estos hechos son los que realiza voluntariamente el hombre con intención de engendrar, modificar, o extinguir derechos. En el lenguaje al derecho la palabra acto significa lo mismo que la latina negotium equipo de nte de operación jurídica;

de Derecho francés también se usa la palabra "acto," como sinonimo de la nuestra (instruonsito) acto jurídico, es pues un hecho ejecutado para realizar uno o más efectos de derecho.

EL TESTAMENTO ES ACTO DE UNA SOLA PERSONA

Los contratos son los actos jurídicos más frecuentes de la vida civil; son actos de varias personas porque consisten en el acuerdo de dos o más voluntades sobre una prestación jurídica destinada a generar, modificar o extinguir obligaciones. Mas es posible también que el acto jurídico sea obra de la voluntad de una sola persona y el testamento es el más importante acto de esta especie aunque hay otros, como la aceptación y repudiación de una herencia. Desarrollando esta idea el art. (1059) dice :

El Testamento es un acto de una sola persona. Según todas las disposiciones contenidas en el Testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona. El que el testamento

sea acto de una sola persona tomando la palabra "Acto" como equivalente de negotium, no seria incompatible aunque en un mismo instrumentum otorguen dos o más personas su testamento; pero la Ley colombiana variando el derecho antiguo, ha prohibido también esto, por lo cual un instrumento no sirve sino con expresión de la voluntad de un otorgante.

La Ley quiere que el acto testamentario sea personalísimo para evitar cualquiera ambigüedad en la voluntad expresada y para asegurar un grado máximo de voluntariedad. Quedaron, pues, prohibidos los testamentos mancomunados o de hermandad que permitieron las leyes españolas para que dos o más personas testaran en un mismo acto.

LA FACULTAD DE TESTAR ES INDELEGABLE

Derivación del carácter personalísimo del acto testamentario es ser indelegable la facultad de testar lo establece claramente el Art. 1.060 - La formación del testamento no puede deferirse, ni en todo ni en parte al arbitrio de un tercero, ni puede ejecutarse por

medio de apoderado. Fue suprimido el testamento de comisario que conoció el derecho español - Comisario fue llamado el sujeto a quien otro cometía la facultad de hacer testamento en su nombre, ni el comisario podía ser autorizado para instituir heredero si el nombre de este no estuviera expresado en el poder. Por último, delegaciones de la facultad de testar son desde ciertos puntos de vista, el albaceago y el derecho de nombrar partidór testamentario por cuanto la albacea le compete interpretar como mandatario del difunto la forma de ejecutar el testamento y por cuanto al partidór se le defiére el derecho de fijar los bienes singulares que a cada heredero han de corresponder, y el de señalar las especies mismas con que han de pagarse las legítimas (Art. 1.255 y 1.381)

**EL TESTAMENTO ES UN ACTO MAS O MENOS
 SOLEMNE**

Lo más frecuente es que los actos jurídicos no están sometidos a ninguna forma determinada. La siempre declaración de voluntad de cualquier manera

que se manifieste origina sus consecuencias jurídicas propias. Esta doctrina es peculiar al derecho moderno, porque en el Romano, la legislación formalista cada acto jurídico realizarse según el modelo preestablecido por el legislador.

Este sistema antiguo que es para los actos jurídicos lo que la marca para la moneda, tiene la ventaja de dejar definida inequívocamente la voluntad de las partes y la naturaleza del acto, conservan el recuerdo de este y facilitan su prueba, pero en la sociedad moderna la rapidez de las transacciones es incompatible con la lentitud y el entorpecimiento que ocasiona el sujetar todo acto a determinadas formalidades por lo cual han sido abandonadas las fórmulas solemnes la necesidad de usar palabras solemnes, o la intervención de testigos o funcionarios todavía sin embargo para los actos jurídicos de más alta importancia se preceptúan las solemnidades ya para proteger el mismo interesado contra su propia irreflexión, ya para defenderlo de influencias ajenas, o para asegurar la libre emisión de su voluntad.

- 24 -

Estos actos que la ley no reconoce sino cuando estan previstos de la personalidad requerida se denominan solemnes. El acto testamentario es siempre solemne. Es inexistente, absolutamente nulo, cuando no está revestido de las solemnidades propias según su clase. Es el régimen jurídico de todos los actos solemnes (art. 11, Ley 95 de 1890).

Las solemnidades no son iguales para todas los casos, unas veces son más numerosas y exigentes, otras lo son menos. Esto se manifiesta en la definición legal cuando dice: "El Testamento es un acto más o menos solemne". En punto a su contenido no hay diferencia entre el testamento solemne y el menos solemne. Todo lo que por testamento puede disponerse, bien dispuesto queda de un modo o de otro; pero la voluntad del testador no es la que determina si su carta testamentaria será solemne, o menos solemne. Las circunstancias especiales que se encuentra en la hora de testar serán las que le imponen que su testamento

sea ordinario o privilegiado, así lo dice claramente el Art. 1.064 (Testamento solemne es aquél en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere. El menos solemne o privilegiado es aquél en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades; por consideración a circunstancias particulares determinadas expresamente por la Ley.

**EL TESTAMENTO ES ACTO DE DISPOSICION
DE BIENES**

En todo Testamento debe existir disposiciones de bienes mortis-causa, es decir, la atribución de determinados bienes a una o varias personas, atribución que ha de producir efecto a la muerte del testador.

No es necesario que el testamento contenga una disposición total de los bienes, ni que todas las asignaciones sean a título universal, toda vez que por testamento puede disponerse de un a parte de los bienes mientras el resto se distribuye por la sucesión intestada.

En el Derecho actual no es necesario como en el romano, la institución de heredero universal, ya que el testador puede hacer únicamente a título singular (legados), pero en general todo testamento en sentido material debe contener una disposición de bienes mortis causa.

Desde este punto de vista, no toda disposición de última voluntad es testamento en el sentido indicado, por cuanto pueden existir testamento en sentido formal, es decir, disposiciones de última voluntad ajustadas a las formas testamentarias que no contienen propiamente disposición de bienes. Esto sucede cuando el causante reconoce un material recurriendo a la forma testamentaria, o cuando habiendo hecho testamento en sentido material, lo adiciona para nombrar un albacea.

Por otra parte, la distribución de bienes debe tener efecto después de la muerte del testador, y por este motivo el asignatario, antes de la muerte

del testador no adquiere derecho alguno sobre los bienes que se le asignan, sino una mera expectativa no susceptible de protección jurídica.

ooooooooooooo 0 oooooooooooooo

CAPITULO IV -

REQUISITOS DE FONDO PARA LA VALIDEZ

DEL "TESTAMENTO"

Para la validez de cualquier acto de voluntad, requiere el Art. 1.502, cuatro (4) elementos tradicionales sin cualquiera de los cuales el acto no tiene eficacia ni alcanza el fin jurídico a que está destinado.

Esos elementos son a saber : Que la persona o sujeto del acto jurídico, sea legalmente capaz; que su consentimiento no adolezca de vicio, que el acto tenga objeto lícito y que tenga una causa lícita. En el testamentario como tendremos ocasión de comprobar lo estos elementos de fondo son exigidos con mayor rigor que en otros actos de la vida civil.

CAPITULO IV :

Primer Requisito de Fondo. La capacidad es la actitud jurídica del sujeto para realizar un

acto dado. En la testamentifacción activa la capacidad es la regla general, la incapacidad la excepción. Esto quiere decir que todas las personas pueden otorgar testamento, menos aquellas a quienes la ley se lo prohíbe. Por esto mismo las causas de incapacidad son taxativas de interpretación restrictiva imposibles de extender, por analogía a caso expresamente definido; Doctrina esta diametralmente opuesta a la del Derecho romano, en que la *factio testamenti* activa constituía excepción porque de ella no gozaban sino las personas a quienes la otorgaba la ley.

Se propone la ley de prohibir a ciertas personas hacer testamento únicamente asegurar la voluntariedad del acto testamentario. Los incapaces son personas que carecen de actitud fisiológica para prestar consentimiento.

De aquí que el estudio de la capacidad no presente sino diferencias de grado con el del consentimiento y por esto algunos autores consideran la

falta de capacidad entre los vicios de que este pueda adolecer. La imposibilidad de "Testar" de los inhábiles se deriva exclusivamente de causas naturales que les impiden consentir. No se trata de incapacidad de derecho, o personas a quienes la ley impida testar por consideraciones sociales derivadas del sexo, o la religión o el parentesco, etc., sino de incapacidades naturales, las mismas que los romanos llamaron (incapacidades de hecho) que otros llamarán (incapacidades de ejercicio), porque afectan a personas que por razón de una traba natural o física (la edad, la enfermedad) no tienen actitud para expresar su voluntad verdadera.

Esta diferencia la indica el artículo 1.061, al usar la expresión "no son hábiles, y no : "Son incapaces".

CAUSALES DE INHABILIDAD

Se reducen a cuatro las causales que impiden testar : Ser impúber, estar en interdicción por demencia, no tener sanidad de juicio y no poder expresarse de palabra o por escrito (Art. 1.061). Analice-

mos cada una de estas causales de impedimento.

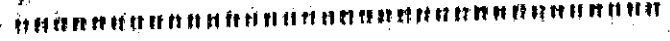
LA IMPUBERTAD. La pubertad es a los catorce años para el varón y a los doce para la mujer. Estas edades son, pues, las que marca el testamento activo - Don Andrés Bello, nunca aceptó estas edades tan temprano. En sus dos primeros proyectos propuso la de dieciocho (18) años y 1.853 insistió en ello. Desde el proyecto inédito se encuentra ya la edad de la pubertad. En la nota del art. 1.167 del Proyecto de 1853 se lee : "La Ley XIII, Título I - Partida 6a. pide catorce. El Testamento requiere una inteligencia más desarrollada. Nuestro Código desde un principio consagró la edad de la pubertad con la mínima de la testamentación, siguientes a las siete (7) Partidas que a su vez, la tomaron del Derecho Romano, al legislar así nuestra ley se apartó del Código francés que fija la capacidad de la testamentación en las dieciseis (16) años, pero prohíbe al mayor de esta edad, pero menos de veintiuno (21) disponen por

testamento de más de la mitad de sus bienes - En una semi-capacidad inaceptable.

No hay ninguna necesidad de cabilar sobre el fundamento que se ha tenido para señalar una edad mínima de la testamentifacción. Es precepto impuesto por la naturaleza. El niño carece de la inteligencia del uso de la razón necesaria para efectuar ningún acto de la vida civil, pero el adolescente que tiene suficiente inteligencia no alcanza a la madurez de juicio requerida para llevar a cabo algo tan importante desde el punto de vista como el acto testamentario. Creemos que la pubertad es un límite muy bajo. Algo se perdió de vista, la importancia del acto testamentario en sí y mucho el interés de la familia. La ley no puede despreocuparse de la familia, base de la sociedad, y aunque es cierto que las restricciones a la libertad de testar, las asignaciones forzosas eliminan la posibilidad de un grave atentado contra los intereses familiares, siempre

subsiste razón para exigir mayor discernimiento. Répugna ver a un niño de catorce (14) años disponiendo de sus bienes para después de su muerte, porque carece de equilibrio y seguridad de juicio que deben demandarse de quien testa. Los dieciocho años que propuso Bello, o por lo menos los dieciséis (16) del Código Francés y las restricciones que este pone podrian haberse adoptado.

INTERDICCION POR CAUSA DE DEMENCIA



El Art. 553 regula los efectos del Decreto de interdicción por demencia, distinguiendo los actos ejecutados antes, y los después del decreto. Los primeros se reputan válidos, aunque pueden ser declarados nulos si los interesados demuestran la demencia en el momento de ser ejecutado el acto. La nulidad del testamento viene entonces por aplicación del numeral tercero del artículo 1061 que declara nulo el acto testamentario de quien no está en su sano juicio por ebriedad u otra causa. Los actos pos-

teriores al decreto de interdicción son siempre nullos.

LA INCAPACIDAD POR FALTA DE
SANIDAD DE JUICIO

La voluntad libre e inteligente es la condición esencial y la fuente de todos los actos jurídicos y aunque adolece de repetición superflua de este obvio principio lo que indica el numeral tercero 1061 (del artículo) cuando dice que no pueden testar quienes no estan en un sano juicio por ebriedad u otra causa, no es, sin embargo redundancia, máno regla importante, que saca la testamentifacción, en punto a voluntariedad, de la reglas generales que gobiernan otros actos civiles.

Entre los requisitos para la validez de toda declaración de voluntad Art. 1.502, el Código coloca la capacidad para obligarse y declara absolutamente incapaces a los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, en fuerza de que todas esas personas carecen de razón, no tienen voluntad. Los actos jurídicos que eje-

cuten son absolutamente nulos, no producen siquiera obligaciones naturales, ni admiten caución Art.1.104 inciso 1o. y 2o.- En los testamentos, el Código es todavía más riguroso, pues declara inhábiles no solamente a todos estos incapaces, que carecen por completo de razón o no pueden expresarse, sino a los que teniendo discernimiento, sufren en el acto de testar una alteración de sus facultades que permita firmar un desequilibrio grave en el juicio. Y esto exigir más voluntad para los testamentos que para los contratos y demás actos ordinarios, porque es menester para anular un testamento, como si lo es para anular un contrato, demostrar por ejemplo que el testador sufrió tal perturbación que le quitó el completo uso de su razón.

El concepto de sanidad, de juicio no requiere tanto, basta para restarle toda validez al acto testamentario, levantar la prueba de una seria perturbación de las facultades psíquicas.

Inhabilidad Derivada de no Poder Expresarse
 ~~~~~  
 Claramente.  
 ~~~~~

Toca esta causal, con el sordomudo, que no sabe leer ni escribir y es general a todos los actos de la vida, menos a los matrimonios en que por razones filosóficas muy claras se permite mostrar el consentimiento por medio de signos.

Si el sordomudo, además de sordo, es idiota, su inhabilidad será indubitable, permanente y absoluta.

Pero es frecuente que el sordomudo no sea idiota, solamente atrasado mental como consecuencia de la deficiencia sensorial de su sordera. Entonces la educación puede permitirle adquirir el progreso necesario para hacer vida civil, sorprendente son los progresos que logran los sordomudos educados con sistemas modernos, y ellos han dado pie para reprocharle a los códigos la incapacidad absoluta con que hiere al sordomudo que no sabe leer y escribir Art. 1.504 inciso 1o.-

No creemos que todavía los progresos nombrados sean como para apoyar esa crítica, pero aunque pudieran atermarse la incapacidad general del sordomudo,

subsistiría siempre ancho fundamento para establecer la inhabilidad específica la testamentación.

CONSENTIMIENTO

2o. Elemento.- El consentimiento es el sustrato de los actos jurídicos. Y es necesario que se emita en forma plenamente consciente y libre, pues el acto no tiene el grado de voluntariedad requerido, si el agente obra engañado o construido.

Los vicios que pueden dañar el consentimiento son tres:

- 1o) Error ;
- 2o) La Fuerza y
- 3o) El Dolo.

LA FUERZA. Denomínese así el intimidar a una persona para lograr, con la promesa de un mal a ella misma o a sus allegados, que ejecute un acto jurídico.

La Fuerza en latín tiene el mismo significado jurídico de violencia. Cierto es que la palabra fuerza se designa en el medio empleado para intimi-

dar a la gente, mas lo que vicia el consentimiento es propiamente "el miedo", o perturbación del ánimo que origina, por la aprehensión de algún peligro o riesgo.

Los romanos, más lógicos, no hablaban de fuerza, sino de miedo.

La Fuerza no excluye la voluntariedad del acto. El forzado prefiere una cosa a otra, pero no elige sino entre dos cosas igualmente contraria a su querer, y por consiguiente no presta sino un consentimiento dañado.

Afirma la Ley que el "testamento" en que de cualquier modo ha intervenido la fuerza, es nulo; suministra el derecho de las obligaciones una pauta para medir la fuerza o dañar el consentimiento.

El Art. 1513 dice : La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio tomando en cuenta su edad, sexo y condiciones. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave. En los testamentos no es posible discriminar con certidumbre si la fuerza que medió para ciertas cláusulas, tuvo incidencia en las otras. Sobre todo, la ley quiere que el acto testamentario considerado como indivisible todo sea espejo de la libre expresión de voluntad; tal vez fue esta la razón que se apreció para cambiar primitivamente propuesto en el proyecto 1.853 de Andrés Bello, q. no anulaba el testamento, sino las determinadas cláusulas anuladas por la fuerza; el texto imperante prohíbe distinguir y funna total nulidad.

E R R O R : Según el artículo 1.117 "La asigna-

44

ción que apareciere motivada por un "Error" de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar se tendrá por no escrita"

Es posible, pues, que el error de lugar únicamente a una nulidad parcial y no total. Esto sucede cuando de las varias asignaciones hechas por el testador, solo algunas están afectadas por ese vicio permanecerán válidas, pero también es posible que el error afecte todo el testamento, como cuando se padece en relación con la única asignación hecha, o cuando el motivo principal para testar resultare erróneo.

El error de hecho que recayere sobre la persona del asignatario anulará siempre la asignación, pues la consideración de la persona constituye fundamento principal de la herencia o legados dejados por testamento.

D O L O : Se llama dolo el engaño malicioso que interviene en los actos jurídicos. Toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio, destinado a inducir a error con el propósito de perjudicar. La definición legal es la siguiente: la intención positiva de inferir injuria a una persona. Definición bien amplia porque no exige sino que la intención, elemento subjetivo o interno se traduzca externamente. La intención positiva es intención expresada. El Código no trae reglas especiales que profengan la influencia del dolo en el acto testamentario. Esto explica, pues no se concibe como puede obrar el dolo si no es por medio del error.

No hay lugar a distinguir en los testamentos, como en los contratos, si el dolo es una de las partes, o de un tercero; siempre provendrá de un tercero. El dolo no se distingue del error en la testamentificación sino cuando es error pro-

vocado y malicioso. El más frecuente viene de maniobras ejercidas sobre una persona de voluntad débil, para decidirla a efectuar una liberalidad testamentaria.

OBJETO LICITO

TERCER REQUISITO DE FONDO.-

"El Testamento", como toda declaración de voluntad destinada a producir un fin jurídico, el cual es disponer de los bienes para después de la muerte debe tener un objeto lícito.

El objeto, de las asignaciones, la materia sobre que versa; puede ser la totalidad del patrimonio o de una cuarta de esta universalidad (asignaciones universales y asignaciones a título particular o legado) (Arts. 1.008 y 1124).

El objeto de las asignaciones debe ser lícito, determinado, posible y estar en el comercio. En el análisis de las asignaciones universales, como el sujeto engloba todo el patrimonio, sólo

excepcionalmente tiene interés el estudio de las cualidades del objeto, pero en los legados juega papel importante este elemento.

LA CAUSA DE LAS LIBERALIDADES

4o. REQUISITO.

La utilidad jurídica de esta idea ha sido controvertida en el de las obligaciones. De los anticausalistas, P. Bniol, quien ha impugnado con más rigor la teoría de la causa, que él declara inútil y falsa, mas en relación con las liberalidades ha dicho : Nuestros autores más recientes queriendo distinguir la causa del motivo no ha encontrado, respecto de una donación, sino la voluntad de donar, considerada de una manera abstracta e independiente de los motivos que la han hecho nacer. Esta concepción siempre me ha parecido vacía de sentido.

Qué es una voluntad desprovista de motivo? Cómo apreciar el valor normal? Sólo quizás dentro de los autores modernos Lauren, ha reconocido que la causa de la donación no es más que su motivo. Según P^laniol, pues en las liberalidades, la causa y el motivo se confunden y esto también lo opina Lauren.

Los causalistas modernos con Colin y Capitant, están acordes con P^laniol, en que la intención liberal no es lo que debe entenderse por causa en las liberalidades.

La verdad es que para conocer la causa de una donación, ha de designarse porque la hace el donante, la respuesta ha de buscarse necesariamente en el espíritu del donante mismo.

Por tanto conviene descubrir, cuál es el móvil determinante que lo impulsa. La suerte de la liberalidad dependerá del saber si el móvil de la misma, no encierra nada contrario a las leyes o a las buenas

costumbre.

Nosotros estamos de acuerdo con esta opinión que es tan acorde con las definiciones legales (Art. 1524 y 1.117). La causa de las liberalidades testamentarias es el motivo y determinante que tuvo el testador, motivo que debe ser real y lícito (Art. 1.524).

CAPITULO V -
CONTENIDO

"FORMALIDADES ESPECIALES DE LOS
TESTAMENTOS"
CONTENIDO

Testamentos Solemnes y Privilegiados.

El Testamento siempre es solemne, pero unas veces más que otras desde el punto de vista de las fórmulas, se puede decir que hay dos clases de testamento, Art. 1064, § Los ordinarios y los excepcionales, con las circunstancias en que se ve colocado el testador, lo que permitirá acudir a los privilegiados, de sus solemnidades fáciles y sencillas. Se facilita así, el ejercicio del derecho de testar, en casos en que sería excesivo o imposible exigir los requisitos ordinarios.

Se reconocen dos maneras de testamento: Ordinarios, o solemnes: El abierto, nuncupativo o público y el cerrado o secreto. Se distinguen esencialmente estas dos formas según que las personas

que intervienen en el acto distinto del propio testador, conozcan o no del contenido del testamento mismo.

TESTAMENTO ABIERTO NUNCUPATIVO O PUELICO
XX

Capaces de otorgar testamento abierto con todos los que puedan hacerse entender de viva voz, aunque no sepan leer y escribir - Dos modos hay de testamento abierto: uno principal y otro subsidiario. El modo principal es ante Notario y tres testigos; el subsidiario, para cuando no hay notario, en presencia de cinco testigos (Art. 1.071).

No es necesario que el deponente escriba por sí mismo, ni es tampoco necesario que dicte, porque puede tenerlo escrito previamente (art. 1.074). En cualquiera es esencial la firma del deponente porque quienes no saben leer y escribir pueden hacerlo. Lo esencial en cuanto al otorgamiento mismo, consiste en que sea leído todo, en alta voz, por

por el Notario si concurre o por uno de los testigos designados por el testador, si es ante cinco testigos. Lo esencial tambien es que se conserve la unidad del acto, respecto al tiempo que un mismo notario y unos mismos testigos esten presentes y a la vista del testador mientras el testamento es leído, en forma que todos oigan integralmente la lectura.

El otorgamiento termina con la firma del Notario, si lo hubiere, del testador y de los testigos (Art. 1.075) Si el testador no sabe o no puede firmar el Notario mencionará esta esta circunstancia, (Inc. 2 del mismo Art.) expresando la causa; pero si uno de los testigos es quien no sabe firmar o no puede; otro de los testigos firmará por el que no sabe o no puede riosgos cuyo (inci. 3 del mismo Art.).

- 49 -

El testamento nuncupativo solenne, o subsidiario es otorgado ante testigos, sin la presencia del Notario, y se recurre a este modo cuando en el lugar donde ha de otorgarse el testamento no hubiere notario, o faltare este funcionario.

La memoria escrita ante cinco testigos, no es testamento ni tiene carácter de tal mientras no se proceda a su publicación (art. 1.077). Esta formalidad esencial del testamento, va encorazada a convertir en documento público lo que sin ella es uno puramente privado. La solemnidad está tomada de ley 6a. título 3o. partida 6a. y se realiza pidiendo al Juez competente que en del último domicilio del de Cujus (art. 1.065) que haga comparecer a los testigos instrumentales para que reconozcan sus firmas y la del testador. Si algún testigo no puede comparecer bastará que los ins-

strumentales presentes; reconozcan la firma del testador las suyas propias y la de los ausentes, por declaraciones juradas de otras personas fidedignas.

Cumplidos estos presupuestos el Juez y el secretario rubricarán el testamento, que el Juez declarará nuncupativo, expresando la fecha, mandará a pasar todo lo actuado al Notario respectivo previo registro.

TESTAMENTO CERRADO O SECRETO
#####

Según el derecho español el Testamento secreto, llamado también escrito, fue contenido en una escritura cerrada cuya cubierta debía estar asignada por el testador, el escribano y siete testigos. Llamóse escrito por serlo por el testador. También en Derecho Francés existe ese testamento que se llama místico y que significa secreto.

El testamento cerrado llena una necesidad humana, cual es mantener en reserva hasta disponer de última voluntad. El cerrado es excluido de las per-

- 51 -

sonas que saben leer y escribir, quien solo pudiera dibujar su firma; no podría acudir a esta manera de testar.

Debe otorgarse ante notario y cinco (5) testigos y sus solemnidades parecidas a las que consagraba antes el derecho español y todavía el derecho francés, consiste en la presentación de la escritura cerrada al Notario, y los testigos, con declaración de viva voz que tal escritura contiene su testamento.

En la cubierta del Testamento deben aparecer siete (7) firmas : la del Testador, la de los cinco testigos y la del Notario.

Debe también conservarse durante el otorgamiento la unidad del acto, cuanto al tiempo y cuanto a la persona, sin otra interrupción que los breves intervalos requeridos por algún accidente.

APERTURA Y PUBLICACION DEL TESTAMENTO
CERRADO.

El testamento cerrado será abierto y publicado por el Notario que lo haya autorizado (art. 60 del Decreto 960 de 1970) cualquier interesado podrá solicitar la apertura, presentando al Notario prueba de la muerte del testador y copia de la Escritura Pública a que se refiere la Ley 36 de 1931. En relación con testamentos otorgados a partir de la vigencia del decreto 960 de 1970, la apertura debe solicitarse del Notario ante quien se otorgó y tiene su custodia. Si se trata de testamentos otorgados antes de la dicha vigencia, el Notario ante quien se pida la apertura deberá exigir la entrega del sobre testamentario a la persona en cuyo poder se encuentra (Art. 61 del Decreto 960 de 1970).

El Notario una vez que se encuentre en posición del sobre testamentario, hará constar el estado de éste, con expresión de las marcas, sellos y demás cir-

cunstancias distintivas y se señalará el día y la hora en que debe comparecer ante él, Notario y los testigos que intervinieron en su otorgamiento (Art. 62 del decr. 960 de 1970) para que reconozcan el sobre y las firmas puestas por el testador y por ellos "mirando a la vista el sobre y la escritura original que se haya otorgado en cumplimiento de lo ordenado por la ley 36 de 1931." (art. 63 del decr. 960 de 1970).

Estipula el art. 65 del decr. 960 de 1970 que "cuando alguno o algunos de los testigos no concurrieren, el notario ante quien se otorgó el testamento abonará sus firmas mediante su confrontación con las del original de la escritura de presentación. Si aquel notario faltare, abonará su firma quien desempeñe actualmente sus funciones, mediante la misma confrontación y aun con su firma en otros instrumentos del protocolo".

Realizadas estas diligencias y "acto seguido el notario, en presencia de los testigos e interesados concurrentes, extraerá el pliego contenido en la cubierta y lo leerá de viva voz; terminada la lectura, lo firmará con los testigos a continuación de la firma del testador o en las márgenes y en todas las hojas de que conste" (art. 63, del decr. 960 de 1970). De lo ocurrido se levantará un acta con mención de los presentes y constancia de su identificación correspondiente, y transcripción íntegra del testamento (art. 64 del decr. 960 de 1970).

"El testamento así abierto y publicado, se protocolizará con lo actuado por el mismo notario, quien expedirá las copias a que hubiere lugar. El registro se efectuará sobre copia enviada directamente por aquí y no sobre el original" (art. 66 del Decreto 960 de 1970).

Si alguien se opone a la apertura justificando un interés legítimo, el notario se abstendrá de practicar la apertura y publicación y entregará el sobre y copia de lo actuado al juez competente para conocer del proceso de sucesión, para que ante él se decida la oposición mediante el trámite de un incidente (art.67 del decreto 960 de 1970 y art. 569 del C.J. de 1970).

Si las firmas del notario o los testigos no fueron reconocidos o abonadas, o la cubierta no apareciere cerrada, marcada y sellada como cuando se presentó para el otorgamiento, el notario, dejando constancia de ello, practicará la apertura y publicación del testamento y enviará sobre, pliego y copia de la actuación al juez competente. En este caso el testamento no prestará mérito mientras no se declare su validez en proceso ordinario, con citación de quienes tengan interés en la sucesión por la ley o por razón de un testamento anterior"...

"Declarada la validez del testamento, el Juez ordenará su protocolización y posterior registro" (art. 67, párrs. 2o. y 3o. del decr. 960 de 1970).

Antes de la expedición del Estatuto del Notariado (decb.960 de 1970) la apertura y publicación del testamento la debía realizar el juez (arts 1.056, 1.077, 1.082 del C.C. y 921 s. del antiguo Código Judicial). Es decir, se otorgaba ante notario pero se abría ante juez. Hoy día según el sistema que se acaba de exponer, tanto el otorgamiento como la apertura del testamento cerrado se realiza ante notario; excepcionalmente la apertura la realiza el juez, cuando existe oposición a su apertura por el notario mediante la justificación de un interés serio y legítimo.

TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS

#####

Los testamentos privilegiados no están sujetos a todas las formalidades preceptuadas en general

para los ordinarios; son los menos solemnes.

Los testamentos menos solemnes o privilegiados son aquellos en que puede omitirse algunas de las formalidades, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley (C.C. Art. 1064).

Estos testamentos tienen las siguientes características:

a) Constituyen casos de excepción, pues a ellos solos se puede recurrir cuando el testador está imposibilitado de recurrir a las formas ordinarias; su empleo, por lo tanto, no depende del capricho de los testadores, sino de algunas de las circunstancias especiales;

b) Son siempre solemnes, pues si no se emplean las mínimas formalidades exigidas por la ley, carecen de toda eficacia;

c) Tienen valor provisional; si el testador fallece dentro de determinado plazo, el testamento

tiene plena validez; y si no fallece y desaparece con las circunstancias que lo motivaron, caduca el testamento.

El Código reconoce tres clases de testamentos privilegiados: El verbal, el Militar y el Marítimo.

Las formalidades comunes al testamento verbal, al militar, y al marítimo hacen relación a los testigos y al otorgamiento.

Respecto a los testigos se derogan las reglas generales en el sentido de que pueden servir de testigos en cualquier testamento privilegiado, toda persona de sano juicio, hombre o mujer, mayor de 18 años, y que vea, oiga y entienda al testador y que no haya sido condenada a una pena privativa de la libertad de cuatro (4) o más años. Se requerirá además, para los testamentos privilegiados escritos que los testigos sepan leer y escribir

bastará mostrar la habilidad putativa con arreglo a lo prevenido en el artículo(1061).

Puede observarse que no se tienen en cuenta las demás habilidades enunciadas a los testigos en los testamentos solemnes, como los vínculos de parentesco, de dependencia etc.-

TESTAMENTO VERBAL

Este testamento no requiere escrito alguno para su otorgamiento.

El testamento verbal debe otorgarse ante tres testigos y ante ellos el testador debe hacer de viva voz sus declaraciones y disposiciones, de manera que todos lo vean, oigan y entiendan. El otorgamiento, pues consisten en la declaración de voluntad del testador, mediante la cual instituye heredero o legatario. Desde el principio hasta el fin deben escuchar el otorgamiento unas mismas personas

El testamento verbal tendrá lugar únicamente en los casos de peligro tan inminentes de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar el testamento solemne (art.1692); pero no se exige para que pueda procederse al otorgamiento del testamento verbal, que no haya tiempo o modo de otorgar testamento solemne, sino que el peligro de muerte en que se halla el testador sea inminente, de modo que parezca que no haya cómo ni cuando extender el testamento.

Así pues, debe existir el peligro de muerte del testador; por lo contrario carece de validez el testamento verbal, además, el testador debe conservar el pleno uso de sus facultades mentales.

CADUCIDAD DEL TESTAMENTO VERBAL
 ~~~~~

Dos circunstancias diferentes producen la caducidad del testamento verbal.

En primer lugar, si el testador falleciere



después de los treinta (30) días siguientes al otorgamiento, por cuanto en este tiempo ha podido otorgarse un testamento ordinario. El mero lapso de treinta días comunes entre el día del otorgamiento y el día de la muerte, produce la caducidad. No se admite excepción alguna, ni la alegación de que momentos después del otorgamiento el testador perdió el uso de sus facultades mentales, habiendo quedado, por lo tanto, imposibilitado para otorgar testamento solemne.

En segundo lugar, cuando apesar de haber fallecido el testador dentro de los 30 días siguientes al día del otorgamiento del testamento, éste no se hubiera puesto por escrito.

La ejecución del testamento verbal no puede dejarse a la memoria de los testigos, y por ello es necesario proceder a formalizarlo en un escrito

conforme lo ordenan los artículos 1094 y 1095.

Necesidades de Escribir el "Testamento"

El Jgcz del Circuito en que se hubiere otorgado un testamento verbal, a instancia de cualquier persona interesada en la sucesión, tomará declaración jurada a las personas que lo presenciaron como testigo y a todas las otras personas cuyo testimonio le pareciere condicante a fin de esclarecer los siguientes puntos:

a) nombre, apellido y domicilio del testador, lugar de su nacimiento, la nación a que pertenecía, su edad y las circunstancias que hicieron creer que se hallaba en peligro inminente de muerte; b) nombre y apellido de los testigos instrumentales, y el lugar de su domicilio; c) lugar, día, mes y año del otorgamiento (Art. 1094); d) las declaraciones de los testigos sobre el hecho de hallarse el testador en su sano juicio y las respectivas disposiciones testamentarias que forman el contenido del testamento (art. 1095).

NECESIDAD DEL DECRETO JUDICIAL DE  
APROBACION.

Las anteriores declaraciones se enviarán al juez del último domicilio del testador si no lo fuere el que las ha recibido. El Juez competente para conocer del juicio de sucesión, si encontrare que se han observado las solemnidades prescritas, y que en la información aparezca la voluntad del testador, fallará según esa información el testador ha hecho tales asignaciones y tal distribución de bienes; y mandará que valgan dichas declaraciones y disposiciones como testamento del difunto y que se protocolicen como tal.

ooooooooooooo 0 ooooooooooooooooooooo

CAPITULO VI -  
\*\*\*\*\*

EJECUTORES TESTAMENTARIOS  
\*\*\*\*\*

Origen de los Albaceazgos. Los juristas romanos no conocieron la institución de los albaceas, o ejecutores testamentarios, y es a partir del Siglo XII, cuando comienza a formarse la institución en el viejo derecho germánico, como derivación del Salmann y del Treubander.

El Albacéa o ejecutor testamentario del Derecho moderno tiene como función esencial, ejecutar un testamento o algunas de sus disposiciones testamentarias. Para el cumplimiento de tal ejecución suele tener en muchos casos la administración de los bienes de la masa herencial y tiene esa administración aun contra el querer de los herederos. Por lo tanto el nombramiento de Albacéa implica siempre una limitación de las facultades que corresponden a los herederos.

El albacea o ejecutor testamentario es nombrado siempre por testamento; y de ahí que su fuente sea invariablemente la voluntad del causante. Justamente en el testamento en que el testador dispone de sus bienes o de una parte de ellos, puede hacer un testamento con el exclusivo fin de constituir albacea.

**NATURALEZA DEL ALBACEA**  
 ~~~~~

Se ha discutido mucho acerca de la naturaleza jurídica del albaceazgo.

1o) Durante largo tiempo se sostuvo la tesis de que la institución de los ejecutores testamentarios era un mandato; pero un estudio a fondo de la esencia y funciones de los albaceazgos ha enseñado que es imposible identificar los albaceas con los mandatarios.

No es mandatario o representante de los herederos, pues el albacea impone su voluntad aun contra la de los herederos y muchas veces en contra de sus

intereses; además, su cargo no emana de él mismo. Repugna, en consecuencia, concebir mandatarios que ejecuten funciones en abierta oposición con órdenes de presunto mandante.

Tampoco es mandatario o representante del causante o de su familia, aunque de éste emane el cargo, por cuanto el testador no es sujeto de derechos cuando el albacea ejecuta sus funciones; y es de la esencia del mandato que esté vivo el representado o mandante cuando el mandatario cumple su encargo. Además, el mandato es contrato inter-vivos y el albacea es una institución por-tis causa, y precisamente cuando la muerte extingue cualquier mandato, ella le da vida al adversario.

Se ha considerado también al albacea como representante de la herencia, pero con razón se objeta contra de esta tesis que el derecho no-

derro solo acepta representación de personas, no de cosas, derechos o conjunto de derecho.

Es conveniente, en consecuencia considerar la institución de los ejecutores o albaceas como cargos que se bastan a sí mismos, es decir, que son independientes de las materias o categorías jurídicas con las que suelen tener semejanza.

Como institución autónoma, el albaceazgo se caracteriza por ser un verdadero cargo; pero es un cargo de derecho privado, no de derecho público, a semejanza de lo que sucede con los cargos de tutor o curador.

El albacea o executor testamentario no realiza su función en nombre propio, pues no es titular de los derechos que administra, ni se obliga personalmente; tampoco obra en nombre de los herederos o legatarios, pues ya viros que

72

no es su representante, pero si obra en lugar del heredero, en lugar del heredero y no en su nombre, lo cual indica que efectúa actos generalmente solo correspondría legalizar a los herederos. Por esto se dice correctamente que los jecutores testamentarios constituyen una limitación de las facultades de los herederos.

El cargo de albacea debe ejercerse personalmente por ser una función intuitiva personae. De este principio se infieren las siguientes consecuencias :

a) Que la muerte del albacea extingue el cargo y éste por ningún motivo se trasmite a sus herederos. Art. 1336;

b) Que el Albacea no pueda delegar su encargo, a menos que el testador le haya concedido expresamente la facultad de delegarlo;

c) Que el Albacea puede constituir mandatarios que obren a sus órdenes; pero serán responsables de las operaciones de estos.

QUIENES PUEDEN SER ALBACEAS

Solo las personas que han cumplido 21 años pueden ser nombradas albaceas. El menor habilitado de edad no puede serlo.

Además, están inhabilitadas para ser albaceas las siguientes personas:

1o) Los ciegos, mudos y dementes, aunque no se hallen en interdicción;

2o) Los privados de administrar sus propios bienes por disipación y los fallidos, mientras no hayan pagado sus acreedores;

3o) Los que no saben leer y escribir, los de mala conducta notoria y los que no tienen domicilio en la República;

4o) La mujer divorciada por adulterio, así como la persona condenada a una pena privativa de la libertad de cuatro (4) o más años.

ACEPTACION O RENUNCIA DEL ALBACEAZGO

El cargo de Albacea no es de forzosa aceptación y puede aceptarse o renunciarse libremente Art.1334.

Sin embargo, la renuncia sin probar inconveniente fundado acarreará para el albacea una pena grave, que consiste en la pérdida de la asignación testamentaria, excepción hecha de la que tenga que recibir en su condición de asignatario forzoso.

La aceptación del cargo de Albacea puede ser expresa o tácita. Y si el Albacea no compareciere a aceptar o a renunciar, el Juez, a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, señalará un plazo razonable dentro del cual comparezca el Albacea a ejercer el cargo o a excusarse de servirlo, y podrá el Juez en caso necesario, ampliar por una sola vez el plazo. Si el Albacea dejare transcurrir el pla-

no sin expresar su voluntad de aceptar o renunciar caducará su nombramiento.

Si el Albacea hubiese aceptado y comenzado a ejercer el cargo y dimitiese, con causa legitima, perderá solo una parte proporcionada de la asignación que se le haya hecho en recompensa de sus servicios.

ALDACEA CON TENENCIA DE BIENES
#####

Muerto el causante, les corresponde a los herederos tomar posesión de los bienes hereditarios, pues por lo general, el Albacea no es tenedor de ningún bien de la herencia.

Sin embargo, pueden darse dos casos de Albacea con tenencia de bienes:

a) Cuando el testador instituye al albacea como tenedor de una parte o de todos los bienes;

b) Cuando el albacea exija la tenencia de algunos bienes, conforme al párr. 1º. del art. 1347.

Si el testador instituyó al Albacea como tenedor de bienes, su responsabilidad será la misma que la del curador de la herencia yacente (Art. 1353), y, por consiguiente, en su administración estará sujeto a todas las obligaciones de los tutores y curadores; además, se le prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de la sucesión (art. 575).

Los albaceas con tenencia de bienes deben formar un inventario de los bienes hereditarios, en la misma forma que los curadores. Y si bien

es verdad a prestar caución, no obstante deberán dar las seguridades del caso cuando lo exigieren los herederos, legatarios y fideicomisarios si hubiere justo temor sobre la seguridad de los bienes a que respectivamente tubieren derecho actual o eventual.

Responsabilidad y Obligaciones del Albacea.

Respecto de las obligaciones del Albacea, es necesario distinguir las que tienen durante el ejercicio de su cargo y las que le corresponde una vez ejercido. En cuanto a las primeras le corresponde al albacea: a) dar noticia de la apertura de la sucesión, en la forma prevista por el artículo 1342; b) Pagar los legados personalmente o constreñir a los herederos para que realicen el pago ; y c) Si se le encargó el pago de las deudas de la sucesión, pagarlas; si no se le hizo tal encargo, debe exigir la formación de un lote suficiente de bienes, para atender a ese pago.

- 74 -

En cuanto a las segundas, le corresponde al albacea rendir cuentas.

Terminado el albaceazgo el albacea debe rendir cuentas de su gestión. La rendición de cuenta tiene las mismas características de la rendición de cuenta que le corresponde a los tutores y curadores.

La inejecución de las obligaciones que tiene el albacea compromete su responsabilidad. Así, si el albacea, por negligencia, no pagó a los acreedores de la sucesión o no hizo formar una hipoteca suficiente de bienes para atender a dicho pago, debe indemnizar a los acreedores del perjuicio causado.

También se hace responsable ante los herederos por cualquier culpa cometida en el desempeño de su cargo. Si el albacea incurrió en culpa grave o comete dolo en su administración, podrá ser re-

motivo de su cargo; y en caso de dolo se hará indigno de tener en la sucesión parte alguna y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución.

Los albaceas serán consideradas como culpables de dolo si llevan a efecto disposiciones del testador que fueren contrarias a las leyes, es decir, al orden público o a las buenas costumbres (art.1358).

REMUNERACION DE LOS ALBACEAS

El ejercicio del cargo de albacea es oneroso y no gratuito. El Art. 1359 del C.C. establece que la remuneración del albacea será la que le haya señalado el testador, si el testador no hubiere señalado ninguna, tocará al Juez regularla, tomando en consideración el caudal, y lo más o menos laborioso del cargo.

- 76 -

En general los legados que por testamento se asignan al albacea se presume que representan remuneración por su trabajo. Al respecto el Art. 1334 advierte que el albacea que rechazare el ejercicio del cargo, será indigno de suceder al testador, con arreglo al artículo 1028 inciso 2o.-El artículo 1028 prescribe que es indigno de suceder el albacea que se excusare de servir el cargo sin probar inconveniente o grave.

Estas disposiciones legales enseñan que el legado al albacea cuando se extrae de la porción de bienes de libre disposición, debe interpretarse como pago de honorarios por el ejercicio del cargo. Siendo así, resulta que si el albacea muere antes que el testador el respectivo legado caduca, pues el ejercicio del cargo y el legado representa un todo indivisible, por lo tanto, caducado el cargo caduca el legado.

O. A. Bascuñaga

DURACION Y EXTINCION DE LA RESERVA
#####

El albaceazgo durará el tiempo indicado por el testador, y si éste no lo indicare durará un año.

Si ocurrieren al albacea dificultades graves en el cumplimiento de su encargo y el plazo indicado por el testador o el de un año, fueren insuficientes, podrá el Juez prorrogarlo por el tiempo que fuere necesario.

Sin embargo, los herederos que tienen facultad para pedir la terminación del albaceazgo, desde que el albacea haya cumplido su encargo, aunque no haya expirado el plazo señalado por el testador o la ley, o el ampliado por el juez para el desempeño.

No será motivo ni para la prolongación del plazo, ni para el que no termine el albaceazgo, la existencia delegado o fideicomiso cuyo día

cuyo día o condición estuvieren pendientes, a menos que el testador haya dado expresamente al albacea la tenencia de la respectiva especie, o de la parte de bienes destinadas a cumplirlo; en cuyo caso se limitará el albaceazgo a esta sola tenencia. Lo dicho se extiende a las deudas cuyo pago se hubiere encomendado al albacea, y cuyo día, condición o liquidación estuviere pendiente.

ooooooooooooo O oooooooooooooo

Victor Fornes Zepa.

Cartagena, 25 de junio de 1971.

B I B L I O G R A F I A

oooooooooooooooooooooooooooo

ARTURO VALENCIA ZEA - Curso de Derecho Civil Col.

**MARCELO PLANIGL Y RIPIERT - Tratado Elemental de
Derecho Civil.-**

ORTEGA TORRES - Código Civil Colombiano.

MIGUEL LUIS - Introducción a la Obra de ANDRES BELLO.

oooooooooooo 0 ooooooooooooo